

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 6.9 jo. artikel 6.5 jo. artikel 6.6 jo. artikel 6.3 jo. artikel 6.10 van de Telecommunicatiewet jo. artikel 3 jo. artikel 5 van de Verordening (EG) Nr, 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in het geschil tussen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CLEC Netherlands B.V., h.o.d.n. BaByXL
Broadband DSL, gevestigd te 's-Gravenhage,
Gemachtigden: mr M.J. Geus en mr A.F. Eeken, beiden advocaat te 's-Gravenhage,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN Telecom B.V., gevestigd te 's-Gravenhage, gemachtigden: mr P.V. Eijssvoogel en mr M.J. Metsaars, beiden advocaat te Amsterdam.

A. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- Op 20 juli 2001 ontving het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) van CLEC Netherlands B.V. (hierna: BaByXL) een verzoek om op grond van artikel 6.3, eerste en derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), in samenhang met artikel 6.9, tweede lid, van de Tw alsmede in samenhang met artikel 5 van Verordening 2887/2000¹ (hierna: Verordening) een besluit te nemen terzake de door KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) gehanteerde voorwaarden voor gedeelde toegang tot het aansluitnet.
- Op 27 juli 2001 heeft het college BaByXL te kennen gegeven dat haar aanvraag in behandeling is genomen en over te gaan tot de versnelde procedure.
- Op 27 juli 2001 heeft het college het verzoekschrift van BaByXL toegezonden aan KPN met daarbij het verzoek om op dit verzoekschrift te reageren.
- Op 3 augustus 2001 heeft KPN het college om uitstel verzocht voor het indienen van een verweerschrift.
- Op 24 augustus 2001 heeft het college het verweerschrift van KPN ontvangen.
- Op 6 september 2001 heeft het college KPN aanvullende vragen gesteld.
- Op 11 september 2001 heeft KPN geantwoord op deze vragen.

¹ Verordening (EG) Nr, 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PbEG 2000 L 336/4).

- Op 11 september 2001 hebben beide partijen tijdens een besloten hoorzitting hun standpunten nader toegelicht. Een afschrift van het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij het onderhavige besluit gevoegd.
- Op 14 september 2001 heeft het college aanvullende vragen gesteld aan zowel BaByXL als KPN.
- Bij brieven van 21 september en 4 oktober 2001 heeft het college de antwoorden van KPN ontvangen.
- Bij brief van 3 oktober 2001 heeft het college de antwoorden van BaByXL (gedateerd 25 september 2001) ontvangen.
- Bij brieven van 8 oktober en 16 oktober 2001 heeft het college de reactie van BaByXL op de antwoorden van KPN ontvangen.
- Bij brief van 23 oktober 2001 heeft het college BaByXL en KPN medegedeeld dat het onderzoek terzake wordt beëindigd.
- Bij fax van 5 november 2001 heeft KPN een reactie gegeven op de door BaByXL ingebrachte stukken waaronder een brief van BaByXL d.d. 3 oktober 2001 (gedateerd 25 september 2001).

B. FEITELIJKE GRONDSLAG VAN HET GESCHIL

Aan het geschil liggen de volgende feiten ten grondslag:

1. BaByXL is een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk en een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst in Nederland in de zin van artikel 6.1 Tw.
2. KPN is een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk en een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst in de zin van artikel 6.1 Tw. KPN is ingevolge het "Besluit tot aanwijzing van Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, als een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor vaste telefonie op grond van artikel 6.4 van de Telecommunicatiewet" van het college d.d. 15 november 2000, aangewezen als een aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk, een vaste openbare telefoondienst en huurlijnen in geheel Nederland die beschikt over aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6.4, eerste lid, en artikel 7.2, eerste lid, Tw.
3. Gedeelde toegang tot het aansluitnet is het verlenen van toegang aan een ontvanger tot het aansluitnetwerk of subnetwerk van de aangemelde exploitant², waarbij toestemming wordt verleend voor het gebruik van het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum van de metalen adersparen; de aangemelde exploitant blijft het aansluitnet gebruiken om het publiek de telefoondienst te leveren³.

² Aangemelde exploitant: exploitanten van vaste openbare telefoonnetwerken die door de nationale regelgevende instantie zijn aangemeld als beschikkende over een aanmerkelijke marktmacht op de markt van de levering van vaste openbare telefoonnetwerken uit hoofde van bijlage I, deel 1, van Richtlijn 97/33/EG of van Richtlijn 98/10/EG.

³ Artikel 2, onder a van de Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PbEG 2000 L 336/4).

4. Gedeelde toegang tot het aansluitnet kan kort gezegd gerealiseerd worden in twee varianten. Enerzijds de variant waarbij de andere aanbieder zelf de splitter-apparatuur, noodzakelijk om het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum te splitsen van de spraakband, dient te plaatsen en te beheren in de door deze aanbieder afgenomen collocatieruimte. Deze variant wordt door KPN "ADSL Shared Line Service" (hierna: ASL) genoemd. Anderzijds de variant waarbij deze splitter-apparatuur onderdeel uitmaakt van de dienstverlening van KPN en geplaatst wordt in, of in de buurt van, de nummercentrale van KPN. Deze variant wordt door KPN "ADSL Shared Line Service & Splitter Service" (hierna: ASL&SS) genoemd.
5. BaByXL heeft op 29 maart 2000 bij KPN een verzoek gedaan om gedeelde toegang tot het aansluitnet. BaByXL heeft dit verzoek sindsdien meerdere malen herhaald. BaByXL heeft onder meer (mede namens andere aanbieders) op 22 september 2000 KPN verzocht om een aanbod voor de dienst gedeelde toegang tot het aansluitnet welke rekening zou houden met de voorkeur van aanbieders voor de ALS&SS-variant (waarbij de splitter-apparatuur onderdeel uitmaakt van de dienstverlening van KPN).
6. Op 25 oktober 2000 heeft KPN tijdens een vergadering van de specialistengroep Linesharing van het Forum Interconnectie en Bijzonder Toegang (hierna: FIST) een presentatie gehouden over de criteria, architectuurvoorkeur en de planning van een technische proef voor gedeelde toegang tot het aansluitnet. In navolging daarvan heeft KPN op 23 november 2000 tijdens een vergadering van de specialistengroep Linesharing van het FIST een presentatie gegeven over het door haar ontwikkelde ontwerp voor gedeelde toegang tot het aansluitnet. KPN gaf in die vergadering aan dat zij voor het ontwerp van de gedeelde toegangsdienst zou kiezen voor de zogenaamde ASL-variant.
7. BaByXL heeft, mede namens andere aanbieders, bij brief van 17 januari 2001 om gedeelde toegang in de door hen gewenste vorm, ASL&SS, verzocht. Uit de feiten volgt dat KPN niet op dit verzoek heeft gereageerd en is doorgegaan met de ontwikkeling van gedeelde toegang in de vorm van ASL. BaByXL heeft vorengenoemd verzoek herhaald bij onder andere brieven van 6 februari 2001, 23 maart 2001, 23 mei 2001 en 29 juni 2001.
8. Bij brief van 11 juli 2001 heeft KPN gereageerd op laatstgenoemde brief van BaByXL. Uit deze brief volgt dat gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS verder ontwikkeld zal worden.
9. KPN heeft op 16 mei 2001 een referentieaanbod inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet gepubliceerd.
10. Op 28 juni 2001 heeft het college zijn beoordeling van het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten van KPN Telecom B.V. (hierna: het RA ULL-oordeel) kenbaar gemaakt⁴. Met deze beoordeling is geanticipeerd op de inwerkingtreding van

⁴ Oordeel van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten d.d. 29 juni 2001 (OPTA/IBT/2001/201679)

artikel 6.10 Tw welke op 5 oktober 2001 inwerking is getreden. Het doel van het reeds publiceren van het RA ULL-oordeel was om, vooruitlopend op de bevoegdheid van het college om wijzigingen in het referentieaanbod inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten (hierna: het RA ULL) op te leggen, KPN en andere aanbieders inzicht te geven in de wijze waarop het college het RA ULL zal beoordelen.

11. Op 18 september 2001 heeft KPN een gewijzigd referentieaanbod inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten gepubliceerd, welke aanbod nog door het college zal worden beoordeeld.

C. WETTELIJK EN REGELGEVEND KADER

Verordening 2887/2000

12. Op 2 januari 2001 is de Verordening 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk⁵ van kracht geworden.
13. Bij wet van 14 september 2001 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit⁶ ter uitvoering van deze Verordening is de Telecommunicatiewet gewijzigd in die zin dat het nieuwe artikel 6.10 in de Tw is ingevoerd.
14. Artikel 6.10 Tw bepaalt onder andere dat het college de nationaal regelgevende instantie is, bedoeld in artikel 4 Verordening.
15. Artikel 3, tweede lid, Verordening stelt het bieden van ontbundelde toegang tot het aansluitnet verplicht voor die netwerkexploitanten, welke zijn aangewezen als exploitanten met een aanmerkelijke macht op de markt van vaste openbare telefoonnetwerken. Vanaf 31 december 2000 dienen aangemelde exploitanten (aanbieders aangewezen door het college krachtens artikel 6.4, eerste lid, van de Tw) elk redelijk verzoek om ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten, onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden in te willigen.
16. In Overweging 7 van de Verordening wordt gesteld dat een redelijk verzoek om ontbundelde toegang impliceert dat de toegang noodzakelijk is voor het verlenen van de diensten van de ontvanger en dat een afwijzing van het verzoek de concurrentie in deze sector verhindert, beperkt of verstoort.
17. Ingevolge artikel 3, tweede lid, Verordening kan een verzoek om ontbundelde toegang alleen worden afgewezen op grond van objectieve criteria die betrekking hebben op de technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. De aangewezen aanbieder dient voorts faciliteiten te leveren die gelijkwaardig zijn aan die, welke zij aan haar eigen

⁵ Zie noot 1.

⁶ Staatsblad 2001, nr. 431.

diensten of haar geassocieerde ondernemingen levert, en dit volgens dezelfde voorwaarden binnen dezelfde termijnen.

18. Artikel 3, derde lid, Verordening bepaalt dat een dergelijke aanbieder de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten op basis van kostenoriëntatie dient aan te rekenen. Ingevolge het nieuwe artikel 6.10, derde lid, Tw dient KPN terzake een systeem voor de toerekening van de kosten van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten op te stellen. Dit systeem behoeft de goedkeuring van het college.
19. In de Verordening is in artikel 3, eerste lid, bepaald dat aangemelde exploitanten, waaronder KPN, per 31 december 2000 een referentieaanbod dienen te publiceren dat ten minste de volgende (in de bijlage bij de Verordening genoemde) onderdelen bevat:
 - A. Voorwaarden voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk
 1. Netwerkelementen waartoe toegang wordt aangeboden, met in het bijzonder de volgende elementen:
 - a) Toegang tot aansluitnetwerken,
 - b) Toegang tot het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum van een aansluitnetwerk, in geval van gedeelde toegang tot het aansluitnet.
 2. Informatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten⁷, beschikbaarheid van aansluitnetwerken of bepaalde delen van het toegangsnet.
 3. Technische voorwaarden die verband houden met toegang tot en gebruik van aansluitnetwerken, met inbegrip van de technische kenmerken van de getwiste metaaldraden van het aansluitnet.
 4. Procedure voor het bestellen en verstrekken, gebruiksbepalingen.
 - B. Collocatiediensten
 1. Informatie over de desbetreffende plaatsen van de aangemelde exploitant⁸.
 2. Collocatieopties op de in punt B1 genoemde plaatsen (met inbegrip van fysieke collocatie en, in voorkomend geval, collocatie op afstand en virtuele collocatie).
 3. Apparatuurkenmerken: eventuele beperkingen voor apparatuur die in collocatie kan worden geplaatst.
 4. Veiligheidsaspecten: door aangemelde exploitanten getroffen maatregelen om de veiligheid van hun locaties te waarborgen.
 5. Voorwaarden voor de toegang van het personeel van concurrerende exploitanten.
 6. Veiligheidsnormen.
 7. Regels voor toewijzing van ruimte wanneer de collocatieruimte beperkt is
 8. Regels voor ontvangers voor de inspectie van locaties waarop fysieke collocatie mogelijk is of plaatsen waar collocatie is geweigerd in verband met ruimtegebrek.

⁷ De Verordening geeft hierbij aan dat om redenen van openbare veiligheid deze informatie alleen aan belanghebbenden ter beschikking kan worden gesteld.

⁸ Ibid.

C. Informatiesystemen

Voorwaarden voor toegang tot de operationele ondersteunende systemen, informatiesystemen of databases voor reservering, levering, bestelling, onderhouds- en herstelverzoeken en facturering van de aangemelde exploitant.

D. Leveringsvoorwaarden.

1. Termijn waarbinnen wordt gereageerd op verzoeken om diensten en faciliteiten, overeenkomsten inzake het niveau van de dienst, procedures om gebreken te verhelpen en om terug te keren naar het gangbare niveau van dienstverlening en parameters voor de kwaliteit van de dienstverlening.
 2. Standaardcontract, inclusief, - voorzover van toepassing -, vergoeding voor laattijdigheid.
 3. Tarieven of tarifieringsformule: voor elk van bovengenoemde aspecten, functies en faciliteiten.
20. In artikel 4, tweede lid, van de Verordening is bepaald dat de nationaal regelgevende instantie in gerechtvaardigde gevallen wijzigingen van het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten kan opleggen, met inbegrip van tariefwijzigingen.
21. Artikel 4, vijfde lid, Verordening bepaalt: "Geschillen tussen ondernemingen in verband met kwesties die onder deze verordening vallen, worden beslecht volgens de overeenkomstig Richtlijn 97/33/EG vastgestelde nationale procedures en worden met spoed en op snelle, billijke en transparante wijze afgedaan". Richtlijn 97/33/EG, de zogenaamde ONP-interconnectierichtlijn⁹, is geïmplementeerd in Hoofdstuk 6 Tw. In onder andere de artikelen 6.3 en 6.9 Tw is de in artikel 4, vijfde lid, Verordening bedoelde procedure voor het beslechten van geschillen tussen ondernemingen inzake interconnectie en bijzondere toegang bepaald.
22. De Verordening voegt één nieuw element toe aan het reeds geldende wettelijk en regelgevend kader in Nederland toe, namelijk de verplichting tot de publicatie door KPN van een referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten en de mogelijkheid voor de nationale regelgevende instantie, het college, om in gerechtvaardigde gevallen wijzigingen van het referentieaanbod op te leggen.

