

Besluit

Openbare versie

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/202131

Zaaknummer: 09.0032.23

Datum: 22 juli 2010

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Koninklijke KPN N.V. wegens overtreding van de op grond van artikel 6a.9, vierde lid, van de Telecommunicatiewet opgelegde aanwijzing tot aanpassing van het referentieaanbod WBA.

1 Verloop van de procedure

1. Op 19 december 2008 heeft het college het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang¹ (hierna: marktanalysebesluit WBT) bekend gemaakt.
2. In dit marktanalysebesluit is aan Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) op grond van artikelen 6a.2 en 6a.9 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de verplichting opgelegd om binnen 30 na bekendmaking van genoemd marktanalysebesluit een referentieaanbod (hierna: RA) met betrekking tot WBT-toegang voor lage kwaliteit (hierna: WBT-LK) en WBT-toegang voor hoge kwaliteit (hierna: WBT-HK) bekend te maken en regelmatig bij te werken. Het referentieaanbod dient verder te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang tot WBT.
3. KPN heeft op 30 januari 2009 het referentieaanbod voor WBA op haar website gepubliceerd. In dat aanbod wordt onderscheidt gemaakt tussen diensten gericht op de consumentenmarkt (hierna WBA CM) en gericht op de zakelijke markt (WBA ZM).² De diensten in deze aanbiedingen vallen bijna volledig binnen de marktdefinitie van het WBT-LK en WBT-HK.
4. Om te komen tot een voor alle partijen werkbaar referentieaanbod, waarin alle relevante onderdelen met betrekking tot de in de marktanalysebesluiten opgenomen verplichtingen zijn opgenomen, heeft het college Industry Group (hierna: IG) bijeenkomsten georganiseerd. In deze IG's bespreken de marktpartijen met KPN en in aanwezigheid van OPTA de onderdelen van het referentieaanbod waarover nog geen overeenstemming is bereikt. Wanneer partijen aan het eind van een IG-traject uiteindelijk niet tot overeenstemming hebben kunnen komen met KPN over een bepaald

¹ Besluit met kenmerk OPTA/AM/2008/202717 betreffende het opleggen van verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet.

² Zie: http://www.kpn-wholesale.com/nl/1936-Wholesale_Broadband_Access_Service.html

Besluit Openbare versie

onderdeel in het referentieaanbod (disagree) dan kan het college uiteindelijk besluiten een aanwijzing³ aan KPN te geven.

5. Bij de beoordeling van de disagrees is het college, in het kader van het aanwijzingsbesluit, steeds uitgegaan van het op 30 januari 2009 opgeleverde referentieaanbod, aangevuld met:

- onderwerpen waarover partijen, tijdens de IG, tot overeenstemming zijn gekomen (agree); en
- de aanvullingen op het RA die KPN heeft gedaan gedurende het IG-traject.

6. Op 24 december 2009 heeft het college een voornemen tot het aanwijzingsbesluit genomen. Het college heeft marktpartijen in de gelegenheid gesteld uiterlijk 25 januari 2010 hun zienswijze op dit voornemen te geven. KPN heeft op 25 januari 2010 per e-mail haar zienswijzen aan het college gestuurd.

7. Op één onderdeel is KPN een afzonderlijke mogelijkheid gegeven om een zienswijze te geven op de zienswijze van BOT. KPN heeft deze zienswijze op 9 februari 2010 gegeven.⁴

8. Op 3 maart 2010 heeft het college het definitieve aanwijzingsbesluit genomen⁵.

9. Op 7 april 2010 bericht KPN het college per e-mail dat KPN op 6 april 2010 een nieuw referentieaanbod WBA op haar website heeft gepubliceerd. In dezelfde e-mail informeert KPN het college over het feit dat zij niet alle aanwijzingen als opgenomen in het aanwijzingsbesluit heeft opgevolgd.

2 De niet door KPN opgevolgde aanwijzingen

10. In dit hoofdstuk geeft het college de aanwijzingen weer met betrekking tot de onderwerpen waarvan hij oordeelt dat opname in het referentieaanbod op korte termijn noodzakelijk is. Uit het feit dat het college de overige aanwijzingen die KPN niet heeft opgevolgd op dit moment nog niet handhaaft mag niet de conclusie worden getrokken dat handhaving van deze punten achterwege zal blijven. Het college behoudt zich het recht voor op termijn ook met betrekking tot de overige niet opgevolgde aanwijzingen tot handhaving over te gaan.

11. Het college heeft in het definitieve aanwijzingsbesluit RA WBA de volgende aanwijzingen voor KPN opgenomen met betrekking tot het RA WBA waarvan KPN heeft aangegeven deze niet te zullen opvolgen:

³ Deze bevoegdheid ontleent het college aan art. 6a.9 lid 4 Tw

⁴ Brief van KPN met kenmerk: CLR-2009-9190

⁵ Besluit van 3 maart 2010 met kenmerk: OPTA/AM/2010/200671

Besluit

Openbare versie

Informatieproducten

12. Het college geeft KPN op grond van artikel 6a.9 lid 4 Tw en dictumonderdelen ii, iii, iv, v en ix van het marktanalysebesluit WBT de volgende aanwijzing inzake het RA WBA:

- de capaciteit van de informatieproducten aan te passen aan de marktvraag, zonder dat daaraan voorafgaand een beperking ten grondslag ligt;
- een marktbrede Fair-Use-Policy op te nemen met betrekking tot de informatieproducten voor de WBA-dienst (de zogenaamde prequals); deze Fair-Use-Policy komt in de plaats van de thans door KPN gebruikte individuele quota vooraf;
- dat in geval van gebleken misbruik door individuele marktpartijen, beperkingen kunnen worden opgelegd aan de betreffende individuele partij(en).

