

Besluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/JUZ/2004/201288

Zaaknummer: JB04048

Datum: 29 april 2004

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inhoudende beslissing op het bezwaarschrift van KPN Telecom B.V. van 30 januari 2004 gericht tegen het besluit van het college van 19 december 2003, kenmerk OPTA/IBT/2003/204596, inhoudende de oplegging van twee boetes.

1. Samenvatting

Het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: college) heeft bij het besluit van 19 december 2003, kenmerk OPTA/IBT/2003/204596 (hierna: het bestreden besluit) aan KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) met toepassing van art. 15.4 Telecommunicatiewet (hierna: Tw) boetes opgelegd:

1. van € 90.000, voor als overtredingen van de eisen van kostenoriëntatie omschreven gedragingen gezamenlijk;
2. van € 180.000, voor als overtredingen van het non-discriminatiebeginsel omschreven gedragingen gezamenlijk.

Op 30 september 2003 is een onderzoeksrapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw opgemaakt (hierna: het Boeterapport), waarin wordt geconstateerd dat KPN zich in het kader van ontbundelde toegang tot de aansluitlijn schuldig heeft gemaakt aan overtredingen van de eisen van kostenoriëntatie en van het non-discriminatiebeginsel. Deze overtredingen zijn naar het oordeel van het college aan te merken als overtredingen van de ernstigste soort en rechtvaardigen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag. KPN heeft de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders onomkeerbaar beïnvloed. Ongedaanmaking van dergelijke overtredingen is derhalve niet mogelijk. Dit dient in de hoogte van de op te leggen boetes tot uitdrukking te komen. In casu heeft het college in de concrete omstandigheden van het geval aanleiding gezien om boetes op te leggen die lager zijn dan het maximum bedrag.

KPN argumenteert in haar bezwaarschrift dat:

- het kostenoriëntatiebeginsel in principe niet uitsluit dat KPN lagere tarieven hanteert dan de door OPTA vastgestelde tarieven voor aansluitlijnen;
- de door haar overeengekomen kortingsregelingen met bbned en Tiscali niet in strijd zijn met haar wettelijke verplichtingen omdat de regelingen volgens KPN nooit zijn uitgevoerd;
- de regelingen voorwaardelijk waren omdat KPN altijd beoogd heeft zich te conformeren aan uitspraken van OPTA ter zake.

De zogenoemde Regeling opzegvergoeding Tiscali is volgens KPN niet in strijd met de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven.

Besluit Openbaar

Verder stelt KPN dat geen sprake is van discriminatoire behandeling. Het lager dan tarief voor de levering van collocaties aan bbned dan het tarief dat voor andere aanbieders heeft gegolden, zou onmiddellijk verband houden met de bijzondere omstandigheid dat bbned akkoord is gegaan met gespreide terugbetaling van een door KPN verschuldigde geldsom, waarvoor KPN geen wettelijke rente zou hoeven betalen.

Zelfs als het college van oordeel is dat sprake is van een overtreding, dan is de ernst en de verwijtbaarheid naar de mening van KPN dermate gering dat het opleggen van een boete niet is gerechtvaardigd.

Het college ziet in de argumenten van KPN geen aanleiding tot herziening van het bestreden besluit.

2. Verloop van de procedure

Bij het bestreden besluit heeft het college op grond van artikel 15.4 Tw twee boetes opgelegd vanwege de constatering dat KPN met twee ondernemingen afspraken heeft gemaakt over tarieven voor de levering van XTL- en ASL-lijnen en met bbned afspraken heeft gemaakt over tarieven voor de levering voor collocaties. Deze tarieven zijn lager dan de in het referentieaanbod opgenomen tarieven en de tarieven die aan andere partijen in rekening zijn gebracht.

Bij brief van 30 januari 2004 heeft KPN tegen dat besluit pro-forma bezwaar aangetekend.

Bij brief van 2 februari 2004, kenmerk OPTA/JUZ/2004/200425, heeft het college de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en geregistreerd onder nummer JB04048. Bij deze brief heeft het college KPN in de gelegenheid gesteld het bezwaar aan te vullen vóór 17 februari 2004.

Bij brief van 16 februari 2004 heeft KPN de gronden van het bezwaar aangevuld.

Op 2 april 2004 heeft de hoorzitting van het voorliggende bezwaarschrift plaatsgevonden. Het verslag van deze hoorzitting is bij het voorliggende besluit gevoegd.

3. Feiten

Voor de relevante feiten verwijst het college naar het boeterapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw dat op 30 september 2003 is opgemaakt en naar paragraaf 2 van het bestreden besluit.

4. Het bestreden besluit

Het college komt in het bestreden besluit op grond van het boeterapport, de bij het boeterapport gevoegde bijlagen en de schriftelijke en mondelinge zienswijze van KPN tot het opleggen van een boete aan KPN van €90.000 wegens het niet zorgdragen voor kostengeoriënteerde tarieven en een boete van € 180.000 wegens schending van het non-discriminatiebeginsel.

