

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/COL/2008/200611

Zaaknummer: 07.0201.22.1.01 en 07.0201.22.1.02

Datum:

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake de bezwaarschriften van UPC Nederland B.V. tegen zijn besluit van 29 september 2007 tot weigering over te gaan tot intrekking van zijn geschilbesluit van 1 juli 2003 en tegen zijn besluit van 26 oktober 2007 tot oplegging van een last onder dwangsom wegens het niet naleven van het bepaalde in het besluit van het college van 1 juli 2003 inzake het geschil tussen UPC Nederland B.V. en KPN Telecom B.V.

1. Samenvatting

1.1 Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft eind oktober 2007 besloten om aan **UPC Nederland B.V.** (hierna: UPC) een last onder dwangsom op te leggen.

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van 26 oktober 2007 inzake UPC Nederland B.V. met kenmerk OPTA/IBT/2003/202193 (zaaknummer 07.0201.22).

Aanleiding voor dit besluit (hierna ook: het dwangsombesluit) vormt het niet naleven door UPC van het bepaalde in het besluit van het college van 1 juli 2003 inzake het geschil tussen UPC en KPN Telecom B.V. (hierna: KPN).

1.2 In het besluit van 1 juli 2003 (hierna: het geschilbesluit) heeft het college geoordeeld dat de FTA-tarieven die UPC op dat moment hanteerde, onredelijk waren. Het college heeft daarop een bovengrens vastgesteld voor het gemiddelde FTA-tarief van UPC. De bovengrens is vastgesteld op basis van verdraagde reciprociteit met het tarief van KPN Telecom.

1.3 UPC heeft het geschilbesluit niet nageleefd door met ingang van 1 oktober 2007 hogere tarieven aan KPN in rekening te brengen dan op grond van dit besluit is toegestaan. KPN heeft vervolgens een verzoek om handhaving van het geschilbesluit gedaan. In reactie daarop heeft UPC het college verzocht het geschilbesluit in te trekken. Het college heeft dit verzoek afgewezen en heeft besloten aan UPC onder verbeurte van een dwangsom de last op te leggen de overtreding te beëindigen. UPC heeft zich aan deze last gehouden en haar tarieven aangepast conform het bepaalde in het geschilbesluit.

1.4 Tegen de weigering tot intrekking van het geschilbesluit heeft UPC bij brief van 10 oktober 2007 bezwaar gemaakt. Tegen het dwangsombesluit heeft UPC bij brief van 6 december 2007 bezwaar gemaakt. Ten aanzien van de gronden van bezwaar concludeert het college in heroverweging dat zij geen doel treffen.

1.5 Op verzoek van UPC behandelt het college beide bezwaarschriften van UPC gevoegd. Het college verklaart het bezwaar van UPC tegen het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit, alsmede het bezwaar tegen het dwangsombesluit ongegrond.

2. Verloop van de procedure

2.1 Bij besluit¹ van 1 juli 2003 heeft het college in een geschil tussen KPN en UPC beslist over de hoogte van de FTA-tarieven van UPC. Het college heeft de FTA-tarieven van UPC onredelijk geacht en heeft een bovengrens vastgesteld voor het gemiddelde FTA-tarief van UPC op basis van het principe van vertraagde reciprociteit, als volgt uit de Beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven van 18 april 2003 (hierna: de oude FTA-beleidsregels)².

2.2 UPC heeft KPN bij brief van 31 augustus 2007 bericht per 1 oktober 2007 haar FTA-tarieven te zullen verhogen (kenmerk MKT 2007-12/AZ).

2.3 KPN heeft, naast mobiele aanbieder T-Mobile Netherlands B.V., bij brief van 28 augustus 2007 verzocht om handhaving van het geschilbesluit (kenmerk 19922-01073 AMCP: 179848.3).

2.4 Bij brief van 3 september 2007 heeft het college een ontvangstbevestiging aan KPN gestuurd en KPN verzocht de aanvraag tot handhaving aan te vullen (kenmerk OPTA/TN/2007/201729). Bij brief van 4 september 2007 heeft KPN de aanvraag aangevuld (kenmerk 19922-01073 AMCP: 179848.4). Bij brief van 7 september 2007 heeft het college aan KPN bericht dat de aanvraag in behandeling is genomen (kenmerk OPTA/TN/2007/201770).