KPI rapportage

13. Op grond van artikel 6.a9 lid 4 van de Tw en de dictumonderdelen iv, v en ix van het Marktanalysebesluit WBT verplicht het college KPN om in het referentieaanbod WBA op te nemen dat zij - uit eigen beweging - eens per kwartaal een up-to-date rapportage met maandgegevens over de performance aan wholesale-afnemers verstrekt die in ieder geval de volgende elementen bevat:

- de totale hoeveelheid opgeleverde producten (uitgesplitst per productgroep);
- opgeleverde producten per marktpartij (performances per productgroep);
- voor alle service levels, waarbij de rapportage dient aan te sluiten op de wijze waarop de KPI's en boetes zijn gedefinieerd.

Boeteregeling

14. Op grond van art. 6.a9 lid 4 Tw en de dictumonderdelen iii en x van het Marktanalysebesluit WBT, geeft het college KPN de aanwijzing om in het referentieaanbod WBA de volgende wijzingen door te voeren:

- een voldoende afschrikwekkende boete op te nemen bij overtreding van de tweede en derde norm van KPI-6 en KPI-11; een mogelijke invulling daarvan is dat KPN de in de zienswijze⁶ voorgestelde boetes opneemt in het referentieaanbod, zonder daarbij de op te nemen dat de boetes niet cumulatief gelden.

Dienstaanbod WBA

15. Het college geeft KPN op grond van artikel 6a.9 lid 4 Tw en dictumonderdelen iii, lid j en x van het Marktanalysebesluit WBT de volgende aanwijzingen voor het referentieaanbod WBA:

- KPN dient de laatste zin van artikel 9.10 te verwijderen;
- KPN dient de één na laatste zin in artikel 9.10 zodanig aan te passen dat alleen sprake kan

⁶ Zie hoofdstuk 5 van het aanwijzingsbesluit RA WBA

Besluit Openbare versie

zijn van redelijke wijzigingen in de dienstverlening;

3 Juridisch Kader

16. Op 19 december 2008 heeft het college het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang bekend gemaakt.

17. In dit besluit zijn KPN, alsmede haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de markt voor lage kwaliteit WBT en de markt voor hoge kwaliteit WBT, aangewezen als onderneming als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw⁷.

18. Als gevolg van deze aanwijzing dient KPN onder meer te voldoen aan de verplichtingen die haar zijn opgelegd op grond van hoofdstuk 6A van de Tw.

19. Voor wat betreft dit besluit zijn de volgende verplichtingen van belang⁸:

- I. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw jo. artikel 6a.9, eerste en tweede lid, van de Tw binnen 30 dagen na inwerkingtreding van dit besluit een referentieaanbod met betrekking tot lage kwaliteit WBT-toegang over koper en hoge kwaliteit WBT-toegang over koper en glas en bijbehorende faciliteiten bekend te maken en regelmatig bij te werken. Het referentieaanbod dient te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang tot lage kwaliteit WBT-toegang over koper en hoge kwaliteit WBT-toegang over koper en glas.⁹
- II. Voorts verbindt het college op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw de volgende voorschriften ten aanzien van de wijze van bekendmaking van het referentieaanbod:
 - KPN dient het referentieaanbod op elektronische wijze bekend te maken op haar website;
 - KPN dient wijzigingen in haar wholesale-aanbod tijdig op te nemen en haar afnemers hiervan op de hoogte te stellen. Het gaat hierbij zowel om wijzigingen in de bestaande dienstverlening als introductie van nieuwe dienstverlening;
 - KPN dient een afschrift van het referentieaanbod en elke wijziging hiervan aan het college te verstrekken.
 - KPN dient nieuwe of gewijzigde diensten binnen een redelijke termijn van in beginsel minimaal 2 maanden van te voren aan afnemers bekend te maken.

⁷ Zie randnummer 990 opgenomen in het dictum van het marktanalysebesluit WBT

⁸ Zie dictumonderdelen x en xi van het marktanalysebesluit WBT.

⁹ Zie voor een overzicht en de uitwerking: dictum onderdelen ix en x van het marktanalysebesluit WBT

Besluit

Openbare versie

20. Indien het college van oordeel is dat het referentieaanbod niet in overeenstemming is met de op grond van hoofdstuk 6A van de Tw opgelegde verplichtingen, kan het college op grond van artikel 6a.9, vierde lid, van de Tw KPN aanwijzingen geven met betrekking tot de aan te brengen wijzigingen.

21. Het college is op grond van artikel 15.1, derde lid, juncto 15.4, tweede lid onder a, Tw belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen opgenomen in hoofdstuk 6A van de Tw.

22. Artikel 15.2, tweede lid, van de Tw luidt als volgt:

“2. Het college is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen.”

23. Artikel 5:32, eerste en tweede lid, van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt het volgende:

“1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.

2. Voor een last onder dwangsom wordt niet gekozen, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet.”

4 Zienswijze KPN en overwegingen college¹⁰

4.1 Informatieproducten

4.1.1 Zienswijze van partijen naar aanleiding van het voorgenomen aanwijzingsbesluit WBA van 24 december 2009

24. Volgens KPN dienen de gebruiksquota van de informatieproducten een drieledig doel. Kortgezegd gaat het volgens KPN om:

1. te voorkomen dat de informatie door partijen voor andere doeleinden gebruikt worden dan waarvoor het bestemd is; partijen zouden het kunnen gebruiken ten behoeve van marketingacties gericht op eindgebruikers. Om die reden is er door KPN een verband gelegd tussen het aantal ingediende orders en het aantal keren dat de informatieproducten mogen worden geraadpleegd;
2. bescherming van privacy; KPN is verplicht persoonsgegevens van klanten te beschermen,

¹⁰ Het betreft hier de schriftelijke zienswijzen van KPN en de overwegingen van het college die reeds in het kader van het voorgenomen aanwijzingsbesluit zijn uitgewisseld. Het betreft hier een (soms verkorte) weergave van de zienswijzen en de overwegingen die in het aanwijzingsbesluit m.b.t. het referentieaanbod WBA zijn opgenomen. De opgenomen zienswijzen van 7 april betreffen de uitleg van KPN waarom zij een betreffende aanwijzing niet heeft opgevolgd.