Bijzondere toegang

23. In artikel 1.1, onder j, Tw wordt bepaald dat onder bijzondere toegang wordt verstaan "*toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste gebruikers wordt aangeboden*".
24. Op grond van artikel 6.9, eerste lid, van de Tw dienen aanbieders, welke op grond van artikel 6.4, eerste lid, Tw zijn aangewezen door het college, te voldoen aan alle redelijke verzoeken tot bijzondere toegang. Ingevolge artikel 6.5, onder c, jo. artikel 6.9, tweede lid, Tw dient KPN op aanvraag aan aanbieders alle met betrekking tot bijzondere toegang benodigde informatie te

⁹ Pb nr. L 199, 26 juli 1997, p. 32.

verstrekken, alsmede de voorgenomen wijzigingen die binnen de volgende zes maanden zullen worden ingevoerd.

25. Aanbieders die op grond van artikel 6.4, eerste lid, Tw zijn aangewezen door het college, verstrekken andere aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten die om bijzondere toegang verzoeken, deze bijzondere toegang met inachtneming van het beginsel van non-discriminatie.
26. KPN is aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6.4 Tw en dient mitsdien aan andere aanbieders bijzondere toegang te verstrekken onder gelijke voorwaarden onder gelijke omstandigheden, zoals beschreven in artikel 6.5, onder a, Tw en onder gelijke voorwaarden als die onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf of haar dochterondernemingen, zoals beschreven in artikel 6.5, onder b, Tw.
27. Ingevolge artikel 6.6, eerste lid, Tw geldt voor KPN de verplichting dat haar tarieven voor bijzondere toegang op transparante wijze worden bepaald en op kosten zijn georiënteerd.
28. Een verzoek om gedeelde toegang tot het aansluitnet is aan te merken als een verzoek om bijzondere toegang. Het gaat hier immers om toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste gebruikers wordt aangeboden. De krachtens artikel 6.4, eerste lid, Tw aangewezen aanbieder dient derhalve te voldoen aan alle redelijke verzoeken tot gedeelde toegang tot het aansluitnet.
29. In artikel 6.9 jo. artikel 6.3 Tw is aan het college de bevoegdheid toegekend om als geschilbeslechter op te treden als het gaat om geschillen over bijzondere toegang. Het college kan op grond van deze artikelen, op verzoek van één of beide partijen, de regels vaststellen die tussen degene die bijzondere toegang moet verlenen en degene die er om verzoekt zullen gelden.
30. In artikel 6.3, derde lid, onder b, Tw is bepaald dat het college in spoedeisende gevallen een voorlopig besluit neemt, dat tussen de betrokken aanbieders geldt tot het definitieve besluit.
31. Gelet op het bovenstaande is het college op grond van de Tw bevoegd geschillen inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet te beslechten.

D. STANDPUNT BABYXL

Voor de standpunten van BaByXL verwijst het college naar de door BaByXL ingebrachte stukken en hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht. Het standpunt van BaByXL laat zich als volgt samenvatten.

KPN is verplicht beide vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet aan te bieden en de voorwaarden daarvan bekend te maken

32. Naar de mening van BaByXL is KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht zowel op basis van artikel 6.9, eerste lid jo. artikel 6.5 jo. artikel 6.9, tweede lid, Tw als op basis van de Verordening verplicht gedeelde toegang tot het aansluitnet aan te bieden en de voorwaarden voor die toegang bekend te maken.
33. Volgens BaByXL is KPN sinds de inwerkingtreding van de Tw verplicht gedeelde toegang tot het aansluitnet te bieden. BaByXL heeft meer dan een jaar geleden, op 29 maart 2000, een redelijk verzoek aan KPN om gedeelde toegang tot het aansluitnet gedaan. Dit verzoek is, al dan niet tezamen met andere aanbieders, meerdere malen herhaald. KPN levert tot op heden geen gedeelde toegang tot het aansluitnet aan BaByXL en heeft de voorwaarden voor die toegang niet bekendgemaakt.
34. BaByXL stelt dat KPN weliswaar in het referentieaanbod van 16 mei 2001 twee vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet, ASL en ASL&SS, heeft opgenomen, maar daarin voor ASL niet de complete voorwaarden (inclusief tarieven en levertijden) en voor ASL&SS helemaal geen voorwaarden heeft opgenomen. BaByXL heeft KPN na publicatie van het referentieaanbod verzocht om haar de concrete voorwaarden mede te delen, KPN heeft de voorwaarden echter nog steeds niet aan BaByXL medegedeeld.
35. Doordat KPN heeft nagelaten gedeelde toegang tot het aansluitnet te verlenen heeft zij BaByXL gedwongen om in plaats daarvan volledig ontbundelde lijnen af te nemen, aldus BaByXL. Mitsdien dienen volgens BaByXL voor het afnemen van volledig ontbundelde lijnen zoveel mogelijk dezelfde voorwaarden te gelden als zouden gelden wanneer BaByXL over gedeelde toegang tot het aansluitnet zou beschikken. Deze voorwaarden zouden moeten gelden vanaf het moment dat KPN verplicht is om gedeelde toegang tot het aansluitnet te bieden, 1 juni 2000, het moment waarop KPN zelf de gedeelde toegangsdienst Mxstream ging aanbieden en BaByXL reeds een verzoek om gedeelde toegang tot het aansluitnet had gedaan.
36. Subsidiar stelt BaByXL dat KPN op basis van de Verordening gedeelde toegang tot het aansluitnet dient te bieden en de voorwaarden daarvoor bekend dient te maken. Volgens BaByXL dient KPN haar op basis van de Verordening vanaf 2 januari 2001 voor de afname van volledig ontbundelde lijnen te behandelen alsof KPN BaByXL gedeelde toegang tot het aansluitnet heeft geleverd.
37. BaByXL stelt dat het voor haar noodzakelijk is de voorwaarden van KPN Telecom ASL en KPN Telecom ASL&SS te kennen teneinde een uit bedrijfseconomisch oogpunt verantwoorde keuze te kunnen maken tussen deze beide architecturen.

KPN handelt in strijd met het non-discriminatie beginsel

38. Naar de mening van BaByXL levert KPN zichzelf gedeelde toegang tot het aansluitnet dan wel volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet in de vorm van Mxstream en begunstigt zij zichzelf daarmee ten opzichte van andere aanbieders. KPN handelt hiermee in strijd met het beginsel van non-discriminatie en daarmee in strijd met de Tw en de Verordening. Dientengevolge dient KPN, naar de mening van BaByXL, haar eigen dienstverlening stop te zetten totdat andere aanbieders ook gedeelde toegang tot het aansluitnet krijgen, ofwel dienen andere aanbieders zoveel mogelijk gelijk te worden gesteld met Mxstream. Volgens BaByXL is dit laatste mogelijk door andere aanbieders (volledig) ontbundelde toegang tot het aansluitnet te verlenen tegen zoveel mogelijk dezelfde voorwaarden als gedeelde toegang tot het aansluitnet.

Geschil

39. BaByXL is van mening dat sprake is van een onoplosbaar geschil met betrekking tot de door KPN bekend te maken en te hanteren voorwaarden voor gedeelde toegang tot het aansluitnet, alsmede met betrekking tot de ongelijke behandeling door KPN van zichzelf ten opzichte van andere aanbieders.

Spoedeisend belang

40. BaByXL stelt een spoedeisend belang te hebben bij een voorlopig besluit van OPTA. BaByXL is genooddaakt om in plaats van gedeelde toegang tot het aansluitnet gebruik te maken (volledig) ontbundelde toegang tot het aansluitnet. De voorwaarden die daarvoor gelden zijn zeer nadelig ten opzichte van de voorwaarden die KPN voor zichzelf hanteert:

- Voor BaByXL gelden langere levertijden dan voor KPN zelf, zodat BaByXL niet binnen dezelfde termijn ADSL kan aanbieden als KPN dat kan, en
- Voor BaByXL gelden hogere tarieven dan voor KPN zelf, zodat BaByXL niet voor dezelfde tarieven ADSL kan aanbieden als KPN dat kan.

E. VERZOEK BABYXL

BaByXL verzoekt OPTA om eerst in een voorlopig besluit en naderhand in een definitief besluit:

I.

KPN te verplichten om binnen twee weken na het besluit van OPTA een aanbod te doen voor gedeelde toegang, dat wil zeggen voor zowel ASL als voor ASL&SS, dat alle voorwaarden bevat die voor BaByXL noodzakelijk zijn om een verantwoorde keuze te kunnen maken tussen de door KPN aangeboden vormen van gedeelde toegang, en dat dus in ieder geval de voorwaarden bevat die in de Verordening en de bijlage daarbij zijn vermeld alsmede de door OPTA gepubliceerde vereisten voor gedeelde toegang in acht neemt, zulks op straffe van verbeurte van een door OPTA te bepalen dwangsom; en

II.

KPN te verplichten om vanaf 1 juni 2000, althans subsidiair vanaf 2 januari 2001, tot het moment waarop KPN

- ofwel het zelf leveren van DSL-diensten aan eindgebruikers heeft gestaakt,
- ofwel de voorwaarden heeft bekendgemaakt als bedoeld onder I en BaByXL een redelijke mogelijkheid heeft gekregen om landelijk gebruik te maken van ASL en ASL&SS,

voor de afname door BaByXL van volledige ontbundelde toegang zoveel mogelijk dezelfde voorwaarden te hanteren als de voorwaarden die zouden gelden wanneer BaByXL al wel gebruik zou maken van gedeelde toegang. In het bijzonder verzoekt BaByXL OPTA te bepalen dat voor de levering van volledig ontbundelde toegang, inclusief de tweede aansluitlijn, door KPN aan BaByXL:

- 1) Vanaf 1 juni 2000, althans subsidiair vanaf 2 januari 2001, een maandtarief zal gelden van NLG 13,87, in plaats van het huidige door OPTA vastgestelde maandtarief voor volledige ontbundelde toegang van NLG 26,29 (en het door KPN gehanteerde tarief van NLG 37,50);
- 2) Vanaf 1 juni 2000, althans subsidiair vanaf 2 januari 2001, geen verplichting geldt tot het afsluiten van een abonnement voor de telefoniedienst;
- 3) Vanaf het besluit van OPTA een oplevertermijn geldt van acht dagen nadat de aanvraag daarvoor door KPN is ontvangen, welke termijn niet alleen geldt voor alle aanvragen ingediend na het besluit van OPTA, maar eveneens geldt, en zal ingaan op de datum van het besluit van OPTA, voor alle aanvragen die reeds zijn ingediend maar door KPN nog niet zijn gehonoreerd, en
- 4) KPN een vergoeding voor laattijdigheid aan BaByXL dient te betalen van EUR 25, althans van een door OPTA te bepalen bedrag, voor iedere dag waarmee de onder 3 genoemde termijn wordt overschreden, een gedeelte van de dag als een gehele dag gerekend.

F. STANDPUNT KPN

Voor het standpunt van KPN verwijst het college naar de door KPN ingebrachte stukken en hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht. Het standpunt van KPN laat zich als volgt samenvatten.

Geen spoedeisend belang

41. Naar de mening van KPN heeft BaByXL, doordat zij meer dan een half jaar heeft gewacht met het indienen van het verzoekschrift bij het college, geen enkel spoedeisend belang en daarmee geen belang bij het verkrijgen van een voorlopig besluit. Bovendien zou BaByXL volgens KPN pas in juni 2001 technisch en operationeel gereed zijn om een gedeelde toegangsdienst bij KPN af te nemen.

Voldoende inspanning KPN

42. KPN is van mening dat zij wel heeft gereageerd op de verzoeken van BaByXL omtrent de mogelijkheden van gedeelde toegang tot het aansluitnet. KPN heeft namelijk in de FIST-bijeenkomsten uitvoerig en frequent hierover gesproken. Aangezien BaByXL tijdens deze vergaderingen aanwezig was, kan de daarin door KPN verstrekte informatie BaByXL niet zijn ontgaan, aldus KPN.

43. KPN geeft aan dat de ASL&SS variant een langere ontwikkelings- en implementatietijd heeft dan de ASL variant. Verder zijn bij ASL de kosten lager en komt de dienst overeen met de huidige netwerkdesign criteria. KPN heeft daarom ook aan partijen aangegeven dat zij voor het ontwerp van de gedeelde toegangsdienst zou kiezen voor de ASL variant.
44. Volgens KPN heeft zij Telco's de mogelijkheid gegeven om van gedeelde toegang tot het aansluitnet gebruik te maken. In de pilotfase A, vanaf 1 mei 2001, konden Telco's orders bij KPN plaatsen voor levering en in pilotfase B, vanaf 1 juli 2001, kregen Telco's de gelegenheid het aantal aansluitlijnen per locatie te verdubbelen.
45. Kort samengevat is KPN van mening dat zij zich wel heeft ingespannen om een gedeelde toegangsdienst zo spoedig mogelijk op de markt te brengen. KPN meent dat zij de aanbieders voldoende op de hoogte heeft gehouden over de ontwikkeling, de tijdslijnen en de voorwaarden van gedeelde toegang tot het aansluitnet. KPN stelt dat zij BaByXL meerdere malen daarover heeft geïnformeerd.

Aanbod ASL voldoet

46. Verder is KPN van mening dat haar aanbod voor de dienstverlening volgens de ASL variant voldoet aan de definitie van een "aanbod" in artikel 2, onder g, Verordening. KPN is het niet eens met de stelling van BaByXL dat aan haar (nog) niet de (complete) voorwaarden voor ASI en ASL&SS zijn medegedeeld. BaByXL gaat er ten onrechte aan voorbij dat de complete voorwaarden van gedeelde toegang tot het aansluitnet pas kunnen worden geformuleerd nadat de implementatiefase is afgerond. Bovendien geeft BaByXL niet specifiek aan welke (soort) voorwaarden zij nog niet van KPN heeft vernomen. Verder heeft BaByXL geen gebruik gemaakt van de door KPN verleende dienst volgens de ASL variant en dus geen gedeelde toegangslijn bij KPN besteld, aldus KPN.
47. KPN acht de stelling van BaByXL dat zij benadeeld is omdat zij geen verantwoorde keuze kan maken tussen ASL en ASL&SS niet geloofwaardig. Volgens KPN is de door haar verstrekte informatie voldoende voor de conclusie dat de ASL&SS variant zodanig veel duurder is dat deze geen basis voor aanbieders biedt voor een bedrijfseconomisch verantwoorde exploitatie.

