Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: DJZ/2016/200738_OV
Zaaknummer: 14.0681.32.1.02

Datum: 17 februari 2017

Besluit op bezwaar van KPN tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 23 juni 2015 tot het opleggen van een boete vanwege de overtreding van de non-discriminatieverplichting en transparantieverplichting.

I Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 23 juni 2015[1] (hierna: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) aan Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. gezamenlijk (hierna: KPN) een boete opgelegd ter hoogte van € 6 miljoen wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting.

2. Tegen dit besluit heeft KPN bezwaar gemaakt.

3. Op 8 januari 2016 heeft een hoorzitting plaatsgevonden waar KPN haar bezwaar nader heeft toegelicht.

4. De Directie Juridisch Zaken heeft de Directie Telecom Vervoer en Post vervolgens in de gelegenheid gesteld nader onderzoek en/of een aanvullend rapport op te stellen.

5. Op 13 september 2016 heeft één van de rapporteurs een nadere schriftelijke reactie ingediend.

6. Bij brief van 14 november 2016 heeft KPN gereageerd op de nadere schriftelijke reactie.

7. KPN heeft geen gebruik gemaakt van de gelegenheid opnieuw te worden gehoord.

II Het bestreden besluit

8. In het bestreden besluit heeft ACM – samengevat weergegeven – geoordeeld dat KPN ten aanzien van ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting. Deze verplichtingen zijn opgelegd aan KPN bij de marktanalysebesluiten VT 2008[2] en VT 2012.[3]

[1] Kenmerk ACM/DJZ/2015/201131.

[2] Kenmerk OPTA/AM/2008/202721.
[3] Kenmerk OPTA/AM/2012/201189.

9. ACM heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat KPN in ieder geval vanaf 1 januari 2009 ISDN Lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie – als onderdeel van de WLR-dienst voor hoogcapacitaire aansluitingen (hierna: WLR HC) – heeft aangeboden aan haar eigen retailorganisatie, terwijl deze aan de andere marktpartijen die WLR-diensten aanbieden (hierna: WLR-partijen of -aanbieders) werd aangeboden noch geleverd. KPN heeft eerst op 29 november 2013 andere WLR-partijen geïnformeerd dat een wholesale equivalent van ISDN Lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie beschikbaar zou komen. Vervolgens is deze wholesale equivalent op 14 december 2013 daadwerkelijk afneembaar geworden.

10. In het bestreden besluit is geconstateerd dat KPN in de periode van 1 januari 2009 tot 14 december 2013 aan andere WLR-partijen niet tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten heeft aangeboden als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN wel aan zichzelf leverde. KPN heeft aan haar eigen retailorganisatie informatie verstrekt over in elk geval het bestaan, de inhoud, de beschikbaarheid en de afneembaarheid van ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie, terwijl andere marktpartijen hiervan niet door KPN op de hoogte zijn gesteld. Dientengevolge heeft KPN volgens het bestreden besluit de non-discriminatieverplichting geschonden, zoals deze aan haar is opgelegd in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.

11. In het bestreden besluit is verder geconstateerd dat KPN heeft nagelaten ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie – althans een wholesale equivalent daarvan – tijdig op te nemen in haar referentieaanbod, dat wil zeggen zes weken na het WLR HC implementatiebesluit van 25 juni 2009,[4] respectievelijk één maand na de inwerkingtreding van het marktanalysebesluit VT 2012. Hierdoor heeft KPN volgens het bestreden besluit in strijd gehandeld met de transparantieverplichting, meer specifiek met de aan haar opgelegde verplichting om een referentieaanbod te publiceren, zoals opgenomen in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.

12. Het voorgaande heeft geresulteerd in het opleggen van een boete van in totaal € 6 miljoen aan KPN wegens het schenden van de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting.

III Bezwaargronden

13. KPN voert – samengevat weergegeven – het volgende aan in bezwaar.

14. KPN stelt primair dat ISDN-lijnbewaking niet valt onder de toegangsverplichting zoals opgenomen in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.

