

Rechtbank Rotterdam 22 maart 2018
ECLI:NL:RBROT:2018:2202

Uitspraak in de zaak tussen

Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V., te 's-Gravenhage, (KPN), eiseressen,
gemachtigden: mr. P.V. Eijssvoogel en mr. I.A. Nazaryar,

en

Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster,
gemachtigden: mr. B.S. Jansen en mr. R.M. Timmermans.

Procesverloop

Bij besluit van 23 juni 2015 (het primaire besluit) heeft ACM aan KPN op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) bestuurlijke boetes tot een bedrag van in totaal € 6.000.000,- opgelegd. Bij besluit van 17 februari 2017 (het bestreden besluit) heeft ACM de bezwaren van KPN in zoverre gegrond verklaard dat het totale boetebedrag is verlaagd tot € 5.700.000,-, onder vergoeding van de in bezwaar door KPN gemaakte proceskosten. KPN heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

KPN heeft nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 9 februari 2018. KPN heeft zich laten vertegenwoordigen door [naam], [naam] en [naam] bijgestaan door haar gemachtigden. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden en door ir. G.Z. Boogert.

Overwegingen

Regelgevend kader

1. Het regelgevende kader is in de bijlage opgenomen.

Onderzoek en besluitvorming ACM

2.1. Op 13 november 2013 heeft KPN een potentiële overtreding aan ACM gemeld. Toezichthouders van ACM hebben naar aanleiding van deze melding onderzoek verricht en op 24 juni 2014 het rapport ISDN-lijnbewaking en 4 uur herstelgarantie (het rapport) uitgebracht. In het rapport stellen toezichthouders dat KPN overtredingen heeft begaan met betrekking tot ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie.

2.2. ISDN staat voor Integrated Services Digital Network en is een vorm van digitale telefonie. ISDN-lijnbewaking wordt sinds 1996 aangeboden en geleverd door KPN aan haar zakelijke eindgebruikers. Met deze faciliteit houdt KPN voortdurend toezicht op ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen van klanten. Dit houdt volgens de dienstbeschrijving van KPN in dat zij continu proactief controleert of de aansluitingen van de klanten die gebruikmaken van deze faciliteit beschikbaar zijn. Dit doet zij door het aansluitnet-deel (aan de zijde van de klant) van de openbare infrastructuur te bewaken. Hiermee worden eventuele storingen gedetecteerd. Gesignaleerde storingen ten aanzien van de aansluitingen van klanten van de faciliteit ISDN-lijnbewaking krijgen de urgentie "major" toegekend. KPN stelt de klant op de hoogte als een dergelijke storing heeft plaatsgevonden. Vanaf het moment dat de storing wordt onderkend, start een herstelgarantie (tenzij hierover met de klant andere werkafspraken zijn gemaakt). Deze herstelgarantie bestaat eruit dat dit soort "major" storingen binnen 4 klokuren worden opgelost. Indien KPN de storing niet binnen 4 uur oplost, is zij de klant € 500,- verschuldigd. ISDN-lijnbewaking werd aan zakelijke klanten van KPN geleverd als integraal onderdeel van de zogenaamde 'Bedrijfscontracten Infra Services'. Specifiek betreft het de meeromvattende Bedrijfscontracten IS600, IS900 en IS900XL (Bedrijfscontracten). Klanten van KPN die een dergelijk bedrijfscontract hadden afgesloten konden ervoor kiezen om gebruik te maken van ISDN-lijnbewaking. ISDN-lijnbewaking was niet los afneembaar. ISDN-lijnbewaking is in beginsel alleen ontworpen voor en aangeboden aan zakelijke retailklanten van KPN. Tussen 2009 en 2013 hebben retailklanten van KPN die Bedrijfscontracten afsloten ISDN-lijnbewaking afgenomen, aldus het rapport.

2.3. Uit het rapport komt verder het volgende naar voren. Na het zogenoemde TOP120 onderzoek – een onderzoek van ACM naar de technische replaceerbaarheid van KPN's zakelijke markt portfolio – is KPN op 1 oktober 2013 tot het oordeel gekomen dat zij ISDN-lijnbewaking ten onrechte niet heeft opgenomen in haar referentieaanbod en ten onrechte niet als wholesale equivalent heeft aangeboden aan andere partijen die bij KPN laag- en hoogcapacitaire telefonieaansluitingen afnamen ten behoeve van de wederverkoop op de retailmarkt (Wholesale Line Rental – WLR). Hierbij merkte KPN op dat ISDN-lijnbewaking niet eenvoudig door andere wholesale aanbieders kon worden gerepliceerd. Op 18 oktober 2013 is KPN gestopt met het aanbieden van ISDN-lijnbewaking aan nieuwe KPN klanten. ISDN-lijnbewaking werd wel blijvend geleverd aan klanten van KPN die daar reeds gebruik van maakten. Daarnaast gaf KPN aan ACM aan dat zij ISDN-lijnbewaking voor het einde van 2013 tegen een nultarief zou gaan aanbieden aan andere WLR-partijen. KPN merkte hierbij op dat zij de 4 uur herstelgarantie niet zou aanbieden op wholesale-niveau. Volgens KPN was het aanbieden van een dergelijke herstelgarantie een zelfstandige commerciële afweging van WLR-partijen, die niet hoefde te worden gerepliceerd in het wholesale-aanbod. Na overleg met ACM besloot KPN alsnog om ISDN-lijnbewaking inclusief de herstelgarantie van 4 uur aan te bieden aan andere WLR-partijen tegen een nultarief. Op 29 november 2013 is een en ander bij andere WLR-partijen geïntroduceerd middels een KPN Wholesale-nieuwsbrief en een bericht op haar website. Op dezelfde datum heeft KPN ISDN-lijnbewaking opgenomen in haar referentieaanbod. Vanaf 14 december 2013 is ISDN-lijnbewaking daadwerkelijk afneembaar geworden voor andere WLR-partijen.

2.4. In het rapport wordt geconcludeerd dat KPN de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting heeft overtreden zoals die op grond van artikel 6a.2, gelezen in samenhang met de artikelen 6a.8 en 6a.9, van de Tw zijn opgelegd aan KPN in de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. Daarnaast wordt in het rapport geconstateerd dat KPN niet in overeenstemming heeft gehandeld met een voorschrift dat verband houdt met het implementatieproces dat op grond van artikel 6a.2, gelezen in samenhang met artikel 6a.6, derde en vierde lid, van de Tw aan KPN is opgelegd.

3. Bij het primaire besluit heeft ACM vastgesteld dat KPN in ieder geval vanaf 1 januari 2009 ISDN-lijnbewaking – als onderdeel van WLR-HC – heeft aangeboden en geleverd aan haar eigen retailorganisatie terwijl deze aan andere WLR-partijen niet werd aangeboden en geleverd. Pas op 29 november 2013 zijn de andere WLR-partijen door KPN geïnformeerd dat een wholesale equivalent beschikbaar zou komen. Op 14 december 2013 is ISDN-lijnbewaking als wholesale-dienst afneembaar geworden. Hierdoor heeft KPN in de periode van 1 januari 2009 tot 14 december 2013 aan andere WLR-partijen niet ten minste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten aangeboden als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zichzelf leverde. Daarnaast heeft KPN haar eigen retailorganisatie informatie verstrekt over in elk geval het bestaan, de inhoud, de beschikbaarheid en de afneembaarheid van de faciliteit ISDN-lijnbewaking, terwijl WLR-partijen hiervan niet op de hoogte zijn gesteld. Hierdoor heeft KPN de non-discriminatieverplichting geschonden zoals die aan haar is opgelegd in de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. KPN heeft verder nagelaten ISDN-lijnbewaking – 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 2009 respectievelijk één maand na inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit VT 2012. Hierdoor heeft KPN de transparantieplichting geschonden, meer specifiek de verplichting voor KPN om een referentieaanbod te publiceren, zoals die aan haar is opgelegd in de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.