2.5 Bij brief van 12 september 2007 heeft UPC verzocht om intrekking van het geschilbesluit (kenmerk 32156/PWI/fda/443590). Dit verzoek heeft het college bij brief van 29 september 2007 afgewezen (OPTA/TN/2007/201964). Tevens bevat deze brief een vooraankondiging van het dwangsombesluit wegens het niet naleven van het geschilbesluit.

2.6 Tegen het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit heeft UPC bij brief van 10 oktober 2007 bezwaar gemaakt (kenmerk 32156/MRO/fda/450694). In de brief wordt voor een aanvulling van de gronden verwezen naar hetgeen tijdens de hoorzitting inzake de vooraankondiging van het dwangsombesluit naar voren zal worden gebracht.

2.7 Op 11 oktober 2007 heeft een hoorzitting plaatsgevonden over de vooraankondiging van het dwangsombesluit. Van de hoorzitting is een verslag opgesteld. KPN is de gelegenheid gegeven een schriftelijke reactie te geven op hetgeen UPC mondeling tijdens de hoorzitting naar voren heeft gebracht. Bij brief van 18 oktober 2007 heeft KPN schriftelijk gereageerd op de zienswijze van UPC (kenmerk 19922-01073 AMCP: 188033.1). Bij brief van 23 oktober 2007 heeft UPC schriftelijk gereageerd op de reactie van KPN (kenmerk 32156/MRO/43713).

¹ Kenmerk: OPTA/IBT/2003/202193.

² Kenmerk: OPTA/IBT/2003/201171.

2.8 Bij brief van 26 oktober 2007 heeft het college het dwangsombesluit aan UPC toegezonden (OPTA/TN/2007/202267 en OPTA/TN/2007/202159). Daarin heeft het college UPC verzocht uiterlijk 2 november 2007 gegevens te overleggen waaruit blijkt dat aan de last is voldaan.

2.9 Bij brief van 30 oktober 2007 (kenmerk 32156/MRO/455063) heeft UPC laten weten de last na te zullen leven en haar tarieven met ingang van 1 oktober 2007 aan te passen conform het bepaalde in het geschilbesluit van 1 juli 2003.

2.10 Bij brief van 30 oktober 2007 (kenmerk 32156/MRO/455471) heeft UPC een aanvullend bezwaarschrift ingediend gericht tegen het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit.

2.11 Bij brief van 6 december 2007 heeft UPC bezwaar gemaakt tegen het dwangsombesluit (kenmerk 31671/MRO/hfa/464564/2). Daarin heeft UPC verzocht de gronden van bezwaar gericht tegen het dwangsombesluit en de gronden van bezwaar gericht tegen de weigering tot intrekking van het geschilbesluit gevoegd te behandelen.

2.12 Op 10 december 2007 heeft een hoorzitting plaatsgevonden over het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit. Bij gelegenheid van de hoorzitting heeft UPC haar bezwaren nader geconcretiseerd.

2.13 Bij brief van 21 december 2007 heeft UPC een aanvulling op de gronden van beide bezwaarschriften gegeven.

2.14 Op 25 januari 2008 heeft een hoorzitting plaatsgevonden inzake het besluit van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom aan UPC wegens het niet naleven van het geschilbesluit van 1 juli 2003. Daarbij zijn KPN en UPC in de gelegenheid gesteld hun standpunt nader toe te lichten. Van hetgeen op de hoorzitting aan de orde is gekomen, is een verslag opgesteld. Voor een uitgebreide uiteenzetting van de zienswijze van partijen verwijst het college naar dit verslag.

3. Het besluit van 29 september 2007

3.1 Het besluit van 29 september 2007 strekt tot de weigering tot intrekking van het geschilbesluit. Het geschilbesluit is genomen op basis van het thans vervallen artikel 6.3, eerste lid, juncto 6.3, derde lid onder b van de oude Telecommunicatiewet (Stb. 1998, 610). Ingevolge artikel 19.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) wordt een aanvraag als bedoeld in artikel 6.3, eerste lid van de Tw (oud) aangemerkt als een aanvraag als bedoeld in artikel 12.2 van de Tw. De intrekking van een geschilbesluit vindt eveneens plaats op basis van hoofdstuk 12 van de Tw.

