

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/200734_OV
Zaaknummer: 14.0222.32.1.01
Datum: 23 juni 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van het bezwaar van Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. tegen het besluit van 1 augustus 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/201450 tot beboeting van overtredingen van de non-discriminatie- en transparantieverplichting ex artikel 6a.8, respectievelijk artikel 6a.9 van de Telecommunicatiewet.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 1 augustus 2014 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ vastgesteld dat Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. (hierna: KPN) ten aanzien van de dienst *21Online in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting op grond van artikel 6a.8 respectievelijk artikel 6a.9 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) en heeft zij voor deze overtredingen aan KPN boetes opgelegd van respectievelijk EUR 1.606.380 en EUR 1.120.136 (kenmerk: ACM/DJZ/2014/201450).
2. Tegen dit besluit heeft KPN op 11 september 2014 bezwaar gemaakt.
3. Op 15 september 2014 heeft ACM een ontvangstbevestiging gestuurd en verzocht de gronden van het bezwaar uiterlijk op 24 oktober 2014 aan te vullen (kenmerk: ACM/DJZ/2014/205200).
4. Op 17 september 2014 heeft KPN verzocht om uitstel van een week voor het indienen van de gronden van bezwaar.
5. Op 18 september heeft ACM uitstel verleend en verzocht de gronden van bezwaar uiterlijk op 31 oktober 2014 aan te vullen (kenmerk: ACM/DJZ/2014/205289).
6. Op 31 oktober 2014 heeft KPN de gronden van het bezwaar aangevuld.
7. Op 5 november 2014 heeft ACM de ontvangst van de gronden van bezwaar bevestigd en KPN uitgenodigd voor een hoorzitting om de bezwaren mondeling toe te lichten (kenmerk: ACM/DJZ/2014/206333).
8. Op 4 december 2014 heeft daartoe ten kantore van ACM een hoorzitting plaatsgevonden.

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, nr. 102, (hierna: Instellingswet) in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Op grond van artikel 42, eerste lid, Instellingswet zal het onderhavige besluit door ACM worden genomen. In dit besluit wordt voor de eenduidigheid steeds verwezen naar ACM, ook in de periode voor 1 april 2013.

Besluit Openbaar

9. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 15 januari 2015 aan KPN is toegezonden (kenmerk: ACM/DJZ/2015/400244). Hoewel daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft KPN niet op dit verslag gereageerd.
10. Met instemming van KPN heeft ACM de beslistermijn op 16 januari 2015 met zes weken verlengd (kenmerk: ACM/DJZ/2015/200228).

II. Het bestreden besluit

11. In het bestreden besluit heeft ACM vastgesteld dat KPN ten aanzien van de dienst *21Online in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting op grond van artikel 6a.8 respectievelijk artikel 6a.9 van de Tw. Beide verplichtingen zijn uit hoofde van artikel 6a.2 van de Tw in het besluit 'Marktanalyse Vaste Telefonie' van 19 december 2008² (hierna: Marktanalysebesluit VT 2008) en het besluit 'Marktanalyse Vaste Telefonie 2012'³ (hierna: Marktanalysebesluit VT 2012) aan KPN opgelegd.
12. De in het bestreden besluit vastgestelde overtredingen bestaan eruit dat:
 - a. KPN in ieder geval vanaf 1 januari 2009 de dienst *21Online – als onderdeel van de WLR⁴-dienst voor hoogcapacitaire aansluitingen (hierna: WLR HC) – wél heeft aangeboden en geleverd aan haar eigen retailorganisatie, terwijl deze dienst aan andere marktpartijen die WLR-diensten aanbieden (hierna: WLR-partijen) niet werd aangeboden en geleverd. Eerst op 29 november 2012 zijn de andere WLR-partijen door KPN geïnformeerd dat een wholesale equivalent van de dienst beschikbaar zou komen. Dit equivalent kwam pas op 5 juni 2013 voor hen beschikbaar. Aldus heeft KPN aan andere WLR-partijen niet ten minste dezelfde standaard en optionele functionaliteiten aangeboden als de standaard en optionele functionaliteiten die KPN zichzelf leverde.
 - b. KPN heeft nagelaten de dienst *21Online – althans een wholesale equivalent daarvan – tijdig op te nemen in haar referentieaanbod, dat wil zeggen zes weken na het WLR HC implementatiebesluit van 25 juni 2009⁵ respectievelijk één maand na inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit VT 2012.
13. Voor deze overtredingen heeft ACM aan KPN boetes opgelegd van EUR 1.606.380 en EUR 1.120.136 voor het overtreden van respectievelijk de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting.

III. Bezwaargronden

14. In haar aanvullend bezwaarschrift heeft KPN de volgende bezwaargronden aangevoerd, die tijdens de hoorzitting nader zijn toegelicht. In dit hoofdstuk worden de bezwaargronden achtereenvolgens kort toegelicht.

² Kenmerk OPTA/AM/2008/202721.

³ Kenmerk OPTA/AM/2012/201189.

⁴ WLR (Wholesale Line Rental) is een dienst waarbij KPN toegang tot de wholesale telefonieaansluiting verleent aan telecomoperators ten behoeve van wederverkoop van de aansluiting op retailniveau.

⁵ Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit over de implementatie van WLR hoogcapacitair van 25 juni 2009 met kenmerk: OPTA/AM/2009/201467.

Besluit Openbaar

Grond 1: ACM heeft volgens KPN geen beboetbare overtreding van de non-discriminatieverplichting of de transparantieplichting aangetoond.

Grond 2: De door ACM opgelegde boete is in strijd met het lex certa-beginsel vanwege een volgens KPN te ruime uitleg van de toegangsverplichting in het Marktanalysebesluit VT 2008.

Grond 3: De door ACM met betrekking tot de vermeende overtreding van de non-discriminatieverplichting vastgestelde duur is volgens KPN onjuist.

Grond 4: De door ACM vastgestelde overtreding van de transparantieplichting levert volgens KPN geen afzonderlijk beboetbare overtreding op.

Grond 5: Het door ACM vastgestelde boetebedrag is te hoog.

Grond 1: Geen beboetbare overtreding van de non-discriminatieplichting en transparantieplichting

15. Volgens KPN is er geen sprake van een beboetbare overtreding van de non-discriminatie- en transparantieplichting omdat zij niet gehouden was onder de toegangsverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008 de faciliteit *21Online⁶ af te spiegelen in haar aanbod WLR HC. Hiertoe voert zij de volgende redenen aan.
16. In de eerste plaats is KPN niet gehouden om de faciliteit *21Online af te spiegelen in haar WLR HC-aanbod, omdat afspiegeling disproportioneel zou zijn. De met de afspiegeling van dergelijke weinig afgenomen faciliteiten gemoeide investeringen kunnen niet van KPN worden verlangd. ACM heeft geweigerd om met terugwerkende kracht te toetsen of in dit geval de faciliteit *21Online buiten de toegangsverplichting zou kunnen vallen.⁷ Tijdens de hoorzitting heeft KPN betoogd dat een dergelijke toets uitvoerbaar is, omdat is te reconstrueren wat er destijds in 2009 bekend was over de mate waarin de faciliteit *21Online door eindgebruikers van KPN werd afgenomen en over de mogelijkheden die er waren op basis van andere beschikbaarheids- en bereikbaarheidsdiensten en de bedrijfscentrale van eindgebruikers.
17. In de tweede plaats zou de faciliteit *21Online niet onder de toegangsverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008 en het Marktanalysebesluit VT 2012 vallen omdat dit volgens haar uitsluitend het geval kan zijn indien WLR-partijen geen alternatieve mogelijkheden hebben om hun eindgebruikers doorschakelmogelijkheden aan te bieden en te leveren. Nu ACM dit ten onrechte niet heeft onderzocht, kan de concrete reikwijdte van betreffende verplichting niet zonder meer worden vastgesteld.⁸ Om die reden staan volgens KPN dan ook het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel eraan in de weg om bij een sanctie als deze de norm in het nadeel van de overtreder uit te leggen.⁹ Tijdens de hoorzitting heeft KPN haar interpretatie van de verplichting uit de marktanalysebesluiten verder aangevuld.¹⁰
18. In de derde plaats heeft ACM in het WLR HC implementatiebesluit vastgesteld dat het implementatievoorstel van KPN voldoet aan de verplichtingen in het Marktanalysebesluit VT

⁶ ACM heeft in het bestreden besluit *21Online aangemerkt als een dienst. In het bezwaarschrift kwalificeert KPN*21Online echter als een bijbehorende faciliteit.

⁷ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 2.4-2.9.

⁸ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 2.12.

⁹ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 2.11.

¹⁰ Zie verslag hoorzitting, pagina 13.