4.1. In bezwaar heeft ACM naar aanleiding van een door KPN in bezwaar ingebracht rapport van Verdonck, Klooster & Associates (VKA) op 22 september 2016 een aanvullend rapport (het aanvullende rapport) uit laten brengen waarin wordt geconstateerd dat de door VKA in een notitie van 2 september 2015 aangedragen alternatieven voor ISDN-lijnbewaking geen volwaardige alternatieven zijn. Daarbij gaat de rapporteur uit van de volgende drie functionaliteiten van ISDN-lijnbewaking:

- KPN controleert voortdurend vanuit haar eigen netwerk of de ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen van klanten beschikbaar zijn;
- KPN meldt een storing proactief aan de klant en start direct met het opheffen daarvan;
- KPN garandeert het herstel van deze storingen binnen 4 uur, met daaraan gekoppeld een boetebeding.

Volgens de rapporteur kan de 4 uur herstelgarantie uitsluitend door KPN worden gegarandeerd omdat het KPN is die de storing van de ISDN-aansluiting herstelt. Dit kan niet door de WLR-aanbieder worden gedaan. Deze faciliteit is daarom niet replicerbaar zonder afhankelijkheid van KPN. Volgens de rapporteur biedt het eerste alternatief, bestaande uit het gebruik van het managementsysteem van de klant (VKA spreekt van PABX, dat wil zeggen Private Automatic Branch eXchange), ook om andere redenen geen volwaardig alternatief, omdat het dan niet de WLR-aanbieder is die de storing vanuit zijn netwerk detecteert, maar de klant. De WLR-aanbieder is dan afhankelijk van het managementsysteem dat de klant in gebruik heeft. De aanbieder kan dan niet de storing pro-actief melden en daarom ook niet direct starten met het oplossen van de storing. Volgens de rapporteur biedt het tweede alternatief, bestaande uit inbellen via de belcomputer, ook geen oplossing. In dat geval moet de afnemer van WLR-HC vanaf een centrale locatie in Nederland regelmatig een telefoongesprek opzetten naar een toestel met een vast nummer op de klantlocatie. Als de verbinding niet slaagt dan is er een storing, maar niet duidelijk is welke storing. Het staat dan niet vast dat de storing een gevolg is van de ISDN15, ISDN20 of ISDN30-aansluiting. Dat betekent voorts dat KPN niet gelijk met herstel van de mogelijk niet functionerende aansluiting kan starten, maar dat de WLR-aanbieder eerst metingen zal moeten uitvoeren op de klantlocatie of daar overleg over zal moeten voeren met de klant, waarbij de klant dan weer zijn managementsysteem zal moeten raadplegen.

4.2. Bij het bestreden besluit heeft ACM in aanmerking genomen dat wanneer de paragrafen 5 en 3.1 van de dienstbeschrijving in onderlinge samenhang worden gezien, daaruit genoegzaam volgt dat ISDN-lijnbewaking wordt gekenmerkt door: (a) proactieve controle van KPN vanuit het eigen netwerk of ISDN15, ISDN20 en ISDN30-aansluitingen; (b) melding van een gesignaleerde storing en/of directe storingsopheffing door KPN aan de klant; en (c) garanderen van herstel binnen 4 uur. Deze herstelgarantie start – in de woorden van paragraaf 5 van de dienstbeschrijving – vanaf het moment dat de storing wordt onderkend. Dat moment is pas kenbaar voor de eindgebruiker wanneer deze, als gevolg van de toepassing van lijnbewaking, op de hoogte wordt gesteld van een gesignaleerde storing en/of storingsopheffing. Dat – zoals KPN heeft betoogd – KPN Retail van de netwerkfabriek niet de garantie krijgt dat storingen binnen 4 uur worden opgelost en/of dat WLR-partijen een eigen commerciële afweging kunnen maken in hoeverre zij een herstelgarantie aanbieden laat volgens ACM onverlet dat de in de dienstbeschrijving opgenomen herstelgarantie van 4 uur onmiskenbaar een relevante dienst is die behoort bij telefoonaansluitingen van het type ISDN15, ISDN20 en ISDN30. De door KPN gegarandeerde herstelgarantie van 4 uur kan niet op zichzelf worden gezien en kwalificeert als een dienst ter ondersteuning van de te leveren diensten op de voornoemde telefoonaansluitingen. ACM overweegt daarbij dat de wetgever uitdrukkelijk niet heeft beoogd het in de Tw gedefinieerde begrip “bijbehorende faciliteiten” te beperken tot fysieke faciliteiten (Kamerstukken II, 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 32). Als zodanig kwalificeert (ook) de herstelgarantie van 4 uur als een bijbehorende faciliteit als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder j, van de Tw. In het dictum van de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 is een niet-limitatieve lijst opgenomen van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden. Op deze lijst staat onder meer vermeld “Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services”. Een redelijke uitleg van het begrip serviceniveau brengt volgens ACM mee dat onder dit begrip prestatie-eisen vallen (vergelijk de zogenoemde service-level agreements). ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie, zoals opgenomen in de Bedrijfscontracten, stelt ontegenzeggelijk eisen aan de prestaties van KPN. Nu ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie een serviceniveau uit de Bedrijfscontracten betreft, volgt uit de dicta van de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 dat deze faciliteit valt onder de toegangsverplichting en dat KPN dus verplicht is tot afspiegeling hiervan in haar wholesale aanbod. De proportionaliteit van de opgelegde toegangsverplichting is daarbij een gegeven in de zin dat hierop een toets heeft plaatsgevonden bij de totstandkoming van de marktanalysebesluiten.

4.3. Bij het bestreden besluit heeft ACM voorts het volgende in aanmerking genomen. KPN heeft ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie niet in het implementatievoorstel opgenomen. Daarmee staat vast dat deze faciliteit niet is beoordeeld in het WLR HC implementatiebesluit van 25 juni 2009. Uit de mededeling van de Onafhankelijke Post en Telecom Autoriteit (OPTA), een de rechtsvoorgangers van ACM, dat het implementatievoorstel voor wat betreft het overige zou voldoen aan de verplichtingen van het marktanalysebesluit, kan om deze reden niet de gevolgtrekking worden ontleend dat de faciliteit ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie is uitgezon-

derd van de afspiegelingsverplichting. Dat OPTA bekend kon zijn of had moeten zijn met het bestaan van de faciliteit ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie kan hieraan niet af doen. Het was aan KPN om de faciliteit op te nemen in haar implementatievoorstel teneinde een oordeel van OPTA hierover te verkrijgen. Aan de verplichting voor KPN om ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie af te spiegelen, wordt evenmin afgedaan door het wijzigingsbesluit WLR van 8 september 2008. OPTA heeft in de nota's van bevindingen bij de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 verwezen naar voormeld wijzigingsbesluit. Dit is gedaan in reactie op de stelling van KPN dat geen afspiegelingsverplichting kan worden opgelegd voor de serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten. Uit de tekst van de nota's van bevindingen blijkt voldoende duidelijk dat OPTA met de verwijzing duidelijk heeft willen maken dat op KPN een belangrijke en bijzondere eigen verantwoordelijkheid rust om aan de op haar rustende verplichtingen te voldoen. Verder heeft OPTA met de verwijzing duidelijk willen maken dat de door KPN naar voren gebrachte praktische bezwaren oplosbaar moeten worden geacht en dat er daarom geen reden is om de serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten van de verplichting uit te sluiten. Met de verwijzing naar het wijzigingsbesluit is niet beoogd om – in weerwil van de dicta van de marktanalysebesluiten – een aanvullende proportionaliteitstoets achteraf te introduceren. Bovendien is in de dicta van de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 een niet-limitatieve lijst opgenomen van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden door KPN. Op deze lijst is onder meer vermeld: “Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services”. Een dergelijke vermelding ontbreekt in de voorloper van deze marktanalysebesluiten, zodat aan het eerdere wijzigingsbesluit WLR van 8 september 2008 ook om die reden geen vertrouwen kan worden ontleend dat de afspiegelingsplicht beperkt is zoals door KPN is bepleit.