Besluit

Openbare versie

en afnemers van KPN verwachten ook van KPN dat de informatie uitsluitend gebruikt wordt voor het valideren van orders;

3. om de werking en de beschikbaarheid van het systeem te waarborgen; het systeem kent volgens KPN capaciteitsbeperkingen. KPN acht het niet proportioneel en dus niet redelijk dat de beschikbare verwerkingscapaciteit wordt gedimensioneerd op ongelimiteerd piekgebruik. Voorts staat niet op voorhand vast wat in dit verband onder excessief moet worden verstaan.

25. KPN geeft in haar zienswijze aan dat deze doelstellingen niet bereikt worden met een *fair use policy*. Ook kennen de informatiediensten van WBA geen eigen kostprijs maar zijn deze opgenomen in de kostprijs van de WBA-diensten. De door OPTA genoemde incentive voor afnemers om geen misbruik te maken bestaat volgens KPN derhalve niet. Ook is bij het vaststellen van de kostprijs volgens KPN uitgegaan van de factor 4:1 (aantal raadplegingen per order).

26. KPN heeft in haar zienswijze aangegeven dat het quotum niet meer bepaald zal worden op basis van het aantal ingediende orders in de voorafgaande kalendermaand, maar op éénmaal per kwartaal op basis van het grootste aantal orders dat in één van de twaalf voorafgaande kalendermaanden is ingediend. Dit zou de cap minder rigide maken. KPN zal het signaleringssysteem handhaven en beschouwt dit als een vorm van fair use policy. Ook handhaaft KPN de mogelijkheid om een verruiming van de cap aan te vragen.

27. BOT heeft in haar zienswijze aangegeven dat naast een fair use policy op de informatieproducten er tevens een SLA moet komen op de beschikbaarheid van de TIE-verbinding, inleggen van orders en storingsmeldingen.

28. KPN heeft in reactie op de zienswijze van de BOT-partijen aangegeven dat de TIE-koppeling buiten het eigen domein van WBA valt, en dat in het kader van MDF en WLR reeds een verbetertraject rondom het TIE-platform in gang is gezet.

29. Wat betreft het inleggen van orders en de doorlooptijd van de verwerking van orders geeft KPN aan dat deze reeds in het referentieaanbod zijn opgenomen en verwijst daarvoor naar paragraaf 3.16 van Annex 3, resp. naar paragraaf 3.17 van Annex 3. Hetzelfde geldt volgens KPN voor storingsmeldingen waarvoor het serviceniveau is opgenomen onder 3.18 van Annex 3.

4.1.2 Zienswijze KPN van 7 april 2010

30. KPN geeft in haar e-mail van 7 april 2010 aan dat zij de aanwijzing met betrekking tot dit onderwerp niet heeft uitgevoerd in verband met een freeze op TIE. Dit wordt naar verwachting deels uitgevoerd in Q4 2010. Bij gebreke van betrouwbare gebruiksprognoses van afnemers kan KPN de systemen niet goed dimensioneren. KPN overweegt dan ook om de informatieproducten niet langer kosteloos aan te bieden. KPN geeft verder aan dat OPTA meent dat bijvoorbeeld in de

Besluit

Openbare versie

kostentoerekening al een incentive zit voor marktpartijen om geen misbruik te maken van de informatieproducten. Dit terwijl KPN er in haar zienswijze op heeft gewezen dat voor het gebruik van informatieproducten in het kader van WBA geen vergoedingen verschuldigd zijn.

4.1.3 Beoordeling door het college

31. Het college is van mening dat zowel KPN (als aanbieder) als wholesale-afnemers belang hebben bij goede informatieproducten als ondersteuning bij het afnemen van toegang, omdat deze informatieproducten bijdragen aan een hoog clean-order percentage. Het college is van oordeel dat wholesale-afnemers niet onnodig belemmerd mogen worden in hun mogelijkheden om van een informatiedienst gebruik te maken. Dit is tevens in het belang van de eindgebruiker omdat orderprocessen hiermee efficiënter ingericht kunnen worden zodat sneller kan worden geleverd.

32. Om te kunnen voldoen aan de gezamenlijke informatiebehoefte van de markt (inclusief KPN zelf) dient KPN te zorgen voor voldoende capaciteit in haar IT-systemen. Wholesale-afnemers mogen niet onnodig belemmerd worden in hun mogelijkheden om van een informatiedienst gebruik te maken. Het huidige systeem met een individuele cap voor wholesale-afnemers gebaseerd op het aantal orders in de afgelopen maand werpt een onredelijke gebruiksbepanking op en is discriminatoir. Het leidt namelijk tot verschillen tussen marktpartijen onderling en tussen marktpartijen en KPN zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging is. KPN dient deze quota te vervangen door een marktbrede Fair-Use-Policy, welke geen onredelijke gebruiksbepanking kent.

33. Het college acht het redelijk, dat wanneer blijkt dat één of meer marktpartijen significant en structureel zonder objectieve rechtvaardiging een groter gebruik maakt van informatieproducten dan het marktgemiddelde (inclusief KPN), dat de betreffende marktpartij beperkingen opgelegd krijgt. Daarom acht het college toelaatbaar dat KPN regels ter voorkoming van hiervoor bedoeld misbruik opneemt in het RA WBA.