3.2 Het college heeft besloten het verzoek van UPC tot intrekking van het geschilbesluit te weigeren. Het college heeft daarbij verwezen naar hetgeen hij naar aanleiding van het kader van het handhavingsverzoek van KPN, heeft overwogen. Het college heeft naar aanleiding van het handhavingsverzoek aan UPC een vooraankondiging verzonden. Het college heeft in de vooraankondiging vastgesteld dat het beginsel van verdraagde reciprociteit in de huidige reguleringsperiode ongewijzigd van kracht blijft als uitgangspunt voor de vaststelling van de maximaal redelijke FTA-tarieven. Nu het beginsel van verdraagde reciprociteit ook aan het geschilbesluit ten grondslag ligt, bestaat er geen aanleiding tot intrekking daarvan.

4. Het besluit van 26 oktober 2007

4.1 Het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom heeft het college genomen op basis van artikel 15.2, tweede lid, van de Tw. Het college heeft de last opgelegd aan UPC. UPC is een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken en – diensten.

4.2 Aanleiding voor het dwangsombesluit vormt de overtreding van het bepaalde in het geschilbesluit. Daarin heeft het college een bovengrens vastgesteld voor het gemiddelde FTA-tarief dat UPC kan hanteren. UPC heeft het geschilbesluit overtreden door per 1 oktober 2007 hogere tarieven vast te stellen dan waar zij op grond van dit besluit toe bevoegd was. Dit is in strijd met het bepaalde in artikel 12.6 Tw.

4.3 De last bestaat eruit dat UPC een dwangsom van € 55.000,- verbeurt voor iedere dag dat zij nalaat de last na te leven, tot een maximum van € 5.000.000,-.

5. Juridisch kader

Ten aanzien van de overtreding

5.1 Artikel 12.6 Tw bepaalt dat een bij een geschil betrokken partij een door het college op grond van artikel 12.2 Tw genomen besluit opvolgt. Het geschilbesluit is in 2003 genomen op basis van het reeds vervallen artikel 6.3, eerste lid juncto 6.3, derde lid, onder b van de Tw. Zoals hierboven reeds aangegeven wordt een dergelijke aanvraag ingevolge artikel 19.7 Tw aangemerkt als een aanvraag als bedoeld in artikel 12.2 Tw.

“Een aanvraag als bedoeld in de [artikelen 3.11, vierde lid, of 6.3, eerste of tweede lid](#), zoals deze luiden voor de inwerkingtreding van de [Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002](#), wordt vanaf dat tijdstip aangemerkt als een aanvraag als bedoeld in [artikel 12.2](#).”

Ten aanzien van de bevoegdheid

5.2 Op grond van artikel 15.2, tweede lid, juncto artikel 15.1, derde lid van de Tw is het college bevoegd bestuursdwang toe te passen. Ingevolge artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is het college bevoegd in plaats van het toepassen van bestuursdwang, een last onder dwangsom op te leggen.

6. De gronden van bezwaar

6.1 UPC voert de volgende gronden van bezwaar aan.

Ten aanzien van het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit

6.2 Ten aanzien van het verzoek tot intrekking van het geschilbesluit noemt UPC in de eerste plaats een aantal omstandigheden die zodanig zijn gewijzigd dat, in de opvatting van UPC, het geschilbesluit niet onverkort kan worden gehandhaafd. In dit verband wijst UPC op de versterkte marktpositie van KPN. Tevens wijst UPC op de wijziging van de markt als gevolg van de ontwikkeling

van de techniek. Voorts noemt UPC de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) van 11 mei 2007³ waarin het CBb de aanwijzing van UPC als partij met aanmerkelijke marktmacht heeft vernietigd. Daarbij wijst UPC er op dat het CBb niet dwingend heeft voorgeschreven dat het geschilbesluit of de oude FTA-beleidsregels onverkort dienen te worden toegepast. UPC stelt ten slotte dat met het MTA-besluit van het college van 31 juli 2007⁴ is komen vast te staan dat mobiele operators voor de afwikkeling van verkeer dat op hun netwerken termineert in tegenstelling tot UPC wel een aanzienlijke opslag mogen hanteren.