Standpunt KPN

5.1. KPN betoogt dat geen sprake is van een overtreding, zodat ACM niet bevoegd was tot boetoplegging. In dit verband heeft zij ten eerste het volgende aangevoerd. ISDN-lijnbewaking is niet los van overige diensten en faciliteiten uit een bedrijfscontract verkrijgbaar en staat als faciliteit niet los van een contract voor een ISDN-aansluiting. Anders dan ACM stelt vormt de bewaking van de lijn waarover de (hoogcapacitaire) ISDN-aansluitingen van de klant met een bedrijfscontract worden gerealiseerd geen onderdeel van deze faciliteit, zoals zij in een eerdere brief van 14 november 2016 al uiteen heeft gezet. KPN monitort namelijk alle verbindingen waarover elke (hoogcapacitaire) ISDN-aansluiting wordt gerealiseerd, dus ongeacht of het een ISDN-aansluiting voor een KPN-eindgebruiker of een WLR-afnemer is en ongeacht of voor die aansluiting al dan niet de faciliteit lijnbewaking is of kan worden geactiveerd. Volgens KPN is het enige gevolg van deze faciliteit dat de door KPN opgemerkte storing in de verbinding (proactief) aan de abonnee van deze ISDN-aansluiting wordt gemeld. Voorts is – anders dan ACM aanneemt – het opstarten van een herstelproces gekoppeld aan het waarnemen van een storing en niet aan het tijdstip waarop de eindgebruiker wordt geïnformeerd over de storing. Dat herstelproces heeft plaats ongeacht of het een ISDN-aansluiting voor een KPN-eindgebruiker of een WLR-afnemer is en ongeacht of voor die aansluiting al dan niet de faciliteit lijnbewaking is of kan worden geactiveerd. De herstelgarantie staat dus los van de lijnbewaking. Voorts is volgens KPN het boetebeding niet meer en niet minder dan een vaste schadevergoeding die telecom-aanbieders regelmatig aanbieden in geval hun dienstverlening langer dan een bepaalde tijd niet beschikbaar is. De WLR-partij kan ook zelf een normhersteltijd aan de eindgebruiker garanderen. KPN wijst er in dit verband op dat Atlantic Telecom en Tele2 – afnemers van WLR HC-aansluitingen – aan hun abonnees herstelgaranties boden. Volgens KPN had ACM bij de beoordeling van de afspiegelingsplicht daarom het element lijnbewaking en het element 4 uur herstelgarantie apart moeten beoordelen. In dat geval zou de conclusie zijn geweest dat het element lijnbewaking replicerbaar is en niet kan worden aangemerkt als serviceniveau.

5.2. Het element 4 uur herstelgarantie kan volgens KPN wel als serviceniveau worden aangemerkt. Indien ACM niet heeft vastgesteld dat de WLR-partijen niet dezelfde functionaliteit kunnen leveren zonder enige afhankelijkheid van KPN is een overtreding niet komen vast te staan. Volgens KPN is daarentegen door VKA aangetoond dat de faciliteit lijnbewaking replicerbaar is. In dit verband heeft KPN er op gewezen dat met de alternatieven weliswaar niet geheel zeker is dat een storing binnen 4 uur is hersteld, maar dat geldt eveneens voor de ISDN-aansluiting van een KPN-eindgebruiker, want de netwerkfabriek KPN FO is namelijk niet in staat om alle gevallen een storing binnen 4 uur op te lossen, waarbij geldt dat KPN FO alle

storingen in alle verbindingen ten behoeve van hoogcapacitaire ISDN-aansluitingen gelijk behandeld, ongeacht of die aansluitingen in gebruik zijn bij een abonnee van KPN-Retail of een abonnee van een WLR-partij. Omdat een WLR-aansluiting een aansluiting is op het KPN-netwerk, die weliswaar door KPN in administratieve zin wordt geleverd aan een WLR-partij, maar die in technische zin de abonnee van de WLR-partij direct met het KPN-netwerk verbindt, speelt het eventuele eigen netwerk van de WLR-afnemer geen rol. Een storing in de ISDN-aansluiting van de abonnee kan daarom per definitie niet worden gedetecteerd vanuit het (eventuele) netwerk van de WLR-partij op de wijze waarop KPN die storingen in haar netwerk detecteert. Omdat de WLR-partij de storing met de door VKA beschreven alternatieven kan detecteren, kan hij zelf ook een melding van de storing aan de eindgebruiker doen. Dit laat onverlet dat de 4 uur herstelgarantie als serviceniveau wel afgespiegeld moest worden. KPN had echter ook een herstelgarantie opgenomen in het WLR-aanbod, zij het met een 10 uur herstelgarantie en een boeteclausule van € 10,- per 24 klokuren overschrijding.

5.3. KPN heeft in dit verband voorts aangevoerd dat zowel WLR-partijen als ACM op de hoogte zijn geweest van de ISDN-lijnbewaking. Omdat geïnteresseerde partijen uiteindelijk niet konden instemmen met de ingangsdatum van de nieuwe tarieven heeft ACM het WLR HC implementatiebesluit genomen. Het implementatievoorstel van KPN is daarbij goedgekeurd waarna KPN het een op een in haar referentieteaanbod heeft verwerkt. Omdat dit besluit onherroepelijk is, kan KPN dan geen overtreding meer hebben begaan voor wat betreft de garantietermijn. Verder moeten WLR-partijen op de hoogte zijn geweest van de lijnbewaking uit de Bedrijfscontracten van KPN vanwege hun gesprekken met KPN-abonnees die overwogen naar hen over te stappen of vanwege de kennis van oud-KPN-medewerkers die bij hen in dienst traden. Voorts waren deskundige vertegenwoordigers van Atlantic Telecom en Tele2 bij het implementatieproces voor WLR HC betrokken, terwijl de Bedrijfscontracten daarbij herhaaldelijk expliciet zijn besproken. Blijkbaar was er geen animo voor, want deze partijen hebben zelf garantiebepalingen in hun eindgebruikerscontracten opgenomen. Voorts moet ACM kennis hebben gehad van de ISDN-lijnbewaking met 4 uur herstelgarantie omdat zij destijds kennis heeft genomen van de Bedrijfscontracten voorafgaand aan de beoordeling van het WLR-aanbod van KPN.

Beoordeling

6.1. In zijn uitspraak van 12 september 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:308) heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) zich gebogen over de vraag of KPN zich ten aanzien van de faciliteit *21Online (dat deel uitmaakte van een set van faciliteiten van traditionele telefonie die in het netwerk van KPN worden geleverd en zijn bedoeld voor beschikbaarheid) schuldig heeft gemaakt aan het niet naleven van de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting, als bedoeld in de artikelen 6a.8 en 6a.9 van de Telecommunicatiewet (Tw). Deze verplichtingen waren opgelegd in de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. Het Cbb beantwoordde die vraag als volgt:

“3.5 Het College volgt niet de uitleg van de rechtbank dat de bij het Marktanalysebesluit VT 2008 opgelegde toegangsverplichting inhoudt dat aan KPN de verplichting is opgelegd om alle faciliteiten die KPN aan zichzelf levert – waaronder *21Online – ook aan de WLR-partijen te leveren, respectievelijk dat KPN onder gelijke voorwaarden bijbehorende functionaliteiten ter beschikking moet stellen aan WLR-partijen, zodat die deze kunnen aanbieden aan hun eindgebruikers op tenminste dezelfde wijze als dat KPN deze aan haar eindgebruikers aanbiedt. Deze uitleg volgt niet uit de letterlijke tekst van het Marktanalysebesluit VT 2008. De tekst laat twijfel bestaan of *21Online onder de toegangsverplichting valt, mede in de context gezien van de aanvulling en verduidelijking van de toegangsverplichting in het daarop volgende Marktanalysebesluit VT 2012.