Besluit Openbaar

4/23

2008. ACM en de WLR-partijen waren op de hoogte van het bestaan van de faciliteit *21Online, althans zij konden hiervan op de hoogte zijn. KPN verwijst naar een e-mail aan ACM van 12 juli 2005, waarin melding wordt gemaakt van de faciliteit *21Online. Omdat ACM in het WLR HC implementatiebesluit zonder voorbehoud heeft geoordeeld dat het voorstel van KPN voldoet aan de verplichtingen van het Marktanalysebesluit VT 2008, strekt de toegangsverplichting zich niet uit tot de faciliteit *21Online.¹¹

19. In randnummer 2.17 van het aanvullend bezwaarschrift stelt KPN dat zij aanvankelijk van mening was dat de toegangsverplichting in het VT-besluit 2012 een verruiming was van de toegangsverplichting in het VT-besluit 2008. Om die reden is zij er aanvankelijk van uitgegaan dat de faciliteit *21Online mogelijk wel onder de toegangsverplichting van het VT-besluit 2012 kon vallen. Nu concludeert zij op basis van een passage uit het boetebesluit van ACM dat een dergelijke verruiming niet aan de orde is, en dat dus ook onder het VT-besluit 2012 geen sprake is van een beboetbare overtreding van de twee verplichtingen uit dit besluit.¹²

Grond 2: Boete in strijd met het lex certa-beginsel

20. KPN voert aan dat de uitleg die ACM in het bestreden besluit aan de toegangsverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008 lijkt te geven, erop neerkomt dat alle faciliteiten die KPN levert op de retailmarkt ook in het WLR-aanbod moeten zijn opgenomen (met uitzondering van de expliciet in het dictum uitgezonderde faciliteit CCBS). Deze uitleg verdraagt zich niet met de formulering van de verplichting. Om die reden acht KPN de door ACM gehanteerde verruimde uitleg van de toegangsverplichting in strijd met het lex certa-beginsel.
21. Onder verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 maart 2011¹³ betoogt KPN dat het voor haar niet vooraf kenbaar was dat het niet afspiegelen van *21Online in het WLR-aanbod een overtreding zou opleveren van de in het Marktanalysebesluit VT 2008 opgelegde toegangsverplichting. Dit gevolg was ook niet voorzienbaar, nu afspiegeling niet proportioneel zou zijn en ACM in het WLR HC implementatiebesluit het voorstel (van KPN) expliciet en zonder voorbehoud had goedgekeurd.¹⁴

Grond 3: Onjuiste duur overtreding non-discriminatieverplichting

22. Indien er al sprake zou zijn van een overtreding van de non-discriminatieverplichting, kan deze in ieder geval niet op 1 januari 2009 - de datum van inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit VT 2008 - zijn aangevangen. Dit volgt uit de systematiek van het Marktanalysebesluit VT 2008. Het implementatietraject van de WLR HC-dienstverlening gaat immers vooraf aan de inwerkingtreding van de verplichting tot het non-discriminatoire aanbieden van de faciliteit *21Online. De uitkomst van dit implementatietraject heeft geresulteerd in een aanbod van de WLR HC-dienst vanaf 1 september 2009.¹⁵

¹¹ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 2.13-2.15.

¹² Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 2.17, onder verwijzing naar randnummer 1.8 en randnummer 80 van het bestreden besluit.

¹³ ECLI:NL:RBROT:2011:BP6642.

¹⁴ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 3.1-3.3.

¹⁵ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 4.1, onder verwijzing naar de randnummers 1.4-1.6 van de zienswijze.

Besluit Openbaar

Grond 4: Geen afzonderlijk beboetbare overtreding van de transparantieplichting

23. KPN stelt dat de norm van de transparantieplichting dezelfde is als de norm die al is inbegrepen in de non-discriminatieplichting ten aanzien van de informatieverstrekking. Omdat het hier om dezelfde gedraging gaat, is sprake van eendaadse samenloop. In dat geval verzet het evenredigheidsbeginsel zich tegen een cumulatie van sancties. Er kan dan ook geen sprake zijn van een zelfstandig beboetbare overtreding van de transparantieplichting. ACM zou dit zelf ook in het bestreden besluit hebben erkend.¹⁶

Grond 5: Boetebedrag te hoog

24. KPN voert aan dat ACM het boetebedrag te hoog heeft vastgesteld. Allereerst is het volgens haar de vraag of de boetebeleidsregels van 2013¹⁷ hadden moeten worden toegepast en of hier het *lex mitior*-beginsel aan de orde is.¹⁸ KPN is van mening dat ACM bij het bepalen van de basisboete een te hoge omzet heeft aangemerkt als de betrokken omzet. In de eerste plaats had ACM zich moeten beperken tot de eenmalige vergoedingen die eindgebruikers aan KPN hebben betaald voor de implementatie van *21Online. De verkeersomzet had niet mogen worden meegerekend.¹⁹ Daarnaast had ACM bij de overtreding van de non-discriminatieplichting niet de omzet van voor 1 september 2009 mogen meenemen, omdat voor dat moment geen sprake was van een verplichting tot leveren van de faciliteit *21Online.²⁰
25. KPN kan zich niet verenigen met de motivering van de ernst en de zwaarte van de overtredingen. Gegeven de beperkte economische impact van de overtredingen zijn te hoge ernstfactoren gehanteerd, en bovendien is er geen sprake van verwijtbaarheid.²¹
26. Tijdens de hoorzitting heeft KPN in aanvulling hierop betoogd dat, in het geval dat de gespiegelde faciliteit *21Online niet is afgenomen (zelfs niet als deze gratis is aangeboden), geen sprake is van schending van de mededinging. Omdat deze situatie zich hier volgens haar voordoet, is sprake van uitzonderlijke omstandigheden als bedoeld in de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) en kan schending van de mededinging niet worden aangenomen.²²
27. Voorts maakt KPN bezwaar tegen de overweging in het bestreden besluit dat "om van de basisboete een voldoende preventieve werking uit te laten gaan" het gezien het gewicht van KPN als de betrokken onderneming "van belang [is] dat de basisboetes in totaal de hoogte van de betrokken omzet benaderen." Deze overweging doorkruist het systeem van de boetebeleidsregels zodanig, dat het stelsel van de boetebeleidsregels hiermee feitelijk overboord wordt gezet. Mede in het licht van het opheffen van het verscherpt toezicht op KPN

¹⁶ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 5.1-5.2, onder verwijzing naar randnummer 101 van het bestreden besluit.

¹⁷ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ/12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving, waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving, Stcrt. 2013, nr. 11214.

¹⁸ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.1.

¹⁹ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.2.

²⁰ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.3.

²¹ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.4.

²² Zie verslag hoorzitting, pagina 13.

Besluit Openbaar

per 1 juli 2014 ziet KPN dan ook geen aanleiding voor verhoging van de boetes.²³

28. Ten slotte voert KPN aan dat noch ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting, noch ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting sprake is van recidive. Recidive zou slechts aan de orde zijn indien in concreto overeenkomsten bestaan tussen de onderhavige overtredingen inzake de afspiegelingsplichting en de in het bestreden besluit genoemde eerdere boetebesluiten. In dit geval is hiervan geen sprake.²⁴

IV. Juridisch kader

29. Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader van dit besluit verwijst ACM naar het bestreden besluit, hoofdstuk 6, randnummers 47 tot en met 65.

V. Overwegingen

Dienst of bijbehorende faciliteit

30. In het bestreden besluit heeft ACM *21Online aangemerkt als een dienst. In het bezwaarschrift heeft KPN *21Online echter als een bijbehorende faciliteit benoemd. Desgevraagd op de hoorzitting heeft KPN aangegeven dat de hoogcapacitaire aansluiting die geleverd wordt, moet worden aangemerkt als de dienst en dat er allerlei opties worden geboden om die dienst verder te completeren.²⁵ *21Online moet worden gezien als een bij die dienst behorende optie ten behoeve van het online doorschakelen van inkomende oproepen. Omdat *21Online niet als losse dienst kan worden afgenomen maar enkel in combinatie met een aansluiting, heeft ACM in het bestreden besluit *21Online ten onrechte als een dienst aangemerkt.
31. Artikel 1.1, aanhef en onder j, van de Tw bepaalt dat onder bijbehorende faciliteiten wordt verstaan: de bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende diensten, fysieke infrastructuren en andere faciliteiten of elementen die het aanbieden van diensten via dat netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunen of het potentieel hiertoe bezitten.
32. Het element 'bijbehorend' duidt erop dat het faciliteiten zijn die bij een elektronisch communicatienetwerk of -dienst behoren en niet op zichzelf staan. Een bijbehorende faciliteit heeft geen betekenis voor de elektronische communicatie zonder een netwerk of een dienst. Naar het oordeel van ACM heeft KPN aannemelijk gemaakt dat aan *21Online geen zelfstandige betekenis toekomt. Zonder bijbehorende aansluiting kunnen oproepen immers ook niet middels *21Online worden doorgeschakeld. Bovendien is niet in geschil dat *21Online niet zonder aansluiting kon worden afgenomen.
33. Op grond hiervan is ACM met KPN van mening dat *21Online dient te worden gekwalificeerd

²³ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 6.5-6.7, onder verwijzing naar randnummer 140 van het bestreden besluit.