Verzoek aanbod ASL&SS is geen redelijk verzoek tot bijzondere toegang

48. Volgens KPN is het verzoek om een aanbod voor ASL&SS geen redelijk verzoek tot bijzondere toegang. KPN meent dat zij voldoet aan haar verplichtingen op grond van de Tw en de Verordening omdat zij reeds gedeelde toegang tot het aansluitnet biedt in de vorm van ASL. KPN is dan ook niet gehouden ASL&SS aan te bieden of daarvoor voorwaarden vast te stellen en te communiceren. KPN is van mening dat zij volgens de Verordening niet verplicht is om twee opties voor een zelfde gedeelde toegang tot het aansluitnet aan te bieden.
49. KPN stelt dat zij volgens de definitie van een redelijk verzoek het beschikbaar komen van de ASL&SS vorm van dienstverlening niet noodzakelijk is voor BaByXL om haar diensten aan te kunnen bieden. Aan de noodzakelijkheidseis is niet voldaan, omdat KPN de ASL variant aanbiedt die per september

2001 landelijk zal worden aangeboden. Volgens KPN kan BaByXL met behulp van ASL en haar eigen splitters exact dezelfde eindgebruikersdiensten aanbieden als met de gevraagde ASL&SS variant. Verder wordt volgens KPN door het afwijzen van het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang tot het aansluitnet in de vorm van ASL&SS de concurrentie op de telecommunicatiemarkt niet verhinderd of beperkt.

50. Verder geeft KPN aan dat de DSLAM-kasten standaard een splitter bevatten, zodat aanbieders als BaByXL zonder enige extra uitgave over de splitters kunnen beschikken. KPN moet voor de ASL&SS variant echter afzonderlijke splitterbanken aanschaffen die meer capaciteit bevatten dan direct kan worden ingezet. Bovendien is het voordeliger wanneer de Telco zelf de splitter bestelt en in haar collocatieruimte plaatst. KPN stelt dat zij bij ASL&SS verschillende investeringen per nummercentrale dient te doen. Dientengevolge zal het tarief voor de afnemers van de ASL&SS dienst een hoger tarief zijn dan het tarief voor ASL.
51. Volgens KPN behoort de plicht tot het doen van investeringen in de ontwikkeling van een architectuur voor een tweede vorm van een al uitontwikkelde en in de markt staande dienst niet tot de reikwijdte van de verplichtingen in de Tw en de Verordening. KPN stelt daarbij dat zij in het kader van ASL&SS aanzienlijke investeringen dient te doen en dat er een aanzienlijk risico is dat zij haar investeringen in de splittersystemen niet zal kunnen terugverdienen. KPN meent dat het doorontwikkelen van de ASL&SS dienstverlening grote gevolgen heeft voor de prijsstelling voor zowel de ASL als de ASL&SS dienst.
52. Verder stelt KPN dat het ook vanuit economisch oogpunt geen wenselijke situatie is dat er twee verschillende vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet op één hoofdverdelers worden geïntroduceerd. De verhoogde kans op kwaliteitsvermindering zou ertoe kunnen leiden dat een hoofdverdelers geheel moet converteren naar een andere architectuur.

Geen strijd met non-discriminatiebeginsel

53. Ten aanzien van het door BaByXL aangevoerde argument dat KPN in strijd handelt met het beginsel van non-discriminatie, voert KPN het volgende aan. BaByXL heeft sinds 1 mei 2001 de mogelijkheid om 20 locaties voor 100 klanten per locatie dienstverlening te verzorgen op basis van ASL. Vanaf 1 juli 2001 heeft BaByXL de mogelijkheid om in vijf van de tien KPN-rayons in Nederland ongelimiteerd gedeelde toegang tot het aansluitnet af te nemen in de vorm van ASL.
54. De stelling van BaByXL dat KPN Carrier Services aan de Business Unit Breedband vanaf het begin van het bestaan van Mxstream een gedeelde toegangsdienst levert, is volgens KPN onjuist. De Business Unit Breedband krijgt, aldus KPN, volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet geleverd. Ook andere partijen kunnen volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet van KPN afnemen op basis van de "KPN Telecom ADSL Transmission Line Service" (hierna: ATL) en die vervolgens splitsen in een hoogfrequent en een laagfrequent deel, aldus KPN. KPN stelt dat, ten aanzien van het afnemen van een ATL lijn, voor BaByXL geen langere levertijden of hogere tarieven gelden dan voor KPN zelf.

55. Naar de mening van KPN is er geen grondslag voor het opleggen van de door BaByXL geformuleerde voorwaarden voor de door KPN geleverde (volledig) ontbundelde toegang tot het aansluitnet, met name omdat KPN met ingang van 1 september 2001 de ASL variant beschikbaar stelt en BaByXL de voorwaarden voor die gedeelde toegang reeds kent. De ASL&SS dienst hoeft volgens KPN niet door haar geleverd te worden.
56. Aangezien BaByXL volgens KPN tot 1 juni 2001 niet gereed was voor het afnemen van gedeelde toegang tot het aansluitnet, heeft zij in ieder geval tot die datum geen (financiële) schade kunnen leiden.

Verzoek KPN

57. KPN verzoekt het college om:
- BaByXL in haar verzoek om een spoedprocedure wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk te verklaren, en
 - alle door BaByXL geformuleerde verzoeken af te wijzen.

G. BEOORDELING VAN HET GESCHIL

58. Het college omschrijft het geschil tussen partijen als volgt: Partijen hebben geen overeenstemming bereikt over de vraag of het verzoek van BaByXL om beide mogelijke vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet een redelijk verzoek om bijzondere toegang in de vorm van ontbundelde toegang tot het aansluitnet is. Derhalve hebben partijen ook geen overeenstemming bereikt over de vraag of KPN verplicht is om de noodzakelijke informatie over de door BaByXL gevraagde vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet, oftewel een aanbod voor beide vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet, te verstrekken en BaByXL in staat te stellen de gevraagde toegang daadwerkelijk af te nemen. Voorts is BaByXL van oordeel dat KPN in strijd handelt met haar non-discriminatie verplichting door zichzelf gedeelde toegang tot het aansluitnet te bieden en BaByXL slechts in staat te stellen om volledig ontbundelde toegang af te nemen.
59. Gemakshalve zal het college in zijn beoordeling bij de door BaByXL verzochte vormen van bijzondere toegang aansluiten bij de door KPN terzake gehanteerde termen ASL en ASL&SS. Dit betekent overigens niet dat het college op voorhand instemt met een eventueel hieruit af te leiden beperking in de mogelijke vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet. Zoals reeds eerder aangegeven gaat het bij gedeelde toegang tot het aansluitnet om een vorm van bijzondere toegang, dat wil zeggen ongeacht de huidige en toekomstige vormen daarvan.
60. Het college zal het geschil mede aan de hand van de verschillende verzoeken van BaByXL beoordelen. Allereerst zal het college ingaan op zijn bevoegdheden en het spoedeisend belang van BaByXL. Vervolgens zal het college vordering I van BaByXL beoordelen. Ten slotte zal het college ingaan op vordering II van BaByXL. Het college overweegt thans het volgende.

1. Bevoegdheid van het college

61. In het wettelijk en regelgevend kader is reeds aangegeven dat het college op basis van de Tw bevoegd is geschillen inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet te beslechten.
62. Uit de aan het college voorgelegde feiten volgt dat BaByXL reeds op 29 maart 2000 een verzoek om gedeelde toegang tot het aansluitnet en het bekendmaken van de voorwaarden van die toegang bij KPN heeft ingediend. Nadien heeft BaByXL dit verzoek, soms mede namens andere aanbieders, meerdere malen herhaald waarbij zij KPN tevens heeft verzocht om (verder) in overleg te treden¹⁰.
63. Op 16 mei 2001 en nadien op 17 september 2001 heeft KPN een referentieaanbod gepubliceerd. Het college heeft het eerste aanbod van 16 mei 2001 beoordeeld in het zogenaamde RA ULL-oordeel. Zoals volgt uit die beoordeling is het betreffende aanbod van KPN onvoldoende. Het publiceren van een referentieaanbod neemt echter niet weg dat KPN een afzonderlijke verplichting heeft ten opzichte van BaByXL om op het verzoek van BaByXL te reageren en daartoe met BaByXL in overleg te treden. Dat KPN stelt zich in FIST verband voldoende te hebben ingespannen doet daar niets aan af. Immers, de besprekingen van KPN en aanbieders in het FIST en de reacties van KPN in het FIST zijn niet aan te merken als een individuele reactie van KPN op het verzoek van BaByXL. Zoals reeds meerdere malen door het college aan KPN is aangegeven, is het FIST een forum waarbinnen aanbieders op basis van vrijwillige deelname overleggen over de ontwikkelingen van nieuwe producten en diensten teneinde de implementatie daarvan te vergemakkelijken en de transparantie van de telecommunicatiesector te bevorderen. Het enkele feit dat aanbieders overleggen in het FIST ontslaat KPN niet van de verplichting om (individuele) verzoeken zorgvuldig in behandeling te nemen. Het college heeft reeds eerder aangegeven¹¹ dat een zorgvuldige behandeling inhoudt dat KPN gehouden is om individueel en binnen een redelijke termijn van twee weken de verzoekende partij schriftelijk te laten weten of KPN het ingediende verzoek zal honoreren en op welke termijn. Indien KPN van oordeel is dat er geen sprake is van een redelijk verzoek, dient zij het verzoek gemotiveerd af te wijzen. De argumenten van KPN terzake treffen dan ook geen doel.
64. Verder is het college van oordeel dat de argumenten van KPN dat BaByXL deel had kunnen nemen aan de pilots in het kader van gedeelde toegang tot het aansluitnet, geen doel treffen. Immers, het bieden van de mogelijkheid aan BaByXL om deel te nemen aan dergelijke pilots houdt geen verband met het door BaByXL ingediende verzoek om feitelijke toegang te verkrijgen en de voorwaarden voor die toegang te ontvangen. Bovendien is het bieden van de mogelijkheid om deel te nemen aan een testfase naar het oordeel van het college niet aan te merken als het bieden van de mogelijkheid om diensten ook daadwerkelijk en daarmee commercieel aan te bieden aan eindgebruikers.

¹⁰ Zoals volgt uit onder andere de brieven van 22 september, 3 oktober 2000, 17 januari 2001, 6 februari 2001, 23 maart 2001, 23 mei 2001 en 29 juni 2001 van BaByXL aan KPN.

¹¹ Onder meer in het besluit inzake het geschil Cistron-KPN d.d. 30 oktober 2000, OPTA/IBT/2000/202797 en het besluit inzake het geschil Eager-KPN d.d. 3 november 2000, OPTA/IBT/2000/202922.

65. Afgezien van het bovenstaande is het college er overigens, gezien de door BaByXL en KPN voorgelegde stukken, niet van overtuigd geraakt dat KPN zich in het FIST-verband voldoende heeft ingespannen om met aanbieders tot overeenstemming te komen. Immers, ondanks de uitdrukkelijke wens van aanbieders om gedeelde toegang in de variant waar de splitter door KPN wordt geleverd en beheerd, ASL&SS, heeft KPN de andere variant, ASL, ontwikkeld en in de markt gezet.
66. Gelet op het bovenstaande volgt uit de feiten dat KPN tot op heden geen, althans in onvoldoende mate, gehoor heeft gegeven aan het verzoek van BaByXL en partijen geen overeenkomst terzake tot stand hebben gebracht. Derhalve is het college op grond van artikel 6.10 jo. artikel 6.9 jo. artikel 6.3 Tw bevoegd in het onderhavige geschil de regels vast te stellen die tussen BaByXL en KPN zullen gelden.

2. Spoedeisend belang

67. BaByXL heeft de spoedeisendheid van de behandeling van het onderhavige geschil gebaseerd op het volgende. BaByXL stelt zij genoodzaakt is volledig ontbundelde toegang af te nemen omdat zij nog geen gebruik kan maken van (de door haar gewenste vorm van) gedeelde toegang. De voorwaarden voor ontbundelde toegang zijn echter zeer nadelig ten opzichte van de voorwaarden die KPN voor zichzelf hanteert in de vorm van Mxstream waardoor BaByXL schade lijdt. BaByXL stelt hierbij dat zij iedere dag dat zij geen gebruik van gedeelde toegang kan maken potentiële klanten en omzet mist en de achterstand ten opzichte van Mxstream verder oploopt.
68. Het college erkent dat de door BaByXL aangevoerde gronden voor haar verzoek de vereiste spoed aantonen. Gelet op de bewoordingen van artikel 6.3, derde lid, onder b, van de Tw is het college dan in beginsel gehouden een voorlopig besluit te nemen. Niettemin ziet het college af van het nemen van een voorlopig besluit.
69. Gezien de uitleg die de regering in de Memorie van Toelichting bij de Tw geeft aan de bevoegdheid van het college tot het nemen van een voorlopig besluit, waarin wordt gesteld dat het college een voorlopig besluit kan nemen, is beoogd het college enige beoordelingsruimte te laten bij de vraag of het spoedeisend belang een voorlopig besluit vordert. Zo kan het college tot de conclusie komen dat er bijzondere omstandigheden zijn die het afzien van een voorlopig besluit rechtvaardigen, hoewel er sprake is van een spoedeisend belang. Dergelijke omstandigheden kunnen aanleiding zijn op kortere termijn een definitief besluit te nemen. Nu het college voldoende inzicht heeft verkregen in de onderhavige problematiek, weerhouden geen omstandigheden het college ervan definitief uitsluitel te geven over het gevorderde. Het oordeel dat het spoedeisend belang geen voorlopig besluit vordert geldt te meer daar het verkrijgen van voorlopige duidelijkheid in het onderhavige geval wellicht onvoldoende soelaas biedt aan partijen. Het college is er dan ook van overtuigd dat de behandeling van het geschil meer gebaat is bij het nemen van een definitief besluit.
70. Naar de mening van het college worden de belangen van BaByXL door het overslaan van de stap van een voorlopig besluit gediend, terwijl de belangen van KPN door het overslaan van een dergelijke stap op generlei wijze geschaad worden.

71. Op grond van het bovenstaande wijst het college de vordering van BaByXL af, voor zover deze ziet op het verkrijgen van een voorlopig besluit, en neemt hierbij een definitief besluit.