15. Zij betoogt allereerst dat ACM in het bestreden besluit is uitgegaan van een onjuiste, te

[4] Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit over de implementatie van WLR hoogcapaciteit (WLR HC Implementatiebesluit), met kenmerk OPTA/AM/2009/201467.

absolute, uitleg van de toegangsverplichting. KPN wijst in dit verband onder meer op de totstandkoming van het wijzigingsbesluit WLR van 8 september 2008.[5] Als gevolg van de absolute uitleg van de toegangsverplichting heeft ACM verzuimd te onderzoeken of WLR-partijen zonder medewerking van KPN eenzelfde functionaliteit aan hun eindgebruikers konden aanbieden als waarin ISDN-lijnbewaking voorziet. KPN gaat erdaarbij vanuit dat een herstelgarantie van 4 uur geen deel uitmaakt van deze functionaliteit. Wanneer ACM hiernaar wel onderzoek zou hebben verricht, zou ACM hebben kunnen vaststellen dat WLR-partijen inderdaad dezelfde faciliteiten konden aanbieden als die waarin KPN voorziet. KPN wijst in dit verband ook op het door haar in bezwaar ingebrachte rapport van Verdonck, Klooster & Associates (VKA) waarin een tweetal alternatieven wordt beschreven voor WLR-partijen om zelf in lijnbewaking te kunnen voorzien. Deze alternatieven zijn niet identiek aan ISDN-lijnbewaking, maar kunnen volgens KPN wel dezelfde functionaliteit bieden.

16. Verder betoogt KPN dat ACM ten onrechte voorbij is gegaan aan het WLR HC implementatiebesluit. Volgens KPN heeft ACM met dit implementatiebesluit haar WLR HC-aanbod goedgekeurd, zonder dat ISDN-lijnbewaking daarin was opgenomen. Deze goedkeuring staat volgens KPN aan een boete in de weg. KPN beroept zich onder meer op de verslaglegging van de Industry Groups in het voortraject van het WLR HC-implementatiebesluit en een aantal e-mails, waaronder een mail van OPTA de dato 7 mei 2009 en een reactie van KPN daarop van 11 mei 2009. Hieruit komt volgens KPN naar voren dat de zogenoemde serviceniveaus van de bedrijfscontracten voldoende waren afgespiegeld.

17. Verder betoogt KPN dat voor haar onvoldoende voorzienbaar en kenbaar was ISDN-lijnbewaking viel onder de toegangsverplichting van de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. KPN handelende namelijk in overeenstemming met de toegangsverplichting – wanneer deze redelijk wordt uitgelegd – en het WLR HC implementatiebesluit. Het opleggen van een boete is volgens KPN dan in strijd met het lex certa beginsel.

18. Meer subsidiair stelt KPN dat de opgelegde boete van € 6 miljoen te hoog is.

19. [VERTROUWELIJK]. Lijnbewaking was slechts een onderdeel van de bedrijfscontracten. De omzet is volgens KPN ook gebaseerd op de te lange periode. Zij wijst er in dit verband onder meer op dat de eerste WLR-HC orders pas in januari 2010 zijn verwerkt.

20. Verder bestrijdt KPN dat sprake zou zijn van recidive. Eerdere overtredingen houden volgens KPN geen verband met het afspiegelen in het wholesale-aanbod van een op de retailmarkt aangeboden faciliteit. KPN kon er dus niet van op de hoogte zijn dat zij door het niet afspiegelen van ISDN-lijnbewaking een (nieuwe) overtreding beging.

21. Ten slotte is KPN van mening dat de opgelegde boete niet in een evenredige verhouding staat tot de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. De overtreding is

[5] Kenmerk OPTA/AM/2008/201838.

dusdanig gering dat ACM voor een lagere ernstfactor had moeten kiezen of de boete in verdergaand had moeten matigen. KPN wijst in dit verband op een aantal omstandigheden die in haar visie de conclusie rechtvaardigen dat de verwijtbaarheid ontbreekt en dat de overtreding geen of een zeer geringe impact heeft gehad. Verder stelt KPN dat schending van de transparantie- en non-discriminatieverplichting is terug te leiden tot dezelfde gedraging of invulling door KPN van de toegangsverplichting.

IV Overwegingen

IV.I Bevoegdheid

22. Ter beoordeling staat allereerst de vraag of ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie valt onder de toegangsverplichting zoals opgenomen in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. Alleen in dat geval zijn de transparantie- en non-discriminatieverplichting op ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie van toepassing.

