

## Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/201745\_OV

Zaaknummer: 14.1207.32

Datum: 23 juni 2015

### **Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. voor de overtredingen van de aan haar opgelegde transparantieplichting, non-discriminatieplichting en ND-5 verplichting krachtens artikel 6a.2, eerste lid, van de Telecommunicatiewet jo. artikel 6a.9 en artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet**

#### **1. Samenvatting**

1. In dit besluit stelt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vast dat Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. (hierna: KPN) de transparantieplichting niet is nagekomen, omdat zij geen toereikend referentieaanbod bekend heeft gemaakt voor de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul. KPN heeft hiermee de krachtens artikel 6a.2 jo. artikel 6a.9 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) aan haar opgelegde transparantieplichting overtreden.
2. ACM stelt in dit besluit ook vast dat KPN de non-discriminatieplichting en de ND-5 verplichting niet is nagekomen, omdat zij een variant van SDF-backhaul alleen aan haar downstream gelegen bedrijven heeft aangeboden en geleverd. KPN heeft hiermee de krachtens artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 Tw opgelegde non-discriminatieplichting overtreden. Verder heeft KPN haar eigen downstreambedrijf een wholesaletarief in rekening gebracht waardoor andere afnemers als gevolg van margeuitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten hebben kunnen aanbieden. KPN heeft hiermee de krachtens artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 Tw opgelegde ND-5 verplichting overtreden.
3. Voor de overtredingen van de transparantieplichting, non-discriminatieplichting en de ND-5 verplichting legt een ACM in totaal een boete op van EUR 2.000.000.
4. In dit besluit wordt eerst ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de relevante feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt het juridisch kader (paragraaf 5), de zienswijze van KPN (paragraaf 6) weergegeven. Daarna zet ACM haar overwegingen uiteen (paragraaf 7). In de daarop volgende paragraaf wordt ingegaan op de overtreder (paragraaf 8) en de vaststelling van de hoogte van de boetes (paragraaf 9). Tot slot volgt het dictum (paragraaf 10).

## Besluit Openbaar

### 2. Achtergrond en verloop van de procedure

5. Op 13 april 2012 heeft Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele 2) aan ACM het signaal afgegeven dat KPN tot en met 31 maart 2012 mogelijk de ND-5 verplichting voor het aanbieden van de SDF-diensten heeft overtreden.
6. Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport<sup>1</sup> (hierna: het onderzoeksrapport) dat door toezichthoudend ambtenaren verbonden aan ACM op 15 augustus 2014 is uitgebracht. Bij brief van dezelfde datum is dit onderzoeksrapport aan KPN toegezonden.<sup>2</sup>
7. Bij brief van 3 september 2014 heeft ACM het aan het onderzoeksrapport ten grondslag liggende dossier aan KPN toegestuurd.<sup>3</sup>
8. Op 16 oktober 2014 heeft op het kantoor van ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Ten behoeve van deze hoorzitting heeft KPN op 25 september 2014 een schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport ingediend bij ACM (hierna: zienswijze KPN).
9. Bij brief van 31 oktober heeft ACM aan KPN gevraagd om de relevante omzetgegevens van de SDF downstreamdiensten per maand weer te geven.<sup>4</sup>
10. Van voornoemde hoorzitting is een verslag opgemaakt (hierna: verslag hoorzitting) dat op 14 november 2014 aan KPN is toegestuurd.<sup>5</sup> KPN heeft bij brief van 25 november 2014 op het verslag gereageerd.

### 3. Het onderzoeksrapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals uiteengezet in het onderzoeksrapport. In dit onderzoeksrapport wordt geconstateerd dat KPN de transparantieverplichting en de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting heeft overtreden zoals die op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.9 en artikel 6a.8 van de Tw zijn opgelegd aan KPN in het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang 2010<sup>6</sup> (hierna: ULL 2010)

---

<sup>1</sup> ACM/DTVP/2013/206111.

<sup>2</sup> ACM/DTVP/2014/204429.

<sup>3</sup> ACM/DJZ/2014/204902.

<sup>4</sup> ACM/DJZ/2014/206244.

<sup>5</sup> ACM/DJZ/2014/206445.

<sup>6</sup> OPTA/AM/2010/201285 van 27 april 2010. Het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang 2010 is op 1 januari 2009 in werking getreden. Bij uitspraak van 3 mei 2011 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang 2010 vernietigd. In deze uitspraak heeft het CBb bepaald dat de

## Besluit Openbaar

en het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang 2011 (hierna: ULL 2011).<sup>7</sup> KPN heeft de transparantieplichting overtreden doordat zij in de onderzochte periode geen toereikend referentieaanbod bekend heeft gemaakt voor SDF-backhaul. Daarnaast heeft KPN de non-discriminatieplichting en ND-5 verplichting overtreden. KPN heeft namelijk een variant van SDF-backhaul alleen aan haar downstream gelegen bedrijven aangeboden en geleverd. Verder heeft KPN haar eigen downstreambedrijf een wholesaletarief in rekening gebracht waardoor andere afnemers als gevolg van margeutholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten hebben kunnen aanbieden.

### 4. Overige omstandigheden van feitelijke aard

12. Het koperen aansluitnetwerk van KPN betreft de laatste (paar) honderd meter van de aansluitlijnen. Dit is het gedeelte tussen de eindgebruiker en de wijkcentrale (hierna: MB-locatie). Tussen de eindgebruiker en de MB-locatie bevinden zich vaak kleinere SDF-locaties (hierna: straatkasten). KPN's netwerk bevat circa 1.300 MB-locaties en circa 28.000 straatkasten.
13. Met ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk verkrijgt een andere telecomaandier dan KPN (hierna: alternatieve aanbieder of wholesaleafnemer) toestemming voor het gebruik van (een deel van) het frequentiespectrum van één of meerdere aansluitlijnen van KPN. De alternatieve aanbieder dient daarvoor doorgaans zijn netwerk uit te rollen naar de betreffende netwerklocatie van KPN en daar zijn eigen actieve apparatuur te plaatsen. Er bestaan twee verschillende soorten ontbundelde toegang tot het kopernetwerk. Enerzijds kunnen alternatieve aanbieders op de MB-locaties MDF-toegang afnemen van KPN. Anderzijds kunnen zij op de straatkasten SDF-toegang afnemen. In Figuur 1 is met cursieve tekst aangegeven op welke locaties in het netwerk MDF- en SDF-toegang bestaan.
14. De alternatieve aanbieder kan vervolgens op basis van ontbundelde toegang zowel eindgebruikers als wholesaleafnemers (eveneens telecomaandiers) telecomdiensten leveren.