In het bestreden besluit heeft het college geoordeeld dat KPN ernstige inbreuk op artikel 6.4 jo. artikel

Besluit

Openbaar

6.10 jo. artikel 6.9 jo. artikel 6.6 jo. artikel 6.2 Tw en artikel 3, tweede en derde lid, Verordening nummer 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (Pb EG L 336/4; hierna: de Verordening) heeft gemaakt door:

- in de periode september 2002 tot en met maart 2003 geen zorg te dragen voor een op kosten georiënteerd tarief ter zake van de levering van ontbundelde aansluitlijnen aan bbned;
- op 15 augustus 2002 geen zorg te dragen voor een op kosten georiënteerd tarief door overeen te komen dat KPN aan Tiscali aansluitlijnen zal leveren tegen tarieven die een kwantumkorting bevatten, op grond van welke overeenkomst leveringen hebben plaatsgevonden in de periode van 15 augustus 2002 tot en met 31 december 2002;
- eveneens op 15 augustus 2002 geen zorg te dragen voor een op kosten georiënteerd tarief door overeen te komen dat KPN in de periode 1 september 2002 tot en met 31 december 2002 Tiscali voor het opzeggen van ontbundelde aansluitlijnen [bedrijfsvertrouwelijk] in rekening zal brengen op grond van welke overeenkomst in de betreffende periode leveringen hebben plaatsgevonden;
- met bbned in de periode van oktober 2002 tot en met mei 2003 de afspraak te maken en gedeeltelijk uit te voeren om [bedrijfsvertrouwelijk] collocaties tegen een afwijkend tarief van [bedrijfsvertrouwelijk] te leveren;
- met bbned in de periode van 27 februari 2003 tot en met juni 2003 de afspraak te maken en gedeeltelijk uit te voeren om [bedrijfsvertrouwelijk] collocaties tegen een afwijkend tarief van [bedrijfsvertrouwelijk] te leveren.

Het college overweegt daartoe kort gezegd dat:

- KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht verplicht is toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen, waarbij aan haar specifieke verplichtingen zijn opgelegd als het hanteren van kostengeoriënteerde en non-discriminatoire tarieven en voorwaarden. Deze verplichtingen heeft KPN met de geconstateerde gedragingen overtreden;
- KPN de afspraken met bbned en Tiscali welbewust heeft gemaakt;
- het verschaffen van voordelen aan bepaalde aanbieders leidt tot verstoring van de concurrentieverhoudingen op de markt waar juist door middel van een zorgvuldig gereguleerd proces concurrentie moet worden gestimuleerd;
- gelet hierop sprake is van ernstige overtredingen;
- ongedaanmaking van dergelijke overtredingen naar hun aard niet mogelijk is: KPN heeft de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders onomkeerbaar beïnvloed;
- dit in de hoogte van de op te leggen boetes tot uitdrukking dient te komen, waarbij het in de onderhavige situatie de concrete omstandigheden van het geval zijn die nopen tot boetes die lager zijn dan het maximum bedrag.

Besluit

Openbaar

5. De argumenten van KPN

Voor een volledige uiteenzetting van de standpunten van KPN verwijst het college naar het aanvullend bezwaarschrift alsmede naar hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht. Het standpunt van KPN laat zich als volgt samenvatten.

KPN betwist, onder verwijzing naar haar beroepschrift inzake procedure 03/3782 TELECOM betreffende het boetebesluit MxStream, dat (volledig) ontbundelde toegang dient te worden aangemerkt als bijzondere toegang in de zin van artikel 6.9 Tw.

KPN is van mening dat de kortingsregelingen met bbned en Tiscali niet in strijd zijn met haar wettelijke verplichtingen omdat 1) de regeling nooit is uitgevoerd, 2) de regeling voorwaardelijk was omdat KPN altijd beoogd heeft zich te conformeren aan uitspraken van OPTA ter zake en 3) het kostenoriëntatiebeginsel in principe niet uitsluit dat KPN lagere tarieven hanteert dan de door OPTA vastgestelde tarieven voor aansluitlijnen.

KPN heeft het college bij brief van 26 september 2002 geïnformeerd omtrent de toepassing door KPN van een kortingsregeling. Naar aanleiding van het oordeel van het college bij brief van 6 november 2002, OPTA/IBT/2002/203718 dat de voorgestelde staffelmethode in strijd is met de in de Tw geformuleerde beginselen van non-discriminatie en kostenoriëntatie stelt KPN de aanvankelijk met bbned uitgevoerde kortingsregeling niet tot uitvoering te hebben gebracht. bbned heeft ook formeel afstand gedaan van enige aanspraak op een korting. KPN verwijst hierbij naar de brief van 5 december 2003, aan het college toegezonden bij brief van 16 december 2003.