3.6 Op KPN rustte, onder de werking van het Marktanalysebesluit VT 2008 tot 1 mei 2012, dus enkel de verplichting er voor zorg te dragen dat alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR, tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten konden bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf levert. ACM heeft nagelaten om onderzoek te doen naar de relevante feiten met het oog op de beantwoording van de vraag of KPN in dit geval, ook al bood zij *21Online niet aan WLR-partijen aan, er niettemin voor heeft zorg gedragen dat alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR, tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten konden

bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf levert. ACM is zodoende tekortgeschoten in haar onderzoeks- en motiveringsplicht. Dat betekent dat voor het tijdvak van 1 januari 2009 tot 1 mei 2012 niet vaststaat dat KPN de door ACM gestelde overtredingen heeft begaan.

3.7 Vanaf de inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit VT 2012 rustte op KPN de verplichting om alle faciliteiten die KPN aan haar eigen retailbedrijf levert ook aan de WLR-partijen aan te bieden, dus ook *21Online. (...)”

6.2. De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat KPN heeft erkend dat het element 4 uur herstelgarantie als serviceniveau als bedoeld in het Marktanalysebesluit VT 2008 kwalificeert en daarom afgespiegeld had moeten worden. Wat betreft lijnbewaking kan in het midden blijven of dat kwalificeert als serviceniveau. Zelfs als dat niet het geval is, dan diende KPN – gelet ook op de hiervoor geciteerde uitspraak van het Cbb – ervoor zorg te dragen dat alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis van WLR ten minste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten konden bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf leverde. ACM heeft met het aanvullende rapport afdoende aangetoond dat de twee door KPN genoemde alternatieven niet een gelijkwaardige faciliteit opleverden. De WLR-aanbieder kan immers niet een storingssignaal detecteren dat vergelijkbaar is met het storingssignaal dat KPN van haar netwerkfabriek KPN FO krijgt. Dat komt omdat niet kan worden uitgesloten dat de door de WLR-aanbieder gedetecteerde storing niet een storing in het KPN-netwerk is, maar een storing in het lokale netwerk van de eindklant. Voorts is de WLR-aanbieder afhankelijk van de apparatuur van haar eindklant en krijgt KPN-Retail vanuit het eigen netwerk storingen gemeld. Dit betekent dat zowel wat betreft de lijnbewaking als de 4-uursgarantieregeling afspiegeling in het wholesale aanbod had moeten plaatsvinden. Uit de onder 6.1 geciteerde uitspraak van het Cbb volgt verder dat vanaf de inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit VT 2012 op KPN de verplichting rustte om alle faciliteiten die KPN aan haar eigen retailbedrijf levert ook aan de WLR-partijen aan te bieden, dus ook ISDN-lijnbewaking en 4 uur herstelgarantie.

6.3. Vast staat dat OPTA zich met betrekking tot het WLR HC implementatiebesluit niet heeft beperkt tot het voorstel van KPN, maar ook aan KPN heeft gevraagd om een overzicht van alle faciliteiten die KPN Retail bood aan haar klanten, zowel de faciliteiten die wel als de faciliteiten die niet afgespiegeld waren in het Implementatievoorstel. Daarmee beoogde OPTA kennelijk een compleet beeld te krijgen om te kunnen toetsen of het voorstel een getrouw beeld gaf van de werkelijke dienstverlening van KPN Retail. OPTA heeft zich in die zin niet volledig lijdelijk opgesteld en is, anders dan ACM stelt, niet alleen afgegaan op de onderwerpen die de afnemers van WLR aan de orde stelden. Bovendien heeft ACM ter zitting bevestigd dat OPTA bekend was met de Bedrijfscontracten waarin ISDN lijnbewaking met de 4 uur herstelgarantie was opgenomen. OPTA was daarom bekend met de faciliteiten waar het hier om gaat, heeft onderzocht of het voorstel van KPN een getrouw beeld gaf van de dienstverlening door KPN Retail, kon vaststellen dat deze faciliteiten wel in de Bedrijfscontracten maar niet in het Implementatievoorstel waren opgenomen en heeft niettemin besloten dat het Implementatievoorstel voor het overige (namelijk afgezien van wat KPN diende aan te passen met betrekking tot bestellingen van WLR HC) voldeed aan het Marktanalysebesluit VT 2008. Daarbij is niet het voorbehoud opgenomen dat in het Implementatiebesluit WLR van 4 augustus 2006 wel was opgenomen, namelijk met betrekking tot de volledigheid van de door KPN in het desbetreffende voorstel weergegeven faciliteiten. Gelet op het ontbreken van enig voorbehoud in het WLR HC implementatiebesluit, is in dit geval het opleggen van de boetes in strijd met opgewekt vertrouwen bij KPN. Naar het oordeel van de rechtbank geldt dit niet alleen voor het niet naleven van de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting onder het Marktanalysebesluit VT 2008, maar ook voor het niet naleven van die verplichtingen onder het Marktanalysebesluit VT 2012. Volgens ACM was er immers geen nieuwe norm geïntroduceerd in het Marktanalysebesluit VT 2012, zodat er geen aanleiding voor KPN was om haar Wholesale aanbod naar aanleiding van het Marktanalysebesluit VT 2012 weer tegen het licht te houden en kon zij voortbouwen op de goedkeuring daarvan in 2009.

7. Gelet hierop is het beroep gegrond en moet het bestreden besluit worden vernietigd. Verder zal het primaire besluit, voor zover dit in bezwaar is gehandhaafd, worden herroepen.

8. KPN heeft aangevoerd dat de redelijke termijn in de zin van artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten en van de mens en de fundamentele vrijheden is overschreden. Omdat de boeteoplegging niet in stand kan blijven, moet die grond worden beoordeeld in het licht van een overeenkomstige toepassing van artikel 8:91 van de Awb (zie bijvoorbeeld CBB 3 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:165 en ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:47). Daarbij geldt volgens vaste rechtspraak een vergoeding van € 500,- per half jaar of gedeelte daarvan dat de procedure in eerste aanleg langer heeft geduurd dan twee jaar, te rekenen vanaf het ontstaan van een criminal charge. Dat moment brak aan op 24 juni 2014 met het uitbrengen van het rapport. Hieruit volgt dat de redelijke termijn met bijna twee jaar is overschreden, zodat KPN aanspraak maakt op een schadevergoeding wegens immateriële schade tot een bedrag van € 2.000,-.

9. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan KPN het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

10. De rechtbank veroordeelt ACM in de door KPN gemaakte proceskosten. Omdat ACM de door KPN in bezwaar gemaakte proceskosten al heeft vergoed, blijft de proceskostenveroordeling beperkt tot de in beroep gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.503,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 501,- en wegingsfactor 1,5 (zwaar).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- herroept het primaire besluit voor zover dit in bezwaar is gehandhaafd;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- veroordeelt ACM tot betaling van een schadevergoeding van € 2.000,- aan KPN;
- bepaalt dat ACM aan KPN het betaalde griffierecht van € 333,- vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van KPN tot een bedrag van € 1.503,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.C. Rop, voorzitter, en mr. J.H. de Wildt en mr. A.I. van Strien, leden.
Afschrift verzonden aan partijen op:

Bijlage

Wettelijk kader

De Tw luidt en luidde voor zover hier van belang:

“Artikel 6a.1

1. [ACM] bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vermelde product- of dienstenmarkt. [ACM] bepaalt in elk geval zo spoedig mogelijk nadat een aanbeveling als bedoeld in de eerste volzin in werking is getreden, de in die volzin bedoelde relevante markten.

Artikel 6a.8

[ACM] kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door [ACM] 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.

Artikel 6a.9

1. [ACM] kan op grond artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om door [ACM] nader te bepalen informatie met betrekking tot door [ACM] te bepalen vormen van toegang

bekend te maken. Deze informatie kan onder meer betrekking hebben op:

- a. tarieven en andere voorwaarden die bij het verlenen van toegang worden gehanteerd;
 - b. technische kenmerken en andere eigenschappen van het netwerk.
2. [ACM] 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 [ACM] te bepalen vormen van toegang. Het referentieaanbod is opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang en de daarbij gehanteerde tarieven en andere voorwaarden.
- (...)
5. Aan een verplichting als bedoeld in het eerste en tweede lid kan [ACM] voorschriften verbinden met betrekking tot de mate van detaillering en de wijze van bekendmaking.”

Gelet op artikel 15.4, tweede lid, aanhef en onder a, van de Tw kan ACM, voor zover hier van belang, aan een onderneming een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000,-, of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming ter zake van overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften.

Marktanalysebesluit VT 2008

In het Besluit marktanalyse vaste telefonie 2008 (besluit van 19 december 2008, kenmerk OPTA/AM/2008/202721; Marktanalysebesluit VT 2008) heeft ACM met ingang van 1 januari 2009 verplichtingen opgelegd aan KPN en haar groepsmaatschappijen inzake de vaste telefoniemarkten (wholesale en retail), vaste gespreksafgifte en -doorgifte uitgezonderd, omdat die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in hoofdstuk 6A van de Tw op die markten. Het Marktanalysebesluit VT 2008 luidde – met weglating van voetnoten – voor zover hier van belang:

“12.3.4 Non-discriminatie

(...)

876. Ten aanzien van de voorwaarden anders dan tarieven betekent de non-discriminatieverplichting dat afnemers de diensten en bijbehorende faciliteiten tegen dezelfde voorwaarden moeten kunnen afnemen als KPN's retailbedrijf. Wholesale-afnemers moeten bovendien op basis van de inkoop van WLR dezelfde kwaliteitsniveaus aan eindgebruikers kunnen afgeven als KPN dat kan. Dit betekent dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

(...)

- het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten. Voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe diensten mag de betreffende wholesaledienst nog niet in retailproposities worden aangeboden;

(...)

- het proces van informatievertrekking; hiermee doet [ACM] op gelijke behandeling van interne en externe afnemers met betrekking tot tijdige bekendmaking van (wijzigingen) in tarieven (waaronder mede begrepen eenmalige tarieven, actietarieven en kortingen) en alle voorwaarden (waaronder mede begrepen locaties waar de dienst beschikbaar is, dienstbeschrijving, order- en leveringsvoorwaarden).

15.3.1 Toegangsverplichting

xxxii. KPN dient op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.6 van de Tw afnemers in staat te stellen om op wholesaleniveau laag- en hoogcapacitaire telefonieaansluitingen (Wholesale LineRental (WLR)) af te nemen ten behoeve van wederverkoop op de retailmarkt.

(...)

xli. Naast bovenstaande voorwaarden geeft [ACM] hieronder een nadere invulling aan de functionaliteiten voor afnemers van WLR. KPN dient:

(...)

- e) er voor zorg te dragen dat alternatieve aanbieders van aansluitingen op basis 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. KPN dient naast de faciliteiten die zij in haar voorstel heeft opgenomen in de implementatiescenario's tevens de diensten en faciliteiten in haar voorstel die zij heeft aangemerkt met ‘*’ als onderdeel van de WLR-dienst te leveren, met uitzondering van de faciliteit Completion of Calls to Busy Subscriber' (CCBS). [ACM] komt de volgende lijst van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden:

- KPN Direct doorschakelen (*27*)
- KPN Vertraagd doorschakelen (*61*)
- KPN Blokkering Nummerweergave
- KPN Blokkering van binnenkomende doorgeschakelde oproepen
- KPN Blokkering uitgaand verkeer (internationaal, 0900, 0906, 0909)
- KPN Wisselgesprek
- KPN Nummerweergave
- KPN Nummerwijziging
- KPN 4 ISDN nummers (1 hoofdnummer en 3 MSN)
- KPN Blokkering nummerweergave per oproep
- KPN Blokkering van binnenkomende doorgeschakelde oproepen
- KPN Terminal Portability
- KPN Blokkering uitgaand verkeer (internationaal, 0900, 0906, 0909)
- KPN Multiple Subscriber Number (MSN, 1-4 extra nummers)
- KPN Kostenindicatie
- Subadressering
- faciliteit 'noodvoorziening binnenkomend verkeer'.
- Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services;
- Calamiteiten Service Telefonie.

(...)

xlii. In Annex D van dit besluit wordt het implementatieproces nader uitgewerkt.

15.3.2 Transparantieverplichting

xliv. KPN dient op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.9, tweede lid van de Tw alle diensten en bijbehorende faciliteiten die KPN levert in het kader van de toegangsverplichting op grond van artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw op te nemen in een referentieaanbod.

xl. Op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw verplicht [ACM] KPN om het referentieaanbod uit te splitsen naar diensten en bijbehorende faciliteiten die behoren tot de markt voor residentiële en zakelijke wholesalemarkt voor telefonieaansluitingen en de daarbij gehanteerde tarieven en andere voorwaarden. De volgende onderwerpen dienen in het referentieaanbod te worden opgenomen:

- a) een beschrijving van de te verstrekken toegangsdiens-ten en bijbehorende faciliteiten met inbegrip van alle (technische en operationele) voorwaarden;
- b) een beschrijving van alle van toepassing zijnde processen en procedures;
- c) informatieverstrekking over de te verstrekken toegangsdiens-ten en bijbehorende faciliteiten, waaronder onder andere een overzicht valt van de locaties van punten waarop de diensten kunnen worden afgenomen, de wijze waarop de informatie verstrekt wordt, de wijze waarop bekendmaking van voorge-nomen wijzigingen plaatsvindt, en voorwaarden ten aanzien van het vertrouwelijk behandelen van door een aanbieder aan KPN verstrekte informatie;
- d) een overzicht van de tarieven van de te verstrekken toegangsdiens-ten en bijbehorende faciliteiten;

xlvi. Voorts gelden de volgende voorschriften ten aanzien van de wijze van bekendmaking van het referentieaanbod:

- e) KPN dient het referentieaanbod in ieder geval op elektronische wijze bekend te maken op haar website;
- f) KPN dient een afschrift van het referentieaanbod aan [ACM] te sturen en dient wijzigingen ten aanzien van het referentieaanbod aan [ACM] te melden;
- g) KPN dient uiterlijk 4 weken na inwerkingtreding van dit besluit een referentieaanbod bekend te maken voor het type aansluitingen, waarvoor reeds een WLR-dienst beschikbaar is;
- h) KPN dient nieuwe diensten of uitfaseringen binnen een redelijke termijn van in beginsel minimaal 2 maanden van te voren aan WLR-afnemers bekend te maken.

15.3.3 Non-discriminatieverplichting

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.

xlviii. De non-discriminatieverplichting heeft in ieder geval betrekking op:

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

De aanvullende marktanalysebesluiten VT 2008 hebben geen gevolgen voor de thans relevante onderdelen van het Marktanalysebesluit VT 2008.

WLR HC implementatiebesluit

Bij het WLR HC implementatiebesluit (besluit van 25 juni 2009, kenmerk OPTA/AM/2009/201467) heeft ACM het volgende in het dictum daarvan bepaald:

"18. KPN dient in haar implementatievoorstel de volgende twee punten op te nemen:

- a. alle bestellingen van WLR HC die worden geplaatst binnen één maand nadat KPN daadwerkelijk bestellingen van WLR HC kan ontvangen, worden gedefinieerd als "initiele bestelling";
- b. voor initiele bestellingen wordt de retailminus met terugwerkende kracht toegepast vanaf 1 september 2009.

19. KPN dient de datum vanaf welke bestellingen van WLR HC kunnen worden geplaatst minimaal één maand van te voren openbaar te maken.

20. Wat betreft het overige is het college van oordeel dat het implementatievoorstel van KPN voldoet aan de verplichtingen in het marktanalysebesluit."

Marktanalysebesluit VT 2012

Op 1 mei 2012 is het Besluit marktanalyse vaste telefonie 2012 (besluit van 1 mei 2012, kenmerk OPTA/AM/2012/201189; Marktanalysebesluit VT 2012) in werking getreden dat het Marktanalysebesluit VT 2008 vervangt. Voor zover van belang is daarin – met weglating van voetnoten – bepaald:

"10.3.2 Non-discriminatieverplichting

(...)

987. Ten aanzien van de voorwaarden anders dan die zien op tarieven betekent de non-discriminatieverplichting dat afnemers de diensten en bijbehorende faciliteiten tegen dezelfde voorwaarden moeten kunnen afnemen als KPN's retailbedrijf. KPN dient bovendien de van haar kant redelijkerwijs noodzakelijke medewerking te verlenen om wholesale-afnemers in staat te stellen om op basis van inkoop van toegang tot de telefonieaansluiting dezelfde kwaliteitsniveaus aan eindgebruikers te leveren als KPN. Dit betekent dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

(...)

- e. het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten. Voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe of gewijzigde diensten mag de betreffende wholesale-dienst nog niet in retailproposities worden geoffreerd en/of geleverd; (...)

15.3 Verplichtingen voor toegang tot de telefonieaansluiting op de wholesalemarkten voor enkel-, twee- en meervoudige gespreksdiensten

(...)

XL. Op grond van artikel 6a.6, derde en vierde lid, van de Tw verbindt [ACM] aan de toegangsverplichting de volgende voorschriften. Wat betreft de functionaliteiten voor afnemers van WLR dient KPN:

(...)

- e) wholesale afnemers van WLR in staat te stellen tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten te kunnen bieden aan hun eindgebruikers als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN zelf levert. Op basis van een voorstel van KPN voor te leveren faciliteiten als onderdeel van de WLR-dienst, dat ten grondslag lag aan het WLR-implementatiebesluit van 23 augustus 2006 heeft [ACM] een lijst van faciliteiten opgesteld die in ieder geval moeten worden geleverd:

- KPN Direct doorschakelen (*21*);
- KPN Vertraagd doorschakelen (*61*);
- KPN Blokkering Nummerweergave;
- KPN Blokkering van binnenkomende doorgeschakelde oproepen;
- KPN Blokkering uitgaand verkeer (internationaal, 0900, 0906, 0909);
- KPN Wisselgesprek;
- KPN Nummerweergave;
- KPN Nummerwijziging;
- KPN 4 ISDN nummers (1 hoofdnummer en 3 MSN);
- KPN Blokkering nummerweergave per oproep;
- KPN Blokkering van binnenkomende doorgeschakelde oproepen;
- KPN Terminal Portability;
- KPN Blokkering uitgaand verkeer (internationaal, 0900, 0906, 0909);
- KPN Multiple Subscriber Number (MSN, 1-4 extra nummers);
- KPN Kostenindicatie;
- Subadressering;
- Faciliteit 'noodvoorziening binnenkomend verkeer';
- Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services;480 en
- Calamiteiten Service Telefonie.

[ACM] wijst er op dat KPN verplicht is een gelijkwaardige dienst aan te bieden aan de WLR-partij. Faciliteiten die KPN aan haar eigen retailbedrijf levert en die niet in de hierboven vermelde lijst van faciliteiten zijn opgenomen, moet zij derhalve ook aan de WLR-partijen bieden. (...)

Non-discriminatieverplichting

XLIV. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.8 van de Tw legt [ACM] aan KPN de verplichting op om toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen (nondiscriminatieverplichting)

XLV. De non-discriminatieverplichting heeft in ieder geval betrekking op:

- a. de beschikbaarheid van de diensten en netwerken;
- b. de onderhoudsperiodes;
- c. de hersteltijden in geval van storingen;
- d. het proces van ordering en levering;
- e. het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten; en
- f. het proces van informatieverstrekking.

Transparantieverplichting en referentieaanbod

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

LV. Op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw verplicht [ACM] KPN om het referentieaanbod uit te splitsen naar diensten en bijbehorende faciliteiten die behoren tot de wholesalemarkt voor telefonieaansluitingen op de markten enkel-, twee- en meervoudige gespreksdiensten en de daarbij gehanteerde tarieven en andere voorwaarden. Het referentieaanbod omvat ten minste die onderwerpen die [ACM] in het kader van de toegangsverplichting in paragraaf 10.3.1 heeft opgenomen, alsmede de onderwerpen die in randnummer 987 zijn genoemd. Het referentieaanbod moet voldoende inzicht geven in de toegangsdiens en bijbehorende faciliteiten en daarom moeten de volgende elementen daarin zijn opgenomen:

- a. een beschrijving van de te verstrekken toegangsdiens en bijbehorende faciliteiten met inbegrip van alle (technische en operationele) voorwaarden;
- b. een beschrijving van alle van toepassing zijnde processen en procedures;
- c. informatieverstrekking over de te verstrekken toegangsdiens en bijbehorende faciliteiten, waaronder onder andere een overzicht van de locaties van punten waarop de diens kunnen worden afgenomen, de wijze waarop de informatie verstrekt wordt, de wijze waarop bekendmaking van voorgenomen wijzigingen plaatsvindt, en voorwaarden ten aanzien van het vertrouwelijk behandelen van door een aanbieder aan KPN verstrekte informatie; en
- d. een overzicht van de tarieven van de te verstrekken toegangsdiens en bijbehorende faciliteiten.

LVI. De volgende voorschriften gelden ten aanzien van de wijze van bekendmaking van het referentieaanbod.

- a. KPN dient het referentieaanbod binnen één maand na de inwerkingtreding van dit besluit bekend te maken;
- b. KPN dient voor nieuwe of gewijzigde diens een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden in acht te nemen, voordat een dergelijke dienst wordt geïmplementeerd;
- c. KPN dient het referentieaanbod in ieder geval op elektronische wijze te publiceren op haar website;
- d. KPN dient het referentieaanbod en wijzigingen daarvan in ieder geval bekend te maken via een elektronische nieuwsbrief aan bestaande afnemers;
- e. KPN dient [ACM] niet later te informeren dan dat zij potentiële afnemers informeert over voorgenomen wijzigingen;
- f. KPN dient zorg te dragen dat de aangekondigde wholesale-dienst ook daadwerkelijk afneembaar is aan het einde van de aankondigingstermijn met inachtneming van de geldende verplichtingen; en
- g. KPN dient het referentieaanbod op te splitsen naar de onderscheiden vormen van toegang."

Noot

Luurt Wildeboer

Mr. ing. L.J. Wildeboer is advocaat te Amsterdam (CMS).

De hierboven opgenomen uitspraak van 22 maart 2018 van de rechtbank Rotterdam heeft betrekking op een forse boete (bijna € 6.000.000), die de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aan KPN heeft opgelegd, omdat zij concurrenten niet op de hoogte heeft gebracht van de service voor storingssignalering ISDN-Lijnbewaking en 4 uur herstelgarantie. Die dienst had KPN echter wel aan haar eigen dochterbedrijven aangeboden en geleverd. Daarmee heeft zij volgens de ACM in strijd met het discriminatie- en transparantiebeginsel gehandeld. De ACM heeft hier onderzoek naar gedaan, nadat KPN een melding had gedaan van een mogelijke overtreding, volgens het Compliance Handvest dat KPN en de OPTA, de toezichthouder voor telecom die thans onderdeel is van de ACM, destijds waren overeengekomen.¹ De rechtbank heeft in bovenstaande uitspraak een streep door die boete gezet vanwege schending van het vertrouwensbeginsel. In verband daarmee is het besluit tot het opleggen van de boete vernietigd. Het komt niet zo vaak voor dat het vertrouwensbeginsel in de weg staat aan het opleggen van een administratieve sanctie dan wel een bestuurlijke boete. De hiervoor opgenomen uitspraak is om die reden interessant om op deze plaats te signaleren. De ACM heeft via haar website laten weten tegen deze uitspraak van de rechtbank geen hoger beroep in te stellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dat betekent dat de vernietiging van het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Mede om die reden verdient de uitspraak hier aandacht.

Aanleiding

Wat was de aanleiding voor het opleggen van de boete? Kern is dat KPN haar concurrenten gedurende de periode 2009-2013 geen correct aanbod heeft gedaan voor het afnemen van ISDN-Lijnbewaking. Sinds 1 januari 2009 heeft KPN ISDN-Lijnbewaking aangeboden en sinds 14 december 2013 is deze faciliteit afneembaar geworden voor alle marktpartijen. De faciliteit ISDN-Lijnbewaking, onderdeel van de WLR-dienst (Wholesale Line Rental) is een service voor de zakelijke markt en garandeert dat storingen binnen vier uur gesignaleerd en hersteld worden. Bij WLR gaat het om een dienst waarbij KPN toegang verleent tot de wholesale telefonieaansluiting aan andere telecomaandieners ten behoeve van wederverkoop van de aansluiting op retailniveau, zo volgt uit het primaire besluit voor de niet-ingewijden onder de lezers van deze annotatie.

Zoals gezegd heeft KPN genoemde service wel aangeboden en geleverd aan haar eigen dochterondernemingen, maar andere marktpartijen die WLR-diensten aanbieden, niet geïnformeerd over de inhoud, de beschikbaarheid en de afneembaarheid van die faciliteit en aan die andere marktpartijen niet tenminste dezelfde standaard en bijbehorende functionaliteiten aangeboden. ISDN-Lijnbewaking had opgenomen moeten worden in het referentieaanbod van KPN. Daarmee heeft KPN volgens de ACM zowel de non-discriminatieverplichting als de transparantieverplichting op grond van de markt-

¹ Zie daarover uitgebreid: J.R. van Angeren, 'Handhaven met handvesten', *Mediaforum* 2008-9.

analysebesluiten voor vaste telefonie van 2008 en 2012 geschonden. De ACM heeft in haar oorspronkelijke (primaire) besluit voor deze gedragingen een boete opgelegd van € 6 miljoen. In het besluit op bezwaar heeft de ACM de aanvankelijke boete echter gematigd tot een bedrag van € 5,7 miljoen in verband met een gewijzigde boeteberekening. Voor een meer uitgebreide uitleg en toelichting verwijs ik naar de overwegingen van de hiervoor opgenomen uitspraak en de betrokken besluiten, die op de website van de ACM (www.acm.nl; zie zaaknummer: 14.0681.32) zijn te raadplegen.

Vertrouwensbeginsel

Bestuursorganen moeten bij het nemen van besluiten niet alleen de wet in acht nemen, maar ook voldoen aan een aantal behoorlijkheidseisen. Die eisen vloeien voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een deel van die algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. Dit geldt niet voor het vertrouwensbeginsel. Dit beginsel betreft een van de rechtsbeginselen die behoren tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij vinden hun oorsprong in de jurisprudentie en bevatten, voor zover niet gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht, normen van ongeschreven recht voor het handelen van bestuursorganen, zoals de ACM.

Het vertrouwensbeginsel vereist dat gerechtvaardigde verwachtingen, waarop de burger op goede gronden meent te mogen vertrouwen, indien mogelijk worden gehonoreerd.² Bij de toetsing van het vertrouwensbeginsel wordt in de eerste plaats beoordeeld of goede gronden aanwezig zijn waarop het gewekte vertrouwen is gebaseerd (is vertrouwen gerechtvaardigd?). Of daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij is met name de vraag aan de orde wie de bewuste verwachtingen heeft gewekt en op welke wijze, door een gedraging of uiting (toezegging?), welke verwachtingen zijn gewekt. Indien de verwachtingen gewekt zijn door het (bevoegde) bestuursorgaan, zal het gewekte vertrouwen veelal sterker zijn dan wanneer dit door één of meer (ondergeschikte) ambtenaren heeft plaatsgevonden. In de praktijk ontstaan problemen, indien het vertrouwen is gewekt door een persoon die niet bevoegd is. In het onderhavige geval doet zich een dergelijke situatie niet voor. Ook de uitingvorm van de gewekte verwachtingen bepaalt (mede) hun vertrouwenwekkende en daarmee bindende werking.³ Verwachtingen die zijn gebaseerd op toezeggingen, zijn sterker dan die welke zijn gebaseerd op (algemene) mededelingen of inlichtingen. Daarnaast verlangt toepassing van het vertrouwensbeginsel in de regel een belangenafweging. Bestuursorganen zijn niet gehouden om gewekte verwachtingen in alle gevallen te honoreren. Zwaarwegende algemene belangen kunnen onder bijzondere omstandigheden in de weg staan aan honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel.

Toegangsverplichting

ISDN-lijnbevakking wordt als faciliteit door KPN geleverd aan haar zakelijke eindgebruikers, als onderdeel van de zogenaamde 'Bedrijfscontracten Infra Services' en was niet los afneembaar. ISDN-lijnbevakking heeft tot doel om voortdurend te controleren of de aansluitingen van de klanten die gebruikmaken van deze faciliteit, beschikbaar zijn en om de klant van een eventuele storing op de hoogte te stellen. Indien een storing optreedt, wordt die op grond van de 4 uur herstelgarantie binnen die tijd opgelost. Volgens de ACM valt ISDN-lijnbevakking met 4 uur herstelgarantie onder de toegangsverplichting van de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012 en was KPN om die reden verplicht tot afspiegeling hiervan in haar wholesale aanbod. In het dictum van die marktanalysebesluiten is namelijk een niet-limitatieve lijst opgenomen van faciliteiten die in ieder geval geleverd dienen te worden aan andere WLR-partijen. Daartoe behoort onder andere 'Serviceniveaus uit de Bedrijfscontracten Infra Services'. Een redelijke uitleg van dit begrip brengt volgens de ACM met zich dat daaronder prestatie-eisen vallen. ISDN-lijnbevakking en 4 uur herstelgarantie, zoals opgenomen in de Bedrijfscontracten, stelt zulke eisen, aldus de ACM. En dus had KPN die faciliteit in haar wholesale aanbod moeten afspiegelen, hetgeen KPN gedurende de periode 2009-2013 had nagelaten. KPN had bestreden dat ISDN-lijnbevakking zou vallen onder de toegangsverplichting op grond van de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012.

Gerechtvaardigd vertrouwen

Voorts speelt in het kader van een beroep op het vertrouwensbeginsel door KPN het besluit van OPTA van 25 juni 2009, waarin zij oordeelt over de implementatie van de dienst WLR hoogcapacitair (WLR HC) door KPN, het zogeheten implementatiebesluit, een rol. Daarmee heeft KPN uitvoering gegeven aan de verplichting op grond van het Marktanalysebesluit vaste telefonie van 9 december 2008, om de nieuwe dienst WLR HC aan te bieden aan andere WLR-partijen. KPN had zich in bezwaar op het standpunt gesteld dat de ACM ten onrechte voorbij is gegaan aan bovenbedoeld implementatiebesluit, aangezien daarmee het WLR HC-aanbod van KPN was goedgekeurd, zonder dat ISDN-lijnbevakking daarin was opgenomen. Volgens de ACM heeft KPN hieruit niet kunnen en mogen afleiden dat de faciliteit ISDN-lijnbevakking met 4 uur herstelgarantie was uitgezonderd van de verplichting tot afspiegeling. Het is aan KPN om de faciliteit op te nemen in haar implementatievoorstel teneinde een oordeel van OPTA hierover te verkrijgen. Het betreft hier een (wettelijke) verplichting. De ACM lijkt hiermee, hoewel zij dat niet uitdrukkelijk benoemt, aansluiting te zoeken bij de contra legem-jurisprudentie, op grond waarvan honorering van het vertrouwensbeginsel in contra legem situaties (in strijd met wet- of regelgeving) slechts in bijzondere omstandigheden kan worden toegestaan.

De rechtbank volgt de ACM hierin niet. Voor de uitleg van de verplichtingen die voortvloeien uit de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012, doet de rechtbank een beroep op een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 21 september 2017, waarin ook de vraag aan de orde was of sprake was van schending van de non-discriminatieverplichting en transparantieverplichting. Die uitspraak maakt duidelijk dat uit het Marktanalysebesluit VT 2008 niet volgt dat alle faciliteiten die KPN aan zichzelf levert aan WLR-partijen moet leveren en onder gelijke voorwaarden bijbehorende faciliteiten ter beschikking moet stellen aan WLR-partijen. Op KPN rustte op grond van het Marktanalysebesluit VT 2008 alleen de verplichting aan WLR-partijen tenminste dezelfde standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten te bieden als de standaard en optionele bijbehorende functionaliteiten die KPN aan zichzelf levert. De rechtbank constateert dat KPN heeft erkend dat de 4 uur herstelgarantie als serviceniveau op grond van het Marktanalysebesluit VT 2008 als een dergelijke functionaliteit kwalificeert en daarom moet worden afgespiegeld, zoals ook volgt uit de aangehaalde uitspraak van het CBB. Volgens de rechtbank kan daarom in het midden blijven of lijnbevakking ook kwalificeert als serviceniveau dat afgespiegeld had moeten worden. De rechtbank is hierin heel pragmatisch. Op grond van het Marktanalysebesluit VT 2012 moesten alle faciliteiten die KPN aan haar eigen retailbedrijf leverde, aan de WLR-partijen worden aangeboden en dus ook ISDN-lijnbevakking.

Vervolgens komt de rechtbank toe aan de beoordeling van het betoog van KPN dat zij heeft mogen vertrouwen op het WLR HC implementatiebesluit, op grond waarvan haar aanbod – exclusief ISDN-lijnbevakking – was goedgekeurd. De rechtbank gaat hierin met KPN mee. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat de OPTA destijds bij het nemen van het implementatiebesluit niet alleen is afgegaan op het implementatievoorstel van KPN, maar ook actief nader onderzoek heeft gedaan door aan KPN te vragen om een overzicht van alle faciliteiten te verstrekken die KPN Retail bood aan haar klanten. Dit geldt dus niet alleen voor de faciliteiten die in het WLR-aanbod van KPN werden afgespiegeld, maar ook voor de faciliteiten die KPN niet in haar aanbod had afgespiegeld. De rechtbank leidt daaruit af dat de OPTA daarmee beoogde een compleet beeld te krijgen om te kunnen beoordelen of het voorstel van KPN een getrouw beeld van de feitelijke dienstverlening door KPN Retail gaf. Daarnaast heeft de ACM bevestigd dat OPTA bekend was met de Bedrijfscontracten waarin ISDN-lijnbevakking met de 4 uur herstelgarantie was opgenomen. OPTA was dus bekend met de bewuste faciliteiten en heeft dus kunnen vaststellen dat de faciliteiten wel in de Bedrijfscontracten, maar niet in het implementatievoorstel waren opgenomen. Ondanks dat heeft OPTA het implementatievoorstel goedgekeurd en daarmee geoordeeld dat het voldeed aan het Marktanalysebesluit VT 2008. OPTA heeft daarmee impliciet geoordeeld dat de onderhavige faciliteiten op grond van het Marktanalysebesluit VT 2008 niet aan de WLR-partijen hoefden te worden aangeboden. Het Marktanalysebesluit VT 2012 heeft hierin geen verandering gebracht en geen nieuwe norm geïntroduceerd ten aanzien van de faciliteit lijnbevakking en 4 uur herstelgarantie. Vanwege het

2 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 315.

3 Vgl. P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 364-366.

ontbreken van enig voorbehoud in het WLR HC implementatiebesluit op dit punt is de rechtbank van oordeel dat de ACM geen boete heeft kunnen opleggen aan KPN in verband met het door OPTA (thans: onderdeel van de ACM) bij KPN op grond van het implementatiebesluit opgewekt vertrouwen. Het opleggen van de (hoge) boete is om die reden in strijd met het vertrouwensbeginsel. Er is daarom geen sprake van een overtreding waarvoor een boete mocht worden opgelegd. Op grond van dit oordeel vernietigt de rechtbank de beslissing op bezwaar en voorziet de rechtbank zelf in de zaak door het primaire besluit tot oplegging van de boete te herroepen. Gezien de interpretatie van het implementatiebesluit bestond er geen andere mogelijkheid dan de boetes te herroepen. In zo'n geval is het op grond van artikel 8:72, lid 3, onder b, van de Algemene wet bestuursrecht gerechtvaardigd voor de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien, zonder het verwijt te krijgen dat de rechter op de stoel van het bestuursorgaan gaat zitten. Nu de ACM besloten heeft geen hoger beroep aan te tekenen tegen de uitspraak van de rechtbank, zijn de boetes daarmee definitief van de baan. Een mooi resultaat voor KPN op basis van honorering van haar beroep op het vertrouwensbeginsel. Een tamelijk zeldzaam resultaat, vanwege de in de regel strikte toetsing bij een beroep op het vertrouwensbeginsel. Daarbij kan worden aangetekend dat in dit geval niet zo'n uitdrukkelijk beroep is gedaan op het vertrouwensbeginsel, maar door KPN veeleer een bepaalde uitleg is gegeven aan het WLR HC implementatiebesluit en de betekenis van de goedkeuring van het WLR-aanbod van KPN destijds door OPTA, de telecomwaakhond van destijds en nu onderdeel van de ACM, waardoor thans moet worden gesproken van door de

ACM opgewekt vertrouwen. Daarbij valt tevens op dat in het implementatiebesluit de bewuste faciliteiten niet met zoveel woorden zijn genoemd, maar dat uit de omstandigheden van het geval kan worden afgeleid dat OPTA niet lijdelijk is afgegaan op het implementatievoorstel, maar OPTA actief zich een beeld heeft gevormd van alle door KPN aan haar zelf geboden faciliteiten en bovendien bekend was met de Bedrijfscontracten waarin ISDN-lijnbeveiliging en 4 uur herstelgarantie waren opgenomen, en desalniettemin aanleiding heeft gezien het implementatievoorstel zonder meer goed te keuren, zonder eisen te stellen aan de bewuste faciliteiten. KPN kon er volgens de rechtbank daarom gerechtvaardigd op vertrouwen dat zij, gelet op uitlatingen van de ACM, deze dienst niet hoefde te spiegelen op grond van de Marktanalysebesluiten VT 2008 en VT 2012. Gelet daarop bestond volgens de rechtbank dan ook geen grond voor het oordeel dat zij handelde in strijd met de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting.

Deze uitspraak toont maar weer eens aan dat het soms lastig is vast te stellen welke betekenis aan een eerder door een bestuursorgaan genomen besluit in een concreet geval moet worden gegeven en welke consequenties dit ook jaren nadien nog kan hebben. Tevens biedt de uitspraak een mooie les voor praktijkjuristen om niet enkel af te gaan op de tekst van een besluit maar om ook te kijken naar de context waarin en de omstandigheden waaronder een besluit tot stand komt, aangezien dit (mede) van invloed kan zijn op de interpretatie van een besluit of andere uitlatingen van een bestuursorgaan.