3/22

---

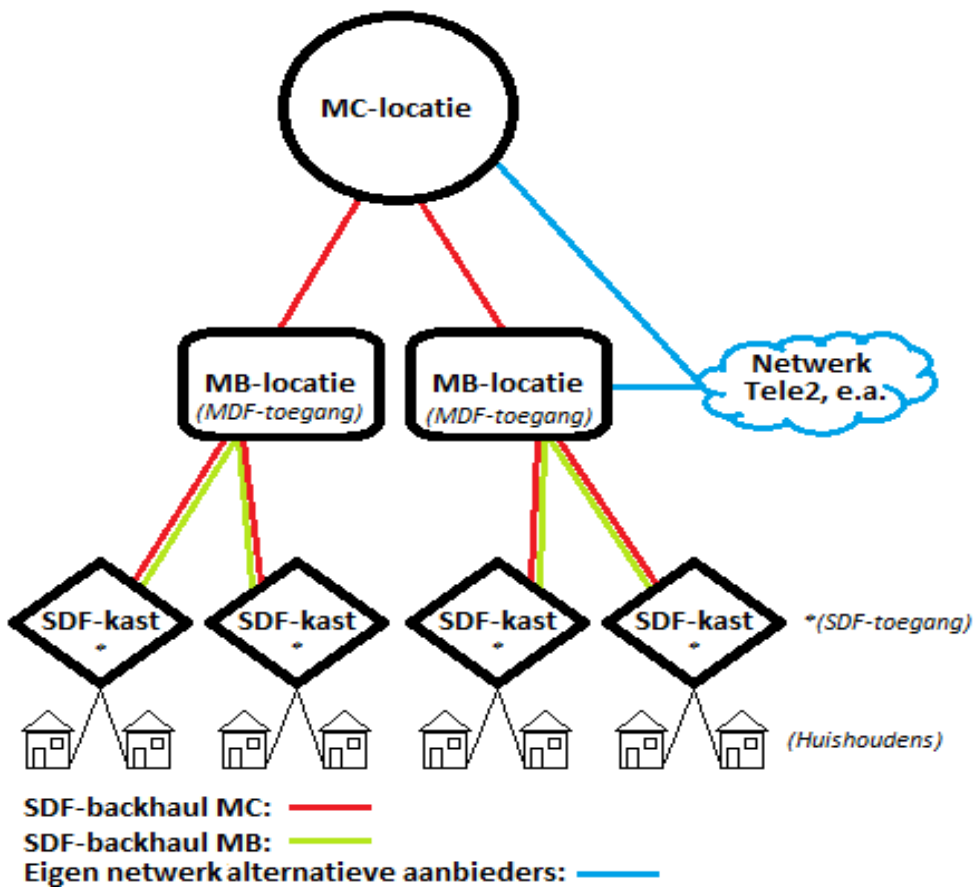
verplichtingen van het bestreden besluit in stand kunnen blijven voorzover deze geen betrekking hebben op zakelijk glasvezel.

<sup>7</sup> OPTA/AM/2011/202886 van 29 december 2011.

**Besluit  
Openbaar**

4/22

Figuur 1: Weergave netwerk KPN



15. MDF-toegang wordt sinds 2000 op grote schaal afgenomen door alternatieve aanbieders, terwijl SDF-toegang vanaf 2009 in toenemende mate door KPN in Nederland wordt uitgerold en tot op heden alleen door haarzelf wordt afgenomen. Tot en met het eerste kwartaal van 2012 heeft KPN naar circa 1,3 miljoen eindgebruikerslocaties SDF-toegang uitgerold. Met SDF-toegang kunnen onder meer hogere downloadsnelheden worden behaald, omdat de koperlijn tussen de MB-locatie en de straatkast wordt vervangen door glasvezel en de daarmee resterende koperlijn (tussen de straatkast met de actieve apparatuur en de eindgebruiker) korter is. Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat aanbieders snellere internettoegangsdiensten en hogere kwaliteit TV-diensten over het kopernetwerk kunnen leveren. Om SDF-toegang af te nemen, moeten alternatieve aanbieders echter gebruik kunnen maken van de glasvezelverbinding tussen de wijkcentrale en de straatkast. Deze verbindingen worden SDF-backhaul genoemd en zijn in Figuur 1 weergegeven met een groene of rode kleur.

## Besluit Openbaar

16. Zonder SDF-backhaul zijn alternatieve aanbieders technisch niet in staat om zelf SDF-toegang af te nemen en daarmee hogere snelheden te realiseren. In het ULL 2010 en het ULL 2011 is op basis van (extern) onderzoek geconcludeerd dat KPN de enige aanbieder in Nederland is die SDF-backhaul aanbiedt tussen straatkasten en MB-locaties en dat hiervoor geen alternatieven beschikbaar zullen komen. Alternatieve aanbieders hebben namelijk niet de schaalgrootte om de relatief hoge aanlegkosten van SDF-backhaul terug te verdienen. Om die reden zijn alternatieve aanbieders afhankelijk van KPN voor het afnemen van SDF-backhaul. Op grond van de marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang is KPN daarom verplicht gesteld om SDF-backhaul als gereguleerde bijbehorende faciliteit aan te bieden aan alternatieve aanbieders.
17. Deze alternatieve aanbieders hebben aangegeven dat zij veelal behoefte zullen hebben aan SDF-backhaul waarmee de straatkast wordt verbonden met een punt op of nabij een MB-locatie (SDF-backhaul MB), omdat zij al zijn uitgerold naar MB-locaties voor de afname van MDF-toegang. In die gevallen is het voor alternatieve aanbieders niet noodzakelijk om het uitgebreidere en duurdere SDF-backhaul MC af te nemen. Dit is weergegeven in Figuur 1.

## 5. Juridisch kader

### 5.1 Transparantieverplichting

18. In de Tw is bepaald, voor zover hier van belang:

" Artikel 6a.2

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt de Autoriteit Consument en Markt vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:

a. legt zij ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op;

(...)

Artikel 6a.9

(...)

2. De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om een referentieaanbod bekend te maken waarin een omschrijving is opgenomen van door de Autoriteit Consument en Markt te bepalen vormen van toegang.

Het referentieaanbod is opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang en de daarbij gehanteerde tarieven en andere voorwaarden.

(...)"

## Besluit Openbaar

19. In het dictum van het ULL 2010 is bepaald, voor zover hier van belang:

" Transparantieverplichting en het referentieaanbod

x. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.9, tweede lid, van de Tw binnen 30 dagen na inwerkingtreding van dit besluit een referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN en bijbehorende faciliteiten bekend te maken en regelmatig bij te werken. Het referentieaanbod bevat ten minste de hieronder opgesomde punten en een beschrijving van de verschillende onderdelen en respectieve voorwaarden en tarieven.

(...)"

20. In het dictum van het ULL 2011 is bepaald, voor zover hier van belang:

" Transparantieverplichting en het referentieaanbod

XVI. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.9, tweede lid, van de Tw legt het college aan KPN een algemene transparantieverplichting op en de verplichting om een referentieaanbod bekend te maken.

XVII. Op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw verbindt het college aan de verplichting om een referentieaanbod te publiceren de hierna genoemde voorschriften:

a. KPN dient het referentieaanbod binnen één maand na de inwerkingtreding van dit besluit bekend te maken;

(...)"