6.3 In de tweede plaats stelt UPC dat UPC onder de huidige FTA-beleidsregels niet verplicht kan worden om haar tarieven volgens het beginsel van verdraagde reciprociteit te berekenen. De oude FTA-beleidsregels kunnen volgens UPC niet in stand worden gelaten. Daar komt bij, zo stelt UPC, dat aan vaste aanbieders die wel zijn aangewezen in sommige gevallen geen tariefverplichting en in andere gevallen geen non-discriminatieverplichting zijn opgelegd. In de opvatting van UPC gelden daarmee voor haar als ongereguleerde partij zwaardere beperkingen dan voor sommige aangewezen partijen.

6.4 UPC stelt in de derde plaats dat het college in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld door voornoemde omstandigheden niet bij zijn besluitvorming omtrent het verzoek tot intrekking van het geschilbesluit te betrekken. Voorts heeft het college, in de opvatting van UPC, de belangen van UPC bij het opheffen van de geldende tariefsbeperkingen niet (afdoende) mee gewogen.

6.5 Ten slotte stelt UPC dat het college het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit onzorgvuldig en niet deugdelijk heeft gemotiveerd.

Ten aanzien van het dwangsombesluit

6.6 UPC stelt in de eerste plaats dat het college een onjuiste uitleg aan het geschilbesluit geeft. Meer in het bijzonder is UPC van mening dat het geschilbesluit alleen ziet op het verkeer dat *origineert* op het netwerk van KPN. Verkeer dat door KPN als transitaanbieder wordt afgeleverd bij UPC wordt, zo stelt UPC, door het geschilbesluit niet bestreken.

6.7 In de tweede plaats stelt UPC dat bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat wordt afgezien van het opleggen van de last onder dwangsom. Meer in het bijzonder is UPC van mening dat het college ten onrechte vooruitloopt op een nog te nemen marktanalysebesluit. UPC is van mening dat het geschilbesluit onder een ander regelgevend kader tot stand is gekomen en dat het onzorgvuldig is dat geen rekening is gehouden met het verzoek van UPC tot intrekking van het geschilbesluit. UPC is voorts van mening dat het ontwerp FTA-besluit verhoging toestaat. Tenslotte is UPC van mening dat haar ten onrechte wordt verweten de tarieven te verhogen.

6.8 In de derde plaats is UPC van mening dat het dwangsombesluit in strijd met de rechtzekerheid is, omdat aan het besluit terugwerkende kracht is gegeven.

³ LJN: BA4880

⁴ OPTA/TN/2007/201479

6.9 In de vierde plaats stelt UPC dat, nu zij heeft aangegeven de tariefsverhoging pas te incasseren wanneer uit de uitspraak van het CBB blijkt dat de tariefsverhoging is toegelaten, ten onrechte een dwangsom is opgelegd. De dwangsom is, zo stelt UPC, voorts onevenredig.

6.10 Tenslotte stelt UPC dat de last onduidelijk is, omdat het college heeft nagelaten aan te geven op welke wijze de last kan worden voldaan.

7. Reactie op de gronden van bezwaar

7.1 In reactie op de gronden van bezwaar gericht tegen het besluit tot weigering tot intrekking van het geschilbesluit, volstaat het college met een verwijzing naar zijn reactie op de gronden van bezwaar gericht tegen het dwangsombesluit. Daarbij neemt het college in aanmerking dat de beide besluiten nauw met elkaar verbonden zijn en dat de gronden van de beide bezwaarschriften van UPC grotendeels overeenkomen.