23. Uit onderdeel xli, aanhef en onder e, van het dictum van het marktanalysebesluit VT 2008 volgt dat KPN er voor zorg dient te dragen dat alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR, tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten kunnen bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf levert. Daaraan heeft ACM toegevoegd een niet-limitatieve lijst van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden. Op deze lijst staat onder meer vermeld “Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services”. Het dictum van het marktanalysebesluit VT 2012 is gelijkluidend, voor zover hier van belang.

ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie

24. Paragraaf 5 van de dienstbeschrijving “Infra Service 600”[6] is getiteld “Lijnbewaking”. In deze paragraaf is het volgende vermeld:

> “ Op al uw ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen zal door KPN pro-actieve lijnbewaking plaatsvinden, wat inhoudt dat KPN continu controleert of uw ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen beschikbaar zijn. Met pro-actieve lijnbewaking wordt onnodige hinder voorkomen omdat eventuele storingen adequaat worden gedetecteerd. KPN realiseert de pro-actieve lijnbewaking door het aansluitnet-deel aan uw zijde van de openbare infrastructuur te bewaken. Storingen die ten aanzien van de ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen worden gesignaleerd, initialiseren een storingsopheffing met urgentie ‘major’. Uw dedicated service-ingang stelt u daarvan op de hoogte. Vanaf het moment dat de storing wordt onderkend, start de herstelgarantie (onderstreping ACM), tenzij hierover met u in de werkafspraken andere afspraken zijn gemaakt.”

25. Paragraaf 3.1 van de dienstbeschrijving “Infra Service 600” is getiteld “Herstelgarantie functionaliteit en boete”. In deze paragraaf is onder meer het volgende vermeld:

[6] Kenmerk 2013307312.

" (…) Voor telefonieaansluitingen van het type ISDN15 / ISDN20 / ISDN30, geldt dat major storingen worden opgelost binnen 4 klokuren.(…)"

26. Wanneer de paragrafen 5 en 3.1 van de dienstbeschrijving in onderlinge samenhang worden bezien, volgt daaruit genoegzaam dat ISDN-lijnbewaking wordt gekenmerkt door:
a. proactieve controle van KPN vanuit het eigen netwerk of ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen beschikbaar zijn;
b. melding van een gesignaleerde storing en/of directe storingsopheffing door KPN aan de klant.
c. garandering van herstel binnen 4 uur.

27. ISDN-lijnbewaking gaat samen met een herstelgarantie van 4 uur. De herstelgarantie start – in de woorden van paragraaf 5 van de dienstbeschrijving – vanaf het moment dat de storing wordt onderkend. Dat moment is pas kenbaar voor de eindgebruiker wanneer deze, als gevolg van de toepassing van lijnbewaking, op de hoogte wordt gesteld van een gesignaleerde storing en/of storingsopheffing.

28. Aan het voorgaande doet niet af – zoals KPN heeft betoogd – dat KPN Retail van de netwerkfabriek niet de garantie krijgt dat storingen binnen 4 uur worden opgelost en/of dat WLR-partijen een eigen commerciële afweging kunnen maken in hoeverre zij een herstelgarantie aanbieden. Dit moge zo zijn, maar de in de dienstbeschrijving opgenomen herstelgarantie van 4 uur is onmiskenbaar een relevante dienst die behoort bij telefoonaansluitingen van het type ISDN15, ISDN20 en ISDN30. De door KPN gegarandeerde herstelgarantie van 4 uur kan niet op zichzelf worden gezien en kwalificeert als een dienst ter ondersteuning van de te leveren diensten op de voornoemde telefoonaansluitingen. ACM overweegt daarbij dat de wetgever uitdrukkelijk niet heeft beoogd het in de Telecommunicatiewet gedefinieerde begrip “bijbehorende faciliteiten” te beperken tot fysieke faciliteiten.[7] Als zodanig kwalificeert (ook) de herstelgarantie van 4 uur als een bijbehorende faciliteit als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder j, van de Telecommunicatiewet.