34. Op grond van bovenstaande beoordeling concludeert het college dat het RA WBA, zoals gepubliceerd op 6 april 2010, niet geheel in overeenstemming is met de in het marktanalysebesluit WBT aan KPN opgelegde verplichtingen, gegeven dat de in het RA WBA opgenomen informatieproducten niet voorzien in toegang voor wholesale-afnemers zonder onredelijke belemmeringen. KPN voldoet niet aan:

- de verplichting om toegang te bieden tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare software systemen die nodig zijn om oneerlijke concurrentie bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten te waarborgen;¹¹
- het voorschrift geen gebruiksbepanking op te leggen indien daarvoor geen objectiveerbare redenen zijn;¹²

¹¹ Zie dictumonderdeel ii (b) derde gedachtestreepje van het marktanalysebesluit WBT

¹² Zie dictumonderdeel iii (c) van het marktanalysebesluit WBT

Besluit

Openbare versie

- het voorschrift de aangeboden dienst niet zo te ontwerpen dat de feitelijke beschikbaarheid en het effectief gebruik ervan wordt belemmerd;¹³
- de door het marktanalysebesluit WBT gestelde vereisten aan de inhoud van het referentieaanbod.¹⁴

4.2 KPI rapportage

4.2.1 Zienswijze van KPN naar aanleiding van het voorgenomen aanwijzingsbesluit WBA van 24 december 2009

35. KPN stelt zich op het standpunt dat marktpartijen aan de hand van hun eigen KPI-rapportage dienen na te gaan of de resultaten achterblijven bij de norm. Voorts heeft KPN aangeboden om aan OPTA een totaalrapportage, zijnde een bundeling van de individuele rapportages, te verstrekken zodat OPTA op basis daarvan kan beoordelen of er aanleiding is een nader onderzoek in te stellen naar een eventuele ongelijke behandeling tussen marktpartijen respectievelijk tussen KPN en marktpartijen. KPN stelt voorts dat de verplichting om periodiek de werkelijke performance met betrekking tot service levels van de gehele markt te rapporteren aan marktpartijen geen grondslag vindt in het marktanalysebesluit.

36. Daarnaast betoogt KPN dat de transparantieverplichting, voor zover deze betrekking heeft op het rapporteren van de afname op marktniveau, passend noch proportioneel is. Een aanbieder heeft op basis van de door KPN gegarandeerde service levels in combinatie met de informatie over de eigen afname voldoende informatie om te bepalen welke service levels aan eindgebruikers kunnen worden gegarandeerd.

4.2.2 Zienswijze KPN van 7 april 2010

37. KPN heeft geen proces ingericht op het vervaardigen van een geaggregeerde en geanonimiseerde totaalrapportage die aan de hele markt verstrekt zou kunnen worden. KPN meent dat het marktbesluit WBT noch de Telecommunicatiewet een grondslag biedt voor het opleggen van een dergelijke verplichting. En bovendien acht KPN het uiterst twijfelachtig dat het verspreiden van dergelijke strategische informatie aan de markt wel is toegestaan binnen de kaders van het kartelverbod. Over deze kwestie dient afstemming plaats te vinden met de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

4.2.3 Beoordeling door het college

38. Het college volgt KPN niet in haar stelling dat een grondslag voor de verplichting om periodiek

¹³ Zie dictumonderdeel iii (a) van het marktanalysebesluit WBT

¹⁴ Zie dictumonderdeel ix van het marktanalysebesluit WBT

Besluit

Openbare versie

de werkelijke performance met betrekking tot service levels van de gehele markt te rapporteren aan marktpartijen in het marktanalysebesluit ontbreekt. Op grond van dictumonderdelen v en ix van het marktanalysebesluit WBT dient KPN een RA op te stellen dat tenminste de in het marktanalysebesluit benoemde kwaliteitsaspecten bevat. In dit verband acht het college het van belang dat marktpartijen een juiste inschatting kunnen maken over de aan eindgebruikers te garanderen service levels, maar daarnaast eveneens zelf in staat zijn om vast te stellen of sprake is van een level playing field. Om dit te kunnen beoordelen is naast informatie over de aan hen geleverde performance evenzeer marktbrede informatie over het geleverde service level niveau noodzakelijk.

39. Onderdeel van de dienstverlening van KPN is een rapportage over de werkelijke realisatie van de KPI's voor de afgesproken SLA's. Het college dient te beoordelen welke inhoud deze rapportages op grond van de marktanalysebesluiten dienen te hebben.

40. De non-discriminatieverplichting verplicht KPN diensten onder gelijke omstandigheden tegen gelijke voorwaarden te leveren. Het doel hiervan is dat partijen onderling op basis van dezelfde omstandigheden op de markt actief kunnen zijn (level playing field).

41. Een belangrijke voorwaarde om te kunnen spreken van een gelijk speelveld is dat wholesale-afnemers ook een gelijk kwaliteitsniveau geleverd krijgen als KPN, haar dochtermaatschappijen of haar partnerondernemingen. In dictumonderdeel v van het marktanalysebesluit WBT worden de kwaliteitsaspecten benoemd die daarbij in ieder geval van belang zijn, te weten:

- de beschikbaarheid van de diensten en netwerken;
- de onderhoudsperioden;
- de hersteltijden in geval van storingen;
- het proces van ordering en levering;
- het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten;
- het proces van informatieverstrekking.