7.2 Het college merkt in algemene zin het volgende op. De nieuwe beleidsregels zijn opgesteld naar aanleiding van het marktanalysebesluit gespreksafgifte op de afzonderlijke vaste telefoonnetwerken van 21 december 2005 (hierna: afgiftebesluit), waarbij UPC als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op de betreffende markt is aangewezen en haar verplichtingen zijn opgelegd. Dit besluit is door het CBB bij uitspraak van 11 mei 2007 vernietigd. Daarop heeft het college een nieuwe analyse uitgevoerd, waarbij onder meer gebruik is gemaakt van een rapport van Lexonomics over de kopersmacht van afnemers van UPC. UPC is in de gelegenheid gesteld op een concept van dat rapport te reageren. Vervolgens heeft het college een uitgebreide analyse van de betreffende markt uitgevoerd en zijn conclusies vastgelegd in het ontwerpbesluit marktanalyse gespreksafgifte op het vaste telefoonnetwerk van Tele2/Versatel en UPC van 13 december 2007⁵ (hierna: het ontwerp FTA-besluit). De consultatieperiode van dit ontwerp FTA-besluit loopt tot 4 februari 2008. Alle door UPC in haar bezwaarschriften genoemde ontwikkelingen zijn daarbij betrokken. Het college heeft vastgesteld dat het beginsel van verdraagde reciprociteit in deze reguleringsperiode gehandhaafd moet blijven. Het college verwijst met nadruk naar de overwegingen in het ontwerp FTA-besluit.

7.3 Anders dan UPC, is het college van mening dat het geschilbesluit betrekking heeft op alle verkeer dat van het netwerk van KPN Telecom op het netwerk van UPC termineert. De afwikkeling van verkeer afkomstig van het netwerk van KPN Telecom op het netwerk van UPC vindt plaats op basis van een interconnectieovereenkomst, waarin geen onderscheid tussen verkeersstromen wordt gemaakt. In het geschilbesluit wordt evenmin een onderscheid tussen verkeersstromen of de herkomst van verkeer gemaakt. Totdat UPC aankondigde de tarieven voor de gespreksafgifte van verkeer afkomstig van mobiele netwerken te zullen verhogen, werd een dergelijk onderscheid in de praktijk ook niet gemaakt. Mede gelet op het feit dat de kosten van gespreksafgifte voor elke verkeersstroom die door UPC aan KPN Telecom in rekening wordt gebracht, bestaat er ook geen enkele reden voor een onderscheid in tarieven.

7.4 De verwijzing door UPC naar passages in het geschilbesluit en de beslissing op bezwaar leidt niet tot een ander oordeel. Los van het feit dat uit het dictum van het geschilbesluit blijkt dat de

⁵ Kenmerk: OPTA/TN/2007/202565.

tarieven van UPC onredelijk hoog worden geacht, kan uit het enkele feit dat in de overwegingen van het geschilbesluit en de beslissing op bezwaar wordt gesproken over verkeer dat origineert bij KPN, niet worden afgeleid dat het geschilbesluit geen betrekking heeft op ander verkeer. De desbetreffende passages zijn immers niet meer dan een algemene beschrijving van wat een 'originating and fast terminating' dienst inhouden. Uit de overwegingen van beide besluiten en meer in het bijzonder het geschilbesluit kan op geen enkele wijze worden afgeleid dat het besluit alleen betrekking heeft op één van de verkeersstromen. Er bestaat ook geen redelijke verklaring voor het feit dat, in de gedachtegang van UPC, KPN Telecom haar verzoek tot geschilbeslechting dat tot het geschilbesluit heeft geleid zou hebben willen beperken tot verkeer dat op haar eigen netwerk origineert. Dat wordt, in de opvatting van het college, nog eens bevestigd door het feit dat de interconnectieovereenkomst een dergelijke onderscheid niet kent. Dat de interconnectieovereenkomst, zoals UPC stelt, ruimte zou bieden een dergelijk onderscheid wel te maken, is niet relevant, alleen al omdat UPC ten tijde van het geschilbesluit en gedurende lange tijd daarna van die veronderstelde ruimte geen gebruik heeft gemaakt.

7.5 UPC heeft in reactie op het citaat in randnummer 82 van het dwangsombesluit gesteld dat zij steeds is uitgegaan van de beperkte strekking van het geschilbesluit. Het college acht die stelling niet geloofwaardig: tot de onderhavige, onverwachte, tariefsverhoging heeft UPC nooit enige indicatie gegeven dat zij het geschilbesluit in de door haar thans gepresenteerde vorm heeft opgevat. Het gebruik van het woord "tarieven" in de het betreffende randnummer geciteerde passage in de pleitnota van de gemachtigde van UPC ziet, in de opvatting van het college, niet op piek- en daltarieven en start- en minuuttarieven, maar op de (verschillende) gemiddelde FTA-tarieven.