3. Beoordeling vordering I BaByXL

72. In het onderhavige verzoek, vraagt BaByXL het college te bepalen dat KPN binnen twee weken een aanbod dient te doen voor gedeelde toegang in beide varianten, ASL en ASL&SS, en dat dit aanbod alle voorwaarden bevat die voor BaByXL noodzakelijk zijn om een verantwoorde keuze te maken tussen beide en in ieder geval de voorwaarden bevat die in de Verordening en de bijlage zijn vermeld alsmede de door het college gepubliceerde vereisten in acht neemt, zulks op straffe van een dwangsom.

Vormen van gedeelde toegang

73. Het college kan de stelling van KPN dat zij niet verplicht zou zijn om de twee door BaByXL gevraagde vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet aan te bieden en de voorwaarden daarvan bekend te maken, niet volgen. Noch uit de Tw noch uit de Verordening volgt dat KPN slechts één vorm van gedeelde toegang tot het aansluitnet dient aan te bieden. KPN dient redelijke verzoeken om bijzondere toegang in te willigen. Het enkele feit dat reeds een vorm van de gevraagde bijzondere toegang, ASL, beschikbaar is, vormt geen of onvoldoende grond om bij voorbaat een verzoek om bijzondere toegang in een andere vorm niet als redelijk aan te merken.
74. Bovendien is hierbij geen sprake van een zelfde vorm van gedeelde toegang tot het aansluitnet zoals KPN stelt, maar van twee verschillende vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet. Bij ASL wordt de splitter namelijk bij de Telco geplaatst en door de Telco beheerd, terwijl bij ASL&SS de splitter bij KPN wordt geplaatst en door KPN wordt beheerd. Aldus is hier sprake van een onderscheid tussen beide vormen. Overigens wordt dit als zodanig ook door KPN gesteld¹² waardoor zij zichzelf in dezen lijkt tegen te spreken.
75. Aangezien BaByXL KPN heeft verzocht om beide vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet en KPN heeft verzocht daar de voorwaarden van bekend te maken, dient KPN, gelet op het bovenstaande, aan het verzoek van BaByXL te voldoen, mits dit verzoek van BaByXL redelijk is.

Verzoek BaByXL om gedeelde toegang tot het aansluitnet

76. BaByXL verzoekt om gedeelde toegang tot het aansluitnet in de twee genoemde vormen. Ingevolge het wettelijk en regelgevend kader zijn beide vormen van toegang aan te merken als bijzondere toegang in de vorm van gedeelde toegang tot het aansluitnet. Daarom heeft BaByXL KPN verzocht om toegang zoals bedoeld in artikel 3, tweede lid, Verordening en artikel 6.9, eerste lid, Tw. Tevens heeft BaByXL KPN verzocht om aan haar de voorwaarden, zoals bedoeld in artikel 3, eerste lid, Verordening en artikel 6.9 jo. 6.5, onder c, Tw voor die beide vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet bekend te maken.

¹² Zoals volgt uit onder andere de brief van KPN van 11 juli 2001 aan BaByXL.

77. Ingevolge artikel 6.9, eerste lid, Tw en artikel 3, tweede lid, Verordening dient KPN te voldoen aan alle redelijke verzoeken om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk. Het college acht het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang tot het aansluitnet in de vorm van ASL in ieder geval een redelijk verzoek. Zulks wordt ook niet door KPN betwist. De redelijkheid van het verzoek van BaByXL tot gedeelde toegang tot het aansluitnet in de vorm van ASL&SS wordt echter wel door KPN betwist.

Redelijkheid verzoek ASL&SS

78. Zoals reeds in het bovenstaande is overwogen, is het college van oordeel dat het aanbieden van één vorm van gedeelde toegang tot het aansluitnet niet impliceert dat KPN nimmer verplicht is te voldoen aan een verzoek om gedeelde toegang tot het aansluitnet in een andere vorm, in casu ASL&SS. Dit verzoek dient echter wel redelijk te zijn.

79. Zoals volgt uit overweging 7 van de Verordening, impliceert een redelijk verzoek om ontbundelde toegang dat:

1. de toegang noodzakelijk is voor het verlenen van de diensten van de ontvanger, en
2. dat een afwijzing van het verzoek de concurrentie in deze sector verhindert, beperkt of verstoort.

80. Met "deze sector" wordt bedoeld "de sector voor het aanbieden van snelle datatransmissiediensten voor een permanente internettoegang en multimediatoepassingen op basis van "digital subscriber line"- technologie (DSL) alsmede van spraaktelefoniediensten"¹³ (hierna: DSL-sector).

Ad.1. Noodzakelijkheid

81. Gezien het eerste criterium dient het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang in de ASL&SS variant voor haar noodzakelijk te zijn teneinde haar diensten te kunnen verlenen. Zoals volgt uit de feiten, heeft BaByXL reeds bij brief van 29 maart 2000 bij KPN een verzoek om gedeelde toegang ingediend. Op dat moment bood KPN nog geen gedeelde toegang tot het aansluitnet, in welke vorm dan ook, aan. Het verzoek van BaByXL aan KPN omvat een verzoek om gedeelde toegang als zodanig. Dit verzoek van BaByXL is in een aantal brieven aan KPN, al dan niet in het kader van gezamenlijk optreden met meerdere aanbieders, verder uitgewerkt. Daarbij is steeds door BaByXL, al dan niet tevens namens andere aanbieders, aangegeven dat de ASL&SS variant de gewenste vorm van gedeelde toegang is die KPN haar dient te bieden.

82. Het college concludeert zowel uit de brieven van BaByxl en andere aanbieders aan KPN als omgekeerd, dat de betreffende aanbieders in beginsel gedeelde toegang in de variant van ASL&SS wensen. Tevens volgt uit de betreffende stukken dat deze aanbieders er bij KPN op hebben aangedrongen dat zij spoedig met een aanbod voor gedeelde toegang zou komen. In haar brief van 12 oktober 2000 stelt KPN: "KPN is er steeds vanuit gegaan dat ontwikkeling van een dergelijke dienst het beste in overleg met marktpartijen zou kunnen plaatsvinden, dit ook om te voorkomen dat een Line Sharing-dienst ontwikkeld zou kunnen worden die niet tegemoet zou komen aan de

¹³ Overweging 7 Verordening.

wensen van marktpartijen. KPN hoopt het overleg in de specialistengroep op een constructieve wijze voort te kunnen zetten om zo tot een spoedige introductie van een Line Sharing dienst te komen". Het college leidt hieruit af dat KPN de gedeelde toegangsdienst(en) zal ontwikkelen die partijen wensen en dat zij dit zal doen in samenspraak met aanbieders. Ook uit het referentieaanbod van KPN van 16 mei 2001 leidt het college af dat KPN voornemens was de ASL&SS variant als vorm van gedeelde toegang te ontwikkelen. KPN heeft in juli 2001 het college nog geïnformeerd dat de ASL variant als startoptie was geïntroduceerd met als belangrijkste reden de time-to-market. Naar het oordeel van het college heeft BaByXL er, samen met andere aanbieders, gerechtvaardigd op kunnen vertrouwen dat KPN de ASL&SS variant ontwikkelt en zal gaan aanbieden.

83. Uit de feiten volgt echter dat KPN uiteindelijk zelfstandig en op basis van haar eigen zogenoemde business cases, over is gegaan tot het ontwikkelen en aanbieden van een in eerste instantie niet door aanbieders gewenste variant, namelijk ASL. Kortom, KPN heeft ongeacht het verzoek van aanbieders en het specifieke verzoek van BaByXL om toegang in de vorm van ASL&SS gekozen voor een andere variant van gedeelde toegang. Daargelaten dat KPN ruim een jaar lang marktpartijen heeft voorgehouden ASL&SS te zullen ontwikkelen, overweegt het college het volgende.
84. KPN voert terzake het argument aan dat zij in het FIST met aanbieders, gelet op het time-to-market argument, heeft aangegeven dat eerst ASL als vorm van gedeelde toegang zal worden ontwikkeld en in de markt zal worden gezet. Wat daar ook van moge zijn, een dergelijke "afsprake" neemt niet weg dat het ontwikkelen en in de markt zetten van een andere variant noodzakelijk kan zijn.
85. Het college is van oordeel dat de door een aanbieder, in casu BaByXL, gevraagde diensteninrichting leidend dient te zijn bij het invullen van de dienst gedeelde toegang tot het aansluitnet. Het college heeft dit standpunt reeds eerder bij brief aan BaByXL en KPN kenbaar gemaakt en dit standpunt in het RA ULL-oordeel herhaald¹⁴.
86. Verder is het college van oordeel dat het aan BaByXL is om te bepalen welke vorm van gedeelde toegang tot het aansluitnet zij kiest en kan deze keuze uiteraard niet reeds op voorhand door KPN worden gemaakt. Het argument van KPN dat de ASL&SS geen basis biedt voor een bedrijfseconomisch verantwoorde keuze door BaByXL, omdat deze variant veel duurder is dan de ASL variant, treft dan ook geen doel. Immers, slechts BaByXL kan bepalen of zij de ASL&SS variant op een bedrijfseconomisch verantwoorde basis kan afnemen en deze keuze kan daardoor slechts door BaByXL zelf worden gemaakt. Het college kan zich daarentegen wel vinden in het argument van BaByXL dat zij van beide varianten de voorwaarden van KPN dient te kennen teneinde een bedrijfseconomisch verantwoorde keuze te kunnen maken tussen beide varianten. Dit geldt te meer nu BaByXL in de aangeboden ASL variant medeverantwoordelijk wordt voor het laagfrequente deel van de aansluitlijn dat voor spraaktelefonie wordt gebruikt. Naar het oordeel van het college is dit

¹⁴ Brief van OPTA aan BaByXL d.d. 1 maart 2001 (OPTA/IBT/2001/200368) alsmede het Oordeel van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten d.d. 29 juni 2001 (OPTA/IBT/2001/201679).

een verantwoordelijkheid die ten principale niet aan afnemers van gedeelde toegang kan worden opgelegd indien alternatieven mogelijk zijn.

87. Gezien het bovenstaande is het college van oordeel dat het argument van KPN dat het verzoek van BaByXL niet redelijk is omdat gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS voor haar niet nodig is om haar diensten aan te bieden, omdat KPN thans de ASL variant aanbiedt, geen doel treft. Overigens kan een gedurende lange periode, vanaf het moment van indienen van het verzoek bij KPN (maart 2000) tot het feitelijk aanbieden van ASL (september 2001), aan te merken redelijk verzoek niet onredelijk worden op het moment dat KPN een andere dan in eerste instantie gewenste variant van gedeelde toegang aanbiedt.

Ad. 2 Concurrentieverstoring

88. Ten aanzien van het tweede criterium, merkt het college allereerst op dat KPN haar argument dat het afwijzen van het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang tot het aansluitnet via ASL&SS de concurrentie niet wordt beperkt of verhinderd onvoldoende heeft onderbouwd, noch aannemelijk heeft gemaakt.

Creëren level playing field

89. De wetgever heeft aan de aangewezen aanbieder de verplichting opgelegd om toegang tot zijn aansluitnet te bieden teneinde een gelijk speelveld op de markt te creëren. Momenteel is van een dergelijk gelijk speelveld geen sprake. Immers, KPN beschikt als gevolg van haar vroegere exclusieve recht over een machtspositie op de lokale toegangsinfrastructuur overal in Nederland. Voor nieuwe aanbieders is het economisch niet haalbaar om deze lokale toegangsinfrastructuur van KPN volledig en binnen redelijke tijd te dupliceren. De ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN dient nieuwe aanbieders in staat te stellen om de concurrentie met KPN aan te gaan. Het bevorderen van de concurrentie en de economische efficiëntie waarvan de gebruiker kan profiteren, acht het college essentieel. Het college is van oordeel dat het afwijzen van het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS de concurrentie in de DSL-sector beperkt en verstoort. Het college overweegt hiertoe meer specifiek het volgende.

Verstoren concurrentie DSL-sector

90. Ten eerste heeft de beslissing van KPN voor het aanbieden van gedeelde toegang in de vorm van ASL tot gevolg dat BaByXL gedwongen is haar diensten via deze variant aan te bieden teneinde in de betreffende sector te kunnen concurreren terwijl een alternatief mogelijk en gevraagd is. Door deze gedwongen keuze heeft KPN in feite op voorhand bepaald op welke wijze BaByXL dient te concurreren. Een dergelijke door KPN vooraf gemaakte keuze acht het college, vooral gezien de ongelijke machtsverhoudingen¹⁵ tussen KPN en BaByXL en de afhankelijkheid van BaByXL voor het afnemen van gedeelde toegang van KPN, onredelijk en concurrentiebelemmerend.

¹⁵ Zie ook overweging 10 van de Verordening.