²⁴ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.8.

²⁵ Zie verslag van de hoorzitting, pagina 4.

Besluit Openbaar

als een bijbehorende faciliteit.

Ten aanzien van grond 1 (geen beboetbare overtreding van non-discriminatieverplichting en transparantieverplichting)

Afspiegelen faciliteit niet-proportioneel

34. De toegangsverplichting in het Marktanalysebesluit VT 2008 en het Marktanalysebesluit VT 2012 verplicht KPN onder meer ervoor zorg te dragen dat wholesale afnemers van WLR tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten kunnen bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf levert. De toegangsverplichting kent geen generieke uitzondering voor functionaliteiten waarvan afspiegeling niet proportioneel zou zijn. Dit betekent dat KPN in beginsel elke faciliteit beschikbaar dient te stellen aan WLR-partijen.
35. In gevallen waarin het realiseren van een faciliteit volgens KPN uitsluitend mogelijk is tegen relatief hoge kosten, is het aan KPN om ACM hierover te benaderen, zodat ACM de beoordeling kan maken of een dergelijke investering in verhouding staat tot de meerwaarde die deze functionaliteit WLR-partijen biedt in de concurrentie met KPN (vergelijkbaar met de afweging die door ACM is gemaakt ten aanzien van de faciliteit CCBS). Het had dan ook op de weg van KPN gelegen om de vraag of afspiegeling van de faciliteit *21Online proportioneel is, aan de orde te stellen in het implementatievoorstel voor de dienst WLR HC zodat WLR-partijen hierop konden reageren en ACM had kunnen beoordelen of afspiegelen proportioneel was. Vaststaat dat KPN dit heeft nagelaten. Tevens staat vast dat KPN ook na implementatie van de dienst WLR HC ACM en marktpartijen niet heeft geïnformeerd over de faciliteit *21Online.
36. Daargelaten dat ACM van oordeel is dat zij niet verplicht is met terugwerkende kracht een (ambtshalve) proportionaliteitstoets uit te voeren – de Tw noch de marktanalysebesluiten verplichten hiertoe – kan de vraag of het afspiegelen van de faciliteit *21Online destijds niet proportioneel was, niet met terugwerkende kracht worden beantwoord. Als het al mogelijk is om aan de hand van een reconstructie informatie te verzamelen over de mate waarin de faciliteit *21Online in 2009 aftrek vond en welke alternatieve doorschakelfunctionaliteiten beschikbaar waren, dan is deze informatie onvoldoende om te kunnen beoordelen of een investering in de faciliteit *21Online destijds in redelijke verhouding stond tot de meerwaarde die deze faciliteit WLR-partijen destijds bood in de concurrentie met KPN. Hiervoor is onder meer ook van belang te weten of marktpartijen destijds de wens hadden dat deze faciliteit ook voor hen beschikbaar zou worden gesteld. Het kan ACM dan ook niet worden tegengeworpen dat zij de proportionaliteitstoets niet alsnog heeft uitgevoerd.
37. Gelet op het voorgaande was KPN gehouden de faciliteit *21Online beschikbaar te stellen aan WLR-partijen.

Interpretatie toegangsverplichting: 'tenminste dezelfde standaard en optionele functionaliteiten'

38. KPN verwijt ACM geen onderzoek te hebben gedaan naar de mogelijkheden die WLR-partijen hadden om hun eindgebruikers doorschakelfunctionaliteiten aan te bieden en te leveren. Volgens haar had ACM in het bestreden besluit moeten stellen (en bewijzen) dat WLR-partijen zonder een daartoe strekkende wholesaledienst van KPN niet in staat zijn om hun

Besluit Openbaar

8/23

eindgebruikers dezelfde functionaliteiten te bieden. Alleen als dit laatste het geval is zou de betreffende faciliteit *21Online onder de toegangsverplichting van WLR HC vallen. In haar bezwaargronden heeft KPN daaraan toegevoegd dat er in dit geval andere bereikbaarheidsdiensten bestonden, die WLR-partijen in staat stelden om alternatieve doorschakeldiensten te bouwen. Hiermee werd het ontbreken van een aanbod van de faciliteit *21Online grotendeels afgedekt.²⁶

39. KPN miskent hiermee de reikwijdte van de toegangsverplichting: “KPN dient ervoor zorg te dragen dat de alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR *tenminste dezelfde standaard en optionele functionaliteiten* kunnen bieden”. Het is voor het voldoen aan deze toegangsverplichting dus níét voldoende dat KPN *andere* beschikbaarheids- en bereikbaarheidsdiensten aanbiedt waarmee de functionaliteit van doorschakelen op HC-aansluitingen *grotendeels* wordt afgedekt (*curs.* ACM). Het feit dat er naast *21Online andere mogelijkheden zijn om doorschakeldiensten te bouwen, betekent niet dat KPN niet gehouden is de faciliteit *21Online, die zij immers ook aan haar eigen eindgebruikers levert, aan WLR-partijen te leveren. ACM is van oordeel dat de formulering van de toegangsverplichting hierover duidelijk is, nu hierin wordt gesproken van ‘*dezelfde* (..) functionaliteiten’.
40. Ook het gebruik van het woord ‘functionaliteiten’ in de beschrijving van de toegangsverplichting in de marktanalysebesluiten kan niet leiden tot een andere conclusie. Tijdens de hoorzitting gaf KPN aan dat hiermee zou zijn bedoeld, dat het uiteindelijk moet gaan om de beantwoording van de vraag of vanuit de eindgebruiker gezien dezelfde functionaliteit kan worden gerealiseerd. Hierbij moet volgens KPN worden uitgegaan van de bereikbaarheidsvraag. Als dan via andere diensten of faciliteiten dezelfde bereikbaarheid kan worden gerealiseerd, zou van een verplichting voor KPN tot het leveren van de faciliteit *21Online geen sprake meer zijn.²⁷ Zoals hiervoor aangegeven kan volgens ACM deze conclusie niet worden getrokken uit het gebruik van het woord ‘functionaliteit’: indien KPN de faciliteit *21Online aan zichzelf levert, dient zij deze faciliteit tevens aan alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR aan te bieden.
41. ACM is van oordeel dat hier sprake is van een duidelijk omschreven toegangsverplichting en dat de faciliteit *21Online hier onder valt. De vraag naar de proportionaliteit van afspiegeling van de faciliteit *21Online is in het kader van de voorbereiding van de marktanalysebesluiten door KPN niet expliciet aan de orde gesteld. Dit kan in ieder geval niet leiden tot de conclusie dat ACM in het kader van deze procedure de vraag naar de proportionaliteit had moeten beantwoorden om over te kunnen gaan tot het opleggen van een boete. Van schending van het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel is hier dan ook geen sprake.²⁸

Oordeel ACM in het WLR HC implementatiebesluit

42. In het WLR HC implementatiebesluit heeft ACM, voor zover hier van belang, geoordeeld dat het implementatievoorstel van KPN voldoet aan de verplichtingen in het Marktanalysebesluit VT 2008. Vaststaat dat de faciliteit *21Online niet in het implementatievoorstel is opgenomen zodat ACM deze faciliteit niet in haar beoordeling heeft kunnen betrekken. Aan de instemming met het

²⁶ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 2.12 en verslag hoorzitting, pagina's 6-9.

²⁷ Zie verslag hoorzitting, pagina 13.

²⁸ Zie ook hierna de bespreking van de tweede bezwaargrond (strijd met het lex certa-beginsel).

Besluit Openbaar

implementatievoorstel kan dan ook niet de conclusie worden verbonden dat de faciliteit *21Online niet onder de verplichtingen van de marktanalysebesluiten zou vallen.