### 5.2 Non-discriminatieverplichting en ND-5 verplichting

21. In de Tw is bepaald, voor zover hier van belang:

" Artikel 6a.8

De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door de Autoriteit Consument en Markt te bepalen vormen van toegang de verplichting opleggen om deze toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat de onderneming gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen."

22. In het dictum van het ULL 2010 is bepaald, voor zover hier van belang:

" Non-discriminatieverplichting

iv. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.8 van de Tw ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN gelijke voorwaarden toepast bij levering aan externen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochtermaatschappijen of haar partnerondernemingen. De verplichting heeft betrekking op alle voorwaarden, derhalve ook

## Besluit Openbaar

op tariefvoorwaarden.

(...)

ix. KPN dient ten aanzien van de tariefdifferentiatie de volgende gedragsregels na te leven:

(...)

5. tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden."

23. In de overwegingen van het ULL 2010 is vermeld, voor zover hier van belang:

935. Een *level playing field* is mogelijk als KPN's downstreamdiensten (dit kan een retaildienst zijn, maar ook een wholesaledienst zoals WBT of een laag- of hoogcapacitaire huurlijn)) prijstechnisch repliceerbaar zijn. (...)

936. Om te beoordelen of een downstreamdienst repliceerbaar is op basis van KPN's voortbrengingswijze stelt het college als voorwaarde dat de downstreamtariefstelling van KPN in ieder geval de volgende kosten dient te dekken om te kunnen spreken van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst:

- de inkoopkosten van gereguleerde wholesale diensten gebaseerd op de (non-discriminatoire) tarieven uit het referentie-aanbod;

(...)

937. Pas als bovenstaande kosten worden terugverdiend wordt het voordeel dat KPN heeft van haar verticale integratie voldoende geremedieerd. In geval het tarief van een downstreamdienst niet repliceerbaar is c.q. niet de bovenstaande kosten dekt, zal het college concluderen dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door de gereguleerde wholesale bouwstenen (impliciet) tegen lagere tarieven aan zichzelf te leveren dan opgenomen in het referentie-aanbod. Door zichzelf lagere tarieven te rekenen dan andere partijen heeft KPN de non-discriminatieverplichting overtreden. (...)"

24. In het dictum van het ULL 2011 is bepaald, voor zover hier van belang:

" Non-discriminatieverplichting

IX. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.8 van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen (non-discriminatieverplichting). De verplichting heeft betrekking op alle voorwaarden, waaronder ook de tariefvoorwaarden.

(...)

XIV. Als onderdeel van de non-discriminatieverplichting legt het college aan KPN de verplichting op om een minimale marge te hanteren tussen diensten in de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en diensten op de downstream gelegen wholesalemakten (ND-5 toets). De inhoud van deze verplichting is uitgewerkt in paragraaf 8.3.2.

## Besluit Openbaar

XV. Als onderdeel van de ND-5 toets legt het college aan KPN de volgende voorschriften op:

(...)

### *c. Implementatietermijnen ND-5 verplichting*

Vanaf het moment van inwerkingtreding van onderhavig besluit zal KPN enige tijd nodig hebben om de impact van ND-5 op zowel haar actief afneembaar portfolio (list prices, uitstaande offertes) als haar installed base (lopende contracten) te onderzoeken. Het college acht een termijn van drie maanden redelijk voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van het actief afneembaar portfolio. Voor de eventuele correcties van de installed base acht het college een termijn van negen maanden redelijk."

25. In de overwegingen van het ULL 2011 is vermeld, voor zover hier van belang:

" 559. Indien KPN's downstreamdiensten (dat kan een retaildienst of een wholesaledienst zijn) te allen tijde en overal (dus onafhankelijk van de locatie van de betreffende aanbieding of levering) prijstechnisch repliceerbaar zijn, wordt een level playing field gecreëerd.

(...)

565. In aansluiting op het voorgaande geldt dat om te beoordelen of een downstreamdienst repliceerbaar is op basis van KPN's voortbrengingswijze, de volgende kostenelementen relevant zijn:

A. de inkoopkosten van de gereguleerde wholesalebouwstenen gebaseerd op de (gepubliceerde) tarieven uit – indien beschikbaar – het referentieaanbod;

(...)

569. Pas indien bovenstaande kosten door KPN worden terugverdiend, wordt het voordeel dat KPN heeft van haar verticale integratie voldoende geredimeerd. In het geval de tariefstelling van een downstreamdienst niet repliceerbaar is (dus niet bovenstaande kosten dekt), zal het college concluderen dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door de gereguleerde wholesalebouwstenen tegen lagere tarieven aan zichzelf te leveren of aan te bieden dan opgenomen in het referentieaanbod. Door zichzelf lagere tarieven te rekenen dan andere partijen overtreedt KPN de non-discriminatieverplichting."

## 6. Zienswijze KPN

### I. Transparantieverplichting

26. KPN is primair van mening dat zij de transparantieverplichting niet heeft overtreden.

KPN heeft in haar zienswijze naar voren gebracht dat zij – vóór de inwerkingtreding van het ULL 2010 – samen met andere marktpartijen deel nam aan de zogenoemde Industry Group Sub Loop Unbundling. KPN verwijst naar de klantpresentatie van 13 juli 2006 en de



## Besluit Openbaar

pilotovereenkomst (bijlage 1 van de zienswijze). KPN heeft de deelnemers van deze werkgroep bij brief van 10 november 2006 (bijlage 2 van de zienswijze) uitgenodigd voor deelname aan een pilot SDF backhaul. Blijkens deze brief heeft KPN destijds tevens nadere informatie over de pilot SDF backhaul opgenomen op haar website. Volgens de brief gaat het daarbij onder meer om een dienstbeschrijving en een indicatief tariefoverzicht. KPN stelt dat één van de toen aangeboden varianten SDF backhaul op basis van dark fiber betrof waarbij werd uitgekoppeld naar MB-niveau. Er is volgens KPN dus wel degelijk een aanbod SDF backhaul MB gepubliceerd. Maar dit aanbod is mogelijk ter gelegenheid van de herinrichting van de website van KPN in september 2010 niet meer hierop teruggeplaatst.

27. Van belang voor de feiten en de achtergrond acht KPN voorts dat [VERTROUWELIJK] de enige marktpartij was die serieuze interesse heeft getoond in de afname van SDF diensten maar uiteindelijk heeft besloten geen SDF diensten af te nemen. De aanvraag van [VERTROUWELIJK] van eind 2013 waar het rapport naar verwijst, verandert aan die situatie niets. De aanvraag viel samen met het begin van het onderzoek naar de nieuwe marktanalyse voor ULL en kan daar niet los van worden gezien. KPN heeft twijfels of [VERTROUWELIJK] serieus geïnteresseerd was in de afname van SDF diensten.