91. Ten tweede dient BaByXL inzake de ASL variant haar collocatieruimten te gebruiken voor het plaatsen van splitters ten behoeve van gedeelde toegang tot het aansluitnet terwijl zij dit niet wenst en er alternatieve mogelijkheden zijn. KPN heeft overigens altijd gesuggereerd dat ASL&SS een alternatief vormt. Het college acht het niet alleen niet redelijk dat BaByXL haar collocatieruimten dient te gebruiken terwijl ASL&SS een alternatief is¹⁶, maar zeker ook niet bevorderend voor de concurrentie in de DSL-sector. Meer specifiek overweegt het college het volgende.
92. Zoals reeds eerder gesteld impliceert de ASL variant dat BaByXL de splitter, voor het splitsen van het hoog- en laagfrequente deel, in haar collocatieruimte plaatst. ASL&SS impliceert dat KPN de splitter in of nabij de nummercentrale plaatst. Het plaatsen van splitters in de collocatieruimte van de BaByXL gaat ten koste van de capaciteit van die ruimte van BaByXL. Hierdoor is minder ruimte aanwezig om eindgebruikers aan te sluiten. Logischerwijs bemoeilijkt dit de mogelijkheden van BaByXL om toe te treden en te concurreren op de betreffende markt en een marktaandeel te behalen c.q. te vergroten. Aangezien ook alle andere aanbieders die gedeelde toegang wensen thans de ASL variant dienen af te nemen teneinde te kunnen concurreren, geldt dit eveneens voor al die aanbieders.
93. Daarnaast wordt de concurrentie belemmerd doordat KPN in staat is op doelmatiger wijze splitters te plaatsen dan de afnemers van gedeelde toegang. Afnemers dienen afzonderlijk in één keer een investering voor vele lijnen te doen, hoewel zij deze in veel gevallen niet direct optimaal zullen kunnen benutten. KPN kan de splitters vullen ten behoeve van meerdere aanbieders en de kosten voor het aanschaffen van een splitterbank terstond doorberekenen aan die aanbieders. Het college is daarmee van oordeel dat het juist inefficiënt en kostenverhogend is wanneer iedere aanbieder afzonderlijk splitters dient aan te schaffen, terwijl KPN splitters voor de gehele markt kan aanschaffen.
94. Een verdere belemmering van de concurrentie is te vinden in het feit dat in de ASL variant het telefoniesignaal door de collocatieruimte van BaByXL komt. Nadat het breedbandgedeelte van het telefoniegedeelte door BaByXL is gesplitst, dient BaByXL het telefoniegedeelte naar KPN terug te lussen. BaByXL dient KPN, althans zo stelt KPN, dan ook toe te laten in haar collocatieruimte, met name wanneer zich storingen in het telefoniesignaal voordoen. Deze aan KPN te verlenen toegang en de daarmee verbonden werkzaamheden kunnen direct van invloed zijn op de dienstverlening van BaByXL. Reden waarom BaByXL stelt dat KPN de dienstverlening van BaByXL dient te waarborgen. Naar de mening van BaByXL dienen daaromtrent afspraken, zoals Service Level Agreements te worden gemaakt. Uit het door KPN gepubliceerde referentieaanbod van 17 september 2001 volgt echter dat KPN eenzijdig de voorwaarden terzake stelt en onder andere aangeeft dat de afnemer van ASL verantwoordelijk is voor de overdracht van het telefoniesignaal in haar collocatieruimte en het

¹⁶ Oordeel van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten d.d. 29 juni 2001 (OPTA/IBT/2001/201679).

signaleren van storingen in het telefoniesignaal. Ook stelt KPN daarin dat de afnemer van ASL storingen in haar eigen collocatieruimte (80% binnen 48 uur) dient op te lossen.

95. De concurrentie wordt beperkt en verstoord doordat het telefoniesignaal door het domein van de andere aanbieder, in dit geval BaByXL, gaat en KPN daartoe verplichtingen aan die aanbieder oplegt omdat deze de verantwoordelijke zou zijn voor het telefoniegedeelte dat door het domein van die aanbieder gaat. In de ASL&SS variant, waar de splitter bij KPN staat, wordt het telefoniesignaal niet via de collocatieruimte van BaByXL teruggelust naar de nummercentrale van KPN, maar wordt deze bij KPN zelf gesplitst. Hierdoor blijft het telefoniegedeelte geheel bij KPN en blijft derhalve de verantwoordelijkheid voor het telefoniesignaal volledig bij KPN. Dientengevolge kan in laatstgenoemde variant de concurrentie niet op zodanige wijze worden beperkt of verstoord en bovendien wordt het telefoniesignaal niet blootgesteld aan storingen die KPN zegt te vrezen in de collocatieruimte van BaByXL.
96. Gelet op het bovenstaande komt het college tot het oordeel dat het afwijzen van het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS de concurrentie in de DSL-sector beperkt en verstoort.

Conclusie ten aanzien van noodzakelijkheid en concurrentieverstoring

97. Naar het oordeel van het college dienen beide criteria, noodzakelijkheid en concurrentieverstoring, in onderlinge samenhang te worden bekeken teneinde vast te stellen of thans sprake is van een redelijk verzoek. Aangezien KPN thans ASL aanbiedt kan betoogd worden dat BaByXL de mogelijkheid heeft om haar diensten aan eindgebruikers aan te bieden. Echter, de ASL variant is een door KPN gemaakte keuze. Het alleen aanbieden van deze variant terwijl een alternatief, ASL&SS, mogelijk is welke bovendien door BaByXL en meerdere aanbieders gewenst is, belemmert de concurrentie. Met andere woorden, het afwijzen van het verzoek van BaByXL om tevens gedeelde toegang te verkrijgen in de ASL&SS variant beperkt en verstoort de concurrentie. Het college is dan ook van oordeel dat het verzoek van BaByXL om gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS als een redelijk verzoek dient te worden aangemerkt.

Bedrijfseconomische risico's

98. Naar de mening van KPN zou het college ondanks bovenstaande constatering dat sprake is van een redelijk verzoek toch moeten oordelen dat het verzoek van BaByXL onredelijk is vanwege de bedrijfseconomische risico's die KPN hierbij zou lopen. KPN voert hiertoe aan dat zij aanzienlijke investeringen dient te doen en er een aanzienlijk risico is dat KPN haar investeringen uiteindelijk niet zal kunnen terugverdienen.
99. De betreffende investeringen hebben volgens KPN betrekking op de extra kosten per nummercentrale die zij, in de ASL&SS variant, dient te maken. KPN noemt terzake de volgende kostenposten: kosten voor extra netwerkelementen in de KPN-systemen, kosten voor de splitter, kosten voor een elektronische verdeler of kosten voor het teruglussen, kosten voor extra voorraad op de hoofdverdeler en kosten voor aanpassing van de ruimte ten behoeve van de splitterbanken.

100. Verder dient KPN naar haar mening per maand extra kosten te maken voor de ruimte op de splitterbank, de extra voorraad op de hoofdverdelers of de elektronische verdelers en de projectkosten.
101. Ten slotte dient KPN naar haar mening nog extra kosten te maken voor ontwikkeling van de ASL&SS dienst en extra netwerkelementen, de zogenaamde ontwikkelingskosten. In het totaal komt KPN op een bedrag van NLG 48 miljoen investeringen, waarbij de ontwikkelingskosten op NLG 10 miljoen worden geschat.
102. KPN stelt dat gezien haar kostenplaatje het maandtarief voor het afnemen van ASL&SS zodanig hoog zal zijn dat vaststaat dat aanbieders nooit in deze dienst geïnteresseerd zullen zijn en nooit in betekenisvolle mate zullen afnemen. Dientengevolge zijn haar investeringen in het ontwikkelen van ASL&SS variant waardeloos, aldus KPN.
103. Allereerst merkt het college op dat de betreffende "bedrijfseconomische risico's" geen juridische grond, noch in de Tw noch in de Verordening, vormen voor het als onredelijk aanmerken van een verzoek. Indien de wetgever dit had gewenst, dan was dit ook als zodanig door hem opgenomen. Desalniettemin acht het college het van belang en redelijk op hetgeen KPN ter zake stelt in te gaan, vooral vanwege het feit dat het doen van investeringen door KPN als zeer zwaarwegend in het geschil naar voren wordt gebracht.
104. Het college heeft KPN meerdere malen verzocht de door KPN naar voren gebrachte kosten nader te onderbouwen. Dienaangaande merkt het college allereerst op dat KPN aangeeft dat de door haar gestelde ontwikkelingskosten van 10 miljoen gebaseerd zijn op schattingen op basis van eerdere trajecten, zoals de ontwikkeling van ASL en ATL. De door KPN gestelde kosten die zij zou moeten maken voor het aanbieden en ontwikkelen van ASL&SS worden in overwegende mate door BaByXL weersproken. In het navolgende zal het college een en ander nader overwegen.
105. Ten eerste heeft KPN in haar onderbouwing van de kosten een aantal aannames geformuleerd welke naar de mening van BaByXL een onjuiste voorstelling van zaken geven. KPN stelt dat zij inzake de financieel-economische haalbaarheid van de ASL&SS variant rekening heeft gehouden met de investeringen die door Telco's zouden moeten worden gemaakt bij enerzijds de ASL variant en anderzijds de ASL&SS variant. Het college merkt hierbij op dat KPN geenszins inzichtelijk heeft gemaakt op welke wijze zij dit heeft gedaan, welke kosten daarin betrokken zijn en wat de hoogte van die kosten is. Het college constateert dat in ieder geval uit het antwoord van KPN¹⁷ op vraag 1 van de brief van het college van 6 september 2001, waarin KPN een opsomming van de kosten geeft, dat KPN daarbij in ieder geval niet de kosten voor Telco's inzake de ASL variant heeft betrokken. Het voorgaande daargelaten wenst het college nog het volgende op te merken.

¹⁷ Bijlagen bij de pleitnotities van KPN inzake KPN/BaByXL – gedeelde toegang d.d. 11 september 2001

106. Ten aanzien van de ruimte die benodigd is voor de plaatsing van splitterapparatuur, gaat KPN er blijkbaar van uit dat de ASL variant voordeliger is omdat BaByXL, en de andere aanbieders, DSLAM's zouden gebruiken die standaard voorzien zijn van splitters, namelijk een laagfrequent filter. Volgens KPN is het eenvoudig voor een Telco om daarbij een hoogfrequent filter te plaatsen. Uit hetgeen BaByXL ter zitting heeft gesteld en de door BaByXL ingebrachte stukken¹⁸ volgt echter dat KPN uitgaat van onjuiste aannames. BaByXL gebruikt namelijk geen DSLAM's waarin de betreffende splitters zijn ingebouwd. Naar het oordeel van het college treft het argument van KPN terzake dan ook geen doel. Kortweg is dus voor de ASL-variant wel extra ruimte in de collocatieruimte van BaByXL vereist en kunnen logischerwijs de kosten van ASL, met name doordat wellicht meerdere aanbieders kosten dienen te maken voor het aanschaffen van splitters, niet zoals KPN stelt aanzienlijk lager zijn dan wanneer de splitters door KPN zelf moeten worden aangeschaft. KPN is aldus van een onjuiste voorstelling van zaken uitgegaan. Immers, voor de ASL dienstverlening dienen wel, in tegenstelling tot hetgeen KPN beweert, additionele investeringen in splitters te worden gedaan en wel door de Telco's.
107. Ten tweede stelt KPN dat zij voor de splitterapparatuur voor 720 lijnen NLG 48.000,-- kwijt zal zijn. Aangezien BaByXL gebruik maakt van de door KPN goedgekeurde splitters die volgens BaByXL ongeveer een derde van de door KPN gestelde prijs zouden zijn, acht het college het niet op voorhand aannemelijk dat de door KPN gestelde kosten ook daadwerkelijk zouden moeten worden gemaakt. Overigens zijn de door BaByXL gebruikte splitters zowel voor ASL als ASL&SS te gebruiken.
108. Ten derde stelt KPN dat zij kosten moet maken voor aanpassing van de ruimte ten behoeve van splitterbanken. BaByXL stelt dat volgens KPN geen schaarste meer bestaat op verschillende nummercentrales en splitters passieve apparatuur dienen te zijn. BaByXL geeft aan dat zij zich geen voorstelling kan maken van de kosten die volgens KPN benodigd zijn voor de gestelde aanpassingen, omdat van gebrek aan ruimte geen sprake kan zijn. Wat hier ook van moge zijn, het college is van oordeel dat KPN desgevraagd de kosten en onderliggende argumenten niet voldoende transparant en onderbouwd heeft weergegeven.
109. Ten vierde stelt BaByXL dat de aanname van KPN dat voor de ontwikkeling van ASL&SS geheel nieuwe kosten dienen te worden gemaakt onjuist is. Naar de mening van BaByXL is met de ontwikkeling van Mxstream en ASL al veel voorwerk verricht waardoor verschillende kostenposten thans kunnen worden overgeslagen bij de implementatie van ASL&SS. Ook ten aanzien van dit onderdeel beschikt het college over te weinig informatie van KPN om de door haar aangevoerde kosten op hun daadwerkelijke waarde te kunnen beoordelen. Overigens is, zoals reeds eerder aangegeven, het voornaamste verschil tussen ASL en ASL&SS de plek waar de splitter geplaatst wordt. Logischerwijs zouden dan de extra te maken kosten voornamelijk gerelateerd dienen te zijn aan dit onderscheid tussen beide varianten.

¹⁸ Brief van BaByXL aan het college d.d. 16 oktober 2001.

Conclusie ten aanzien van bedrijfseconomische risico's

110. Gelet op het bovenstaande is het college van oordeel dat de conclusie van KPN dat het plaatsen van een splitter in het domein van de Telco, zoals BaByXL, zowel voor de Telco's als voor KPN de beste oplossing voor een gedeelde toegangsdienst niet aannemelijk is, vooral omdat KPN van een aantal onjuiste en door BaByXL betwiste aannames is uitgegaan. Verder constateert het college dat de onderbouwing van de kosten van KPN onvoldoende transparant en volledig is en het nog de vraag is in hoeverre de door KPN beweerde kosten daadwerkelijk dienen te worden gemaakt. De door KPN gestelde bedrijfseconomische risico's vormen geen grond, juridisch noch feitelijk, om het redelijke verzoek van BaByXL alsnog als onredelijk aan te merken.
111. Ten aanzien van de door KPN gestelde kosten, is het college van oordeel dat een duidelijk onderscheid dient te worden gemaakt in de kosten die gemaakt dienen te worden voor het doen van een aanbod voor gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS en de kosten die dienen te worden gemaakt voor het verlenen van de feitelijke dienstverlening. BaByXL verzoekt in het onderhavige geschil om KPN te verplichten een aanbod voor ASL&SS te doen. Voor het doen van een aanbod, terzake waarvan KPN stelt dat zij NLG 10 miljoen ontwikkelingskosten dient te maken, geldt dat daarbij de kosten voor de feitelijke dienstverlening niet relevant zijn. Deze kosten worden immers pas gemaakt indien een aanbieder op het aanbod van KPN ingaat en de ASL&SS dienst ook daadwerkelijk van KPN wenst af te nemen op basis van een overeenkomst, waarbij deze afnemer zich dus ook verplicht tot het betalen van kostengeoriënteerde tarieven. Het college is aldus van oordeel dat de door KPN opgevoerde kosten, anders dan de ontwikkelingskosten, niet relevant zijn voor de afweging of het verzoek om een aanbod afgewezen dient te worden.
112. Zoals volgt uit artikel 6.10 Tw jo. artikel 3, derde lid, Verordening jo. artikel 6.6 Tw dient KPN de tarieven voor gedeelde toegang op kosten te baseren en op transparante wijze te bepalen. Het niet voldoen aan vorengenoemde verplichtingen levert een overtreding van de betreffende bepalingen op.
113. Ten aanzien van de ontwikkelingskosten is het college van oordeel dat KPN met name de hoogte daarvan niet aannemelijk noch inzichtelijk heeft gemaakt. Voorts is het college van oordeel dat het door KPN veronderstelde bedrijfseconomisch risico niet zodanig is dat dit een afwijzing van het verzoek om een aanbod rechtvaardigt. Het is KPN immers toegestaan deze kosten door te berekenen conform de beginselen neergelegd in de EDC-systematiek en met inachtneming van hetgeen het college heeft bepaald c.q. overwogen in de Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten¹⁹ en het Besluit Bepaling van de door KPN Telecom B.V. voor de periode 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren tarieven²⁰.