42. Het college acht een rapportage over de kwaliteitsaspecten een belangrijk instrument in het kader van de non-discriminatieverplichting. Deze rapportage dient dan de informatie te bevatten waarmee wholesale-afnemers in staat zijn, voor wat betreft de kwaliteitsaspecten, op een level playing field te concurreren. Dat is naar het oordeel van het college het geval als de rapportage informatie bevat over alle relevante kwaliteitsparameters per productgroep en dat deze informatie wordt verstrekt voor de totale hoeveelheid (marktbreed) en per marktpartij (individueel).

43. Deze totale set aan informatie is voor afnemers relevant bij het uitbrengen van offertes op de downstream markt. Als een partij informatie ontvangt over alleen de eigen afname is een partij niet goed in staat een juiste inschatting te maken voor de aan eindgebruikers te garanderen service levels. Immers de eigen performance kan afwijken van het marktgemiddelde. Weliswaar kent het referentieaanbod SLA's, maar deze hoeven niet overeen te komen met de werkelijke realisatie. Voor

Besluit

Openbare versie

een wholesale-afnemer is in het kader van offertes in eerste instantie de werkelijke realisatie op wholesale-niveau van belang.

44. Daarnaast acht het college het belangrijk dat marktpartijen zelf in staat zijn om vast te stellen of sprake is van een level playing field en derhalve te beoordelen in hoeverre de aan hen geleverde performance afwijkt van het marktgemiddelde. In de Nota van Bevindingen van het marktanalysebesluit WBT heeft het college aangegeven het niet passend te achten KPN te verplichten het college een dergelijke rapportage te geven. Het college acht het wel passend als KPN marktpartijen een dergelijke rapportage verstrekt. Het college is namelijk van oordeel dat het primair aan marktpartijen is om te bepalen of sprake is van een non-discriminatoire levering. Marktpartijen dienen daarom, naar oordeel van het college, een rapportage te ontvangen die hen daartoe in staat stelt.

45. Met betrekking tot de zienswijze van KPN dat de verstrekking van een marktbrede KPI-rapportage in strijd is met het kartelverbod merkt het college op dat hij niet inziet op welke wijze het opleveren van een dergelijke rapportage zou leiden tot strijdigheid met het kartelverbod. De marktbrede KPI-rapportage behoeft slechts de totale hoeveelheid opgeleverde producten (uitgesplitst per productgroep) te bevatten. Daarmee geeft een dergelijke rapportage geen strategische informatie die te herleiden is tot individuele afnemers. Naast de marktbrede KPI-rapportage ontvangen de individuele marktpartijen slechts informatie over hun eigen performance.

46. Op grond van bovenstaande overwegingen oordeelt het college dat KPN aan wholesale-afnemers zowel de werkelijke performance van de gehele markt alsmede de werkelijke performance van de desbetreffende marktpartij dient te rapporteren. Deze rapportage dient naar het oordeel van het college alle elementen te bevatten waarvoor een service level is afgesproken.¹⁵ KPN dient het leveren van een dergelijke rapportage in het referentieaanbod op te nemen.

47. Het college acht een rapportage met maandgegevens voldoende. Het college acht het voldoende als deze rapportage eens per kwartaal wordt verstrekt.

4.3 Boeteregeling bij overtreding van de tweede en derde norm van KPI-6 en KPI-11

4.3.1 Zienswijze van partijen naar aanleiding van het voorgenomen aanwijzingsbesluit WBA van 24 december 2009

48. BBned, Online en Tele2 stellen zich op het standpunt dat KPN bij KPI-6 en KPI-11 in aanvulling op de boete voor overtreding van de eerste norm in de SLA, ook een boeteregeling zou moeten opnemen voor overtreding van de tweede en derde norm in de SLA. BCV vinden de boeteregeling eveneens onacceptabel. Zij pleiten voor een boete van 10% van de gehele VVA voor iedere dag dat te laat wordt opgeleverd.

¹⁵ Zie dictumonderdelen iv, v en ix van het Marktanalysebesluit WBT.

Besluit

Openbare versie

49. KPN heeft besloten om de boeteregelingen voor WBA ZM wel aan te vullen en die voor CM niet. In de KPI oplostijd foutieve levering zal KPN bij WBA ZM opnemen dat in geval van overschrijding van de tweede en de derde norm aanspraak kan worden gemaakt op eveneens 15% van de maandvergoeding van de verbinding buiten de norm. KPN merkt daarbij op dat de drie normen niet cumulatief gelden: per verbinding zal nooit meer dan één keer boete worden uitgekeerd.

50. Hetzelfde heeft KPN besloten voor de KPI Additioneel prestatieniveau oplossing storing (standaard+). In die KPI zal KPN bij WBA ZM opnemen dat in geval van overschrijding van de tweede en derde norm aanspraak kan worden gemaakt op 20% van de maandvergoeding van de verbinding buiten de norm.

4.3.2 Zienswijze KPN van 7 april 2010

51. Van uitholling van de tweede en derde norm is geen sprake. Stel, in één kalendermaand worden 100 verbindingen opgeleverd. Daarvan worden er 75 binnen de normtijd van 20 werkuren opgeleverd, en 25 niet. Voor 5 van die verbindingen is KPN een boete verschuldigd (75 van de 100 in plaats van 80 van de honderd). Van de resterende 25 verbindingen worden er 15 binnen de normtijd van 30 uren opgeleverd, en 10 niet. KPN heeft dan voor 90 van de 100 verbindingen aan de tweede norm voldaan. Voor 5 verbindingen is KPN een boete verschuldigd (90 van de 100 in plaats van 95 van de 100). Van de resterende 10 verbindingen worden er 7 binnen de normtijd van 50 werkuren opgeleverd, en 3 niet. Voor die 3 verbindingen is KPN een boete verschuldigd (97 van de honderd in plaats van 100 van de 100).