### II. Non-discriminatieverplichting

28. KPN is primair van mening dat zij de non-discriminatieverplichting niet heeft overtreden. Zij heeft naar eigen zeggen in 2006 wel een aanbod SDF backhaul MB op de website gepubliceerd en dat aanbod is nooit ingetrokken. Maar dit aanbod is mogelijk ter gelegenheid van de herinrichting van de website in september 2010 niet meer teruggeplaatst omdat [VERTROUWELIJK] alleen belangstelling had voor de variant SDF backhaul GT op MC niveau en andere marktpartijen hadden überhaupt geen interesse.

### III. ND-5 verplichting

29. De constatering in het rapport dat KPN de ND-5 verplichting heeft overtreden, is volgens KPN gebaseerd op onjuiste uitgangspunten. Volgens KPN was er (a) geen gereguleerd inkooptarief voor SDF backhaul beschikbaar. ACM heeft volgens KPN verzuimd een kostprijsrapportage in het kader van de tariefregulering te beoordelen die reeds op 31 maart 2009 was ingediend. ACM was er al die tijd van op de hoogte dat in het op de website gepubliceerde referentieaanbod voor SDF backhaul MC geen tarieven waren opgenomen. KPN was in afwachting van de beoordeling en ACM heeft KPN er niet op gewezen dat het ontbreken van een tarief overtredingen zou opleveren. Volgens KPN heeft ACM (b) verder aangegeven dat wanneer KPN niet dezelfde voortbrengingswijze heeft als andere partijen, KPN de kosten dient op te nemen die voor haar voortbrengingswijze gelden. KPN verwijst in dit verband naar een e-mail van OPTA 13 juni 2012 (bron 15 van het onderzoeksrapport). Volgens KPN heeft ACM (c) geen voorschriften /

## Besluit Openbaar

'guidance' gegeven over de wijze waarop de inkoopkosten van gereguleerde wholesalediensten in de ND-5 toetsen moeten worden versneden. Het ULL 2010 besluit bevatte voorts geen enkel voorschrift dan wel algemeen uitgangspunt voor de wijze waarop dergelijke componenten moeten worden behandeld. KPN is over de inrichting van de ND-5 toetsen altijd heel transparant geweest zoals ook blijkt uit bijlage 9 van de zienswijze die een presentatie behelst over het LRIC model. Ook heeft KPN ieder kwartaal ND-5 toetsen aan ACM verstrekt maar ACM heeft daarin nooit aanleiding gezien om KPN vragen te stellen.

### 7. Overwegingen

30. In deze paragraaf beoordeelt ACM of de in het rapport beschreven overtredingen bewezen zijn. In paragrafen 7.1 en verder wordt ingegaan op de overtreding van de transparantieverplichting. Paragrafen 7.2 en verder bevatten de overwegingen van ACM over de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting.

#### 7.1 Transparantieverplichting

31. Op grond van de in het ULL 2010 en 2011 opgenomen transparantieverplichting moet KPN een referentieaanbod voor de toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten zoals SDF-backhaul bekendmaken. Aan deze verplichting zijn in het ULL 2010 en 2011 (nadere) voorschriften verbonden met betrekking tot de mate van detaillering en de wijze van bekendmaking.

##### 7.1.1 Overtreding

32. ACM stelt vast dat KPN pas op 10 februari 2012 een referentieaanbod SDF backhaul MB bekend heeft gemaakt. In de eerste plaats wijst ACM in dit verband op het nieuwsbericht van KPN van deze datum (bron 4 van het onderzoeksrapport). Uit dit nieuwsbericht volgt dat KPN pas vanaf 10 februari 2012 de variant SDF backhaul MB aanbiedt aan andere marktpartijen. Volgens het nieuwsbericht heeft KPN in verband met de introductie van de nieuwe variant SDF backhaul een nieuwe tarievenlijst op internet gepubliceerd. ACM wijst verder op de brief van KPN van 7 mei 2012 (bron 10 van het onderzoeksrapport) en de e-mail van KPN van 25 mei 2012 (bron 12 van het onderzoeksrapport). In deze documenten, voor zover hier van belang, heeft KPN expliciet vermeld dat tot 10 februari 2012 het referentieaanbod enkel bestond uit SDF backhaul MC.

## Besluit Openbaar

33. Voor zover KPN in haar zienswijze naar voren heeft gebracht dat zij in 2006 een aanbod SDF backhaul MB bekend heeft gemaakt, overweegt ACM het volgende. Het aanbod betrof blijkens de brief van KPN van 10 november 2006 (bijlage 2 van de zienswijze) een pilot met een projectmatig en tijdelijk karakter. Dit karakter blijkt ook uit de bij de zienswijze gevoegde pilotovereenkomst (bijlage 1b van de zienswijze). Hierin is vermeld dat de pilot vooruitloopt op een eventuele reguliere landelijke introductie van SDF backhaul. Tijdens de pilot worden diverse technische aspecten van de dienstverlening uitgetest. Er wordt volgens de pilotovereenkomst verder een eenmalig bedrag voor maximaal 10 straatkasten in rekening gebracht. Mede gelet op deze bijzonderheden kan publicatie van deze pilot naar het oordeel van ACM niet worden beschouwd als de bekendmaking van een toereikend referentieaanbod SDF backhaul MB.
34. Gezien het voorgaande concludeert ACM dat KPN de transparantieplichting heeft overtreden.

### 7.1.2 Duur overtreding

35. Met betrekking tot de duur van de overtreding van de transparantieplichting overweegt ACM het volgende. Het ULL 2010 is op 1 januari 2009 in werking getreden. Uit onderdeel x. van het dictum van dit marktanalysebesluit volgt dat KPN binnen 30 dagen na inwerkingtreding van dit besluit het referentieaanbod bekend dient te maken. KPN diende op grond van het ULL 2010 dan ook uiterlijk 30 januari 2009 het referentieaanbod bekend te maken.
36. Het ULL 2011 is op 1 januari 2012 in werking getreden onder gelijktijdige intrekking van de wholesaleverplichtingen van het ULL 2010. Uit onderdeel XVII, sub a, van het dictum van dit marktanalysebesluit volgt dat KPN binnen één maand na de inwerkingtreding van dit besluit het referentieaanbod bekend dient te maken. KPN diende op grond van het ULL 2011 dan ook uiterlijk 31 januari 2012 het referentieaanbod bekend te maken.
37. In het rapport is vermeld dat de overtreding van de transparantieplichting heeft geduurd van 30 januari 2009 tot en met 10 februari 2012. Vanwege de hiervoor genoemde implementatietermijn gold de eerste maand na inwerkingtreding van het ULL 2011 – dat wil zeggen van 1 januari 2012 tot 31 januari 2012 – geen verplichting voor KPN om een referentieaanbod bekend te maken. Op 10 februari 2012 werd de overtreding van de transparantieplichting verder beëindigd door KPN. Gezien het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de overtreding van de transparantieplichting korter heeft geduurd dan is vermeld in het rapport, namelijk van (i) 30 januari 2009 tot en met 31 december 2011 en van (ii) 31 januari 2012 tot en met 9 februari 2012.