¹⁹ Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten d.d. 13 april 2001 (OPTA/IBT/2001/200850)

²⁰ Besluit van 29 juni 2001 (OPTA/IBT/2001/201828) alsmede de motivering van dat besluit neergelegd in Motivering van het besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van 29 juni 2001 d.d. 5 juli 2001 (OPTA/IBT/2001/201881)

114. De kosten voor de feitelijke dienstverlening kunnen eerst aan aanbieders worden doorberekend nadat KPN deze kosten ook daadwerkelijk heeft gemaakt. Ook ten aanzien van de hoogte van de door KPN terzake aangevoerde kosten, is het college van oordeel dat deze niet aannemelijk zijn gemaakt en het nog maar de vraag is in hoeverre KPN de beweerdde kosten daadwerkelijk zal maken. Het college gaat er daarbij van uit dat KPN in staat is de daadwerkelijke investeringen voor de feitelijke dienstverlening af te stemmen op de als gevolg van het aanbod ontstane vraag naar die dienstverlening. Uiteraard geldt voor de doorberekening van deze kosten aan aanbieders hetzelfde als hierboven is overwogen.

Technische haalbaarheid

115. Ten aanzien van de argumenten van KPN inzake de technische haalbaarheid, merkt het college op dat uit artikel 3, tweede lid, Verordening volgt dat een verzoek alleen kan worden afgewezen op grond van objectieve criteria die betrekking hebben op de technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. Naar het oordeel van het college heeft KPN noch voldoende aangetoond noch voldoende aannemelijk gemaakt dat dergelijke gronden zich in het onderhavige geval voordoen. De beslissing van KPN om de ASL&SS variant niet verder te ontwikkelen ondanks de uitdrukkelijke wens van BaByXL en andere aanbieders, lijkt eerder te zijn ingegeven door de aannahme van KPN dat de investeringen die zij stelt te moeten maken niet op korte termijn, 5 jaar, zouden kunnen worden terugverdiend. Ook deze aannahme van KPN lijkt onjuist te zijn.

116. Ten eerste is in het bovenstaande reeds aangegeven dat niet vaststaat welke kosten KPN daadwerkelijk dient te maken en zijn bovendien de kosten voor Telco's in de ASL variant naar alle waarschijnlijkheid veel hoger dan KPN aanneemt. Ten tweede heeft KPN niet aangetoond dat slechts BaByXL interesse in afname van gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS heeft. Aanbieders hebben steeds en gedurende ruim een jaar aan KPN hun voorkeur voor de ASL&SS variant kenbaar gemaakt. Ten derde acht het college het argument van KPN dat het ontwikkelen van de ASL&SS variant technisch niet haalbaar is, niet aannemelijk. Immers, KPN heeft gedurende een jaar gesteld deze variant te zullen ontwikkelen en het college constateert bovendien dat bijvoorbeeld in Frankrijk de ASL&SS variant feitelijk wordt aangeboden. Het college gaat er van uit dat een bedrijf met de ervaring van KPN reeds op een eerder tijdstip tot de conclusie zou zijn gekomen dat het ontwikkelen van een bepaalde dienst technisch niet haalbaar is.

117. Ten aanzien van het argument van KPN inzake de bescherming van de kwaliteit van de telefoniedienst, kan het college BaByXL volgen in haar argument dat deze bescherming juist minder evident is bij de ASL variant dan bij de ASL&SS variant. Immers, het telefoniesignaal loopt in de ASL variant via de collocatieruimte van de Telco's, in de ASL&SS variant behoudt KPN juist de controle over het volledige pad van het telefoniesignaal. Daarnaast kan het college KPN niet volgen in haar stelling dat een afstand van 10 meter tussen de filters een veilige afstand is voor het telefoniesignaal. KPN heeft het argument dat bij ASL&SS ten opzichte van ASL een kwaliteitsvermindering in het telefoniesignaal kan optreden niet aannemelijk gemaakt. Dit geldt ook voor de overige argumenten die KPN daarbij aanvoert.

118. Verder voert KPN terzake van de kwaliteit van het telefoniesignaal aan dat dit reeds met OPTA is besproken. KPN verwijst daarbij naar een e-mail van 2 augustus 2001 van KPN aan een medewerker van OPTA. Het college wenst hierbij slechts op te merken dat OPTA meerdere malen op het betreffende e-mail bericht van KPN heeft gereageerd heeft, waarbij overigens is aangegeven dat OPTA KPN niet kan volgen. Tot op heden heeft KPN niet gereageerd. Ten slotte heeft KPN geen argumenten aangevoerd waarom het ontwikkelen van ASL&SS technisch niet haalbaar is en wat daar de objectieve criteria voor zijn. Derhalve heeft KPN haar standpunt dat er een verhoogde kans op kwaliteitsvermindering bestaat niet alleen onvoldoende onderbouwd, maar ook niet aannemelijk gemaakt.

Conclusie ten aanzien van de redelijkheid van de verzoeken om ASL en ASL&SS

119. Op grond van het bovenstaande is het college van oordeel dat het verzoek van BaByXL om beide vormen van gedeelde toegang tot het aansluitnet en het bekendmaken van de voorwaarden daarvan, aan te merken is, zowel afzonderlijk als gezamenlijk, als een redelijk verzoek ex artikel 6.10 Tw jo. artikel 3, tweede lid, Verordening, jo. artikel 6.9, eerste lid, Tw. De door KPN aangevoerde argumenten inzake de bedrijfseconomische risico's en de technische haalbaarheid van de ASL&SS variant treffen geen doel. Mitsdien is thans geen objectieve grond aanwezig welke het afwijzen van het verzoek van BaByXL kan rechtvaardigen.

120. Aangezien BaByXL een redelijk verzoek bij KPN heeft ingediend tot gedeelde toegang tot het aansluitnet, is KPN ingevolge artikel 6.10 Tw jo. artikel 3, tweede lid, verordening, jo. artikel 6.9, eerste lid, Tw verplicht aan BaByXL deze toegang te verlenen. Aangezien KPN de door BaByXL verzochte toegang tot op heden niet heeft geboden, handelt KPN in strijd met vorengenoemde bepalingen.

Bekendmaken van voorwaarden gedeelde toegang tot het aansluitnet

121. Zoals volgt uit de feiten heeft BaByXL KPN meerdere malen verzocht om aan haar de voorwaarden voor beide varianten van gedeelde toegang tot het aansluitnet kenbaar te maken. Het argument van KPN dat BaByXL niet zou hebben aangegeven welke voorwaarden KPN aan haar bekend dient te maken is onjuist.

122. BaByXL heeft wel degelijk aangegeven welke voorwaarden KPN kenbaar dient te maken. Zo volgt uit verschillende brieven van BaByXL aan KPN, dat KPN onder andere verzocht wordt de voorwaarden inzake tarieven, termijnen, door KPN verschuldigde bedragen bij overschrijding van die termijnen en wijze van orderen. Het argument van KPN kan echter ook geen doel treffen, omdat KPN wettelijk verplicht is de voorwaarden op verzoek kenbaar te maken. In de Verordening en het RA ULL-oordeel is aangegeven welke voorwaarden KPN minimaal bekend dient te maken. KPN dient daarom aan BaByXL zoals verzocht de voorwaarden, welke minimaal de in het wettelijk en regelgevend kader weergegeven elementen bevatten, voor beide verzochte varianten van gedeelde toegang tot het aansluitnet aan BaByXL bekend te maken.

Conclusie ten aanzien van vordering I van BaByXL

123. Gelet op het bovenstaande komt het college tot de volgende conclusie. Het college wijst het verzoek van BaByXL toe met dien verstande dat KPN een aanbod dient te doen voor gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS. Dit aanbod dient minimaal de voorwaarden te bevatten genoemd in de bijlage bij de Verordening, zoals weergegeven in het wettelijk en regelgevend kader, en de eisen die het college daaraan in het RA ULL-oordeel heeft gesteld op 29 juni 2001. Ten aanzien van het doen van een aanbod voor gedeelde toegang in de vorm van ASL, merkt het college op dat KPN reeds een aanbod heeft gedaan. Uiteraard geldt ook hiervoor dat dit aanbod aan het voorgaande dient te voldoen. Momenteel ligt het aanbod van KPN van 17 september 2001 ter beoordeling voor bij het college. Aangezien het college niet vooruit wenst te lopen op die beoordeling, zal het college een beoordeling van die voorwaarden ten aanzien van het onderhavige geschil buiten beschouwing laten.
124. Ten aanzien van het verzoek van BaByXL om KPN te verplichten om binnen twee weken een aanbod te doen voor gedeelde toegang, thans in de vorm van ASL&SS, overweegt het college het volgende. Zoals volgt uit het bovenstaande heeft BaByXL reeds in maart 2000 een verzoek om gedeelde toegang bij KPN ingediend en is dit verzoek meerdere malen herhaald. KPN heeft gedurende ruim een jaar niet individueel gereageerd op het verzoek van BaByXL, maar wel gedurende die gehele periode kenbaar gemaakt de ASL&SS variant te zullen ontwikkelen en aanbieden. Mede gelet op het laatste, acht het college het aannemelijk dat KPN reeds voorbereidend werk heeft verricht voor het doen van een aanbod voor gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS. Desalniettemin acht het college het onredelijk KPN te verplichten om binnen twee weken een aanbod te doen, omdat het college zich kan voorstellen dat het doen van een aanbod conform de eisen neergelegd in dit besluit, meer tijd vergt. Het college is dan ook van oordeel dat KPN, mede gelet op het belang van het bevorderen van de concurrentie, zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zes weken na dagtekening van dit besluit een aanbod aan BaByXL dient te doen, welk aanbod voldoet aan de in de Verordening, Tw en het RA ULL-oordeel gestelde eisen.
125. Gezien het bovenstaande en teneinde het college en BaByXL inzicht te verschaffen in de ontwikkeling van het betreffende aanbod van KPN, dient KPN het college en BaByXL binnen twee weken na dagtekening van dit besluit een (technische) beschrijving van de ASL&SS dienst alsmede een planning inzake het ontwikkelen van het aanbod van die dienst in de daarop volgende vier weken dient te doen toekomen.
126. KPN dient gelijktijdig met het aanbod het college een tariefvoorstel alsmede een onderbouwing van het tarief, voor te leggen dat conform de EDC-systematiek en met inachtneming van de Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten²¹ en het Besluit Bepaling van de door KPN Telecom B.V. voor de periode 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 voor

²¹ Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten d.d. 13 april 2001 (OPTA/IBT/2001/200850)

interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren tarieven²², moet worden vastgesteld. KPN dient eveneens gelijktijdig naar BaByXL inzichtelijk te maken uit welke kostenelementen het tarief voor ASL&SS is opgebouwd.

127. BaByXL heeft het college tevens verzocht om KPN terzake een last onder dwangsom op te leggen. Het college gaat er vooralsnog van uit dat oplegging van een dwangsom niet nodig is om naleving van dit besluit te verzekeren. Het college wijst daarom het verzoek van BaByXL om oplegging van een last onder dwangsom af. Echter, indien KPN niet binnen de daartoe gestelde termijn aan het bovenstaande voldoet, zal het college zich genoodzaakt zien nadere (handhavings)maatregelen jegens KPN te treffen.

4. Beoordeling vordering II

128. In het onderhavige geschil verzoekt BaByXL het college de onder 1, 2, 3, en 4 onder E, verzoek BaByXL, vermelde voorwaarden vast te stellen. Aangezien BaByXL terzake aanvoert dat KPN discriminatoir handelt omdat zij Mxstream aanbiedt, zal het college allereerst op dit aspect ingegaan. Vervolgens worden de specifieke verzoeken van BaByXL beoordeeld.

Discriminatie inzake Mxstream dienstverlening

129. Naar de mening van BaByXL levert KPN zichzelf al meer dan een jaar gedeelde toegang in de vorm van Mxstream en handelt zij daardoor in strijd met het non discriminatiebeginsel. Verder stelt BaByXL dat indien zou blijken dat KPN volledig ontbundelde toegang aan zichzelf levert, zij daarmee ook in strijd met het non discriminatiebeginsel handelt. Volgens KPN is bij Mxstream sprake van volledig ontbundelde toegang. KPN is van oordeel dat zij op dit punt met het leveren van Mxstream non discriminatoir handelt, aangezien zij ook volledig ontbundelde toegang levert aan andere aanbieders. Het college overweegt dienaangaande het volgende.
130. Ingevolge artikel 3, tweede lid, Verordening en artikel 6.9, tweede lid, jo. artikel 6.5 Tw mag KPN niet discrimineren tussen haarzelf en andere aanbieders in de voorwaarden die worden gehanteerd bij levering van bijzondere toegang in de vorm van ontbundelde toegang tot het aansluitnet. Uit overweging 12 bij de Verordening volgt dat KPN bij het leveren van informatie en ontbundelde toegang aan derden daarbij de voorwaarden en kwaliteit dient te betrachten die zij in acht neemt wanneer zij levert aan haar eigen diensten of aan met haar geassocieerde ondernemingen.
131. Het college dient voor zijn beoordeling van de hierboven uiteengezette vorm van discriminatie een dienst van KPN te definiëren die te vergelijken is met de dienst die de Telco in kwestie, BaByXL, aanbiedt. BaByXL wil een breedbandinternetdienst aanbieden op dezelfde aansluitlijn als waarop KPN haar telefoniedienst aanbiedt. De hiermee vergelijkbare dienst is Mxstream. Hoewel deze dienst door de interne structuur van KPN niet kan worden aangemerkt als aangeboden door een

²² Besluit van 29 juni 2001 (OPTA/IBT/2001/201828) alsmede de motivering van dat besluit neergelegd in Motivering van het besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van 29 juni 2001 d.d. 5 juli 2001 (OPTA/IBT/2001/201881)

zelfstandige aanbieder en er één rekening wordt opgemaakt voor abonnees die zowel vaste telefonie als breedbandinternet van KPN afnemen, is deze dienst functioneel en operationeel zodanig van de telefonie te onderscheiden dat hij met de door BaByXL geboden dienst aan eindgebruikers kan worden vergeleken.