<u>Afspiegelverplichting voor ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie</u>

29. In het dictum van de marktanalysebesluiten VT2008 en VT2012 is een niet-limitatieve lijst opgenomen van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden. Op deze lijst staat onder meer vermeld “Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services”. Een redelijke uitleg van het begrip serviceniveau brengt mee dat onder dit begrip prestatie-eisen vallen (vergelijk de zogenoemde service-level agreements). ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie, zoals opgenomen in de bedrijfscontracten, stelt ontegenzeggelijk eisen aan de prestaties van KPN. KPN dient immers zorg te dragen voor een proactieve controle van aansluitingen vanuit het eigen netwerk en dient een gesignaleerde storing en/of storingsopheffing aan de klant te melden. Vanaf het moment dat de storing wordt

[7] Kamerstukken II, 2010/2011, 32 549, nr. 3, p. 32.

onderkend, start de herstelgarantie van 4 uur. Deze prestaties kunnen met name van belang zijn voor (maatschappelijke) eindgebruikers zoals de politie, een huisartsenpost, ziekenhuizen, betalingsverkeer, thuiszorg of beveiliging die hoge eisen stellen aan de betrouwbaarheid van verbindingen. Gezien het voorgaande heeft ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie naar het oordeel van ACM te gelden als een serviceniveau uit de bedrijfscontracten.

30. Nu ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie een serviceniveau uit de bedrijfscontracten betreft, volgt uit de dicta van de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 dat deze faciliteit valt onder de toegangsverplichting en derhalve dat KPN verplicht is tot afspiegeling hiervan in haar wholesale aanbod. De proportionaliteit van de opgelegde toegangsverplichting is daarbij een gegeven in de zin dat hierop een toets heeft plaatsgevonden bij de totstandkoming van de markanalysebesluiten. Het dictum van deze marktanalysebesluiten voorziet niet in een aanvullende toets achteraf. ACM verwijst in dit verband naar het feit dat de Rechtbank Rotterdam heeft overwogen dat ACM niet is gehouden om achteraf te beoordelen of de afspiegelingsverplichting proportioneel is.[8] Om deze reden komt ACM, bij de bespreking van de vraag of ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie valt onder toegangsverplichting, niet toe aan een beoordeling van het door KPN ingebrachte rapport van VKA. Zij zal dit rapport wel betrekken bij de bespreking van de bezwaargronden van KPN over de hoogte van de opgelegde boete.

Implementatieproces

31. Aan de verplichting voor KPN om ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie af te spiegelen, wordt niet afgedaan door het implementatieproces. OPTA heeft in het WLR HC implementatiebesluit van 25 juni 2009 geoordeeld dat het implementatievoorstel van KPN wat betreft het overige voldoet aan de verplichtingen van het marktanalysebesluit. Dit oordeel van OPTA gaat echter niet over ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie. ACM overweegt in dit verband het volgende.

32. KPN heeft ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie niet in het implementatievoorstel opgenomen. Daarmee staat vast dat deze faciliteit niet is beoordeeld in het WLR HC implementatiebesluit van 25 juni 2009. Uit de mededeling van OPTA dat het implementatievoorstel voor wat betreft het overige zou voldoen aan de verplichtingen van het marktanalysebesluit, kan om deze reden niet de gevolgtrekking worden ontleend dat de faciliteit ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie is uitgezonderd van de afspiegelingsverplichting. Dat OPTA bekend kon zijn of had moeten zijn met het bestaan van de faciliteit ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie kan hieraan niet af doen. Het was aan KPN om de faciliteit op te nemen in haar implementatievoorstel teneinde een oordeel van OPTA hierover te verkrijgen.[9] KPN beschikte over de informatie – en op haar rustte ook de verplichting[10] – om een toereikend implementatievoorstel in te dienen.

[8] Rb Rotterdam, 14 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5213, r.o. 5.4.

[9] Zie ook: Rb Rotterdam, 14 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5213, r.o. 5.5.

[10] Onderdeel xliii van het dictum in samenhang met Annex D van het marktanalysebesluit VT 2008.