## Besluit Openbaar

### 7.2 Non-discriminatieverplichting en ND-5 verplichting

38. Op grond van de in het ULL 2010 en 2011 opgenomen non-discriminatieverplichting dient KPN de toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten zoals SDF-backhaul onder gelijke omstandigheden en onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat tariefdifferentiatie niet is toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream gelegen bedrijven een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van margeuitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden. Die laatste specifieke verplichting betreft de ND-5 verplichting oftewel het verbod van margeuitholling.
39. Het verbod van margeuitholling is nader geoperationaliseerd in het ULL 2010 en 2011. Deze operationalisering brengt mee dat KPN's downstreamdiensten prijstechnisch repliceerbaar moeten zijn. Om te beoordelen of een downstreamdienst repliceerbaar is op basis van KPN's voortbrengingswijze dient de downstreamtariefstelling van KPN, voor zover hier van belang, in ieder geval de inkoopkosten van de gereguleerde wholesalebouwstenen gebaseerd op de tarieven uit het referentiaanbod te dekken. Pas als deze kosten worden terugverdiend wordt het voordeel dat KPN heeft van verticale integratie voldoende geredimeerd. In het geval het tarief van een downstreamdienst voormelde kosten niet dekt, wordt geconcludeerd dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door een gereguleerde wholesalebouwsteen (impliciet) tegen een lager tarief aan zichzelf te leveren dan opgenomen in het referentiaanbod.
40. ACM overweegt dat de non-discriminatieverplichting is gebaseerd op artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet. Deze verplichting houdt tevens de ND-5 verplichting oftewel het verbod van margeuitholling in. Hoewel de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting inhoudelijk niet op één lijn kunnen worden gesteld, strekken beide ertoe te voorkomen dat KPN haar aanmerkelijke marktmacht misbruikt door discriminatoir te handelen. Dit verband komt ook tot uitdrukking door de woorden "als onderdeel van de non-discriminatieverplichting legt het college de verplichting op om een minimale marge te hanteren ..." in onderdeel XIV van het dictum van het ULL 2011. Vanwege dit verband beoordeelt ACM de overtreding van de non-discriminatieverplichting en ND-5 verplichting in onderlinge samenhang.

#### 7.2.1 Overtreding

41. ACM stelt vast dat KPN zelf gebruik heeft gemaakt van SDF backhaul MB, maar dat zij deze backhaulvariant pas vanaf 10 februari 2012 aan andere marktpartijen heeft aangeboden en voor hen afneembaar was. In dit verband wijst ACM op de brief van KPN van 7 mei 2012 (bron 10 van het onderzoeksrapport) waarin is vermeld dat KPN voor de eigen voortbrengingswijze gedurende de periode 1 januari 2009 tot en met 31 maart 2012 gebruik heeft gemaakt van een dark fiber component die uitgekoppeld wordt op MB-niveau. Verder wijst ACM op hetgeen

12/22

## **Besluit Openbaar**

hiervoor in paragraaf 7.1.1 is vermeld over het tijdstip waarop KPN een toereikend referentieaanbod bekend heeft gemaakt.

42. Specifiek met betrekking tot de ND-5 verplichting stelt ACM vast dat KPN tot april 2012 de kosten van SDF backhaul in haar ND-5 toetsen als lange termijn incrementele kosten (hierna: LRIC) heeft opgenomen. ACM wijst in dit verband op de brief van KPN van 7 mei 2012 (bron 10 van het onderzoeksrapport) waarin zij dit heeft bevestigd. SDF backhaul is echter een gereguleerde wholesalebouwsteen. Overeenkomstig het ULL 2010 en 2011 had deze wholesalebouwsteen in de ND-5 toetsen van KPN moeten worden gebaseerd op de tarieven uit het referentieaanbod.
43. Hieraan doet niet af dat, zoals KPN in haar zienswijze heeft aangevoerd, ACM geen tariefplafond of kostentoekeningssysteem voor SDF-backhaul heeft vastgesteld. De uit het ULL 2010 en 2011 voortvloeiende verplichting tot tariefregulering staat los van de verplichting voor KPN om tijdig een referentieaanbod bekend te maken voor SDF backhaul. In een toereikend referentieaanbod zouden tarieven voor alle backhaulvarianten zijn opgenomen door KPN. Dus niet alleen voor SDF backhaul MC, maar ook voor SDF backhaul MB. Overigens valt op dat KPN in haar ND-5 toetsen tot april 2012 evenmin met het wel beschikbare tarief voor SDF-backhaul MC heeft gerekend.
44. Gezien het voorgaande concludeert ACM dat KPN de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting heeft overtreden.

### **7.2.2 Duur overtreding**

45. Met betrekking tot de duur van de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting overweegt ACM het volgende. Het ULL 2010 is op 1 januari 2009 in werking getreden. In dit marktanalysebesluit is niet voorzien in implementatietermijnen voor de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting. KPN moest deze verplichtingen op grond van het ULL 2010 dan ook per 1 januari 2009 in acht nemen.
46. Het ULL 2011 is op 1 januari 2012 in werking getreden onder gelijktijdige intrekking van de wholesaleverplichtingen van het ULL 2010. In het ULL 2011 is niet voorzien in een implementatietermijn voor de non-discriminatieverplichting. Voor de ND-5 verplichting is wel voorzien in een implementatietermijn. Uit onderdeel XV, sub c, van het dictum van dit marktanalysebesluit volgt dat KPN een termijn van drie maanden, dat wil zeggen van 1 januari 2009 tot en met 31 maart 2009, heeft voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van het actief afneembare portfolio (list prices, uitstaande offertes). Voor eventuele correcties van de installed base (lopende contracten) heeft KPN een termijn van negen

## Besluit Openbaar

maanden, dat wil zeggen van 1 januari 2009 tot en met 30 september 2009.

47. In het rapport is vermeld dat de overtreding van de non-discrimatieverplichting heeft geduurd van 30 januari 2009 tot en met 10 februari 2012. Zoals hiervoor is uiteengezet, moest KPN de non-discrimatieverplichting op grond van het ULL 2010 en 2011 gedurende deze hele termijn in acht te nemen. Op 10 februari 2012 werd de overtreding van de betreffende verplichting echter beëindigd door de bekendmaking van een toereikend en derhalve afneembaar referentieaanbod door KPN.
48. Verder is in het rapport vermeld dat de overtreding van de ND-5 verplichting heeft geduurd van 9 oktober 2010 tot en met 31 maart 2012. Vanwege de hiervoor genoemde implementatietermijnen in het ULL 2011 gold de ND-5 verplichting gedurende de periode 1 januari 2012 tot en met 31 maart 2012 echter niet, althans niet ten volle.
49. Gezien het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de overtreding van de non-discrimatieverplichting en ND-5 verplichting korter heeft geduurd dan is vermeld in het rapport. KPN heeft vanaf (i) 30 januari 2009 tot en met 9 februari 2012 de non-discrimatieverplichting en (ii) 9 oktober 2009 tot en met 31 december 2011 deze verplichting tegelijk met de ND-5 verplichting overtreden.
50. KPN heeft derhalve gedurende een aaneengesloten periode van 30 januari 2009 tot en met 9 februari 2012 discriminatoir gehandeld.