4.3.3 Beoordeling door het college

52. Het college volgt de argumentatie van BBned, Online en Tele2 dat van de boeteregeling een preventieve werking dient uit te gaan. Bij KPI-6 en KPI-11 is naar het oordeel van het college geen sprake van een voldoende afschrikwekkende werking, omdat indien de eerste norm niet gehaald wordt (en KPN een boete verschuldigd is) er geen boete verschuldigd is bij het niet realiseren van de tweede en derde norm. De prikkel om zo snel mogelijk te leveren of storingen op te lossen zou deels verdwijnen wanneer de boeteregeling zich zou beperken tot de eerste norm. Het opnemen van een boete voor de tweede en derde norm komt tevens tegemoet aan het standpunt van BCV. Immers, een boete bij het niet halen bij de tweede en derde norm heeft dezelfde werking als een boete per dag te late oplevering.¹⁶

53. Het college is van oordeel dat de clausule dat nooit meer dan één boete zal worden uitgekeerd de tweede en derde norm uitholt. Immers er is geen extra boete bij overschrijding van die extra normen. Het opnemen van normen zonder daaraan boetes te koppelen die een prikkel geven om de norm te realiseren zijn niet in lijn met de voorgenomen aanwijzing. Bovendien acht het college het niet redelijk als KPN in het RA opneemt dat de boetes niet cumulatief kunnen gelden.

¹⁶ De eerste norm ligt bij 10 uur, de tweede bij 20 uur en de derde bij 30 uur.

Besluit Openbare versie

4.4 Dienstaanbod WBA

4.4.1 Zienswijze van KPN naar aanleiding van het voorgenomen aanwijzingsbesluit WBA van 24 december 2009

54. KPN merkt op dat zij niet ongeclausuleerd veranderingen kan doorvoeren. Dit geldt alleen voor wijzigingen die voortkomen uit regelgeving of bindende uitspraken van een bevoegde instantie. Dit brengt met zich mee dat het al gaat om redelijke wijzigingen, omdat de wijzigingen in overeenstemming zijn met het besluit of uitspraak waarop ze gebaseerd zijn.

55. KPN acht het oordeel inzake de terugwerkende kracht in strijd met de wet en de beginselen van behoorlijk bestuur. Als KPN de laatste zin van artikel 9.10 dient te schrappen onthoudt het college KPN de mogelijkheid een overeenkomst in haar voordeel te wijzigen, ook al is KPN daartoe gerechtigd. Als bijvoorbeeld het beroep tegen de tarieven voor WBT gegrond wordt verklaard mag KPN volgens het college haar tarieven niet met terugwerkende kracht verhogen.

4.4.2 Zienswijze KPN van 7 april 2010

56. KPN ziet niet in hoe de laatste zin van artikel 9.10 de effectiviteit van de toegangsverplichting beperkt.

4.4.3 Beoordeling door het college

57. In artikel 9.10 geeft KPN aan dat indien het als het als gevolg van gewonnen procedures voorwaarden en tarieven met terugwerkende kracht mag wijzigen de wholesale-afnemer gehouden is om deze wijzigingen te accepteren.

58. Het college erkent dat KPN onder druk van regulering tot een voor wholesale-afnemers beter referentieaanbod komt. KPN zal haar aanbod wellicht willen verslechteren als regulering wordt vernietigd. Het college ziet nu dat KPN in artikel 9.10 feitelijk stelt dat als KPN bij vernietiging van (delen van) besluiten gerechtigd is om met terugwerkende kracht verslechtingen door te voeren en de wholesale-afnemer deze verslechtingen moet accepteren.

59. Het college staat redelijke wijzigingen met terugwerkende kracht toe. Immers, het college vraagt KPN om in de één na laatste zin te expliciteren dat het om redelijke wijzigingen moet gaan. Het college heeft daarnaast bezwaren tegen de zin dat afnemers geen bezwaar mogen maken tegen veranderingen met terugwerkende kracht, bijvoorbeeld als zij die niet redelijk vinden. Het college vraagt KPN die zin daarom te schrappen, omdat die zin ook nu al de effectiviteit van de toegangsverplichting beperkt.

Besluit

Openbare versie

60. KPN heeft op voorhand niet inzichtelijk gemaakt welke verslechtingen doorgevoerd worden bij een vernietiging. Artikel 9.10 geeft KPN een ongeclausuleerde mogelijkheid voor verslechtingen en tevens de mogelijkheid om deze met terugwerkende kracht door te voeren.

61. Wholesale-afnemers lopen hierdoor bij inkoop van WBA bij KPN een groot risico. Wholesale-afnemers sluiten immers contracten met eindgebruikers gebaseerd op het gereguleerde aanbod. KPN kan op basis van artikel 9.10 bij een eventuele vernietiging het dienstaanbod verslechteren door bijvoorbeeld de wholesaletarieven met terugwerkende kracht fors te verhogen. Voor wholesale-afnemers betekent dit dat met terugwerkende kracht de dienstverlening aan eindgebruikers ineens verliesgevend kan worden. Wholesale afnemers kunnen niet met terugwerkende kracht de afname van de WBA ongedaan maken. Artikel 9.10 ontnemt wholesale afnemers daarbij ook nog de mogelijkheid bezwaar te maken tegen een dergelijke verslechting.

62. Naar het oordeel van het college zitten er derhalve drie elementen in artikel 9.10 die voor wholesale-afnemers zeer risicovol zijn:

- de mogelijkheid om ongeclausuleerd wijzigingen door te voeren;
- de mogelijkheid om deze met terugwerkende kracht door te voeren;
- de gedwongen acceptatie van deze wijziging door de wholesale-afnemers.