Wijzigingsbesluit

33. Aan de verplichting voor KPN om ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie af te spiegelen, wordt evenmin afgedaan door het wijzigingsbesluit WLR van 8 september 2008. OPTA heeft in de nota's van bevindingen bij de marktanalysebesluiten VT 2008[11] en VT 2012[12] verwezen naar voormeld wijzigingsbesluit. Dit is gedaan in reactie op stelling van KPN dat geen afspiegelverplichting kan worden opgelegd voor de serviceniveaus uit de bedrijfscontracten. Uit de tekst van de nota's van bevindingen blijkt voldoende duidelijk dat OPTA met de verwijzing duidelijk heeft willen maken dat op KPN een belangrijke en bijzondere eigen verantwoordelijkheid rust om aan de op haar rustende verplichtingen te voldoen. Verder heeft OPTA met de verwijzing duidelijk willen maken dat de door KPN naar voren gebrachte praktische bezwaren oplosbaar moeten worden geacht en dat er daarom geen reden is om de serviceniveaus uit de bedrijfscontracten van de verplichting uit te sluiten. Met de verwijzing naar het wijzigingsbesluit is niet beoogd om – in weerwil van de dicta van de marktanalysebesluiten – een aanvullende proportionaliteitstoets achteraf te introduceren.

34. Overigens gaat het beroep van KPN op het wijzigingsbesluit evenzeer om de volgende reden niet op. Zoals hiervoor is vermeld, is in de dicta van de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 een niet-limitatieve lijst opgenomen van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden door KPN. Op deze lijst is onder meer vermeld: "Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services". Een dergelijke vermelding ontbrak in de voorloper van deze marktanalysebesluiten, te weten het marktanalysebesluit wholesale toegang vaste openbare telefoonnetwerk van 21 december 2005[13] en/of het daarop betrekking hebbende implementatiebesluit van 23 augustus 2006[14]. De afspiegelverplichting was destijds globaler geformuleerd dan in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. Om deze reden is hetgeen destijds in het wijzigingsbesluit is gezegd niet één op één toepasbaar op de afspiegelverplichting in de marktanalysebesluiten VT 2008 en 2012. ACM ziet althans geen aanknopingspunt voor het oordeel dat KPN aan de verwijzing in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 naar het wijzigingsbesluit, de rechtens te honoreren verwachting zou kunnen ontlenen dat de afspiegelverplichting moet worden begrepen in de door haar bepleite zin.

Lex certa-beginsel

35. Ten slotte faalt ook het beroep van KPN op het lex certa beginsel. ACM is gelet op hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat de vermelding van de "Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services" op de niet-limitatieve lijst in de dicta van de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 voor KPN voldoende kenbaar, voorzienbaar en duidelijk moet zijn geweest.

[11] Pagina's 350 en 351, randnummers 140 en 141 van het marktanalysebesluit VT 2008.
[12] Pagina's 453 en 454, randnummers 1877 en 1878 van het marktanalysebesluit VT 2012.
[13] Kenmerk OPTA/TN/2005/203470.
[14] Kenmerk OPTA/TN/2006/202304.

36. Uit het voorgaande volgt dat ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie valt onder de toegangsverplichting zoals opgenomen in de marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. Derhalve zijn de transparantie- en non-discriminatieverplichting op deze faciliteit van toepassing. Dat deze verplichtingen zijn geschonden volgt uit het rapport en het bestreden besluit.

IV.II Boetetoemeting

37. Ter beoordeling staat vervolgens de vraag of ACM op goede gronden een boete van in totaal € 6 miljoen heeft opgelegd vanwege de schending van de transparantie- en non-discriminatieverplichting uit het marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.

Betrokken omzet

38. In het bestreden besluit[15] is toegelicht waarom ACM bij de vaststelling van de betrokken omzet is uitgegaan van de werkelijke, direct behaalde omzet met het leveren van de bundel van diensten waar de faciliteit ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie onderdeel van uitmaakt. Daarbij is er onder meer op gewezen dat ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie niet los afneembaar is, deel uitmaakt van de meeromvattende bedrijfscontracten en geen betekenis heeft zonder een ISDN-aansluiting. ACM is van oordeel dat – anders dan KPN heeft aangevoerd – de definitie van het begrip 'betrokken omzet' in artikel 3.2, aanhef en onder b, van de Boetebeleidsregels 2013[16] de ruimte biedt voor deze benadering. Volgens deze definitie wordt onder betrokken omzet, voor zover hier van belang, verstaan de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft.