De zogenoemde Regeling opzegvergoeding Tiscali is volgens KPN niet in strijd met de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven. De afspraak stond in dienst van de bevordering van de introductie van een nieuw product door een onmiddellijke concurrent van KPN. Het effect van de afspraak was minimaal aangezien aan Tiscali slechts een relatief gering bedrag niet in rekening is gebracht. Er is dus geen sprake van een wezenlijke bevoordeling van Tiscali of benadeling van andere partijen.

Het lagere tarief voor de levering van collocaties aan bbned dan het tarief dat voor andere aanbieders heeft gegolden, hield volgens de stelling van KPN onmiddellijk verband met de bijzondere omstandigheid dat bbned akkoord is gegaan met gespreide terugbetaling van een door KPN verschuldigde geldsom waarvoor KPN geen wettelijke rente hoefde te betalen. Naar de mening van KPN was er dus geen sprake van discriminatoire behandeling. KPN kan het college niet volgen in de, volgens KPN niet onderbouwde stelling, dat de verplichting inzake non-discriminatie zich er tegen verzet dat uitsluitend om zakelijke redenen een afwijkend tarief wordt gehanteerd.

Zelfs als het college van oordeel is dat sprake is van overtredingen, dan is de ernst en de verwijtbaarheid dermate gering dat het opleggen van boetes niet is gerechtvaardigd, zo stelt KPN.

Besluit

Openbaar

6. Juridisch Kader

Voor het juridisch kader verwijst het college korthedshalve naar het bestreden besluit.

7. Overwegingen

7.1 *Ontbundelde toegang en artikel 6.9 Tw*

KPN stelt, onder verwijzing naar het aanvullende beroepschrift van 2 februari 2004 inzake het boetebesluit van het college met betrekking tot Mxstream (03/3782 TELECOM GVV T1), dat (volledig) ontbundelde toegang niet dient te worden aangemerkt als bijzondere toegang in de zin van artikel 6.9 Tw en betwist op grond daarvan dat de eisen van kostenoriëntatie en non-discriminatie uit hoofde van respectievelijk artikel 6.6, eerste lid, jo. artikel 6.9 derde lid Tw en artikel 6.5, onder a, jo. artikel 6.9 derde lid Tw ter zake van overtredingen betreffende (volledig) ontbundelde toegang van toepassing zijn.

Het college merkt op dat het begrip “bijzondere toegang” in artikel 1.1, onder j Tw is gedefinieerd als “toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste eindgebruikers worden aangeboden.”

In de memorie van toelichting wordt het begrip nader toegelicht:

“Bij bijzondere toegang is sprake van twee aanbieders van telecommunicatiediensten, waarbij de ene partij wel en de andere partij geen eigen aansluitnetwerk heeft. Wanneer de laatstgenoemde gebruik wil maken van het netwerk van bijvoorbeeld een aanbieder van openbare telecommunicatienetwerken vraagt deze speciale voorzieningen, opdat de abonnees van deze netwerken toch de diensten kunnen afnemen van deze dienst aanbieder.” (Algemeen deel MvT, onderdeel 5.2.3, TK 1996-1997, 25 533, nr.3)

“Bijzondere toegang is een ruimer begrip dan interconnectie. Bijzondere toegang is, zoals gezegd, de toegang tot netwerken op andere punten in het netwerk dan de normale aansluitpunten die abonnees gebruiken met de specifieke functionaliteit die voor een interoperabele dienstverlening noodzakelijk is. Eerder in dit hoofdstuk zijn hiervan al enkele voorbeelden genoemd. Vele andere mogelijke diensten kunnen worden aangeboden, waarvoor bijzondere toegang tot netwerken en klanten van netwerken noodzakelijk is. Juist de mogelijkheid van dienstaanbieders die zich exclusief op de ontwikkeling van dergelijke diensten richten zijn een belangrijke stimulans voor innovatie en ontwikkeling van de telecommunicatiemarkt.” (Algemeen deel MvT, onderdeel 5.2.5, TK 1996-1997, 25 533, nr.3)

Het begrip bijzondere toegang is derhalve een open begrip. De wetgever heeft daar bewust voor gekozen. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat het op voorhand bepalen welke verzoeken niet of wel als bijzondere toegang zijn te beschouwen een remmende werking heeft op de innovatiekracht van marktpartijen. Een van de pijlers van marktwerking is nu juist dat partijen worden gestimuleerd nieuwe technieken te ontwikkelen en daarom is het logisch dat partijen daarvoor de ruimte wordt geboden. In de wetsgeschiedenis is in dit verband het volgende opgemerkt:

“Net als in de voornoemde richtlijnartikelen (red.: artikel 4.2 van de Interconnectierichtlijn en artikel 16 van de ONP-richtlijn Spraaktelefonie) is gekozen voor een open normstelling. Het bij algemene maatregel

Besluit

Openbaar

van bestuur invullen van wat wel, en dus ook wat niet, een redelijk verzoek om bijzondere toegang is zou niet alleen voorbijgaan aan de creativiteit van de bijzondere toegang vragende partijen, maar bovendien leiden tot een onjuiste implementatie van voornoemde richtlijnen.”(MvA, Eerste Kamer 1997-1998, 25 533, nr. 309b).