63. Naar het oordeel van het college is artikel 9.10 met name relevant voor de situatie dat WBA niet meer gereguleerd is. Op dat moment kan het college het WBA-aanbod niet meer toetsen aan de verplichtingen uit een marktanalysebesluit. Echter, dit artikel heeft naar het oordeel van het college ook directe invloed op de situatie dat WBA wel gereguleerd is.

64. Immers, artikel 9.10 heeft tot doel dat partijen zich op dit moment al bij voorbaat verbinden aan de effecten van een vernietiging van de regulering. Deze effecten kunnen zeer groot zijn. De kans dat de regulering wordt vernietigd is zeer moeilijk in te schatten. Echter, ook een kleine kans op een zeer groot negatief effect beïnvloedt naar het oordeel van het college bij voorbaat de effectiviteit van de toegangsverplichting nu partijen huiverig kunnen zijn om een risicovol contract te ondertekenen en wellicht af zullen gaan zien van het afnemen van toegang. Het college is dan ook van oordeel dat het beding opgenomen in artikel 9.10 een onredelijk beding is en daarom in strijd met dictumonderdeel iii, sub j van het marktanalysebesluit WBT.

65. Het college heeft KPN derhalve dan ook de aanwijzing gegeven om de laatste zin van artikel 9.10 te verwijderen en de één na laatste zin zodanig aan te passen dat alleen sprake kan zijn van redelijke wijzigingen in de dienstverlening.

5 Overwegingen van het college

5.1 Overtreding

66. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod adresseert het potentiële

Besluit

Openbare versie

mededingingsprobleem van achterhouding van informatie en draagt bij aan voorkoming van oneigenlijke bundeling, het stellen van onbillijke voorwaarden en strategische productontwerp.

67. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod stelt partijen in staat om effectief en efficiënt gebruik te maken van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk omdat op basis van deze informatie vrijwel direct een overeenkomst tot stand kan komen tussen KPN en om toegang verzoekende partijen.

68. Om tot een goed referentieaanbod te komen heeft het college IG bijeenkomsten georganiseerd. In deze bijeenkomsten is het RA van KPN uitgebreid besproken. De onderwerpen waarover de marktpartijen met KPN geen overeenstemming konden bereiken, en waarvan het college het van belang heeft geoordeeld dat deze in het referentieaanbod dienden te worden opgenomen, heeft het college op grond van artikel 6a.9, vierde lid, van de Tw opgenomen in een aanwijzingsbesluit.

69. Alvorens te komen tot het definitieve aanwijzingsbesluit heeft het college KPN, alsmede de overige marktpartijen, de gelegenheid gegeven voor het geven van een schriftelijke zienswijze. Het definitieve aanwijzingsbesluit heeft het college met inachtneming van genoemde zienswijzen genomen.

70. Op 7 april 2010 stelt KPN het college ervan op de hoogte dat KPN, met betrekking tot een aantal onderwerpen, de door het college gegeven aanwijzingen niet zal opvolgen.

71. Hiermee overtreedt KPN de op haar rustende verplichting om het referentieaanbod conform de door het college, op grond van artikel 6a.9, vierde lid, van de Tw, gegeven aanwijzingen aan te passen.

5.2 Bevoegdheid college, gebruik van de bevoegdheid

72. Op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Tw in samenhang gelezen met artikel 5:32 van de Awb is het college bevoegd een last onder dwangsom op te leggen.

73. De op grond van het marktanalysebesluit op KPN rustende transparantieplichting stelt marktpartijen in staat om effectief en efficiënt gebruik te maken van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Nu KPN weigert om de aanwijzingen van het college met betrekking tot het RA, bedoeld om de concurrentie in de markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau te verbeteren, op te volgen ziet het college aanleiding om tot handhaving over te gaan.

74. Teneinde de door KPN begane overtredingen te beëindigen maakt het college daarom gebruik van zijn bevoegdheid om op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Tw juncto artikel 5:32, eerste en tweede lid, van de Awb KPN een last onder dwangsom op te leggen. Het college heeft in zijn afweging daartoe het belang van de overige marktpartijen (o.a. de overweging met betrekking tot de ontwikkeling van de concurrentie), de belangen van de eindgebruikers en de belangen van KPN

Besluit

Openbare versie

betrokken.

75. Het college ziet geen bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen om van handhaving af te zien. Dit geldt temeer nu er aan het definitieve aanwijzingsbesluit een uitgebreide consultatieronde vooraf is gegaan waarin KPN haar zienswijzen aan het college kenbaar heeft kunnen maken. Het college heeft in het definitieve aanwijzingsbesluit gemotiveerd waarom hij de aanwijzingen (toch) heeft opgelegd. Dit had voor KPN redenen moeten zijn om de opgelegde aanwijzingen op te volgen.

5.3 Last onder dwangsom

Geen vooraankondiging van de last onder dwangsom

76. Het college merkt allereerst op dat wanneer hij een overtredende partij een last onder dwangsom oplegt hij de overtreder over het algemeen de mogelijkheid biedt, door het sturen van een vooraankondiging, om zienswijzen in te dienen bij het college. Het college benadrukt dat deze handelswijze geen staand beleid is.

77. Het college heeft KPN en andere belanghebbende marktpartijen in de periode voorafgaand aan de publicatie van het door het college genomen aanwijzingsbesluit de mogelijkheid geboden voor het indienen van schriftelijke zienswijzen. KPN heeft ook van deze mogelijkheden gebruik gemaakt en heeft op 25 januari 2010 een schriftelijke zienswijze ingediend. KPN heeft op 7 april ook zienswijzen ingediend met betrekking tot de aanwijzingen van het college die zij niet heeft opgevolgd.

78. Het college is van mening dat hij met KPN, met betrekking tot de opgelegde aanwijzingen, de standpunten voldoende heeft uitgewisseld. Het college is dan ook van oordeel, te meer nu de standpunten van KPN het college bekend zijn en KPN heeft aangegeven sommige aanwijzingen niet te zullen opvolgen, dat het sturen van een vooraankondiging geen aanvullend doel dient en ziet in het onderhavige geval dan ook af van het sturen van een vooraankondiging.

Last onder dwangsom

79. Het college legt deze last op om de geconstateerde overtreding van het aanwijzingsbesluit te beëindigen. Voor een last onder dwangsom is aanleiding omdat KPN in haar e-mail van 7 april 2010 heeft aangegeven niet - met betrekking tot alle in het aanwijzingsbesluit opgenomen aanwijzingen - tot aanpassing van het referentieaanbod over te gaan en daarmee met betrekking tot de in de e-mail genoemde onderwerpen het aanwijzingsbesluit niet te zullen opvolgen. Uit de mededeling van KPN leidt het college dan ook af dat KPN niet uit zichzelf tot het opvolgen van alle aanwijzingen zal overgaan.

80. De hoogte van de dwangsom is gerelateerd aan de overweging dat het in deze last gaat om het wijzigen van het referentieaanbod; het betreft een last onder dwangsom die door KPN eenvoudig en op korte termijn kan worden uitgevoerd. De hoogte van de dwangsom is daarom vastgesteld op € 25.000 per werkdag met een maximum van € 250.000.

Besluit

Openbare versie

81. Het college gaat er vanuit dat KPN door de hoogte van de dwangsom gedwongen zal zijn aan deze lastgeving te voldoen. De dwangsom is niet zodanig hoog dat deze niet in verhouding staat tot de overtredingen.

82. Het college stelt 20 augustus 2010 als termijn voor het beëindigen van de geconstateerde overtreding. Daarmee heeft KPN naar het oordeel van het college voldoende tijd om de overtreding daadwerkelijk te beëindigen, te meer omdat de overtreding op betrekkelijk eenvoudige wijze ongedaan gemaakt kan worden door een wijziging van het referentieaanbod. Daarbij geldt ook dat KPN reeds vanaf 3 maart 2010 wist dat zij op grond van het aanwijzingsbesluit verplicht is om de aanwijzingen door te voeren in het referentieaanbod.

Besluit

Openbare versie

6 Besluit

83. Het college legt een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

84. KPN dient gehoor te geven aan de volgende door het college in het aanwijzingsbesluit van 3 maart 2010 opgenomen aanwijzingen:

Informatieproducten

85. Het college geeft KPN op grond van artikel 6a.9 lid 4 Tw en dictumonderdelen ii, iii, iv, v en ix van het marktanalysebesluit WBT de volgende aanwijzing inzake het RA WBA:

- de capaciteit van de informatieproducten aan te passen aan de marktvraag, zonder dat daaraan voorafgaand een beperking ten grondslag ligt;
- een marktbrede Fair-Use-Policy op te nemen met betrekking tot de informatieproducten voor de WBA-dienst (de zogenaamde prequals); deze Fair-Use-Policy komt in de plaats van de thans door KPN gebruikte individuele quota vooraf;
- dat in geval van gebleken misbruik door individuele marktpartijen, beperkingen kunnen worden opgelegd aan de betreffende individuele partij(en).

KPI rapportage

86. Op grond van artikel 6.a9 lid 4 van de Tw en de dictumonderdelen iv, v en ix van het Marktanalysebesluit WBT verplicht het college KPN om in het referentieaanbod WBA op te nemen dat zij – uit eigen beweging - eens per kwartaal een up-to-date rapportage met maandgegevens over de performance aan wholesale-afnemers verstrekt die in ieder geval de volgende elementen bevat:

- de totale hoeveelheid opgeleverde producten (uitgesplitst per productgroep);
- opgeleverde producten per marktpartij (performances per productgroep);
- voor alle service levels, waarbij de rapportage dient aan te sluiten op de wijze waarop de KPI's en boetes zijn gedefinieerd.

Boeteregeling

87. Op grond van art. 6.a9 lid 4 Tw en de dictumonderdelen iii, ix en x van het Marktanalysebesluit WBT, geeft het college KPN de aanwijzing om in het referentieaanbod WBA de volgende wijzingen door te voeren:

- een voldoende afschrikwekkende boete op te nemen bij overtreding van de tweede en derde norm van KPI-6 en KPI-11; een mogelijke invulling daarvan is dat KPN de in de zienswijze voorgestelde boetes opneemt in het referentieaanbod, zonder daarbij de op te nemen dat de boetes niet cumulatief gelden.

Besluit

Openbare versie

Dienstaanbod WBA

88. Het college geeft KPN op grond van artikel 6a.9 lid 4 Tw en dictumonderdelen iii, sub j, ix en x van het Marktanalysebesluit WBT de volgende aanwijzingen voor het referentieaanbod WBA:

- KPN dient de laatste zin van artikel 9.10 te verwijderen;
- KPN dient de één na laatste zin in artikel 9.10 zodanig aan te passen dat alleen sprake kan zijn van redelijke wijzigingen in de dienstverlening;

Uitvoeren van de last en begunstigingstermijn

89. KPN dient deze last uiterlijk 20 augustus 2010 te hebben uitgevoerd. Voor elke dag, gerekend vanaf 20 augustus 2010, dat KPN geen uitvoering heeft gegeven aan deze last, zal KPN een dwangsom verbeuren van € 25.000 met een maximum van € 250.000.

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

w.g. drs. D.I. Bos

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA.

Het postadres is: College van de OPTA, Postbus 90420, 2509 LK Den Haag.

Het bezwaarschrift 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 bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door het college worden behandeld.