132. De Business Unit Breedband van KPN, die de Mxstream dienst feitelijk verzorgt, neemt hiertoe een aansluitlijn af van Business Unit Carrier Services van KPN. Of deze nu volgens de interne boekhoudkundige toerekening van KPN volledig ontbundeld wordt afgenomen, waarna het spraakgedeelte wordt "teruggelust" naar de Business Unit Vaste Telefonie die de telefoniedienst aanbiedt, dan wel gedeeld wordt afgenomen, maakt voor de vergelijking met de dienst die BaByXL hier wil afnemen niet uit. In beide scenario's dient de wijze waarop de Business Unit Breedband het deel van de lijn verkrijgt waarover breedband internet wordt aangeboden, te worden beschouwd als gedeelde toegang. Het "doorverkopen" van het spraakgedeelte van de lijn aan Business Unit Vaste Telefonie is voor andere aanbieders immers niet mogelijk.
133. Gelet op het bovenstaande wordt ten behoeve van de Mxstream dienstverlening het laag- en hoogfrequente gesplitst waarbij het onderdeel van KPN dat Mxstream levert het breedbandgedeelte gebruikt en het telefoniegedeelte wordt teruggelust als gevolg waarvan het onderdeel van KPN dat de telefoniedienst levert het aansluitnet blijft gebruiken om de telefoniedienst te leveren. Gezien de definitie van gedeelde toegang in de Verordening, wordt binnen KPN aldus in ieder geval vanaf het moment dat Mxstream geleverd werd (juni 2000) iets aan haar eigen diensten geleverd wat aan BaByXL niet wordt geleverd, namelijk gedeelde toegang. Immers, voor het verlenen van de breedbanddienst Mxstream, wordt gebruik gemaakt van het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum van de metalen aderpennen.
134. Overigens wijst het college er met nadruk op dat hij de door KPN ter zitting aangevoerde entiteit "KPN Retail" (bestaande uit verschillende business units en als zodanig geen helder te onderscheiden onderdeel van het bedrijf) niet beschouwt als het onderdeel van KPN dat met BaByXL dient te worden vergeleken. Zoals hiervoor reeds aangegeven is, gaat het om de vergelijking van de concurrerende diensten. BaByXL biedt alleen breedbandinternet aan. Voor de vergelijking ter beoordeling van het verbod op discriminatie kan dan ook niet worden aangevoerd dat BaByXL in andere omstandigheden verkeert dan "KPN Retail" omdat ze zelf ervoor heeft gekozen geen telefonie aan te bieden. Niet het pakket dat KPN aanbiedt is in dit geval leidend, maar de dienst die de andere aanbieder aanbiedt.

Conclusie ten aanzien van discriminatie door KPN

135. Gelet op het voorgaande komt het college tot het oordeel dat KPN met de dienst Mxstream zichzelf een dienst heeft geboden onder voorwaarden die zij niet aan andere aanbieders heeft geboden. Aangezien KPN eerst sinds september 2001 ASL als vorm van gedeelde toegang aan aanbieders als BaByXL aanbiedt, heeft zij tot die tijd en vanaf het moment dat zij Mxstream aan haar klanten aanbiedt, in strijd met het in artikel 6.5, onder a en b, Tw vervatte verbod op

discriminatie gehandeld. Met ingang van 2 januari 2001, heeft KPN in strijd met artikel 3, tweede lid, Verordening gehandeld.

136. De conclusie van het college dat KPN tot het moment waarop zij gedeelde toegang, in de vorm van ASL aanbod, jegens BaByXL in strijd met het non discriminatie beginsel handelde neemt niet weg dat daarvan thans geen sprake meer is. Immers, KPN biedt op dit moment gedeelde toegang aan in de vorm van ASL. De vraag of er sprake is van een verschil tussen de Mxstream-dienstverlening van KPN en de ASL-dienstverlening die aanbieders als BaByXL van KPN kunnen afnemen valt buiten de reikwijdte van dit geschil. Het college acht het echter niet onaannemelijk dat KPN haar Mxstream-dienstverlening bevoordeelt ten opzichte van andere aanbieders, bijvoorbeeld door de wijze waarop KPN haar apparatuur ten behoeve van de Mxstreamdienstverlening colloceert in de nummercentrales van KPN. Het college zal dan ook het nemen van maatregelen ter zake in overweging nemen.

Tarief volledig ontbundelde toegang inclusief tweede aansluitlijn

137. BaByXL verzoekt het college vast te stellen dat het maandtarief voor gedeelde toegang zal gelden voor volledig ontbundelde toegang, en aldus in plaats van het tarief voor ontbundelde toegang, en wel met terugwerkende kracht tot 1 juni 2000 althans tot 2 januari 2001. Het college overweegt hiertoe het volgende.
138. Ten eerste heeft het college in het bovenstaande geconcludeerd dat KPN discriminatoir heeft gehandeld. Dit kan echter niet, met name gezien het belang van de eindgebruikers, tot de conclusie leiden dat KPN haar dienstverlening inzake Mxstream dient te staken. Het college wijst het verzoek van BaByXL terzake dan ook af.
139. Ten tweede acht het college zich niet bevoegd te bepalen dat BaByXL minder dient te betalen voor wat zij heeft gekregen, namelijk volledig ontbundelde toegang. De bevoegdheid van het college is immers beperkt tot het vaststellen van kostengeoriënteerde tarieven. Het college kan dan ook niet bepalen dat KPN een dienst onder de vastgestelde kostengeoriënteerde tarieven dient aan te bieden. Het college wijst het verzoek van BaByXL terzake dan ook af. Het college volgt BaByXL evenwel in haar standpunt dat er als gevolg van de discriminatoire situatie een concurrentievoordeel voor Mxstream is ontstaan. Dientengevolge kon BaByXL alleen volledig ontbundelde toegang afnemen wat zij ook heeft gedaan. Voor zover BaByXL van mening is dat zij daardoor schade heeft opgelopen, merkt het college op dat hij zich terzake eveneens niet bevoegd acht.
140. Ten derde is aan BaByXL ingevolge de Tw de mogelijkheid toegekend om bij gebreke van een overeenkomst het college te verzoeken de regels vast te stellen die tussen partijen kunnen stellen. BaByXL heeft deze mogelijkheid ten behoeve van bijzondere toegang in de vorm van gedeelde toegang echter tot het moment van het indienen van het onderhavige verzoekschrift onbenut gelaten. Om deze reden acht het college niet alleen niet mogelijk, maar ook niet redelijk om aan het

verzoek van BaByXL tegemoet te komen. Ook om die reden wijst het college het verzoek van BaByXL terzake af.

141. Ten aanzien van de vordering van BaByXL om te bepalen dat zij vanaf heden voor de volledig ontbundelde toegangsdienst het tarief voor gedeelde toegang dient te betalen, overweegt het college het volgende. Zoals het college reeds eerder heeft aangegeven, heeft KPN reeds een aanbod voor ASL gepubliceerd. BaByXL is aldus op dit moment in staat om een vorm van gedeelde toegang bij KPN af te nemen tegen een tarief van NLG 13,87. Het college acht het dan ook niet redelijk dat BaByXL, nu gedeelde toegang beschikbaar is, minder voor de volledig ontbundelde toegangsdienst hoeft te betalen. Derhalve wijst het college het verzoek van BaByXL terzake af.

Conclusie ten aanzien van vordering II onder 1.

142. Het college acht zich niet bevoegd om vast te stellen dat vanaf 1 juni 2001 tot heden het tarief voor gedeelde toegang met terugwerkende kracht in plaats treedt van het maandtarief voor volledig ontbundelde toegang. Het college acht het voorts niet redelijk om vast te stellen dat vanaf heden het maandtarief voor gedeelde toegang in plaats treedt van het maandtarief voor volledig ontbundelde toegang. Het college wijst de vordering van BaByXL terzake af.

Afsluiten abonnement telefoniedienst

143. Ten aanzien van de vordering van BaByXL om te bepalen dat KPN niet de verplichting tot het afsluiten van een abonnement voor de telefoniedienst aan BaByXL mag opleggen voor levering van een volledig ontbundelde aansluitlijn (inclusief tweede aansluitlijn) overweegt het college het volgende. Het college begrijpt de vordering van BaByXL als van toepassing zijnde op de aanleg en levering van tweede aansluitlijnen ten behoeve van volledige ontbundeling. Immers, ingeval van volledige ontbundeling van een reeds bestaande aansluitlijn is er reeds sprake van een gerealiseerde aansluitlijn waarvoor een telefoonabonnement is afgesloten door de eindgebruiker.
144. De conclusie van het college dat KPN tot het moment waarop zij gedeelde toegang, in de vorm van ASL aanbod, jegens BaByXL in strijd met het non discriminatie beginsel handelde neemt niet weg dat daarvan thans geen sprake meer is. Immers, KPN biedt op dit moment gedeelde toegang aan in de vorm van ASL. De vraag of er sprake is van een verschil tussen de Mxstream-dienstverlening van KPN en de ASL-dienstverlening die aanbieders als BaByXL sinds september 2001 van KPN kunnen afnemen, valt buiten de reikwijdte van dit geschil. Desalniettemin is het college van oordeel dat hij terzake de regels kan vaststellen tussen BaByXL en KPN wanneer blijkt dat KPN in strijd handelt met het beginsel van kostenoriëntatie.
145. In het RA ULL-oordeel d.d. 29 juni 2001 heeft het college reeds geconstateerd dat, vanwege het feit dat voor de aanleg van een tweede aansluitlijn een jaarcontract dient te worden afgesloten, (andere) aanbieders en/of eindgebruikers extra kosten dienen te dragen. Het college heeft derhalve KPN in zijn RA ULL-oordeel opgedragen om een transparant, non-discriminair en kostengeoriënteerd aanbod voor het ontbundelen van aansluitlijnen waar geen eindgebruikerscontract op rust, op te nemen in het RA ULL. Aanbieders krijgen in geval van

ontbundelde toegang tot het aansluitnet toegang tot een (koperen) aansluitlijn en niet een door KPN gerealiseerde telefoonlijn. Het doorberekenen van een jaarabonnement voor een telefoniedienst waar de desbetreffende eindgebruiker dan wel aanbieder geen gebruik van maakt in het tarief voor aanleg en levering van tweede aansluitlijnen, is derhalve in strijd met het beginsel van kostenoriëntatie zoals neergelegd in artikel 3, derde lid, Verordening en artikel 6.9 jo. artikel 6.6, eerste lid, Tw.

146. Tijdens de hoorzitting van 11 september 2001, heeft KPN aangegeven dat zij de betreffende kosten niet in rekening heeft gebracht noch in rekening zal brengen. Dit is tijdens de betreffende zitting echter door BaByXL betwist. Het college heeft naar aanleiding van de hoorzitting BaByXL verzocht aan te geven waarop zij haar stelling, dat KPN het telefoonabonnement wel in rekening brengt, baseert. In antwoord daarop heeft het college een document van BaByXL ontvangen²³. Dit document betreft een e-mail van KPN van 24 augustus 2001 aan BaByXL waarin KPN een onderbouwing geeft van het wholesaletarief voor de aanleg en levering van een tweede aansluitlijn. In deze e-mail geeft KPN aan waaruit de retailkosten van de Business Unit Vaste Telefonie bestaan. Deze onderbouwing is als volgt:

Enmalige kosten voor een nieuwe lijn:	NLG 100,--
Jaarcontract ad NLG 30,-- per maand (abonnement)	NLG 360,--
Installatiekosten	NLG 295,--
Nummerportering	NLG 38,--
TOTAAL oude procedure	NLG 793,--

147. Het college heeft naar aanleiding van de hoorzitting KPN meerdere malen verzocht het wholesaletarief voor de aanleg en levering van een tweede aansluitlijn te onderbouwen door aan te geven uit welke tariefelementen deze is opgebouwd. KPN stelt in haar antwoorden van 21 september 2001 en 4 oktober 2001 dat de prijsstelling niet berust op enige relatie met het telefoonabonnement. Hierbij geeft zij aan dat het tarief is vastgesteld op basis van de door KPN verwachte gemiddelde kosten die voor de levering van de dienst moeten worden gemaakt zonder daarbij aan te geven uit welke tariefelementen het tarief bestaat. KPN geeft in de e-mail van 24 augustus 2001 aan dat zij op grond van de gemiddelde voorraad en rekening houdende met een stijging van de marktvrage is uitgekomen op een wholesaletarief van NLG 900,--. KPN geeft ten slotte in haar fax van 5 november 2001 het volgende aan: "In deze e-mail [hierboven genoemde e-mail van KPN aan BaByXL van 24 augustus 2001] wordt door KPN slechts een vergelijking gemaakt van de kosten die Telco's in de oude procedure met het bestellen van nieuwe lijnen (toen het telefonieabonnement er wel bij hoorde) moesten maken om een nieuwe lijn aan te vragen bij de Business Unit Vaste Telefonie en deze vervolgens te laten ontbundelen door de Business Unit Carrier Services zodat de lijn beschikbaar zou worden voor breedbanddiensten. Nu kunnen Telco's echter direct bij de Business Unit Carrier Services een nieuwe lijn bestellen." KPN heeft voor het overige echter nagelaten op het verzoek van het college in te gaan en het wholesaletarief niet onderbouwd.

²³ Bij brief van 3 oktober 2001.