Een verzoek om ontbundelde toegang dient te worden aangemerkt als een verzoek om bijzondere toegang. Bij ontbundelde toegang is immers sprake van toegang tot het netwerk op een andere punt dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste eindgebruikers worden aangeboden, te weten toegang tot punten in de hoofdverdeler in (de) lokale centrale(s).

Dit standpunt wordt niet voor het eerst door het college ingenomen. Al eerder heeft het college geconcludeerd dat verzoeken om ontbundelde toegang als bijzondere toegang aangemerkt moeten worden. Het college wijst daarvoor op het besluit inzake het geschil tussen EnerTel N.V. en KPN van 17 december 1997 en de Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn (“MDF-access”) d.d. 12 maart 1999. Beide documenten zijn te vinden op de website van OPTA www.opta.nl.

Omdat collocatie moet worden beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor de bijzondere toegangsdienst ontbundelde toegang tot de aansluitlijn, is het college ook bevoegd m.b.t collocatie.

De verplichtingen uit de Verordening zijn vanaf 31 december 2000 van kracht. Artikel 6:10 Tw is per 15 oktober 2001 in de Tw ingevoegd en geldt vanaf 31 december 2000. Geen terugwerkende kracht is toegekend aan de mogelijkheid van het college om ingevolge artikel 15.1 Tw bestuurlijke sancties op te leggen voor overtredingen van de Verordening. De in het boeterapport geconstateerde overtredingen hebben betrekking op de periode na 15 oktober 2001.

Het college is, gelet op het vorenstaande, van oordeel hij zich in het bestreden besluit wat betreft zijn bevoegdheid terecht heeft gebaseerd op artikel 6.4 jo. artikel 6.10 jo. artikel 6.9 jo. artikel 6.6 jo. artikel 6.2 Tw en artikel 3, tweede en derde lid, van de Verordening .

7.2 Overtreding verplichting kostenoriëntatie

KPN stelt dat het overeenkomen van lagere tarieven dan het tarief dat is vastgesteld conform het door het college geaccordeerde kostentoerekeningssysteem, geen strijd oplevert met de verplichting tot kostenoriëntatie. Deze stelling is naar het oordeel van het college onjuist. Kortingen vormen een onderdeel van de tariefstelling en de vereisten met betrekking tot de tarieven hebben derhalve mede betrekking op het verlenen van kortingen. Dit komt ook naar voren in de uitspraak van het college van Beroep voor het bedrijfsleven van 28 mei 2003, nr. Awb 02/711 (vgl. rov. 5.5, derde alinea).

Ingevolge artikel 3, derde lid, van de Verordening en artikel 6.6, eerste lid j.o. 6.9, derde lid, Tw rust op KPN de verplichting tarieven aan te rekenen op basis van kosten/er voor zorg te dragen dat haar tarieven op kosten zijn georiënteerd. Als KPN een niet kostengeoriënteerd tarief aanbiedt en dat bod wordt geaccepteerd, dan is naar het oordeel van het college reeds sprake van het niet aanrekenen van/niet

Besluit

Openbaar

zorgdragen voor tarieven die op kosten zijn georiënteerd. Daarmee verbindt KPN zich immers tot een prestatie die in strijd is met de eis van kostenoriëntatie. Voor het vaststellen van overtreding van de genoemde artikelen is derhalve reeds het sluiten van een overeenkomst met een niet toegestane kortingsregeling voldoende.

Het college ziet dit oordeel bevestigd in de bewoordingen van het vierde lid van artikel 4 van de Verordening waarin is gesteld dat indien wordt geoordeeld dat de lokale toegangsmarkt voldoende concurrerend is, de aangemelde exploitanten worden ontslagen “van de in artikel 3, lid 3, neergelegde verplichting om de tarieven vast te stellen op basis van de kosten.”

Het college kan KPN dan ook niet volgen in de stelling dat van een belemmering van de ontwikkeling van concurrentie eerst sprake kan zijn wanneer ook daadwerkelijk andere dan kostengeoriënteerde tarieven zijn gefactureerd en betaald. Aanbieders stellen immers businesscases op die onder meer zijn gebaseerd op de voor de gereguleerde dienst benodigde kosten. Het college deelt derhalve niet de mening van KPN dat uit de term “aanrekenen” als genoemd in het derde lid van artikel 3 van de Verordening, zou volgen dat eerst van overtreding van het vereiste van kostenoriëntatie sprake is als in strijd met het vereiste van kostenoriëntatie is gefactureerd.