39. Wel volgt ACM de stelling van KPN dat bij nader inzien moet worden uitgegaan van een kortere periode voor de betrokken omzet in verband met de schending van de non-discriminatieverplichting. Hoewel vanaf 1 januari 2009 een schending van de non-discriminatieverplichting is vastgesteld, is in het bestreden besluit[17] vanaf 1 september 2009 de betrokken omzet in aanmerking genomen. Daarbij is gewezen op het implementatietraject waardoor de WLR HC-dienst pas vanaf 1 september 2009 werd aangeboden en op verzoek geleverd. ACM heeft in dit verband overwogen dat zij destijds, in afwachting van de implementatie van de WLR HC-dienst, het niet opportuun zou hebben geacht om handhavend op te treden tegen de overtreding.

40. In bezwaar heeft KPN, onder verwijzing naar correspondentie tussen haar en OPTA, gemotiveerd dat voormeld implementatietraject langer duurde en pas in januari 2010 de

[15] Randnummers 103 tot en met 106.
[16] Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, Stcrt. 2013, 11214.
[17] Randnummers 107 tot en met 110.

WLR-HC-dienst op verzoek werd geleverd. ACM ziet hierin aanleiding, in het kader van volledige heroverweging van het bestreden besluit, om geen rekening te houden met de betrokken omzet over de periode september tot en met december 2009 in verband met de schending van de non-discriminatieverplichting. Dit resulteert in een neerwaartse bijstelling van deze betrokken omzet tot [VERTROUWELIJK]. De boetegrondslag die ACM hanteert bedraagt 10% hiervan, zijnde een bedrag van [VERTROUWELIJK]. Vermenigvuldigd met een ernstfactor van [VERTROUWELIJK] levert dit een basisboete op van € 2.850.607.

Recidive

41. ACM blijft van oordeel dat sprake is van recidive. In het bestreden besluit[18] is een aantal eerdere besluiten van ACM genoemd waarin KPN is beboet wegens schending van de transparantie- en non-discriminatieverplichting. Aangezien het hierbij gaat om eenzelfde type overtredingen als thans aan de orde is, verhoogt ACM op grond van artikel 3.14 van de Boetebeleidsregels 2013 de bestuurlijke boete met 100%. Dat betekent dat de berekende boete voor overtreding van de non-discriminatieverplichting, ten opzichte van het bestreden besluit, wordt beperkt tot € 5.701.000.

42. Dat – zoals KPN heeft aangevoerd – het feitencomplex in de onderhavige zaak specifiek verband houdt met het afspiegelen in het wholesale-aanbod van een op de retailmarkt aangeboden faciliteit, doet aan het voorgaande niet af. Er blijft sprake van eenzelfde type overtredingen. Steeds wordt door discriminatoir of intransparant gedrag van KPN de concurrentie (potentiëel) belemmerd.

Samenloop tussen overtredingen

43. In het bestreden besluit[19] zijn op basis van de betrokken omzetten boetes berekend van € 4.934.000 en € 6.241.000 in verband met de schending van de transparantie- respectievelijk de non-discriminatieverplichting. Vervolgens is één bestuurlijke boete opgelegd voor deze overtredingen gezamenlijk. In het bestreden besluit heeft om redenen van proportionaliteit een verlaging van deze boete plaatsgevonden tot € 6 miljoen.

44. Op basis van de betrokken omzetten bedragen worden thans boetes berekend van € 4.934.000 en € 5.701.000 in verband met de schending van de transparantie- respectievelijk de non-discriminatieverplichting. Wanneer één bestuurlijke boete wordt opgelegd voor deze overtredingen gezamenlijk, en deze boete op een vergelijkbare wijze als in het bestreden besluit wordt gematigd, resulteert dit in een boete van € 5.700.000.