43. De omstandigheid dat de faciliteit *21Online is genoemd in een e-mailbericht van KPN aan ACM van 12 juli 2005 doet daar niet aan af. Het was immers de verantwoordelijkheid van KPN om deze faciliteit expliciet in het implementatievoorstel op te nemen en, nu zij dit heeft nagelaten, de faciliteit af te spiegelen in het wholesaleaanbod. Bovendien dateert het aan ACM gerichte e-mailbericht van bijna vier jaar voor de inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit VT 2008. ACM had op grond van dit enkele e-mailbericht geenszins kunnen of moeten weten dat deze faciliteit in 2009 nog steeds in ongewijzigde vorm bestond.
44. Daargelaten of marktpartijen op de hoogte waren (of konden en moesten zijn) van het bestaan van de faciliteit *21Online, staat vast dat KPN de faciliteit *21Online noch in het implementatievoorstel noch in het referentieaanbod heeft opgenomen en marktpartijen niet op de hoogte zijn gesteld door KPN van het bestaan van deze faciliteit. Dientengevolge hebben marktpartijen zich niet kunnen uitspreken over de vraag of zij, gelet op de destijds aanwezige eindgebruikersbehoefte, de wens hadden dat de faciliteit *21Online ook voor hen beschikbaar zou worden gesteld.

Ten aanzien van grond 2 (strijd met het lex certa-beginsel)

45. KPN voert aan dat de uitleg die ACM in het bestreden besluit aan de toegangsverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008 lijkt te geven, erop neerkomt dat alle faciliteiten die KPN op de retailmarkt levert ook in het WLR-aanbod moeten zijn opgenomen. Deze verruimde uitleg verdraagt zich niet met de formulering van de verplichting. Om die reden acht KPN de door ACM gehanteerde uitleg van de toegangsverplichting in strijd met het lex certa-beginsel.
46. Onder verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 maart 2011²⁹ betoogt KPN dat het niet kenbaar was dat het niet afspiegelen van de faciliteit *21Online een overtreding van de toegangsverplichting zou opleveren. Bovendien was dit gevolg niet voorzienbaar, nu afspiegeling niet proportioneel zou zijn en ACM in het WLR HC implementatiebesluit het implementatievoorstel expliciet en zonder voorbehoud had goedgekeurd.³⁰
47. Op de hoorzitting heeft KPN hieraan toegevoegd dat de tweede bezwaargrond primair is gericht op de norm van de toegangsverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008. ACM heeft aangegeven dat er wat haar betreft geen verschil is tussen de norm uit het Marktanalysebesluit VT 2008 en die uit het Marktanalysebesluit VT 2012. Indien uitgegaan wordt van dit standpunt van ACM dan geldt het beroep op het lex certa-beginsel ook voor de toegangsverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2012.³¹
48. De toegangsverplichting bepaalt dat KPN ervoor dient zorg te dragen dat alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR tenminste dezelfde standaard en optionele

²⁹ ECLI:NL:RBROT:2011:BP6642.

³⁰ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 3.1-3.3 en hiervoor onder randnummer 21.

³¹ Zie verslag hoorzitting, pagina 10.

Besluit Openbaar

bijbehorende functionaliteiten kunnen bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf levert. Deze omschrijving van de toegangsverplichting is dermate duidelijk, voorzienbaar en kenbaar dat KPN bij inwerkingtreding van de marktanalysebesluiten kon weten dat het niet afspiegelen van de faciliteit *21Online een overtreding zou opleveren van de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting. Van strijd met het lex certa-beginsel is dan ook geen sprake.

Ten aanzien van grond 3 (onjuiste duur overtreding non-discriminatieverplichting)

10/23

49. KPN betoogt dat uit de systematiek van het Marktanalysebesluit VT 2008 volgt dat KPN de WLR HC-dienst niet direct na inwerkingtreding van dat besluit op 1 januari 2009 hoefde aan te bieden en te leveren. De WLR HC-dienst moest immers eerst nog worden geïmplementeerd. De uitkomst van dat implementatietraject was dat de dienst vanaf 1 september 2009 werd aangeboden en op verzoek geleverd. Voorafgaand aan de start van de WLR HC-dienstverlening was KPN niet verplicht om een functionaliteit bij die dienst aan te bieden. Indien al sprake zou zijn van een overtreding van de non-discriminatieverplichting, dan kan deze in elk geval daarom niet op 1 januari 2009 zijn aangevangen.³²
50. Op de hoorzitting heeft KPN verklaard dat de WLR HC-dienst pas per 1 september 2009 is geleverd. Daarom hoeft de bij die dienst behorende faciliteit niet al eerder te worden geleverd. Het verwijt dat KPN wordt gemaakt is dat zij *21Online ten onrechte intern heeft geleverd, terwijl dit niet extern is aangeboden. Dit verwijt kan pas gaan gelden op het moment dat KPN de onderliggende WLR HC-dienst extern moet gaan leveren. Op het moment dat de verplichting tot het extern leveren van de WLR HC-dienst opschuift, dan schuift de verplichting tot het leveren van de bijbehorende faciliteit mee op.³³
51. ACM stelt voorop dat het Marktanalysebesluit VT 2008 in werking is getreden op 1 januari 2009. Vaststaat dat vanaf deze datum aan KPN een non-discriminatieverplichting is opgelegd. Deze non-discriminatieverplichting luidt als volgt:
- "xlvii. KPN dient op grond van artikel 6a.2 jo. Artikel 6a.8 van de Tw de genoemde vormen van toegang onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN ten opzichte van derden gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen."*
52. Niet in geschil is dat KPN de faciliteit *21Online in de periode van 1 januari 2009 tot 1 september 2009 aan haar eigen retailonderneming heeft aangeboden, terwijl zij deze faciliteit in die periode niet aan andere WLR-partijen heeft aangeboden. Daarmee staat vast dat KPN in deze periode ten opzichte van derden geen gelijke voorwaarden heeft toegepast als die welke voor haarzelf, haar dochter- of partnerondernemingen golden. In zoverre heeft KPN dan ook de non-discriminatieverplichting overtreden. Daaraan doet niet af dat KPN in de periode van 1 januari 2009 tot en met 31 augustus 2009 feitelijk mogelijk niet in staat was om de faciliteit *21Online wholesale aan te bieden aan andere WLR-partijen. KPN had er immers ook voor

³² Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 4.1.

³³ Zie verslag hoorzitting, pagina 10.

Besluit Openbaar

kunnen kiezen om de faciliteit *21Online in deze periode niet aan haar eigen retailonderneming aan te bieden, teneinde in overeenstemming te handelen met de non-discriminatieverplichting. Op grond hiervan concludeert ACM dat KPN vanaf 1 januari 2009 in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting.

53. Na heroverweging van het bestreden besluit acht ACM het evenwel niet passend om bij de bepaling van de boetehoogte betreffende de overtreding van de non-discriminatieverplichting, rekening te houden met de betrokken omzet over de periode van 1 januari 2009 tot en met 31 augustus 2009.
54. Op grond van voorgaande overwegingen stelt ACM vast dat KPN per 1 januari 2009 de non-discriminatieverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008 heeft overtreden. Bij de bepaling van de boetehoogte voor deze overtreding neemt ACM de betrokken omzet in aanmerking vanaf 1 september 2009.

Ten aanzien van grond 4 (geen afzonderlijk beboetbare overtreding)

55. In haar vierde grond heeft KPN aangevoerd dat de norm van de transparantieverplichting, waarvan ACM in het bestreden besluit de overtreding heeft vastgesteld, dezelfde is als de norm die al is inbegrepen in de non-discriminatieverplichting ten aanzien van informatieverstrekking, zoals omschreven in het bestreden besluit. Omdat het hier om dezelfde gedraging gaat, is sprake van eendaadse samenloop, aldus KPN. In dat geval zou het evenredigheidsbeginsel zich verzetten tegen een cumulatie van sancties en kan er in dit geval dan ook geen sprake zijn van een zelfstandig beboetbare overtreding van de transparantieverplichting.
56. ACM zou dit in randnummer 101 in het bestreden besluit hebben erkend door als volgt te overwegen:³⁴
*"In randnummers 0-0 is reeds vastgesteld dat KPN ten aanzien van de dienst *21 Online in strijd heeft gehandeld met de transparantieverplichting. Nu ACM de materiële schending van de transparantieverplichting hiermee reeds beboet, ziet zij onvoldoende aanleiding om KPN wegens overtreding van het implementatievoorschrift nogmaals separaat te beboeten."*
57. Deze overweging heeft echter géén betrekking op de relatie tussen de schending van de non-discriminatieverplichting enerzijds en van de transparantieverplichting anderzijds. In het betreffende onderdeel van het bestreden besluit heeft ACM toegelicht waarom zij niet overgaat tot het zelfstandig beboeten van de schending van het implementatievoorschrift uit het Marktanalysebesluit VT 2008 (dictum, onderdeel xliii jo. Annex D.3, randnummer 40, onderdeel d). ACM heeft hierbij opgemerkt dat deze verplichting deel uitmaakt van de transparantieverplichting, die zij in het bestreden besluit reeds zelfstandig beboet heeft.
58. De in de aanvullende gronden door KPN aangevoerde bezwaren zien wél op de verhouding tussen enerzijds de schending van de non-discriminatieverplichting en anderzijds de schending

³⁴ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummers 5.1-5.2, onder verwijzing naar randnummer 101 van het bestreden besluit en verslag hoorzitting, pagina. 3.

Besluit Openbaar

12/23

van de transparantieplichting. Ten aanzien van deze verplichtingen is ACM van oordeel dat het hier gaat om twee afzonderlijke voorschriften, waarbij voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een boete kan worden opgelegd, nu de overtredingen ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en met beide voorschriften weliswaar samenhangende, maar toch verschillende belangen worden gediend.³⁵ Bovendien betreft de aan KPN verweten gedraging ten aanzien van de schending van de non-discrimatieplichting een andere dan de verweten gedraging ten aanzien van de schending van de transparantieplichting. Er is hier dan ook geen sprake van eendaadse samenloop zoals door KPN betoogd.

59. ACM heeft vaker afzonderlijke boetes opgelegd voor overtreding van zowel de non-discrimatieplichting als de transparantieplichting uit de verschillende marktanalysebesluiten. Ook de rechter gaat ervan uit dat in deze gevallen het opleggen van afzonderlijke boetes gerechtvaardigd kan zijn.³⁶ Dat het hier in het kader van de marktregulering weliswaar om samenhangende voorschriften gaat, doet niet af aan het feit dat het twee afzonderlijke verplichtingen betreft, die afzonderlijk kunnen worden opgelegd en ook afzonderlijk kunnen worden overtreden. Hoewel beide verplichtingen verband houden met een in de marktanalysebesluiten nader gedefinieerde toegangsverplichting, is de kern van de belangen die deze verplichtingen beogen te beschermen anders.³⁷ ACM licht dit hierna verder toe.
60. Bij de implementatie van het Europese regelgevend kader uit 2002 zijn op grond van respectievelijk de artikelen 10 en 9 van de Toegangsrichtlijn³⁸ de artikelen 6a.8 (non-discrimatieplichting) en 6a.9 (transparantieplichting) in de Tw opgenomen. De memorie van toelichting vermeldt met betrekking tot de non-discrimatieplichting het volgende:
- "(...) In overweging 17 van de Toegangsrichtlijn is aangegeven dat het onderhavige beginsel van non-discriminatie er op is gericht te voorkomen dat een onderneming met aanmerkelijke marktmacht de concurrentie vervalst. De aan een onderneming opgelegde non-discriminatieplichting houdt niet alleen in dat zij bij haar dienstverlening aan andere ondernemingen onder gelijke omstandigheden steeds dezelfde voorwaarden toepast maar ook dat zij diezelfde voorwaarden moet hanteren bij dienstverlening aan haar eigen onderdelen, haar dochterondernemingen of haar partners onder gelijke omstandigheden. Vooral bij verticaal geïntegreerde ondernemingen is het van belang er voor te zorgen dat de eigen onderdelen van het bedrijf of de dochters die voor hun elektronische communicatiediensten gebruik maken van de infrastructuur van de onderneming niet worden bevoordeeld ten opzichte van hun concurrenten die ook gebruik maken van diezelfde infrastructuur. Die bevoordeling kan ook op het vlak van informatieverstrekking liggen. Bij het verkrijgen van toegang is het voor de vragende partij van belang om over de juiste informatie te beschikken om te kunnen bepalen welke vorm van toegang hij precies wil hebben en welke activiteiten allemaal in gang moeten worden*

³⁵ Zie ook artikel 5:8 van de Awb.

³⁶ Zie onder meer: CBb 9 januari 2013, ECLI:NL:CBB:BY8016; Vzv CBb 23 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:7 en CBb 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:367.

³⁷ Zie ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493, r.o. 12.1.

³⁸ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), PbEG 2002, L 108/7.

Besluit Openbaar

gezet. Als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht de benodigde informatie sneller en completer verleent aan de eigen onderdelen dan aan concurrerende onderneming wordt ook gehandeld in strijd met de verplichting van non-discriminatie.(...)"³⁹

61. Inzake de doelstelling van de transparantieplichting vermeldt dezelfde memorie van toelichting het volgende:
- "(...) Het door een onderneming verschaffen van essentiële informatie over de toegang tot haar netwerken en de bijbehorende faciliteiten helpt andere ondernemingen die voor hun dienstenaanbod afhankelijk zijn van die toegang snel duidelijk te krijgen wat (technisch) mogelijk is en op welke wijze efficiënt en snel de noodzakelijke toegang gerealiseerd kan worden. Door het op voorhand beschikbaar stellen van de juiste informatie door ondernemingen die beschikken over aanmerkelijke marktmacht kunnen langdurige onderhandelingen of geschillen over bijvoorbeeld interconnectie worden voorkomen. Toetreding tot de desbetreffende relevante markt door andere ondernemingen kan daardoor eerder tot stand komen.(...)"⁴⁰*
62. De samenhang tussen beide verplichtingen, met name indien -zoals in het bestreden besluit- sprake is van een verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod als bijzondere vorm van de transparantieplichting, wordt in voornoemde memorie van toelichting en ook in de Toegangsrichtlijn onderkend en vermeld.⁴¹
63. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat deze verplichtingen eenzelfde belang beogen te beschermen. Enerzijds ziet de non-discriminatieplichting op het daadwerkelijk gelijk behandelen van afnemers ter voorkoming van concurrentievervalsing. Anderzijds zien de transparantieplichting en de verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod als bijzondere vorm daarvan, op het transparant maken voor afnemers van de eisen en voorwaarden voor toegang.
64. Ook in het bestreden besluit is voornoemde samenhang onderkend. ACM wijst daarbij op randnummer 89 van het bestreden besluit, waarin zij vaststelt dat KPN *in het bijzonder ten aanzien van het proces van informatieverstrekking (curs. door ACM)* de non-discriminatieplichting heeft geschonden:
- "(...) KPN heeft andere WLR-aanbieders en haar eigen retailbedrijf niet gelijk behandeld met betrekking tot tijdige (dan wel gelijktijdige) bekendmaking van de tarieven en voorwaarden van de dienst *21Online. Deze tarieven en voorwaarden waren reeds vanaf 2005 bij het retailbedrijf van KPN bekend. Voor andere aanbieders werden deze tarieven en voorwaarden pas op een veel later moment bekend, hetgeen in strijd is met de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.(...)"*
65. Deze handelwijze heeft ACM doen concluderen dat KPN de faciliteit *21Online noch onder gelijke omstandigheden, noch onder gelijke voorwaarden heeft geleverd aan externe afnemers en aan haar eigen retailbedrijf en daarmee de haar opgelegde non-discriminatieplichting

³⁹ Kamerstukken Tweede Kamer, 2002-2003, 28 851, nr. 3, pagina 121.

⁴⁰ Kamerstukken Tweede Kamer, 2002-2003, 28 851, nr. 3, pagina 122.

⁴¹ Zie overweging 16 en artikel 9, tweede lid, van de Toegangsrichtlijn en Kamerstukken Tweede Kamer, 2002-2003, 28 851, nr. 3, pagina 122.

Besluit Openbaar

zoals neergelegd in artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 van de Tw heeft overtreden.⁴²

66. ACM heeft echter in de betreffende marktanalysebesluiten naast deze non-discriminatieverplichting tevens op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.9 van de Tw de transparantieverplichting opgelegd, en meer in het bijzonder de verplichting om een referentieaanbod bekend te maken. In het bestreden besluit heeft ACM de strekking van deze verplichting nader toegelicht:

*"De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod adresseert het potentiële mededingingsprobleem van het op achterstand zetten van (potentiële) concurrenten door essentiële informatie achter te houden dan wel gedifferentieerd bekend te maken en beoogt oneigenlijke bundeling, het stellen van onbillijke voorwaarden en strategisch productontwerp te voorkomen. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod stelt partijen in staat om effectief en efficiënt gebruik te maken van dienstverlening omdat op basis van deze informatie vrijwel direct een overeenkomst tot stand kan komen tussen KPN en om toegang verzoekende (WLR-)partijen."*⁴³

14/23

67. Nu KPN de faciliteit *21Online noch in haar referentieaanbod onder het Marktanalysebesluit VT 2008, noch in haar referentieaanbod onder het Marktanalysebesluit VT 2012 had opgenomen, heeft ACM in het bestreden besluit geconcludeerd dat hiermee de transparantieverplichting uit voornoemde artikelen van de Tw is overtreden.
68. Tijdens de hoorzitting heeft KPN herhaald dat volgens haar geen sprake is van twee overtredingen, omdat de doelstelling en de materiële norm samenvallen. Er kunnen volgens haar dan ook geen twee afzonderlijke overtredingen worden vastgesteld en twee boetes worden opgelegd. En als ACM dan toch van oordeel zou zijn dat sprake is van twee overtredingen, dan zou in het licht van het voorgaande bij het opleggen van de boete in ieder geval moeten worden beoordeeld of de hoogte daarvan nog wel evenredig is. Ter onderbouwing verwijst zij daarbij naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) van 9 juli 2014, waarin van een soortgelijke situatie sprake zou zijn geweest.⁴⁴
69. Uit deze uitspraak volgt niet dat in het onderhavige geval sprake is van eendaadse samenloop. Ook in de uitspraak van de ABRvS is het eerdere oordeel van de rechtbank dat sprake was van een situatie als bedoeld in artikel 5:8 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) namelijk bevestigd, en mochten beide overtredingen worden beboet. In overeenstemming met deze uitspraak is ACM van oordeel dat het opleggen van een boete wegens overtreding van zowel de non-discriminatieverplichting als de transparantieverplichting niet in strijd is met artikel 5:43 van de Awb.⁴⁵ Op de vraag of de uitspraak van de ABRvS ertoe moet leiden dat in de onderhavige zaak tot matiging van de hoogte van de boete wordt overgegaan, wordt hierna onder randnummers 96 tot en met 98 ingegaan.

⁴² Zie randnummer 90 van het bestreden besluit.

⁴³ Zie randnummer 92 van het bestreden besluit.

⁴⁴ ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493. Zie verslag hoorzitting, pagina 3.

⁴⁵ Zie voornoemde uitspraak van de ABRvS, r.o. 12.1.

Besluit Openbaar

15/23

Ten aanzien van grond 5 (boetebedrag te hoog)

70. Ten aanzien van de hoogte van het boetebedrag heeft KPN in haar aanvullende gronden een achttal argumenten aangevoerd. Ten eerste trekt KPN in twijfel of ACM wel terecht tot de conclusie is gekomen dat de boetebeleidsregels van 2013 van toepassing zijn. Ten tweede is KPN van mening dat de verkeersomzet niet had mogen worden meegerekend bij de vaststelling van de betrokken omzet. Ten derde had volgens KPN in ieder geval bij de vaststelling van de omzet betrokken bij de overtreding van de non-discriminatieverplichting de omzet over de periode van 1 januari 2009 tot 1 september 2009 niet mogen worden meegenomen. In de vierde plaats maakt KPN bezwaar tegen de wijze waarop de vaststelling van de ernst en de zwaarte van de boete is gemotiveerd en in de vijfde plaats is zij van mening dat geen sprake is van verwijtbaarheid. Als zesde bezwaar voert KPN aan dat ACM ten onrechte de boete heeft verhoogd vanwege de gewenste preventieve werking en als zevende punt dat in dit geval geen sprake is van recidive. Ten slotte heeft KPN als achtste punt tijdens de hoorzitting nog aangevoerd dat zij aanleiding ziet voor matiging van de hoogte van de boete onder toepassing van artikel 5:46, tweede lid, van de Awb.⁴⁶

1. Ten onrechte toepassing boetebeleidsregels van 2013

71. KPN voert aan dat ACM in het bestreden besluit ten onrechte heeft geconcludeerd tot toepasselijkheid van de boetebeleidsregels van 2013. Zij stelt dat dit slechts juist kan zijn indien en voor zover eerdere beleidsregels niet gunstiger zijn voor KPN als vermeende overtreder, vanwege de werking van het lex mitior-beginsel, dat ook bij beleidswijzigingen geldt.⁴⁷ Ingevolge dit beginsel dient de overtreder te profiteren van een, na het begaan van het strafbare feit, tot stand gekomen wetswijziging die voorziet in de oplegging van een lagere straf.⁴⁸

72. Op grond van artikel 4.1 van de thans geldende Boetebeleidsregels ACM 2014⁴⁹ wordt op overtredingen waarvan een rapport is opgemaakt voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze beleidsregel beslist met toepassing van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM zoals deze golden onmiddellijk voorafgaand aan dat tijdstip. Het onderhavige onderzoeksrapport is opgemaakt op 10 februari 2014, derhalve voorafgaand aan het tijdstip waarop de Boetebeleidsregel ACM 2014 in werking is getreden. Dit betekent dat op de in dit onderzoeksrapport geconstateerde overtredingen moet worden beslist met toepassing van de boetebeleidsregels van 2013.⁵⁰

73. Voorts heeft KPN noch in haar aanvullend bezwaarschrift, noch tijdens de hoorzitting van 4 december 2014 nader onderbouwd waarom in dit geval de oudere beleidsregels voor KPN gunstigere bepalingen zouden bevatten. ACM ziet dan ook geen aanleiding om in dit specifieke geval andere boetebeleidsregels toe te passen dan de boetebeleidsregels van 2013.

⁴⁶ Zie verslag hoorzitting, pagina 3.

⁴⁷ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.1, onder verwijzing naar randnummer 108 van het bestreden besluit.

⁴⁸ Zie artikel 5:46, vierde lid, van de Awb.

⁴⁹ Zie Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014). *Stcrt.* 2014, nr. 19776.

⁵⁰ En is er geen sprake van een in artikel 5:46, vierde lid, van de Awb bedoelde situatie.

Besluit Openbaar

16/23

2. Verkeersomzet ten onrechte meegerekend bij vaststelling betrokken omzet

74. Volgens KPN had ACM zich bij de bepaling van de betrokken omzet moeten beperken tot de eenmalige vergoedingen die eindgebruikers aan KPN hebben betaald en heeft ACM ten onrechte ook de verkeersomzet meegenomen. KPN betoogt dat deze omzet niet kan worden beschouwd als betrokken, omdat het via een webomgeving kunnen doorschakelen van nummers geen verband houdt met de verkeersomzet. De eindgebruiker had het verkeer ook gegenereerd als hij op een andere wijze was gaan of blijven doorschakelen. Daarnaast stelt KPN dat de betrokken omzet ook niet indirect aan de faciliteit *21Online kan worden toegerekend, aangezien de faciliteit *21Online volgens KPN geen belemmering was voor het overstappen naar andere aanbieders of andere vormen van telefonie.⁵¹
75. Op grond van de boetebeleidsregels van 2013 wordt de boetegrondslag gebaseerd op de betrokken omzet van de onderneming. Volgens artikel 3.2, aanhef en onder b van die boetebeleidsregels moet onder de betrokken omzet worden verstaan: de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen.
76. De overtreding heeft betrekking op de levering door KPN van de faciliteit *21Online aan haar klanten. Vaststaat – en dat heeft KPN tijdens de hoorzitting ook bevestigd – dat KPN in de betrokken periode met het doorschakelen van verkeer met behulp van de faciliteit *21Online omzet heeft behaald. De enkele omstandigheid dat het verkeer mogelijk (ook) op een andere wijze kon worden doorgeschakeld, doet er niet aan af dat de betrokken omzet van de faciliteit *21 Online bestaat uit eenmalige vergoedingen en verkeersomzet. ACM ziet dan ook geen aanleiding om, in afwijking van hetgeen zij daartoe heeft overwogen in de randnummers 114 tot en met 117 van het bestreden besluit, uitsluitend de door de eindgebruikers aan KPN betaalde eenmalige vergoedingen aan te merken als betrokken omzet.

3. Periode van 1 januari 2009 tot en met 31 augustus 2009 ten onrechte meegerekend bij vaststelling betrokken omzet

77. KPN voert aan dat indien sprake is van een overtreding van de non-discrimatieverplichting, de betrokken omzet onjuist is vastgesteld voor zover daarin omzet van vóór 1 september 2009 is meegenomen.
78. Zoals hiervoor in randnummers 49 tot en met 54 van dit besluit is overwogen, stelt ACM vast dat KPN per 1 januari 2009 de non-discrimatieverplichting uit het Marktanalysebesluit VT 2008 heeft overtreden, maar neemt ACM na heroverweging bij de bepaling van de boetehoogte voor deze overtreding de betrokken omzet in aanmerking vanaf 1 september 2009. Voor overtreding van de non-discrimatieverplichting komt dit neer op een vermindering van de betrokken omzet met een bedrag van [VERTROUWELIJK] wegens eenmalige kosten en [VERTROUWELIJK] wegens het doorgeschakelde verkeer. Het bestreden besluit zal in zoverre worden herzien dat de betrokken omzet voor de non-discrimatieverplichting met een bedrag van in totaal [VERTROUWELIJK] zal worden verlaagd. De betrokken omzet voor de non-

⁵¹ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.2.

Besluit Openbaar

discriminatieverplichting in de periode van 1 september 2009 tot 1 juni 2013 vertegenwoordigt derhalve in totaal een waarde van [VERTROUWELIJK].

4. Motivering ernst en zwaarte van de overtredingen onjuist

79. KPN is het niet eens met de motivering die ACM in de randnummers 118 tot en met 138 van het bestreden besluit heeft gegeven voor de vaststelling van de ernst en de zwaarte van de overtredingen. Zij voert daartoe in randnummer 6.4 van de aanvullende gronden een aantal argumenten aan, waaronder (het ontbreken van) verwijtbaarheid. De verwijtbaarheid is echter geen onderdeel van de vaststelling van de ernst van de overtreding. ACM verwijst hiervoor naar hetgeen hierna onder randnummer 85 is vermeld. Hierna worden de argumenten met betrekking tot de (beperkte) economische impact van de overtredingen besproken, evenals het argument dat ACM van een te hoge betrokken omzet is uitgegaan, en het argument dat KPN in overeenstemming heeft gehandeld met het WLR HC implementatiebesluit.
80. Zoals ACM ook in de hiervoor genoemde randnummers van het bestreden besluit heeft overwogen, is zij tot de conclusie gekomen dat de economische impact van de overtredingen beperkt is gebleven.⁵² ACM heeft in het kader van de beoordeling van de ernst van de overtredingen overeenkomstig de boetebeleidsregels van 2013 deze conclusie ook concreet meegewogen bij de uiteindelijke vaststelling van de ernstfactor.
81. In het bestreden besluit zijn deze stappen voor respectievelijk de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de overtreding van de transparantieverplichting uiteengezet in de paragrafen 9.3.1 en 9.3.2. Daarin heeft ACM bovendien de ernstfactor op basis van de concrete overtredingen naar beneden toe aangepast.⁵³
82. ACM heeft bij deze afweging in het bestreden besluit alle door KPN in haar aanvullend bezwaarschrift aangevoerde argumenten betrokken. Een aantal daarvan is hiervoor in dit besluit ook aan de orde geweest bij de bespreking van de eerste bezwaargrond van KPN.⁵⁴ Op de argumenten die KPN aanvoert met betrekking tot de te hoge betrokken omzet is ACM hiervoor in dit besluit ingegaan bij de bespreking van de onderdelen 2 en 3 van deze grond. Op het argument dat KPN in overeenstemming zou hebben gehandeld met het WLR HC implementatiebesluit is ACM hiervoor in randnummers 42 tot en met 44 ingegaan. Daar is ACM tot de conclusie gekomen dat naar haar oordeel hiervan geen sprake is, zodat hieraan in verband met de bepaling van de ernstfactor geen betekenis toekomt.
83. Ten slotte heeft KPN tijdens de hoorzitting nog aangevoerd dat hier sprake is van een uitzonderlijke situatie als bedoeld in de jurisprudentie van het CBB. KPN voert aan dat als gevolg van de omstandigheid dat [VERTROUWELIJK], gesteld kan worden dat er geen sprake is van schending van de mededinging, en dat die schending naar haar mening dan ook niet verondersteld kan worden geacht.⁵⁵ ACM is in de eerste plaats van oordeel dat deze omstandigheid geen uitzonderlijke situatie als bedoeld in de jurisprudentie oplevert. Zij heeft in

17/23

⁵² Naast de in het aanvullend bezwaarschrift van KPN genoemde verwijzingen naar de randnummers 129 en 138 van het bestreden besluit, heeft ACM hier ook in de randnummers 127, 128, 135 en 136 naar verwezen.

⁵³ Zie randnummers 128 resp. 137 van het bestreden besluit.

⁵⁴ Zie met name de overwegingen met betrekking tot de proportionaliteit en reikwijdte van de verplichtingen.

⁵⁵ Zie verslag hoorzitting, pagina 13.

Besluit Openbaar

het voorgaande en in het bestreden besluit de ratio achter de betreffende verplichtingen uit de marktanalysebesluiten nader gemotiveerd en aangegeven dat een overtreding van deze verplichtingen wel degelijk mededingingsbeperkende gevolgen kán hebben. Dat achteraf is gebleken dat [VERTROUWELIJK], doet aan deze (potentiële) schade niet af. [VERTROUWELIJK] Daarnaast heeft ACM in het bestreden besluit vastgesteld dat sprake is geweest van schade aan de mededinging, hoe gering ook, zodat in ieder geval niet kan worden gesteld dat hier de bedoelde uitzonderlijke situatie ook concreet in beeld kwam.

5. Geen sprake van verwijtbaarheid

84. KPN stelt dat geen sprake is van verwijtbaarheid. Zij voert daartoe het volgende aan:
- "Dat verwijtbaarheid geen bestanddeel is van de overtreding neemt niet weg dat de verwijtbaarheid wel een belangrijke rol speelt bij de evenredigheid van de boete. Bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete is de mate van verwijtbaarheid dus van belang. ACM zou naar de mening van KPN eigenlijk een factor 0 moeten hanteren indien en voor zover al een overtreding zou zijn begaan door het blijven leveren van de (...) faciliteit *21Online. Hetzelfde geldt ten aanzien van het referentieaanbod (...)." ⁵⁶*
85. Artikel 5:41 van de Awb bepaalt dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. De vraag naar de (mate van) verwijtbaarheid maakt geen deel uit van de beoordeling van de ernst van de *overtreding*. De vraag naar de verwijtbaarheid bepaalt in welke mate de eenmaal vastgestelde overtreding de *overtreder* of *dader* kan worden verweten. Hiervoor geldt dat met het vaststaan van het daderschap, de schuld in de zin van verwijtbaarheid mag worden verondersteld, mits tegenbewijs mogelijk is.
86. In de aanvullende gronden van bezwaar heeft KPN geen argumenten aangevoerd op basis waarvan ACM kan vaststellen of sprake is van afwezigheid van alle schuld. Tijdens de hoorzitting heeft ACM hier alsnog naar gevraagd. Daarop heeft KPN geantwoord te goeder trouw te hebben gehandeld tijdens het implementatietraject van de dienst WLR HC en niets bewust te hebben achtergehouden. Zij is van mening dat haar om die reden de overtredingen niet kunnen worden verweten.⁵⁷ ACM is van oordeel dat dit onvoldoende is om in afwijking van hetgeen zij daartoe heeft overwogen in de randnummers 143 tot en met 150 van het bestreden besluit vast te stellen dat sprake is van afwezigheid van alle schuld of verminderde verwijtbaarheid. ACM concludeert dan ook dat de overtreding KPN volledig kan worden verweten.
- ### 6. Ten onrechte verhoging van de boete vanwege preventieve werking
87. KPN heeft bezwaar gemaakt tegen de toepassing die ACM in randnummer 140 van het bestreden besluit heeft gegeven aan artikel 3.8 van de boetebeleidsregels van 2013. Op grond van deze bepaling heeft ACM in het bestreden besluit de basisboete aangepast met een factor 4. Zij heeft daarbij aangegeven hiertoe te zijn overgegaan om van deze basisboete een voldoende preventieve werking uit te laten gaan, en omdat zij het in dat licht, gezien het gewicht van KPN als de bij de overtreding betrokken onderneming, van belang acht dat de basisboetes

⁵⁶ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.4.

⁵⁷ Zie verslag hoorzitting, pagina 12.

Besluit Openbaar

in totaal de hoogte van de betrokken omzet benaderen.

88. KPN heeft daartegen in de randnummers 6.6 en 6.7 van de aanvullende gronden aangevoerd dat met de toepassing van deze bepaling uit de boetebeleidsregels van 2013 feitelijk het stelsel van de boetebeleidsregels overboord wordt gezet en dat daarvoor een door ACM aangevoerde rechtvaardiging ontbreekt. Zij wijst daarbij in het bijzonder op het feit dat bij het opstellen van de boetebeleidsregels verdisconteerd is dat de betreffende verplichtingen van de marktanalysebesluiten krachtens de Telecommunicatiewet uitsluitend aan KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht zijn opgelegd, en dat daarom aan artikel 3.8 van de boetebeleidsregels niet op deze wijze invulling had mogen worden gegeven zonder expliciete rechtvaardiging.
89. ACM begrijpt dit argument zo, dat met het allereerst vaststellen van aanmerkelijke marktmacht van KPN in het kader van de op te leggen verplichtingen, en het bij overtreding van deze verplichtingen nogmaals, bovenop de reguliere berekening van de basisboete, meewegen van het 'gewicht van de onderneming', KPN tweemaal gestraft wordt. Het 'gewicht van de onderneming' volgde immers al uit de eerdere vaststelling van de aanmerkelijke marktmacht van KPN. Om die reden had ACM volgens KPN niet zonder nadere rechtvaardiging toepassing mogen geven aan artikel 3.8 van de boetebeleidsregels van 2013.
90. ACM wijst er in de eerste plaats op dat zij met de bepaling van de basisboete binnen de systematiek van de boetebeleidsregels van 2013 is gebleven. Deze regels bieden in artikel 3.8 de ruimte om vanwege de preventieve werking de basisboete aan te passen. ACM heeft het systeem van de boetebeleidsregels van 2013 dan ook niet doorkruist.
91. In randnummer 140 van het bestreden besluit heeft ACM overwogen dat het van belang is dat de basisboetes in totaal de hoogte van de betrokken omzet benaderen om van de basisboetes een voldoende preventieve werking uit te laten gaan. Na heroverweging acht ACM het niet opportuun om toepassing te geven aan artikel 3.8 van de boetebeleidsregels van 2013. In het licht van de huidige stand van zaken met betrekking tot compliance door KPN aan de regulering - hetgeen heeft geresulteerd in de opheffing van het verscherpte toezicht -, is ACM van oordeel dat van de basisboetes reeds een voldoende preventieve werking uitgaat om KPN ervan te weerhouden in de toekomst soortgelijke overtredingen te plegen.
92. Bij de vaststelling van de basisboetes zal ACM dan ook geen toepassing geven aan artikel 3.8 van de boetebeleidsregels van 2013.