Uit door KPN overgelegde informatie van na de datum van het EDC V-besluit¹, blijkt van de overeenkomst tussen KPN en bbned, inhoudende kwantumkorting ten aanzien van de gereguleerde dienst MDF Acces. Dit is in het boeterapport vastgesteld.

Hierna, in september en oktober 2002, heeft KPN vergelijkbare kortingsvoorstellen aan het college voorgelegd. Het college heeft geoordeeld dat de voorgelegde staffelmethode in strijd is met de in de Tw geformuleerde beginselen van kostenoriëntatie en non-discriminatie.

Het oordeel van het college heeft echter niet tot bijstelling van de afspraken tussen KPN en bbned geleid. Op grond van die afspraken zijn door KPN gedurende negen maanden ontbundelde aansluitlijnen aan bbned geleverd, waarvan gedurende vier maanden boven de per maand bepaalde minimumafzet zodat bbned aanspraak kon maken op korting. Eerst bij de vaststellingsovereenkomst van 5 december 2003 heeft bbned afgezien van elke aanspraak op kwantumkorting.

Gelet op het vorenstaande is de stelling van KPN dat de kortingsregeling met bbned, ook in de periode september 2002 tot en met december 2002 nooit is uitgevoerd, onjuist. KPN heeft op grond van die afspraak ontbundelde aansluitlijnen geleverd en bbned heeft aanspraak kunnen maken op korting.

In het boeterapport wordt vastgesteld dat KPN en Tiscali een overeenkomst zijn aangegaan ten aanzien van de gereguleerde dienst MDF Acces die voorzag in een kwantumkorting die zou worden verleend wanneer Tiscali het basisaantal van [bedrijfsvertrouwelijk] lijnen had overschreden, en in een hogere korting naar mate het aantal geleverde aansluitlijnen hoger zou zijn. Deze overeenkomst is gesloten na bekendmaking van het EDC V-besluit en voordat KPN in september 2002 kortingsregelingen ter beoordeling aan het college heeft voorgelegd. Het oordeel van het college over de aan hem in september

¹ Besluit van het college van 27 juni 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/201682

Besluit

Openbaar

2002 voorgelegde kortingsregeling heeft niet geleid tot bijstelling van de afspraken tussen KPN en Tiscali. Onder de tussen KPN en Tiscali overeengekomen voorwaarden zijn bovendien gedurende vier maanden ontbundelde aansluitlijnen aan Tiscali geleverd.

Gelet op het vorenstaande heeft KPN door met Tiscali op 15 augustus 2002 een kortingsregeling overeen te komen, artikel 3, derde lid, van de Verordening jo. artikel 6.6, eerste lid, jo. artikel 6.9, derde lid, Tw overtreden. Dat achteraf is gebleken dat Tiscali, in verband met de hoeveelheid door haar afgenomen aansluitlijnen, niet voor enige korting in aanmerking is gekomen, doet hieraan niet af.

Blijkens het boeterapport is KPN met Tiscali overeengekomen dat voor het opheffen van ontbundelde aansluitlijnen aan Tiscali [bedrijfsvertrouwelijk] in rekening zouden worden gebracht. Op grond van die overeenkomst zijn gedurende vier maanden [bedrijfsvertrouwelijk] ontbundelde aansluitlijnen opgeheven. Uit het EDC V-besluit vloeit voort dat door KPN georiënteerd tarief voor het opheffen van ontbundelde aansluitlijnen diende te worden gehanteerd. Met het sluiten van de overeenkomst tussen KPN en Tiscali, inhoudende het door KPN [bedrijfsvertrouwelijk] opheffen van ontbundelde aansluitlijnen, heeft KPN derhalve de verplichting tot kostenoriëntatie overtreden.

De bezwaren van KPN falen op het punt van de geconstateerde overtreding van de verplichting tot kostenoriëntatie.

7.3 Overtreding van de verplichting tot non-discriminatie

KPN stelt dat de tussen KPN en bbned gemaakte afspraken omtrent verlaagde collocatietarieven geen discriminatoire behandeling betreffen. In het boeterapport is geconstateerd dat KPN met bbned een ander, lager tarief voor de levering van collocaties is overeengekomen dan het tarief dat op dat moment voor andere aanbieders heeft gegolden. Dit lagere tarief hield volgens de stelling van KPN onmiddellijk verband met de bijzondere omstandigheid dat bbned akkoord is gegaan met gespreide terugbetaling van een door KPN verschuldigde geldsom, waarvoor KPN geen wettelijke rente hoefde te betalen.

Het college kan KPN hierin niet volgen.