148. Ten aanzien van het retailtarief voor de aanleg en levering van een tweede aansluitlijn, constateert het college dat het telefoonabonnement onderdeel uitmaakt van het tarief. KPN geeft dit ook zelf aan in haar fax van 5 november 2001. Het college is derhalve van oordeel dat KPN BaByXL ten onrechte een vergoeding voor het telefoonabonnement in rekening heeft gebracht. KPN heeft dan ook in strijd met het beginsel van kostenoriëntatie gehandeld zoals neergelegd in artikel 3, derde lid, Verordening en artikel 6.9 jo. 6.6, eerste lid, Tw. Dientengevolge dient KPN het ten onrechte aan BaByXL in rekening gebrachte deel dient te verrekenen en dit te vermeerderen met de wettelijke rente.
149. Ten aanzien van het tarief voor de wholesaledienst 'New Access Lines' waarbij aanbieders via de Business Unit Carrier Services tweede aansluitlijnen bestellen, overweegt het college het volgende. Niet tegenstaande het feit dat het college het bevreemdt dat het wholesaletarief voor de aanleg en levering van een tweede aansluitlijn hoger is dan het retailtarief, kan het college KPN niet volgen in haar stelling dat de genoemde e-mail niet aantoonde dat de telefoondienst wel onderdeel uitmaakt van de zogenaamde wholesaledienst 'New Access Lines'. Immers, KPN geeft in genoemde e-mail een onderbouwing van het retailtarief en geeft daarbij het volgende aan: "Het grote verschil tussen de kostenonderbouwing van BU VT [Business Unit Vaste Telefoon] ten opzichte van die van BU CS [Business Unit Carrier Services] is dat de levensduur waarover kan worden afgeschreven bij BU VT veel langer is." Hieruit volgt echter niet dat de kostencomponent 'telefoonabonnement' geen onderdeel meer uitmaakt van het wholesaletarief. Aldus is niet komen vast te staan dat KPN de betreffende abonnementskosten niet in rekening brengt. Derhalve is het college van oordeel dat de argumenten van KPN geen doel treffen en bovendien niet door KPN zijn aangetoond noch aannemelijk gemaakt. Gezien het aanzienlijke verschil tussen het wholesaletarief en het retailtarief, het feit dat KPN heeft nagelaten het wholesaletarief te onderbouwen en de onderbouwing van het retailtarief in de genoemde e-mail, acht het college het juist aannemelijk dat de betreffende kostencomponent nog immer onderdeel uitmaakt van het wholesaletarief voor aanleg en levering van tweede aansluitlijnen.
150. Het college is van oordeel dat KPN de kosten voor het telefoonabonnement niet aan BaByXL in rekening mag brengen en derhalve het wholesaletarief dient te verlagen met dien verstande dat de betreffende kosten daaruit worden weggelaten. Daarmee dient het wholesaletarief voor de dienst 'New Access Lines' in ieder geval met NLG 360,-- per aansluitlijn per jaar te worden verlaagd. Doordat KPN ten onrechte een vergoeding voor het telefoonabonnement in rekening brengt, handelt KPN in strijd met het beginsel van kostenoriëntatie gehandeld zoals neergelegd in artikel 3, derde lid, Verordening en artikel 6.9 jo. 6.6, eerste lid, Tw.

Conclusie ten aanzien van vordering II, onder 2

151. Gelet op het bovenstaande is het college van oordeel dat KPN het ten onrechte aan BaByXL in rekening gebrachte deel dient te verrekenen. Dit oordeel staat los van de hiervoor geconstateerde inbreuk op het verbod op discriminatie. De verrekening dient plaats te vinden vanaf het moment dat BaByXL voor de levering van ontbundelde toegang inclusief de tweede aansluitlijn het telefoonabonnement aan KPN heeft vergoed en met de wettelijke rente te worden vermeerderd.

Voor het college staat thans niet volledig duidelijk vast welk moment dat betreft. Voor zover ook BaByXL deze duidelijkheid ontbeert, dient KPN BaByXL daartoe volledig inzicht te geven opdat in overeenstemming kan worden bepaald vanaf welk moment verrekening dient plaats te vinden. Voorts dient KPN het aan BaByXL in rekening te brengen tarief voor de aanleg en levering van tweede aansluitlijnen met ingang van dagtekening van dit besluit te verlagen met NGL 360,--.

152. Wellicht ten overvloede merkt het college nog op dat het bovengenoemde wholesaletarief van KPN nog door het college beoordeeld zal worden op kostenoriëntatie in het kader van de beoordeling van de tarieven RA ULL.

Oplevertermijn en vergoeding voor laattijdigheid

153. BaByXL verzoekt het college te bepalen dat voor de levering van volledig ontbundelde toegang, inclusief tweede aansluitlijnen, een levertermijn geldt van acht dagen nadat de aanvraag daarvoor door KPN is ontvangen en dat KPN een vergoeding voor laattijdigheid aan BaByXL dient te betalen van EUR 25,-- althans een door OPTA te bepalen bedrag, voor iedere dag waarmee deze termijn wordt overschreden.
154. De conclusie van het college dat KPN tot het moment waarop zij gedeelde toegang, in de vorm van ASL aanbod, jegens BaByXL in strijd met het non discriminatie beginsel handelde neemt niet weg dat daarvan thans geen sprake meer is. Immers, KPN biedt op dit moment gedeelde toegang aan in de vorm van ASL. De vraag of er sprake is van een verschil tussen de Mxstream-dienstverlening van KPN en de ASL-dienstverlening die aanbieders als BaByXL van KPN kunnen afnemen valt buiten de reikwijdte van dit geschil.
155. In de Verordening is bepaald dat KPN termijnen waarbinnen wordt gereageerd op verzoeken om diensten en faciliteiten en (voor zover van toepassing) vergoeding voor laattijdigheid dient op te nemen in haar RA ULL. Het college heeft in RA ULL-oordeel d.d. 29 juni 2001 nogmaals benadrukt dat KPN deze elementen zo spoedig mogelijk dient op te nemen in haar RA ULL. KPN heeft niet aangetoond, noch aannemelijk gemaakt, dat zij inmiddels heeft voldaan aan deze verplichting. Het college is derhalve van oordeel dat een verzoek van BaByXL om vaststelling van levertermijnen voor levering van volledig ontbundelde aansluitlijnen alsmede een vergoeding voor laattijdigheid redelijk is en ziet aanleiding om terzake de regels te stellen tussen KPN en BaByXL.
156. Ten aanzien van een vast te stellen levertermijn voor de levering van volledig ontbundelde aansluitlijnen alsmede tweede aansluitlijnen in dat kader overweegt het college het volgende. BaByXL heeft aangevoerd dat voor oplevering van een ontbundelde aansluitlijn een termijn van acht dagen na ontvangst van een aanvraag voor ontbundeling vastgesteld zou dienen te worden. KPN heeft niet aangetoond, noch aannemelijk gemaakt, dat een dergelijke termijn niet haalbaar is. Uit het e-mailbericht van KPN van 24 augustus 2001 aan BaByXL, volgt evenwel dat KPN een gemiddelde levertijd van 8 dagen hanteert, dan wel zal hanteren, voor volledig voorbereide

aansluitingen²⁴. Het college acht het aannemelijk dat aansluitlijnen waarvoor geen geheel nieuwe infrastructuur hoeft te worden aangelegd (bestaande telefoonlijnen, volledig voorbereide aansluitingen, voorbereide aansluitingen (vrije aders) en niet-voorbereide aansluitingen waarbij één zogenaamde B-las dient te worden geopend) binnen een termijn van acht dagen geleverd kunnen worden. Het college acht het voorts aannemelijk dat voor de levering van niet-voorbereide aansluitingen waarbij meerdere B-lassen geopend dienen te worden of de invoerkabel vergroot dient te worden, een langere termijn vereist zal zijn. Het college acht voor laatstgenoemde aansluitingen een levertermijn van tien dagen een redelijke termijn. Deze termijnen gelden eveneens voor alle volledige aanvragen die voor dagtekening van dit besluit door BaByXL zijn ingediend, maar nog niet door KPN zijn gehonoreerd.

157. Ten aanzien van een redelijke vergoeding voor laattijdigheid overweegt het college het volgende. BaByXL verzoekt het college een vergoeding voor laattijdigheid vast te stellen van EUR 25 voor iedere dag, waarbij een gedeelte van een dag als een gehele dag wordt gezien waarmee KPN de vastgestelde levertermijnen overschrijdt. Ten aanzien van de hoogte van een dergelijke vergoeding overweegt het college het volgende.

158. Een vergoeding voor laattijdigheid dient een prikkel te zijn voor de leverancier om zijn verplichtingen na te komen. Gezien de ongelijke machtsverhouding tussen KPN en BaByXL alsmede het feit dat KPN in dezen zowel optreedt als leverancier van volledig ontbundelde aansluitlijnen als concurrent van BaByXL op de markt van snelle datatransmissiediensten voor een permanente internettoegang en multimediatoepassingen, is het college van oordeel dat een dergelijke prikkel noodzakelijk is.

159. Het college zoekt gezien het bovenstaande aansluiting bij het door OPTA vastgestelde maandtarief voor volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet, thans NLG 26,29, en acht derhalve een vergoeding, oftewel een boete, ter hoogte van dit maandtarief voor iedere dag waarmee KPN de vastgestelde levertermijnen overschrijdt, een redelijke vergoeding voor laattijdigheid.

Conclusie ten aanzien van vordering II, onder 3 en 4, van BaByXL

160. Het college is gezien het bovenstaande van oordeel dat KPN voor volledige toegang tot bestaande telefoonlijnen, volledig voorbereide aansluitingen, voorbereide aansluitingen en niet-voorbereide aansluitingen waarbij één zogenaamde B-las dient te worden geopend, een levertermijn dient te hanteren van 8 dagen na ontvangst van een daartoe strekkende volledige aanvraag door BaByXL. Voorts is het college van oordeel dat KPN voor volledige ontbundelde toegang tot niet-voorbereide aansluitingen waarbij meerdere B-lassen geopend dienen te worden of de invoerkabel vergroot dient te worden, een levertermijn dient te hanteren van 10 dagen na ontvangst van een daartoe strekkende volledige aanvraag door BaByXL. KPN dient een vergoeding voor laattijdigheid te hanteren ter hoogte van het door OPTA vastgestelde maandtarief voor volledig ontbundelde

²⁴ Zie noot 20.

toegang tot het aansluitnet voor iedere dag, waarbij een gedeelte van een dag als gehele wordt gerekend, waarmee zij deze levertermijnen overschrijdt.

H. DICTUM

Het college besluit op grond van artikel 6.9 jo. artikel 6.5 jo. artikel 6.6 jo. artikel 6.3 jo. artikel 6.10 Telecommunicatiewet jo. artikel 3 jo. artikel 5 van de Verordening (EG) Nr, 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, als volgt:

- a) Het college wijst het verzoek van BaByXL om een voorlopig besluit te nemen af en neemt een definitief besluit;
- b) KPN dient BaByXL zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen zes weken na dagtekening van dit besluit, een aanbod te doen voor gedeelde toegang in de vorm van ASL&SS, welk aanbod voldoet aan de in de Verordening, Tw en het RA ULL-oordeel gestelde eisen en dit aanbod ook aan het college te overleggen. KPN dient terzake BaByXL en het college binnen twee weken na dagtekening van dit besluit een (technische) beschrijving van de ASL&SS dienst alsmede een planning inzake het ontwikkelen van het aanbod van die dienst in de daarop volgende vier weken te doen toekomen;
- c) KPN dient binnen zes weken na dagtekening van dit besluit het college een tariefvoorstel, alsmede een onderbouwing van het tarief, voor te leggen dat conform de EDC-systematiek en met inachtneming van de Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten en het Besluit Bepaling van de door KPN Telecom B.V. voor de periode 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren tarieven²⁵, moet worden vastgesteld. KPN dient gelijktijdig naar BaByXL inzichtelijk te maken uit welke kostenelementen het tarief voor ASL&SS is opgebouwd;
- d) Het college wijst het verzoek van BaByXL om te bepalen dat voor de levering van volledig ontbundelde toegang, inclusief de tweede aansluitlijn, door KPN aan BaByXL, vanaf 1 juni 2000, althans subsidiair vanaf 2 januari 2001, een maandtarief zal gelden van NLG 13,87 (excl. BTW), althans het maandtarief dat op enig moment door OPTA is vastgesteld voor gedeelde toegang, in plaats van het huidige door OPTA vastgestelde maandtarief voor volledig ontbundelde toegang van NLG 26,29 (excl. BTW) (en het door KPN gehanteerde tarief van NLG 37,50 (excl. BTW)), af;
- e) KPN dient binnen vier weken na dagtekening van dit besluit het ten onrechte aan BaByXL per tweede aansluitlijn in rekening gebrachte bedrag van NGL 360,-- , voor het afsluiten van een telefoonabonnement, vermeerderd met de wettelijke rente te verrekenen. Deze verrekening dient plaats te vinden vanaf het moment dat BaByXL voor de aanleg en levering van tweede aansluitlijnen het telefoonabonnement aan KPN heeft vergoed. Voor zover voor BaByXL niet duidelijk is vanaf welk moment dat het geval is, dient KPN BaByXL daartoe volledig inzicht te geven opdat in overeenstemming kan worden bepaald vanaf welk moment verrekening dient plaats te vinden;
- f) KPN dient met ingang van de dagtekening van dit besluit het aan BaByXL in rekening te brengen tarief voor de aanleg en levering van tweede aansluitlijnen met NGL 360,-- te verlagen;

²⁵ Zie noot 17 en 18.

- g) KPN dient met ingang van dagtekening van dit besluit voor volledig ontbundelde toegang tot bestaande telefoonlijnen, volledig voorbereide aansluitingen, voorbereide aansluitingen en niet-vorbereide aansluitingen waarbij één zogenaamde B-las dient te worden geopend, een levertermijn te hanteren van 8 dagen na ontvangst van een daartoe strekkende volledige aanvraag door BaByXL. Dit geldt eveneens voor alle volledige aanvragen die reeds voor dagtekening van dit besluit door BaByXL zijn ingediend maar nog niet door KPN zijn gehonoreerd. Voorts dient KPN een vergoeding voor laattijdigheid te hanteren ter hoogte van het door OPTA vastgestelde maandtarief voor volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet, thans NGL 26,29, voor iedere dag, waarbij een gedeelte van een dag als gehele dag wordt gerekend, waarmee zij de levertermijn van 8 dagen overschrijdt;
- h) KPN dient met ingang van dagtekening van dit besluit voor volledig ontbundelde toegang tot niet-vorbereide aansluitingen waarbij meerdere B-lassen geopend dienen te worden of de invoerkabel vergroot dient te worden, een levertermijn te hanteren van 10 dagen na ontvangst van een daartoe strekkende volledige aanvraag door BaByXL. Dit geldt eveneens voor alle volledige aanvragen die reeds voor dagtekening van dit besluit door BaByXL zijn ingediend maar nog niet door KPN zijn gehonoreerd. Voorts dient KPN een vergoeding voor laattijdigheid te hanteren ter hoogte van het door OPTA vastgestelde maandtarief voor volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet, thans NGL 26,29, voor iedere dag, waarbij een gedeelte van een dag als gehele dag wordt gerekend, waarmee zij de levertermijn van 10 dagen overschrijdt,

zulks met inachtneming van al hetgeen het college in het onderhavige besluit heeft overwogen.

Aldus besloten te 's-Gravenhage op 12 november 2001

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

prof. dr. J. Arnbak
voorzitter

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

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

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