7. Geen sprake van recidive

93. KPN is van mening dat slechts sprake is van recidive indien zij door eerdere boetebesluiten op de hoogte was dat zij met bepaalde gedragingen een overtreding zou begaan en niettemin het risico zou hebben genomen om opnieuw overtredingen te begaan. In dit geval gaat het om een (vermeende) overtreding van de afspiegelingsverplichting en dienen er *in concreto* overeenkomsten te bestaan tussen de overtredingen en de in het bestreden besluit genoemde

Besluit Openbaar

eerdere boetebesluiten. Hiervan is volgens KPN geen sprake.⁵⁸

94. In artikel 3.14 van de boetebeleidsregels van 2013 is bepaald dat een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval is de omstandigheid dat er sprake is van recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding. Een nadere toelichting op de term recidive ontbreekt.
95. In de uitspraak van 9 januari 2013 heeft het CBb overwogen dat voor het aannemen van recidive niet vereist is dat de eerdere boetebesluiten onherroepelijk zijn. Daarbij is getoetst of de eerdere boetebesluiten voor KPN kenbaar waren ten tijde van het begaan van de in dat besluit vastgestelde overtreding. Het CBb heeft daarbij niet overwogen dat sprake moet zijn van concrete overeenkomsten tussen de overtredingen voor het aannemen van recidive, zoals KPN in haar bezwaar stelt. In de betreffende uitspraak heeft het CBb juist bevestigd dat ACM eerdere boetes voor eenzelfde type overtreding in aanmerking mag nemen bij het bepalen van de hoogte van de boete, mits de overtreder kennis droeg van het standpunt van de toezichthouder.⁵⁹ Deze situatie doet zich naar het oordeel van ACM hier voor.

8. Aanleiding voor matiging met toepassing van het evenredigheidsbeginsel

96. Tijdens de hoorzitting heeft KPN naar voren gebracht dat ACM in het licht van de uitspraak van de ABRvS van 9 juli 2014 zou moeten overgaan tot een matiging van de boete onder toepassing van het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb.⁶⁰
97. Ingevolge deze uitspraak dient ACM ook bij de toepassing van haar boetebeleid in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.⁶¹
98. Zoals hiervoor in dit besluit is overwogen, is ACM van oordeel dat zij ingevolge artikel 5:8 van de Awb voor beide overtredingen een boete mocht opleggen. Anders dan in de uitspraak van de Raad van State het geval was, heeft ACM echter in het bestreden besluit niet eenzelfde motivering ten grondslag gelegd aan deze beide overtredingen.⁶² ACM is dan ook van oordeel dat er hier geen sprake is van een situatie waarin de opgelegde boetes niet in redelijke verhouding staan tot de omvang van de overtredingen. Er bestaat dan ook geen aanleiding tot een verdere matiging van de opgelegde boetes.⁶³

Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boetes

⁵⁸ Zie aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 6.8, onder verwijzing naar r.o. 3.3.4 in de uitspraak van het CBb van 9 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BY8016.

⁵⁹ Zie ook CBb 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:367, r.o. 5.3.

⁶⁰ Zie verslag hoorzitting, pagina 3 en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493.

⁶¹ Zie voornoemde uitspraak van de ABRvS, r.o. 15.1.

⁶² Korthedshalve verwijst ACM hier naar de paragrafen 7.3 respectievelijk 7.4 van het bestreden besluit en naar hetgeen zij hiervoor bij de bespreking van grond 4 heeft overwogen.

⁶³ Zie voornoemde uitspraak van de ABRvS, r.o. 15.3.

Besluit Openbaar

Non-discriminatieverplichting

99. Gelet op het voorgaande herroept ACM het bestreden besluit en stelt de basisboete wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting als volgt vast:

[**VERTROUWELIJK**] = EUR 180.146.⁶⁴

In verband met recidive verhoogt ACM de basisboete op grond van artikel 3.14 van de boetebeleidsregels van 2013 met 100%:

Basisboete EUR 180.146 + 100% = EUR 360.292.

De vastgestelde bestuurlijke boete wordt op grond van artikel 1.4 van de boetebeleidsregels van 2013 naar beneden afgerond op een veelvoud van EUR 500. De boete die ACM aan KPN oplegt wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting in de periode van 1 januari 2009 tot 5 juni 2013, bedraagt daarom: EUR 360.000.

Transparantieverplichting

100. Gelet op het voorgaande herroept ACM het bestreden besluit en stelt de basisboete wegens overtreding van de transparantieverplichting als volgt vast:

[**VERTROUWELIJK**] = EUR 140.017.

In verband met recidive verhoogt ACM de basisboete op grond van artikel 3.14 van de boetebeleidsregels van 2013 met 100%:

Basisboete EUR 140.017 + 100% = EUR 280.034.

De vastgestelde bestuurlijke boete wordt op grond van artikel 1.4 van de boetebeleidsregels van 2013 naar beneden afgerond op een veelvoud van EUR 500. De boete die ACM aan KPN oplegt wegens overtreding van de transparantieverplichting in de periode van 6 augustus 2009 tot 1 mei 2012 en van 1 juni 2012 tot 5 juni 2013, bedraagt daarom: EUR 280.000.

Vergoeding kosten bezwaarprocedure

101. In haar aanvullend bezwaarschrift heeft KPN tevens verzocht om een vergoeding van de door haar in verband met dit bezwaar gemaakte kosten. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, van de Awb worden de kosten die de belanghebbende redelijkerwijs heeft moeten maken in verband met de behandeling van zijn bezwaar, uitsluitend door het bestuursorgaan vergoed op verzoek van die belanghebbende en wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Het bestreden besluit wordt met dit besluit herroepen, zodat die situatie zich - mede gelet op de redenen voor het herroepen van dit besluit - in dit geval voordoet.
102. Aangezien niet is gesteld of gebleken dat andere kosten zijn gemaakt dan die welke verband houden met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, komen op grond van artikel 1, aanhef en onder a, van het Besluit proceskosten bestuursrecht, alleen deze kosten voor vergoeding in aanmerking. Deze kosten stelt ACM voor de behandeling van het bezwaar vast op basis van twee punten (één punt voor bezwaarschrift en één punt voor verschijnen op de

⁶⁴ Het bedrag van de basisboete is naar beneden afgerond op hele euro's.

Besluit
Openbaar

hoorzitting) tegen een waarde van EUR 490 per punt, waarbij het gewicht op gemiddeld is bepaald, totaal uitkomend op EUR 980.

Besluit Openbaar

VI. Beslissing

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. herroept het besluit van 1 augustus 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/201450, voor zover het de hoogte van de opgelegde boetes betreft;
- II. stelt vast dat Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. de krachtens artikel 6a.2 jo artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet bij de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 aan hen opgelegde non-discriminatieverplichting hebben overtreden;
- III. stelt vast dat Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. de krachtens artikel 6a.2 jo artikel 6a.9 van de Telecommunicatiewet bij de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 aan hen opgelegde transparantieplichting hebben overtreden;
- IV. legt voor de overtreding van de non-discriminatieverplichting aan Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. gezamenlijk een boete op van EUR 360.000, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn;
- V. legt voor de overtreding van de transparantieplichting aan Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. gezamenlijk een boete op van EUR 280.000, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn;
- VI. wijst toe het verzoek van Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. tot vergoeding van de kosten die zij redelijkerwijs hebben moeten maken in verband met de behandeling van het bezwaar en vergoedt aan hen gezamenlijk een bedrag van EUR 980.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,
w.g.

mr. J.G. Vegter
bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.

23/23