Het beginsel van non-discriminatie houdt in dat voorwaarden en tarieven voor afnemers gelijk dienen te zijn indien de geleverde diensten gelijk zijn. KPN heeft gesteld dat sprake zou zijn van bijzondere omstandigheden omdat met bbned een terugbetalingsregeling is overeengekomen waarbij KPN geen wettelijke rente hoeft te betalen, terwijl aan bbned in ruil daarvoor een aantal locaties voor een verlaagde projectprijs zal worden geleverd.

KPN heeft wel gesteld dat een dergelijke terugbetalingsregeling is overeengekomen, maar heeft dit niet aangetoond. Uit het boeterapport blijkt ook dat het college dit niet uit de tussen KPN en bbned gesloten overeenkomsten heeft kunnen herleiden.

Het college concludeert derhalve dat tussen KPN en bbned een kortingsregeling is overeengekomen die voor beide partijen voordeel opleverde. KPN is met bbned een ander, lager tarief voor het aanleveren van een gereguleerde dienst overeengekomen dan het tarief op dat moment voor andere aanbieders heeft gegolden. Het vorenstaande levert een overtreding van de verplichting tot non-discriminatie op als

Besluit

Openbaar

bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de Verordening en in artikel 6.5, onder a, jo. 6.9, derde lid, van de Tw.

Nu KPN niet heeft aangetoond dat de door haar bedoelde terugbetalingsconstructie is overeengekomen onder de voorwaarde van het leveren van de locaties aan bbned tegen een ander, lager tarief dan het tarief dat op dat moment voor andere aanbieders heeft gegolden, komt het college niet toe aan de kwalificatie van een dergelijke constructie. De bezwaren van KPN op dit punt kunnen hier derhalve onbesproken blijven.

Op grond van artikel 3, tweede lid, van de Verordening is KPN verplicht elk redelijk verzoek onder niet-discriminerende voorwaarden in te willigen. Uit het boeterapport blijkt dat de stelling van KPN dat alsnog een factuur voor het non-discriminatoire tarief aan bbned is gezonden, niet is te herleiden uit de door KPN bij het college ingediende stukken. Verzending van een nadere factuur leidt er ook niet toe dat de overtreding van de verplichting tot non-discriminatie met terugwerkende kracht ongedaan wordt gemaakt. Toezending van een nadere factuur ontnemt niet het karakter aan de geconstateerde overtreding.

Ook de vaststellingsovereenkomst tussen KPN en bbned van 5 december 2003, aan het college toegezonden bij brief van 16 december 2003, waarin is neergelegd dat bbned de tarieven voor collocatie moet betalen die ook voor andere aanbieders hebben gegolden, doet hieraan derhalve niet af.

Verder is in het boeterapport vastgesteld dat onder de afspraak om tegen een ander, lager tarief voor het een gereguleerde dienst aan te leveren, ook collocatie aan bbned is geleverd en gefactureerd.

De bezwaren van KPN falen op het punt van overtreding van de verplichting tot non-discriminatie.

7.4 Ernst, duur en mate van verwijtbaarheid

Verwijtbaarheid

Met betrekking tot de stelling van KPN dat geen sprake zou zijn van enige verwijtbaarheid van KPN omdat zij van mening was dat de betrokken overeenkomsten in het geheel geen overtreding vormden van enige wettelijke verplichting van KPN, oordeelt het college als volgt.

De aanwijzing van KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op grond van artikel 6.4 Tw leidt ertoe dat een asymmetrisch stelsel van rechten en plichten op haar van toepassing is. Door het toepassen van asymmetrische rechten en plichten beoogt de Tw een gelijk speelveld te creëren voor aanbieders op de telecommunicatiemarkt.

KPN is als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht onder meer verplicht toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen. Daarbij zijn aan KPN specifieke verplichtingen opgelegd, waaronder het hanteren van kostengeoriënteerde en non-discriminatoire tarieven en voorwaarden.

Bij het sluiten van de onderhavige overeenkomsten had KPN, mede gelet op de door het college geaccordeerde EDC V-systematiek van KPN, kunnen weten dat zij in strijd handelde met de aan haar opgelegde specifieke verplichtingen.

Besluit

Openbaar

Op grond van de in het boeterapport opgenomen relevante feiten, die hiervóór ook deels zijn aangegeven, concludeert het college dat KPN de betreffende overeenkomsten met bbned en Tiscali willens en wetens heeft gesloten. De door KPN begane overtredingen zijn dan ook zonder meer verwijtbaar.

Het handelen van KPN is wat betreft de overeengekomen kortingsregelingen temeer verwijtbaar nu zij tot twee maal toe aan het college zeer vergelijkbare voorstellen voor kortingsregelingen heeft voorgelegd, en het college heeft geoordeeld dat deze in strijd waren met de beginselen van kostenoriëntatie en non-discriminatie neergelegd in de Tw. Op grond daarvan had KPN volgens het college niet tot een andere conclusie kunnen komen dan dat de overeengekomen kortingsregelingen evenmin de toets van het college zouden doorstaan.