### 8. Overtreder

51. Koninklijke KPN N.V. is een groep waarin diverse rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden, waaronder KPN B.V. Bij KPN B.V. is onder meer de wholesale-afdeling ondergebracht.
52. ACM heeft in ULL 2010 en 2011 onder meer vastgesteld dat Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b, boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, over aanmerkelijke marktmacht beschikken.
53. Omdat KPN en haar groepsmaatschappijen over aanmerkelijke marktmacht beschikken heeft ACM in de marktanalysebesluiten KPN en haar groepsmaatschappijen een transparantie- en non-discrimatieverplichting waaronder op marge-utholling opgelegd.
54. ACM merkt in deze zowel KPN B.V. als Koninklijke KPN N.V. aan als overtreder van de transparantie- en non-discrimatieverplichting waaronder het verbod op marge-utholling.

14/22

## Besluit Openbaar

### 9. Boete

55. In paragraaf 9.1 licht ACM toe welk boetebeleid in het onderhavige besluit van toepassing is en hoe dit boetebeleid er in grote lijnen uitziet. In de paragrafen 9.2 tot en met 9.5 beziet zij hoe de verschillende elementen uit het toepasselijke boetebeleid in casu uitwerken. In paragraaf 9.6 concludeert ACM welke boete zij aan KPN oplegt voor de geconstateerde overtredingen.

#### 9.1 Boetebeleidsregel ACM 2014

56. De Minister van Economische Zaken (hierna: de Minister) heeft op 4 juli 2014 een beleidsregel vastgesteld met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door ACM. Deze beleidsregel is inwerking getreden op 1 augustus 2014 en wordt hierna aangehaald als de Boetebeleidsregel ACM 2014.
57. In artikel 4.1 Boetebeleidsregel ACM 2014 is bepaald dat op overtredingen waarvan een rapport is opgemaakt voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze beleidsregel, wordt beslist met toepassing van de Beleidsregels van de Minister voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM zoals deze golden onmiddellijk voorafgaand aan dat tijdstip. Het rapport van de overtredingen is in dit geval opgemaakt op 15 augustus 2014. Dit betekent dat de Boetebeleidsregel ACM 2014 van toepassing is.
58. Aangezien in dit geval sprake is van overtredingen in de zin van artikel 15.4, tweede lid, Tw dient ACM op grond van de Boetebeleidsregel ACM 2014 de systematiek van de basisboete als percentage van de betrokken omzet te hanteren bij het bepalen van de hoogte van de boete. Deze systematiek komt – samengevat weergegeven – op het volgende neer. ACM stelt eerst de basisboete vast als percentage tussen 0 en 50% van de betrokken omzet. De hoogte van de basisboete wordt op grond van artikel 2.2 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 in ieder geval afgestemd op de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding. Vervolgens beziet ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.
59. Daarnaast volgt uit artikel 5:46, tweede lid, Awb dat ACM de boete ook dient af te stemmen op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. ACM houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

15/22

## Besluit Openbaar

### 9.2 Betrokken omzet

60. Het begrip 'betrokken omzet' wordt in artikel 1.1 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 gedefinieerd. In het eerste lid van dit artikel, voor zover hier van belang, is bepaald dat in deze beleidsregel onder betrokken omzet wordt verstaan:
- a. de opbrengst die een overtreder heeft behaald met de levering van goederen en diensten die direct of indirect verband houden met een overtreding, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen, dan wel
  - b. indien geen opbrengst in onderdeel a kan worden vastgesteld, de omzet die de overtreder heeft behaald op de te beschermen markt of een deel daarvan,
- (...)
- in alle gevallen in het laatste volledige jaar waarin hij de desbetreffende overtreding heeft begaan, vermenigvuldigt met een factor 1/12 per maand dat de overtreding geduurd heeft, waarbij een periode korter dan een maand wordt afgerond op een hele maand naar boven. Op grond van het tweede lid van voormeld artikel wordt, indien een overtreding korter dan een jaar heeft geduurd, voor het bepalen van de betrokken omzet de totale periode dat de overtreding heeft geduurd in ogenschouw genomen.
61. In het licht van artikel 5:8 Awb – en ook in het licht van de definitie van het begrip 'betrokken omzet' in de Boetebeleidsregel ACM 2014 – stelt ACM per overtreding de betrokken omzet vast. ACM gaat daarbij uit van de door KPN aangeleverde omzetgegevens (bron 28 en 31 van het onderzoeksrapport) die zij bij brief van 7 november 2014 heeft aangepast in die zin dat deze per maand zijn gespecificeerd.
62. KPN heeft, zoals hiervoor in randnummer 32 is uiteengezet, de transparantieverplichting gedurende (i) 30 januari 2009 tot en met 31 december 2011 en (ii) 31 januari 2012 tot en met 9 februari 2012 overtreden. ACM stelt de betrokken omzet voor deze overtreding(en) vast op [VERTROUWELIJK].
63. Verder heeft KPN vanaf (i) 30 januari 2009 tot en met 9 februari 2012 de non-discriminatieverplichting en (ii) 9 oktober 2009 tot en met 31 december 2011 deze verplichting tegelijk met de ND-5 verplichting overtreden.
64. Zoals hiervoor in randnummer 40 is vermeld, beoordeelt ACM de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting in onderling samenhang vanwege het verband tussen beide verplichtingen. Dit verband komt ook tot uitdrukking in de door KPN opgeleverde omzetgegevens. De omzet die verband houdt met de overtreding van de ND-5 verplichting betreft een (klein) onderdeel van de omzet die verband houdt met de overtreding van de non-discriminatieverplichting.

16/22



## **Besluit Openbaar**

65. ACM stelt de betrokken omzet voor de aaneengesloten periode van 30 januari 2009 tot en met 9 februari 2012 dat KPN discriminatoir heeft gehandeld vast op [VERTROUWELIJK].