7.6 Anders dan UPC stelt, maken de FTA-beleidsregels noch de oude FTA-beleidsregels een dergelijk onderscheid. De door UPC aangehaalde passage in het MTA-besluit van 31 juli 2007 geeft, anders dan UPC stelt, niet van een andere opvatting blijk. In randnummer 359 staat het volgende opgemerkt: "*Vóór 2006 waren de vaste afgiftetarieven niet gereguleerd voor verkeer afkomstig van andere netwerken dan dat van KPN*". Vervolgens wordt verwezen naar een voetnoot, waarin in wordt gegaan op de beleidsregels van 18 april 2003. Over die beleidsregels wordt in de voetnoot gesteld dat deze "*dus niet (golden) voor verkeer van andere vaste netwerken en van mobiele netwerken*". In de hiervoor genoemde passages is tot uitdrukking gebracht dat de oude FTA-beleidsregels slechts zien op verkeer afkomstig van KPN Telecom. Dat verkeer omvat zowel verkeer afkomstig van eindgebruikers van KPN Telecom als (transit)verkeer dat door KPN aan UPC wordt aangeboden als gevolg van een (transit)interconnectieovereenkomst tussen KPN Telecom en andere eindgebruikers. De opmerking in de voetnoot 149 heeft, anders gezegd, uitsluitend betrekking op verkeer dat *rechtstreeks* aan UPC op basis van directe interconnectie wordt aangeboden door aanbieders van een ander vast netwerk of van mobiele netwerken. Door KPN Telecom aangeboden transitverkeer valt daar niet onder. Dat impliceert ook dat UPC geen gerechtvaardigd vertrouwen aan de betreffende passage in het MTA-besluit van 31 juli 2007 kan ontlennen.

7.7 Het feit dat UPC, naar zij stelt, een goede reden voor het maken van onderscheid heeft, maakt dit niet anders, zolang het geschilbesluit rechtskracht heeft. Het college wijst erop dat ook het ontwerp FTA-besluit niet voorziet in een differentiatie tussen terminatingverkeer afkomstig van eindgebruikers van KPN Telecom en transitverkeer.

7.8 Het college deelt de opvatting van UPC dat bijzondere omstandigheden zich tegen het opleggen van de last onder dwangsom verzetten niet. Dat geldt evenmin voor de omstandigheden die UPC aanvoert ten aanzien van het in stand laten van het geschilbesluit. Het college verwijst opnieuw naar het ontwerp FTA-besluit. Uitgangspunt voor het college is dat het geschilbesluit rechtskracht heeft. Het college voelt zich daarin gesteund door de in randnummer 75 van het dwangsombesluit geciteerde opmerking van het CBb, waaruit blijkt dat ook het CBb ervan uitgaat dat UPC gebonden is aan het bepaalde in het geschilbesluit⁶.

7.9 Ter voorlichting van UPC merkt het college nog het volgende op. Uit de uitspraak van de voorzitter van het CBb van 14 november 2007⁷ volgt dat marktpartijen ervan mogen uitgaan dat hun verdragde reciproque FTA-tarief gebaseerd wordt op het voor KPN geldende kostengeoriënteerde tarief, zoals neergelegd in Annex A van het WPC-besluit. Dat standpunt is door het college in het ontwerp FTA-besluit overgenomen. Voorzover er van moet worden uitgegaan dat het college bij het dwangsombesluit voor wat betreft de hoogte van de maximale tarieven van UPC is uitgegaan van de tarieven in Annex B, dient daarvoor in de plaats Annex A als uitgangspunt voor de vaststelling van de tarieven te worden genomen. Vaststaat evenwel dat de tarieven die UPC bij wijziging van 1 oktober 2007 wilde doorvoeren, ook uitstijgen boven de tarieven, als neergelegd in Annex A, zodat er geen reden is voor een heroverweging van het dwangsombesluit. Voor het college is dan ook uitgangspunt dat de verhoging van de FTA-tarieven door UPC in strijd met het geschilbesluit is, voorzover deze, overeenkomstig het beginsel van verdragde reciprociteit, de tarieven in Annex A overstijgen. Daarmee is de bevoegdheid tot handhaving gegeven.

7.10 UPC bestrijdt het standpunt van het college dat uitzicht op legalisatie ontbreekt. Het college wijst naar het ontwerp FTA-besluit en de daarin opgenomen analyse. Het ontwerp FTA-besluit biedt geen ruimte voor de tariefsverhoging die UPC per 1 oktober 2007 heeft doorgevoerd. Het college is van mening dat het enkele feit dat het ontwerp FTA-besluit niet van kracht is, aan de vaststelling dat legalisatie niet mogelijk is niet in de weg staat. Daarbij acht het college van belang dat de methode van verdragde reciprociteit ongewijzigd van kracht blijft bij de regulering van de tarieven.

7.11 Ook het feit dat de uit het geschilbesluit voortvloeiende tarieven zijn vastgesteld onder een ander regelgevend kader leidt niet tot een ander oordeel. Vaststaat immers dat de analyse van de betreffende markt onder het huidige kader niet tot andere conclusies leidt dan uit het oude kader en in dat kader vastgestelde beleidsregels voortvloeit. In beide gevallen is, kort gezegd, verdragde reciprociteit het uitgangspunt. Het enkele feit dat UPC het college heeft gevraagd het geschilbesluit in te trekken, op welk verzoek het college afwijzend heeft beslist, maakt dit niet anders en is evenmin als onzorgvuldig te beschouwen.

7.12 Dat de verhoging van de FTA-tarieven per 1 oktober 2007 voortvloeit uit een beslissing van UPC zelf staat vast. Anders dan UPC stelt, staat het haar niet vrij de tarieven voor verkeer afkomstig van KPN te verhogen anders dan met in achtname van de methode van verdragde reciprociteit. UPC is gerechtigd de tarieven aan te passen tot een maximum gelijk aan de tarieven die zijn opgenomen in Annex A. De verhoging die UPC per 1 oktober 2007 heeft doorgevoerd, overschrijdt echter het maximaal redelijke tarief in Annex A.

⁶ uitspraak van het CBb van 11 mei 2007 (LJN: BA4880).

⁷ LJN: BB9736.

7.13 Anders dan UPC stelt is het dwangsbesluit niet in strijd met de rechtszekerheid. Het door UPC overtreden voorschrift geldt sinds 1 juli 2003. De Awb verzet zich er niet tegen dat een last wordt opgelegd om overtredingen uit het verleden ongedaan te maken.

7.14 De last strekt ertoe het verhogen van tarieven tegen te gaan. Het enkele feit dat UPC stelt dat zij tariefsverhogingen pas zal incasseren nadat uit een uitspraak van het CBB blijkt dat de tariefsverhoging is toegelaten, staat niet in de weg aan een last, waarbij deze tariefsverhoging onmogelijk wordt gemaakt. Vooralsnog niet incasseren is iets anders dan het niet in rekening brengen van een tarief. Ten aanzien daarvan is de last opgelegd. De hoogte van de dwangsom is gebaseerd op een inschatting van het voordeel dat UPC met de onrechtmatige verhoging zal realiseren. Het feit dat UPC stelt de verhoging vooralsnog niet te incasseren, betekent niet dat UPC als gevolg van de tariefsverhoging dat voordeel niet zou genieten. De dwangsom is afgestemd op dat, onrechtmatige, voordeel en daarmee niet onevenredig.

7.15 Anders dan UPC stelt, bestaat voor het maken van een vergelijking tussen UPC en BT Nederland B.V. voor het vaststellen van de hoogte van de dwangsom geen grond. Om effect te ressorteren dient de hoogte van de dwangsom afgestemd te worden op de aard van de overtreder aan wie de last wordt opgelegd. In vergelijking met BT brengt UPC hogere tarieven in rekening en is het volume zelf groter, waardoor het verschil in hoogte van de dwangsom wordt gerechtvaardigd.

7.16 Het college is, anders dan UPC, van oordeel dat de last voldoende duidelijk is. Het is evident dat UPC slechts aan de last kan voldoen door de tariefsverhoging ongedaan te maken en niet in de toekomst opnieuw te introduceren.

8. Besluit

8.1 De bezwaren gericht tegen het besluit van 29 september 2007, alsmede de bezwaren gericht tegen het besluit van 26 oktober 2007 worden ongegrond verklaard.

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

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is

bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.

Openbaar besluit