Hiervóór is reeds vastgesteld dat de stelling van KPN dat zij de kortingsregelingen met bbned en Tiscali niet heeft uitgevoerd, onjuist is.

Het bezwaar van KPN faalt op het punt van verwijtbaarheid van de overtredingen.

Ernst overtreding kostenoriëntatie

KPN stelt dat de verplichting tot kostenoriëntatie zich richt op het voorkomen van marktverstoring door KPN doordat KPN te hoge tarieven hanteert voor MDF Acces en niet op bevordering van de marktwerking tussen de diverse afnemers. Het concurrentievoordeel dat bbned en Tiscali zouden hebben verkregen als gevolg van de kortingsregeling is, naar de mening van KPN, derhalve irrelevant bij het vaststellen van de ernst van de overtreding.

Naar het oordeel van het college is deze stelling van KPN onjuist.

Door niet op kostenvoordelen berustende kortingen te verlenen, voldoet KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht welbewust niet aan de voor haar geldende wettelijke verplichting dat haar tarieven op kosten dienen te zijn gebaseerd.

Overweging 11 bij de Verordening luidt:

“Regels voor de kostentoerekening en tarifiering van aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten moeten transparant, niet discriminerend en objectief zijn om een eerlijke behandeling te waarborgen. Regels voor de tarifiering moeten zo zijn dat de aanbieder van het aansluitnetwerk de desbetreffende kosten kan dekken en een redelijk rendement kan hebben, ... Regels voor de tarifiering van aansluitnetwerken moeten eerlijke en duurzame concurrentie bevorderen (met inachtneming van de noodzaak om in alternatieve infrastructuren te investeren) en concurrentievervalsing uitsluiten, met name uitholling van de marges tussen de grootgebruikerstarieven en eindgebruikerstarieven.”

De verplichting tot kostenoriëntatie richt zich derhalve niet uitsluitend op het voorkomen dat KPN te hoge tarieven rekent voor MDF Acces. Het college wijst er in dit verband op dat te lage tarieven voor MDF Acces investeringen in alternatieve infrastructuren kunnen beïnvloeden.

Het vorenstaande is naar het oordeel van het college relevant voor het vaststellen van de ernst van de overtreding. Het bewust negeren van deze regels beschouwt het college als ernstig omdat KPN aldus voorbij gaat aan een verplichting waaraan zij als aangewezen partij met aanmerkelijke marktmacht wettelijk is gehouden.

Besluit

Openbaar

Het college wijst in er in dit verband verder op dat op grond van de EDC-systematiek (het kostentoerekeningssysteem ter bepaling van de door KPN voor haar interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren kostengeoriënteerde tarieven) alle kosten voor het mogelijk maken van de dienst en alle kostenvoordelen door schaalvoordelen evenredig over alle gebruikers worden verdeeld. KPN heeft de EDC-systematiek vanaf 1997 jaarlijks toegepast. Op grond van deze systematiek kunnen geen individuele kortingen worden verleend. Worden toch individuele kortingen overeengekomen, dan impliceert de EDC-systematiek dat dit leidt tot hogere tarieven.

Met betrekking tot de stelling van KPN dat bbned en Tiscali geen financieel voordeel hebben behaald en dat andere aanbieders geen groter beslag hebben moeten leggen op hun vermogen dan bbned en Tiscali, merkt het college het volgende op.

Aanbieders stellen businesscases op die onder meer zijn gebaseerd op de voor de gereguleerde dienst benodigde kosten. bbned en Tiscali konden in hun planning uitgaan van lagere kosten voor de afname van verschillende collocatiefaciliteiten en aansluitlijnen dan aanbieders die uitgingen van het referentie-aanbod. Dit kan de concurrentieverhoudingen wel degelijk beïnvloeden.

Dat achteraf is gebleken dat Tiscali in verband met de hoeveelheid door haar afgenomen aansluitlijnen niet voor enige korting in aanmerking is gekomen en dat KPN en bbned uiteindelijk op 5 december 2003 de genoemde vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, doet niet af aan het feit dat de overtreding is begaan. KPN heeft de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders onomkeerbaar beïnvloed. Naar het oordeel van het college dient de overtreding van de verplichting tot kostenoriëntatie als ernstig te worden gekwalificeerd, hetgeen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag rechtvaardigt.

Gelet op het vorenstaande is de stelling van KPN, dat zij ervoor zou hebben gekozen de kortingsregelingen niet uit te voeren en dat zij daarmee niet heeft gekozen welke aanbieder wel en welke aanbieder niet voor kortingen in aanmerking zou komen, eveneens onjuist.