### **9.3 Basisboete**

66. In zijn algemeenheid wijst ACM er op dat reeds in het ULL 2010 en 2011 is geconstateerd dat de transparantieverplichting, de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting noodzakelijk zijn om mededingingsbeperkend gedrag te voorkomen. Deze verplichtingen vervullen een cruciale rol bij de verwezenlijking van de beoogde effecten van de aan KPN opgelegde toegangsregulering.
67. De basisboete dient, gelet op artikel 2.2 van de Boetebeleidsregel ACM 2014, in ieder geval te worden afgestemd op de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding. Wat betreft dit laatste punt constateert ACM dat in de hiervoor vermelde betrokken omzetten de duur van de overtredingen is verdisconteerd. De betrokken omzetten zijn immers gebaseerd op de omzetgegevens per maand.
68. Op grond van artikel 2.4 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 stelt ACM een basisboete vast tussen 0 en 50% van de betrokken omzet van de overtreder. Daarbij ziet ACM aanleiding om aansluiting te zoeken bij eerdere gevallen waarin boetes aan KPN zijn opgelegd en de boetebeleidsregels golden voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregel ACM 2014. De basisboete werd toen door ACM bepaald door de vaste boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet te vermenigvuldigen met een factor (E) voor de ernst van de overtreding. De overtreding van de transparantieverplichting werd door ACM in eerdere vergelijkbare gevallen veelal als minder ernstig gekwalificeerd waardoor de ernstfactor op een waarde van 1 werd gesteld. De overtreding van de non-discriminatieverplichting werd in eerdere vergelijkbare gevallen veelal als ernstig gekwalificeerd waardoor de ernstfactor op een waarde van 1,25 werd gesteld. In lijn hiermee liggen in het onderhavige geval voor de overtreding van de transparantieverplichting alsmede de non-discriminatieverplichting in samenhang met de ND5-verplichting percentages in de rede van [VERTROUWELIJK] respectievelijk [VERTROUWELIJK] van de betrokken omzet.

### **9.4 Verwijtbaarheid**

69. Schuld in de zin van verwijtbaarheid is bij bestuursrechtelijke gesanctioneerde overtredingen doorgaans – evenals in het onderhavige geval – geen bestanddeel van de norm. Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Om aan het opleggen van een boete te ontkomen, zal de overtreder dan een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld. In artikel 5:41 Awb is het beginsel “geen straf zonder schuld” gecodificeerd. Voor een geslaagd beroep op

## Besluit Openbaar

afwezigheid van alle schuld is vereist dat alle juridisch relevante schuld afwezig is.<sup>8</sup> Dit betekent dat het bestaan van de lichtste verwijtbaarheid al voldoende is om een beroep op afwezigheid van alle schuld te frustreren. De toetsing is daarbij streng.

70. KPN is van mening dat de geconstateerde overtredingen haar in geen enkel opzicht kunnen worden verweten en dat van boeteoplegging moet worden afgezien wegens afwezigheid van alle schuld. Volgens KPN is namelijk sprake van een “honest mistake” zonder enige opzet. KPN onderbouwt dit met de volgende omstandigheden. KPN heeft reeds in 2006 een aanbod SDF backhaul MB op haar website gepubliceerd. ACM heeft verzuimd om een tarievenbesluit te nemen waardoor KPN geen tarieven kon opnemen in haar referentieaanbod voor SDF backhaul GT en KPN mocht erop vertrouwen dat de wijze waarop zij de inkoopkosten SDF backhaul in de ND-5 toetsen aan de ten opzichte van SDF access downstream gelegen diensten heeft toegerekend, voldeed aan de verplichtingen uit het ULL besluit 2010.
71. ACM begrijpt het aangevoerde van KPN zo dat zij zich beroept op de zogenoemde verontschuldigbare rechtsdwaling. KPN is op de hoogte van het bestaan van regelgeving, maar veronderstelt dat het eigen handelen daar in dit geval niet onder valt. Dit beroep gaat echter niet op. KPN is op de hoogte van de verplichtingen die aan haar in het kader van de marktanalysebesluiten zijn opgelegd. De transparantieverplichting is zodanig verwoord in de marktanalysebesluiten dat voor KPN duidelijk is aan welke vereisten (de publicatie van) een referentieaanbod moet voldoen. KPN mocht er niet van uitgaan dat zij aan de transparantieverplichting voldeed. De omstandigheid dat KPN reeds in 2006 een aanbod SDF backhaul MB op haar website heeft gepubliceerd is daarvoor onvoldoende. Het aanbod in 2006 betrof blijkens de brief van KPN van 10 november 2006 (bijlage 2 van de zienswijze) een pilot met een projectmatig en tijdelijk karakter. Ook de wijze waarop de ND-5 toets moet worden ingevuld, is bekend bij KPN. De omstandigheid dat ACM de door KPN ingediende kostprijsrapportage voor SDF backhaul niet heeft beoordeeld, ontslaat KPN er niet van de ND-5 verplichting na te komen. De kostprijsrapportage staat los van de ND-5 verplichting. ACM is dan ook van oordeel dat geen sprake is van afwezigheid van alle schuld. Aan KPN kan een boete worden opgelegd.
72. De door KPN genoemde omstandigheden zijn voor ACM voorts geen aanleiding om gelet op artikel 5:46, tweede lid, Awb voor de hoogte van de boete uit te gaan van een verminderde mate van verwijtbaarheid. Er is geen sprake van dusdanig bijzondere omstandigheden die dit rechtvaardigen. Zoals hierboven al toegelicht mag van KPN worden verwacht dat zij weet wat de opgelegde verplichtingen van haar vragen. ACM acht de overtredingen van de

18/22

<sup>8</sup> Vormen van avas zijn (i) verontschuldigbare dwaling ten aanzien van de feiten, (ii) verontschuldigbare rechtsdwaling en (iii) verontschuldigbare onmacht en (iv) de maximaal te vergen zorg ter vermijding van het begaan van strafbare feiten.

## Besluit Openbaar

transparantieplichting, de non-discrimatieplichting en de ND-5 verplichting volledig verwijtbaar.

### 9.5 Boeteverhogende of -verlagende omstandigheden

73. Op grond van artikel 2.8 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 beziet ACM bij de vaststelling van de boete of sprake is van boeteverhogende of -verlagende omstandigheden. ACM bepaalt in redelijkheid de mate waarin de betrokken omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de basisboete.
74. Uit artikel 2.9, eerste lid, onderdeel a, van de Boetebeleidsregel ACM 2014 volgt dat een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval de omstandigheid is dat ACM of een andere bevoegde autoriteit reeds eerder onherroepelijk eenzelfde of een vergelijkbare door KPN begane overtreding heeft vastgesteld. Op grond van het tweede lid verhoogt ACM in dat geval de basisboete met 100%, tenzij dit gezien de omstandigheden van het concrete geval onredelijk zou zijn.
75. ACM heeft laatstelijk in de zaak OT2010<sup>9</sup> onherroepelijk een door KPN begane overtreding van zowel de transparantieplichting als de non-discrimatieplichting vastgesteld.<sup>10</sup> De omstandigheid dat het in de zaak OT2010 gaat om overtredingen van KPN op de markt voor vaste telefonie brengt niet mee dat geen sprake zou zijn van recidive. Zowel in de zaak OT2010 als in deze zaak is sprake van verplichtingen die aan KPN in haar hoedanigheid als partij met aanmerkelijk marktmacht zijn opgelegd. Met deze verplichtingen wordt beoogd te voorkomen dat KPN door middel van discriminatoir of intransparant gedrag de totstandkoming of instandhouding van effectieve concurrentie frustreert. Daarmee staat voor ACM vast dat sprake is van eenzelfde type overtreding door dezelfde overtreder.<sup>11</sup> ACM concludeert dan ook dat sprake is van recidive

19/22

<sup>9</sup> Besluit van 21 december 2011 met kenmerk OPTA/AM/2011/202837.