45. Voor zover KPN heeft aangevoerd dat de schending van transparantie- en non-discriminatieverplichting is terug te leiden tot dezelfde gedraging, overweegt ACM dat beide verplichtingen een andere invalshoek en andere wettelijke grondslag hebben. De transparantieverplichting ziet op het verschaffen aan concurrenten van de benodigde

[18] Randnummers 141 en verder.
[19] Randnummers 147 en verder.

informatie door de onderneming met aanmerkelijk marktmacht.[20] De non-discriminatieverplichting strekt ertoe discriminatoir gedrag van deze onderneming te voorkomen. De schending van de transparantie- en non-discriminatieverplichting kan op zichzelf genomen los van elkaar plaatsvinden. Voorstelbaar is de situatie dat wel een toereikend referentie-aanbod wordt gedaan, maar dat de onderneming met aanmerkelijke marktmacht desondanks discriminatoir handelt door haar eigen retailbedrijf te bevoordelen. De situatie andersom is eveneens voorstelbaar, namelijk dat geen toereikend referentie-aanbod bekend wordt gemaakt, maar dat de onderneming met aanmerkelijke marktmacht toch onder gelijke omstandigheden en onder gelijke voorwaarden levert aan externe afnemers als aan haar eigen retailbedrijf

46. Niettemin is er een zekere samenhang tussen de schending van de transparantie- en non-discriminatieverplichting. Indien een onderneming met aanmerkelijke marktmacht niet tijdig alle relevante informatie publiceert waarover zij zelf wel de beschikking heeft – en dus haar handelen ook op kan afstemmen – is er naast schending van de transparantieverplichting tevens sprake van een schending van de non-discriminatieverplichting.[21] Deze samenhang doet zich in het onderhavige geval ook voor. In het bestreden besluit[22] is geconstateerd dat KPN in het bijzonder ten aanzien van het proces van informatieverstrekking de non-discriminatieverplichting heeft geschonden. KPN heeft andere WLR-aanbieders en haar eigen retailbedrijf niet gelijk behandeld met betrekking tot de tijdige bekendmaking van de tarieven en voorwaarden van ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie. Mede gelet op die samenhang heeft ACM in het bestreden besluit één boete voor de overtredingen gezamenlijk opgelegd.[23] ACM is daarbij niet overgegaan tot optelling van de basisboetes voor de afzonderlijke overtredingen, maar heeft de opgelegde boete in het licht van de evenredigheid gematigd tot € 6 miljoen.

47. ACM ziet in hetgeen KPN in bezwaar heeft aangevoerd over de samenhang tussen de transparantie- en non-discriminatieverplichting geen aanleiding over te gaan tot een verdergaande matiging van de boete. Daarbij neemt ACM mede het volgende in aanmerking. Anders dan KPN heeft aangevoerd, kan niet staande worden gehouden dat sprake is van één voortgezette handeling. Om van een voortgezette handeling te kunnen spreken moet het gaan om één en hetzelfde ongeoorloofde wilsbesluit en om gedragingen van gelijke aard.[24] Voor deze constateringen bieden het opgemaakte rapport en het bestreden besluit onvoldoende aanknopingspunten. In het bijzonder wijst ACM erop dat

[20] Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 122: “De verplichting heeft onder meer tot doel om potentiële afnemers de nodige essentiële informatie over de toegang tot de netwerken met bijbehorende faciliteiten te verschaffen, teneinde snel duidelijk te krijgen wat technisch mogelijk is en op welke wijze snel de noodzakelijke toegang gerealiseerd kan worden.“
[21] Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 121 en 122: “Als naast een plicht tot bekend maken van een referentieaanbod ook een non-discriminatieverplichting als bedoeld in artikel 6a.8 is opgelegd, brengt laatstgenoemde verplichting met zich mee dat het de onderneming verboden is informatie over toegang achter te houden of later te verstrekken aan andere ondernemingen dan aan haar eigen bedrijfsonderdelen of dochterbedrijven.”
[22] Randnummer 74.
[23] Randnummer 150.
[24] Zie Hoge Raad 14 april 1998, NJ 1998/609 en vergelijk ook J. de Hullu, Materieel strafrecht, vijfde druk, Kluwer, Deventer 2012, p. 513.

KPN, los van de publicatie van een toereikend referentieaanbod, de gelegenheid heeft gehad om de schending van de non-discriminatieverplichting te beëindigen door ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie niet (langer) aan te bieden en te leveren aan haar eigen retailorganisatie.

Impact overtredingen

48. In hetgeen KPN in bezwaar heeft aangevoerd over de impact van de overtredingen ziet ACM geen aanleiding over te gaan tot een verdergaande matiging van de boete.