De omvang van het door Tiscali ter zake van [bedrijfsvertrouwelijk] voor het opzeggen van ontbundelde aansluitlijnen genoten voordeel, kan evenmin afdoen aan het feit dat de overtreding is begaan. Zoals hiervóór reeds is gesteld, dient de overtreding van de verplichting tot kostenoriëntatie als ernstig te worden gekwalificeerd, hetgeen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag rechtvaardigt.

KPN stelt dat de hoogte van een eventuele boete met betrekking tot de gestelde overtreding van de kostenoriëntatieverplichting disproportioneel is. Naar de mening van KPN kan de boete uitsluitend worden gerelateerd aan het relatief geringe financiële voordeel dat Tiscali heeft genoten ten gevolge van niet in rekening gebrachte ophefvergoedingen.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, kan het college KPN evenmin volgen in deze stelling.

Het college heeft in de concrete omstandigheden van de situatie wel aanleiding gezien tot matiging van

Besluit

Openbaar

de boete over te gaan. Deze concrete omstandigheden zijn:

- de hoogte van het door bbnd ter zake van de kortingsregeling voor XTL- en ASL-lijnen genoten voordeel (€ 111.987,48) en de duur. Dit relatief geringe voordeel houdt mede verband met de relatief beperkte periode waarin de kortingsregeling gold.
- de hoogte van het door Tiscali ter zake van het [bedrijfsvertrouwelijk] voor het opzeggen van ontbundelde aansluitlijnen genoten voordeel (€10.676,07), welk voordeel relatief gering kan worden genoemd alsmede de relatief geringe duur van de regeling.
- het feit dat de kortingsregeling voor XTL- en ASL-lijnen voor Tiscali feitelijk niet tot financieel voordeel van Tiscali heeft gestrekt, hetgeen impliceert dat Tiscali hierdoor geen direct feitelijk voordeel heeft genoten.
- het feit dat KPN de gevolgen van de overtreding tracht te beperken door alsnog het door het college vastgestelde tarief aan bbnd in rekening te brengen, hoewel de overtreding en de als gevolg daarvan opgetreden verstoring daarmee niet ongedaan kan worden gemaakt.

De bezwaren van KPN falen derhalve op het punt van de ernst van de overtreding van de kostenoriëntatieverplichting.

Ernst van de overtreding van de verplichting tot non-discriminatie

Terecht heeft KPN in de hoorzitting opgemerkt dat in het boetebesluit per abuis in de overwegingen over de ernst van de overtreding van het vereiste van non-discriminatie wordt gesproken van bevoordeling van Tiscali. De door het college op dit punt geconstateerde gedragingen van KPN betreffen bbnd.

KPN stelt dat geen sprake is van een ernstige overtreding, nu van bevoordeling van bbnd, in financiële of andere zin, geen sprake is geweest.

Het college kan KPN hierin niet volgen. Uit het boeterapport blijkt dat bbnd al met een groot aantal locaties is uitgebreid en operationeel is, daar waar andere aanbieders er nog een aanvang mee moeten maken. Dit impliceert dat andere aanbieders meer beslag op hun vermogen hebben moeten leggen dan bbnd, dan wel hun netwerk minder (snel) konden uitrollen dan zij tegen gunstiger voorwaarden zouden hebben kunnen doen. Het college heeft vernomen dat, vanwege de hoogte van de daaraan verbonden kosten, aanbieders niet tot uitrol zijn overgegaan. bbnd is hierdoor in een (financieel) voordelige positie gebracht. Een dergelijk voordeel kan achteraf niet meer ongedaan worden gemaakt.

Dat bbnd, zoals KPN stelt, achteraf voor alle geleverde locaties de tarieven heeft betaald die ook voor andere aanbieders hebben gegolden, kan er niet aan afdoen dat de overtreding door KPN is begaan. De overtreding van de verplichting tot non-discriminatie wordt door het college als ernstig gekwalificeerd, hetgeen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag rechtvaardigt.

Bij de vaststelling van de op te leggen boete heeft het college in de hoogte van het door bbnd als gevolg van de lagere collocatietarieven genoten voordeel, welk voordeel gelet op het totaal aantal in de betreffende periode geleverde collocaties aanzienlijk kan worden genoemd, geen reden tot matiging gezien. Wel is reden tot matiging geweest het feit dat KPN de gevolgen van de overtreding tracht te beperken door alsnog het tarief aan bbnd in rekening te brengen dat ook voor andere aanbieders heeft gegolden, hoewel de overtreding en de als gevolg daarvan opgetreden verstoring daarmee niet ongedaan

Besluit Openbaar

kunnen worden gemaakt.

De bezwaren van KPN falen derhalve op het punt van de ernst van de overtreding van de verplichting tot non-discriminatie.

8. Dictum

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, verklaart het college de bezwaren van KPN tegen het boetebesluit van 19 december 2003, OPTA/IBT/2003/204596, ongegrond.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

W.G.

Prof. Dr. J. Arnbak, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

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

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

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

Besluit
Openbaar