<sup>10</sup> Overigens heeft ACM ook in de volgende zaken een door KPN begane overtreding van zowel de transparantieplichting als de non-discrimatieplichting vastgesteld:

- SNT, besluit van 15 december 2006 met kenmerk OPTA/TN/2006/203208;
- Bocchi en WordLine XL, besluit van 9 juli 2007 met kenmerk OPTA/TN/2007/201448;
- KLM/Philips, besluit van 8 oktober 2007 met kenmerk OPTA/TN/2007/202036;
- AI, besluit van 30 december 2009 met kenmerk OPTA/AM/2009/203754;
- TCO, besluit van 8 februari 2010 met kenmerk OPTA/AM/2010/200514;
- OT 2006, besluit van 6 december 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/202520;
- \*21, besluit van 1 augustus 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/201450.

Daarnaast heeft ACM in de volgende zaken een door KPN begane overtreding van de non-discrimatieplichting vastgesteld:

- informatievoorziening RA-Ull, besluit van 11 mei 2003 met kenmerk OPTA/IBT/2003/201837;
- kortingen ontbundelde lijnen, besluit van 19 december 2003 met kenmerk OPTA/IBT/2003/204596;
- individuele kortingen en BasicLine, besluit van 28 november 2005 met kenmerk OPTA/TN/2005/203364;
- BVI, besluit van 10 oktober 2008 met kenmerk OPTA/AM/2008/202097;
- Pairbonding, besluit van 4 oktober 2012 met kenmerk OPTA/AM/2012/201513.

<sup>11</sup> Zie: Cbb 9 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BY8016.

## Besluit Openbaar

als bedoeld in artikel 2.9, eerste lid, onderdeel a, van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

76. ACM ziet in de omstandigheden van het concrete geval geen aanleiding een verhoging van de basisboete met 100% voor de overtreding van zowel de transparantieverplichting als de non-discriminatieverplichting en/of ND-5 verplichting onredelijk te achten. ACM verhoogt de basisboete dan ook met dit percentage.

### 9.6 Vaststelling van de hoogte van de boete

77. ACM merkt op dat het bepalen van de hoogte van een boete maatwerk is. Deze dient immers ten alle tijde evenredig te zijn met het oog op de gepleegde overtreding. Verder kan ACM, indien zij constateert dat een overtreder meerdere overtredingen heeft begaan, in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, één bestuurlijke boete opleggen voor de overtredingen gezamenlijk.<sup>12</sup> ACM ziet in de hierna beschreven omstandigheden van het geval aanleiding de boete voor beide overtredingen te matigen. En in verband met deze matiging ziet zij tevens aanleiding één boete op te leggen.
78. In de paragrafen 9.2 en 9.3 is ACM per overtreding ingegaan op de hoogte van de betrokken omzet en het percentage dat in de rede ligt om de basisboete vast te stellen. Gelet op deze gegevens zou de boete voor een afzonderlijke overtreding, nog afgezien van een verhoging wegens recidive, neerkomen op een bedrag dat de € 3,5 miljoen overstijgt. Een boete in deze orde van grootte doet volgens ACM, ondanks het feit dat zwaarwegende verplichtingen zijn overtreden, geen recht aan het geringe effect van de overtredingen op de markt. ACM overweegt hiertoe als volgt.
79. KPN heeft in haar zienswijze naar voren gebracht dat zij – vóór de inwerkingtreding van het ULL 2010 – samen met andere marktpartijen deelnam aan de zogenoemde Industry Group Sub Loop Unbundling. KPN heeft de deelnemers van deze werkgroep bij brief van 10 november 2006 (bijlage 2 van de zienswijze) uitgenodigd voor deelname aan een pilot SDF backhaul, vooruitlopend op een landelijke introductie van deze bijbehorende faciliteit. Blijkens deze brief heeft KPN destijds tevens nadere informatie over de pilot SDF backhaul opgenomen op haar website. Volgens de brief gaat het daarbij onder meer om een dienstbeschrijving en een indicatief tariefoverzicht.
80. Hiervoor is uiteengezet dat de publicatie van voormelde pilot door KPN niet kan worden beschouwd als de bekendmaking van een toereikend referentieaanbod van de bijbehorende faciliteit SDF backhaul MB. Het gebrek aan een toereikend referentieaanbod neemt echter niet weg dat andere marktpartijen dan KPN bekend waren met de pilot SDF backhaul vanwege de

---

<sup>12</sup> Artikel 2.1, eerste lid, van de Boetebeleidsregel ACM 2014

## Besluit Openbaar

daarover door KPN verstrekte informatie. Blijkens de stukken is alleen [VERTROUWELIJK] overgegaan tot deelname aan de pilot. Tot op de dag van vandaag neemt zij 10 testlijnen af op 3 straatkasten. Tot een volwaardige afname van SDF diensten door [VERTROUWELIJK] is het echter niet gekomen.

81. Ook na publicatie van een toereikend referentieaanbod op 10 februari 2012 is het niet gekomen tot een afname van SDF diensten door andere marktpartijen dan KPN. Weliswaar heeft [VERTROUWELIJK] bij brief van 23 december 2013 (bron 29 van het onderzoeksrapport) bij KPN een verzoek tot ontbundelde toegang voor 125 straatkasten ingediend, maar blijkens de hoorzitting is het bij dit verzoek gebleven. [VERTROUWELIJK] heeft geen aanstalten gemaakt om daadwerkelijk SDF diensten af te nemen.
82. Daarnaast moet worden geconstateerd dat ACM de uit het ULL 2010 en 2011 voortvloeiende verplichting tot tariefregulering voor de bijbehorende faciliteit SDF backhaul nimmer heeft geoperationaliseerd. ACM heeft namelijk geen tariefplafond of kostentoerekeningsstelsel vastgesteld of goedgekeurd dat betrekking had op SDF backhaul.
83. Gezien het voorgaande is er een aantal indicaties dat de markt voor SDF-backhaul, ongeacht de wijze waarop KPN haar aanmerkelijke marktmacht heeft gebruikt, onderontwikkeld zou zijn gebleven. ACM acht daarom voor de overtredingen een matiging van de boete op zijn plaats. Gelet op alle omstandigheden van het geval matigt ACM de totale boete tot een bedrag van € 2.000.000,-. Met vaststelling van dit bedrag houdt ACM voldoende rekening met deze omstandigheden terwijl het bedrag tevens dusdanig hoog is dat daar naar verwachting voldoende afschrikwekkende werking van zal uitgaan om KPN alsmede andere potentiële overtreders effectief van nieuwe, soortgelijke overtredingen in de toekomst te weerhouden.

21/22

**Besluit  
Openbaar**

**10. Dictum**

84. Gelet op al het voorgaande legt de Autoriteit Consument en Markt aan Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. gezamenlijk een boete op van € 2.000.000,- waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Autoriteit Consument en Markt  
namens deze,

W.g.  
mr. J.G. Vegter  
bestuurslid

**22/22**

**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 de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH 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.*

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