49. Uit de schriftelijke reactie van één van de onderzoekers volgt dat WLR-aanbieders ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie niet konden leveren zonder afhankelijkheid van KPN.De oplossingsrichtingen die in het door KPN overgelegde rapport van VKA worden geschetst, kunnen in termen van functionaliteit, kwaliteit, tijdigheid, doelmatigheid en commerciële mogelijkheden niet, althans niet volledig, op één lijn worden gesteld met ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie. Met de geschetste alternatieven kan namelijk niet daadwerkelijk worden gegarandeerd dat een storing binnen 4 uur wordt hersteld, dat deze door de WLR-aanbieder vanuit het netwerk wordt gedetecteerd, dat deze proactief wordt gemeld en dat deze direct wordt opgelost nadat deze is gedetecteerd door de WLR-aanbieder. In die zin hebben WLR-aanbieders in de betrokken periode redelijkerwijs niet op een gelijkwaardige wijze op een andere manier kunnen voorzien in ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie.

50. Het voorgaande neemt echter niet weg dat WLR-aanbieders in de betrokken periode wel hebben kunnen voorzien in een faciliteit die enige gelijkenis vertoont met ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie. Er iseen aantal aanwijzingen dat daadwerkelijk tussen KPN en andere WLR-aanbieders is geconcurreerd op een essentieel onderdeel van de aan de orde zijnde faciliteit. Uit door KPN in de bezwaarfase overgelegde documenten blijkt namelijk dat zowel [VERTROUWELIJK] als [VERTROUWELIJK] in sommige gevallen een herstelgarantie boden van 4 uur, al dan niet versterkt met een boeteclausule. Dat deze garantie mogelijk niet altijd kon worden gerealiseerd, omdat deze partijen voor het herstel van storingen in ISDN-aansluitingen afhankelijk waren van KPN, doet hieraan niet af.

51. Dat KPN niet de enige aanbieder op de zakelijke markt was, die een vorm van lijnbewaking aanbood, is in het bestreden besluit niet relevant geacht in het kader van het vaststellen van de overtreding van de norm. Gezien het feit dat enerzijds zwaarwegende verplichtingen zijn overtreden en dat anderzijds marktverstorende effecten moeten worden verondersteld, maar dat de omvang er van niet evident is, heeft ACM de boete gematigd tot € 6.000.000. Hetgeen KPN in bezwaar heeft aangevoerd, leidt in onderhavige heroverweging, ten opzichte van het bestreden besluit, niet tot andere inzichten voor wat betreft de impact van de overtreding. ACM ziet daar geen aanleiding in om de boete verder te matigen.

V Conclusie

52. De bezwaargronden van KPN treffen doel voor zover deze betrekking hebben op de betrokken omzet van de overtredingen. Zoals hiervoor onder randnummer 44 is vermeld, resulteert dit in één gezamenlijke boete van € 5.700.000 voor beide overtredingen.
ACM zal het bezwaar dan ook gedeeltelijk gegrond verklaren, het bestreden besluit herroepen en de boete vaststellen op een bedrag van € 5.700.000.
Voor het overige zal ACM het bezwaar ongegrond verklaren.

53. In haar aanvullend bezwaarschrift heeft KPN tevens verzocht om een vergoeding van de door haar in verband met dit bezwaar gemaakte kosten. Gelet op de uitkomst van de bezwaarprocedure ziet ACM aanleiding dit verzoek te honoreren. Zij stelt de vergoeding op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht vast op een bedrag van € 992. Dit bedrag is gebaseerd op één punt voor het bezwaarschrift en één punt voor verschijnen op de hoorzitting, tegen een waarde van € 496 per punt.

Besluit
Openbaar

VI Dictum

54. De Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart het bezwaar gedeeltelijk gegrond;
- herroept het bestreden besluit;
- legt Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. gezamenlijk een boete op van € 5.700.000 waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn;
- vergoedt een bedrag van € 992 aan kosten die Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. in verband met de behandeling van het bezwaar hebben moeten maken.
- verklaart het bezwaar voor het overige ongegrond.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA
Bestuurslid

Tegen dit besluit kan een belanghebbende binnen zes weken na de dag van bekendmaking van het besluit, beroep instellen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl