



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN B.V. inzake mobiele gespreksafgifte

Ons kenmerk : ACM/UIT/507816

Zaaknummer : ACM/18/034497

Datum :

1. Samenvatting

1. KPN B.V. (KPN) biedt de dienst Premium Transit Connect Service aan. Deze dienst wordt afgenomen door **[VERTROUWELIJK]** kleinere telecomaانبieders. Via deze dienst biedt KPN zowel vaste gespreksafgifte, mobiele gespreksafgifte als transit aan over één IP-interconnectie.
2. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) concludeert in dit besluit dat de mobiele afgiftetarieven van de dienst Premium Transit Connect Service die KPN rekent in strijd zijn met het Marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte (Marktanalysebesluit).¹ KPN rekent namelijk een toeslag bovenop het in het Marktanalysebesluit vastgestelde tariefplafond voor het afwickelen van verkeer naar mobiele KPN bestemmingen. Hiermee is KPN in overtreding van dictumnummer XI van het Marktanalysebesluit.
3. Deze overtreding is ontstaan op het moment van inwerkingtreding van de tariefplafonds uit het Marktanalysebesluit, op 12 juli 2017. De overtreding loopt nog steeds door.
4. In dit besluit gelast de ACM KPN, onder dwang van betaling van een geldbedrag dat kan oplopen tot 1.000.000 euro, om de tarieven die KPN rekent in overeenstemming te brengen met het in het Marktanalysebesluit vastgestelde tariefplafond. Hiervoor dient KPN binnen 4 weken na dagtekening van dit besluit de overtredingen te beëindigen en ongedaan te maken door de juiste tarieven te rekenen vanaf 12 juli 2017.

¹ ACM/DTVP/2017/203094.

2. Verloop van de procedure

5. De Autoriteit Consument en Markt heeft op 1 juni 2017 het Marktanalysebesluit genomen.
6. Naar aanleiding van ambtshalve onderzoek heeft de ACM op 7 februari 2018 een informatieverzoek uitgestuurd aan KPN met daarin een aantal vragen over de invulling en de naleving van de verplichtingen uit het Marktanalysebesluit.²
7. Naar aanleiding van dit informatieverzoek heeft op 20 februari 2018 een gesprek plaatsgevonden tussen de ACM en KPN. Op 23 februari 2018 heeft KPN de vragen van de ACM van 7 februari 2018 schriftelijk beantwoord.³ Op 7 maart 2018 heeft KPN vraag 1 van het informatieverzoek nader toegelicht.⁴
8. Op 20 maart 2018 heeft er een zitting plaatsgevonden bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) over de beroepen van enkele marktpartijen, waaronder KPN, tegen het Marktanalysebesluit.
9. Op 20 april 2018 heeft de ACM schriftelijk aan KPN medegedeeld hoe de ACM aankijkt tegen de dienst Premium Transit Connect Service van KPN.⁵ KPN heeft hier per brief van 4 mei 2018 op gereageerd.⁶
10. Per brief van 8 mei 2018 heeft de ACM een tweede informatieverzoek gedaan aan KPN.⁷ KPN heeft, in delen, aan dit verzoek voldaan op 15 mei 2018,⁸ 18 mei 2018,⁹ 22 mei 2018¹⁰ en 23 mei 2018.¹¹
11. Op 11 september 2018 heeft het CBb uitspraak gedaan inzake de beroepen tegen het Marktanalysebesluit.¹²
12. Op 17 oktober 2018 heeft er naar aanleiding van de uitspraak van het CBb een gesprek plaatsgevonden tussen de ACM en KPN. Voorafgaand aan dit gesprek heeft KPN, op verzoek

² ACM/UIT/424172.

³ ACM/IN/396683.

⁴ ACM/IN/407040.

⁵ ACM/UIT/493229.

⁶ ACM/IN/416037.

⁷ ACM/UIT/494131.

⁸ ACM/IN/416484 en ACM/IN/416485.

⁹ ACM/IN/416486 en ACM/IN/416487.

¹⁰ ACM/IN/415488.

¹¹ ACM/IN/416521.

¹² ECLI:NL:CBB:2018:478.

van de ACM, aangegeven in hoeverre KPN haar aanbod en de afspraken met interconnectiepartijen heeft aangepast naar aanleiding van de uitspraak van het CBb.¹³

13. In het gesprek van 17 oktober 2018 heeft KPN aangegeven het niet eens te zijn met het standpunt van de ACM over de invulling van de verplichtingen uit het Marktanalysebesluit. Op verzoek van de ACM heeft KPN dit telefonisch en per e-mail van 1 november 2018 bevestigd.¹⁴
14. De ACM heeft op 27 november 2018 mondeling bij KPN aangekondigd dat zij een last onder dwangsom in voorbereiding heeft.
15. Op 28 december 2018 heeft de ACM een voorgenomen last onder dwangsom aan KPN toegezonden en KPN de mogelijkheid geboden om haar zienswijze kenbaar te maken.¹⁵ Op 25 januari 2019 heeft KPN haar zienswijze schriftelijk bij de ACM kenbaar gemaakt.¹⁶

3. Juridisch kader

3.1 Marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte

16. De ACM heeft op 1 juni 2017, op grond van de hoofdstukken 6a en 6b van de Tw, het Marktanalysebesluit genomen. In het Marktanalysebesluit worden, onder meer, toegangsverplichtingen en tariefplafonds opgelegd aan KPN in dictumonderdelen VII tot en met XI.
17. De voor dit besluit relevante dictumonderdelen van het Marktanalysebesluit luiden als volgt:

8.1.1 Toegangsverplichting

VII. Op grond van artikel 6a.2, eerste lid, juncto artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw legt ACM aan aanbieders van gespreksafgifte de verplichting op te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang. Deze verplichting houdt in dat aanbieders van gespreksafgifte:

- a. *toegang verlenen tot netwerkelementen of faciliteiten die noodzakelijk zijn voor het afnemen van gespreksafgifte;*
- b. *co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van bijbehorende faciliteiten aanbieden;*
- c. *voorzien in directe interconnectie (in de vorm van een directe fysieke koppeling, op verzoek van toegangsvragende partijen) opdat het netwerk van de toegangsverzoekende partij rechtstreeks gekoppeld kan worden aan het netwerk van de aanbieder van gespreksafgifte, hieronder wordt ook het uitvoeren van testen begrepen.*

¹³ ACM/IN/424287.

¹⁴ ACM/IN/424268.

¹⁵ ACM/UIT/503701.

¹⁶ ACM/IN/427309.

VIII. Aanbieders van gespreksafgifte mogen niet van afnemers van gespreksafgifte eisen dat zij op een groter aantal interconnectielocaties koppelen dan:

- a. acht interconnectielocaties voor vaste gespreksafgifte op basis van TDM
- b. twee interconnectielocaties voor vaste gespreksafgifte voor IP-interconnectie;
- c. vier interconnectielocaties voor mobiele gespreksafgifte op basis van TDM; en
- d. twee interconnectielocaties voor mobiele gespreksafgifte voor IP-interconnectie.

Voor aanbieders van vaste gespreksafgifte die interconnectie aanbieden via TDM en IP, geldt dat IP-interconnectie in ieder geval moet worden aangeboden op twee (van de maximaal acht) interconnectielocaties voor TDM. Voor aanbieders die zowel vaste als mobiele gespreksafgifte op basis van TDM aanbieden, geldt dat de maximaal vier locaties voor afgifte ten behoeve van mobiel overeenkomen met vier (van de maximaal acht) TDM-interconnectielocaties ten behoeve van vaste gespreksafgifte. Voor aanbieders die zowel vaste als mobiele gespreksafgifte op basis van IP aanbieden, geldt dat de locaties waar interconnectie via IP ten behoeve van vaste gespreksafgifte is gerealiseerd tevens interconnectie via IP ten behoeve van mobiele gespreksafgifte mogelijk moet zijn en vice versa. Voor aanbieders van mobiele gespreksafgifte die interconnectie aanbieden via zowel IP als TDM, geldt dat IP-interconnectie moet worden aangeboden op twee van de maximaal vier TDM-interconnectielocaties.

IX. Op grond van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw verbindt ACM aan de toegangsverplichting voorschriften. Hiervoor verwijst ACM naar randnummer 280.

8.2 Tariefregulering

X. Op grond van artikel 6a.2, eerste lid, juncto artikel 6a.7 van de Tw legt ACM aan alle aanbieders ten behoeve van het leveren van gespreksafgifte en bijbehorende faciliteiten, tariefregulering op.

XI. Op grond van artikel 6a.7, eerste en tweede lid, van de Tw legt ACM aan alle aanbieders de verplichting op kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Dit betekent dat alle aanbieders voor gesprekken afkomstig uit de EER tarieven dienen te hanteren die niet boven de door ACM in Annex A op basis van pure BULRIC bepaalde tariefplafonds liggen. De tariefplafonds treden in werking op 1 juli 2017. De tarieven voor afgifte van verkeer van een aanbieder gevestigd buiten de EER mogen nooit hoger liggen dan de afgiftetarieven die de aanbieder van buiten de EER aan de in Nederland gevestigde aanbieder (direct of indirect) in rekening brengt (reciprociteit). Indien een aanbieder gevestigd buiten de EER lagere afgiftetarieven in rekening brengt dan de tarieven uit Annex A, gelden de tarieven uit Annex A als maximum.

18. In randnummer 385, tabel 13 van het Marktanalysebesluit heeft de ACM het tariefplafond voor mobiele gespreksafgifte vastgesteld op 0,581 eurocenten per minuut.

3.2 Uitspraak CBb

19. Op 11 september 2018 heeft het CBb uitspraak gedaan over het Marktanalysebesluit. Deze uitspraak luidt met betrekking tot de toegangsverplichting en voor zover relevant voor dit besluit, als volgt:

Toegangsverplichting

5.2.1 Met beroepsgrond B wil KPN duidelijkheid verkrijgen over de vraag of voor haar dezelfde toegangsverplichting geldt als voor de andere aanbieders van gespreksafgifte. KPN betoogt voorts dat aan haar ten onrechte een toegangsverplichting is opgelegd om ook mobiele gespreksafgifte via IP-interconnectie te leveren. KPN stelt dat zij nu geen mobiele gespreksafgifte via IP aanbiedt, maar wel een volwaardig alternatief namelijk een IP-interconnectie met het vaste netwerk van KPN in combinatie met een doorgeleidingsdienst van het vaste naar het mobiele netwerk van KPN. Daarbij heeft KPN expliciet gesteld voor deze doorgeleidingsdienst geen extra kosten te rekenen.

5.2.2 ACM heeft ter zitting verduidelijkt dat er geen sprake is van een asymmetrische toegangsverplichting. ACM heeft kostengeoriënteerde tariefplafonds opgelegd op basis van de pure BULRIC methodiek. In deze methodiek wordt geabstraheerd van de wijze waarop aanbieders concreet gespreksafgifte aanbieden. Als uitgangspunt voor de modellering is immers een hypothetisch efficiënte aanbieder genomen. ACM is uitgegaan van een hypothetisch efficiënte aanbieder die intern (al) volledig IP hanteert en interconnecteert via IP en TDM, omdat de verwachting is dat interconnectie op basis van IP deze reguleringsperiode de standaard interconnectietechniek zal worden. De kosten die zijn gemoeid met mobiele gespreksafgifte via IP-interconnectie zijn aldus verdisconteerd in het pure BULRIC model. Ter zitting heeft ACM eveneens verduidelijkt dat het KPN is toegestaan een IP-interconnectie met het vaste netwerk van KPN aan te bieden in combinatie met een doorgeleidingsdienst van haar vaste naar haar mobiele netwerk, indien en voor zover zij geen extra kosten waaronder doorgeleidingskosten in rekening brengt. Zou het KPN worden toegestaan om bovenop het kostengeoriënteerde tarief ook doorgeleidingskosten in rekening te brengen, dan zou dit namelijk neerkomen op omzeiling van de op pure BULRIC gebaseerde methodiek. Tevens heeft ACM ter zitting verduidelijkt dat KPN interconnectie via IP voor vaste en mobiele telefonie op één locatie, dat wil zeggen in één en hetzelfde gebouw, dient aan te bieden.

5.2.3 Het College volgt het verweer van ACM zoals verduidelijkt op de zitting. Het College heeft daarnaast op de zitting vastgesteld dat ACM en KPN het er over eens zijn dat het onder het bestreden besluit is toegestaan dat KPN haar huidige praktijk voortzet in de zin dat KPN een IP-interconnectie met het vaste netwerk van KPN in combinatie met een doorgeleidingsdienst van het vaste naar het mobiele netwerk van KPN in één en hetzelfde gebouw aanbiedt zonder daarvoor extra kosten, dat wil zeggen kosten bovenop het vastgestelde maximale tarief voor gespreksafgifte (waaronder doorgeleidingskosten), in rekening te brengen.

Beroepsgrond B van KPN faalt.

3.3 Bevoegdheid tot opleggen last onder dwangsom

20. Artikel 15.1, derde lid, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid en het bepaalde bij of krachtens de roamingverordening en de netneutraliteitsverordening.

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

De Autoriteit Consument en markt is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen.

22. Artikel 5:2, eerste lid, sub b, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) luidt als volgt:

Herstelsanctie: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding;

23. Artikel 5:32 van de Awb luidt als volgt:

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

4. Feiten

24. De dienst gespreksafgifte is een noodzakelijke dienst om een gebruiker (beller) op een netwerk van aanbieder A een andere gebruiker op een ander netwerk van aanbieder B te laten bellen. Het gesprek kan dan niet door uitsluitend aanbieder A worden afgehandeld. Aanbieder A dient het gesprek te routeren naar een interconnectielocatie vanaf waar het gesprek verder wordt afgewikkeld door aanbieder B. Aanbieder B levert aanbieder A de afgiftedienst, die er uit bestaat dat aanbieder B het gesprek van de interconnectielocatie naar de bestemming brengt. Deze vorm van interconnectie wordt aangeduid als directe interconnectie.¹⁷
25. En andere mogelijkheid voor een gebruiker (beller) op het netwerk van aanbieder A om iemand op het netwerk van aanbieder B te bellen is dat aanbieder A via een zogenaamde transit-aanbieder met het netwerk van aanbieder B interconnecteert. Deze vorm van interconnectie wordt aangeduid als indirecte interconnectie.
26. KPN is zowel aanbieder van directe interconnectie als van indirecte interconnectie. KPN biedt verschillende mogelijkheden aan om gesprekken af te wikkelen via KPN. Eén van deze diensten die zij hiervoor aanbiedt betreft de dienst Premium Transit Connect service.
27. De Premium Transit Connect Service betreft een mogelijkheid in het aanbod van KPN om op een bestaande IP-interconnectie voor vaste gespreksafgifte tevens andere gesprekken aan te leveren. Onderdeel van dit aanbod is de mogelijkheid om gesprekken aan te leveren voor mobiele bestemmingen van KPN.

¹⁷ Zie randnummer 52 van het Marktanalysebesluit.

28. Gesprekken voor mobiele bestemmingen van KPN worden in dit aanbod door KPN aangemerkt als zogenaamde 'transit bestemmingen'. KPN rekent hiervoor andere tarieven dan voor mobiele gespreksafgifte.
29. De door KPN gerekende totale vergoeding voor verkeer naar mobiele bestemmingen van KPN via de Premium Transit Connect Service ligt tussen de **[VERTROUWELIJK]** en de **[VERTROUWELIJK]** eurocenten per minuut, afhankelijk van de individuele afspraken met de interconnectiepartij. Deze vergoeding ligt boven het in het Marktanalysebesluit vastgelegde tariefplafond voor mobiele gespreksafgifte van 0,581 eurocent per minuut.¹⁸
30. De Premium Transit Connect Service wordt afgenomen door **[VERTROUWELIJK]** interconnectiepartijen.¹⁹

5. Overwegingen ACM

31. In dit hoofdstuk zal de ACM eerst beoordelen of het afwikkelen van gesprekken naar mobiele bestemmingen van KPN binnen de dienst Premium Transit Connect Service kwalificeert als directe interconnectie. Daarna toetst de ACM of deze dienst voldoet aan de tariefverplichting uit het Marktanalysebesluit.

5.1 Overwegingen kwalificatie dienst Premium Transit Connect Service

32. Om te kunnen beoordelen of de Premium Transit Connect Service kwalificeert als mobiele gespreksafgifte is de definitie van belang. Gespreksafgifte wordt in het Marktanalysebesluit²⁰ als volgt omschreven: "*aanbieder A dient het gesprek te routeren naar een interconnectielocatie vanaf waar het gesprek verder wordt afgewikkeld door aanbieder B. (...) Aanbieder A en B interconnecteren op één of meerdere locatie(s) (hierna: interconnectielocatie). (...) Gespreksafgifte is het afwikkelen van het gesprek vanaf de interconnectielocatie naar de gebelde.*"
33. Daarnaast is van belang welke precieze verplichtingen er zijn opgenomen in het Marktanalysebesluit ten aanzien van het leveren van IP-interconnectie. Een van de toegangsverplichtingen uit het Marktanalysebesluit²¹ verplicht aanbieders om mobiele gespreksafgifte op basis van IP op dezelfde interconnectielocatie aan te bieden als vaste gespreksafgifte op basis van IP. Dit betekent dat aanbieders die zowel vaste als mobiele

¹⁸ Tabel 13, Marktanalysebesluit.

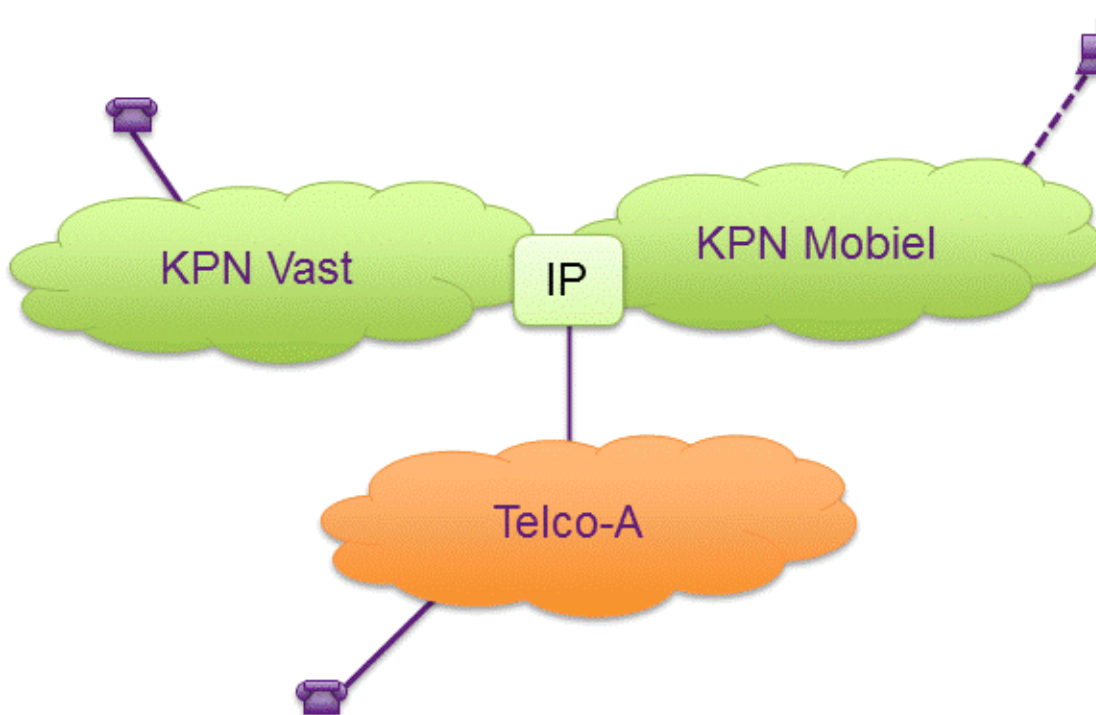
¹⁹ Peildatum mei 2018. Zie Bijlage 1 voor een lijst met deze partijen en het tarief dat zij betalen.

²⁰ Zie randnummer 52 van het Marktanalysebesluit.

²¹ Zie dictumnummer VIII van het Marktanalysebesluit.

diensten leveren, zoals KPN, op één IP-interconnectielocatie zowel mobiele als vaste gespreksafgifte moeten aanbieden.

34. Deze specifieke verplichting zorgt er voor dat elke IP-interconnectielocatie van KPN een IP-interconnectielocatie is voor vaste én mobiele gespreksafgifte.
35. Deze verplichting voor KPN om mobiele gespreksafgifte via IP-interconnectie aan te bieden is door KPN bij het CBB in beroepsgrond B aangevochten.²² Het CBB heeft echter geconcludeerd dat deze beroepsgrond van KPN faalt.²³
36. In onderstaande figuur is schematisch weergegeven hoe deze IP-interconnectie verplichting voor zowel vaste gespreksafgifte als mobiele gespreksafgifte eruit ziet voor KPN:



Figuur 1 : IP-interconnectie verplichting voor KPN

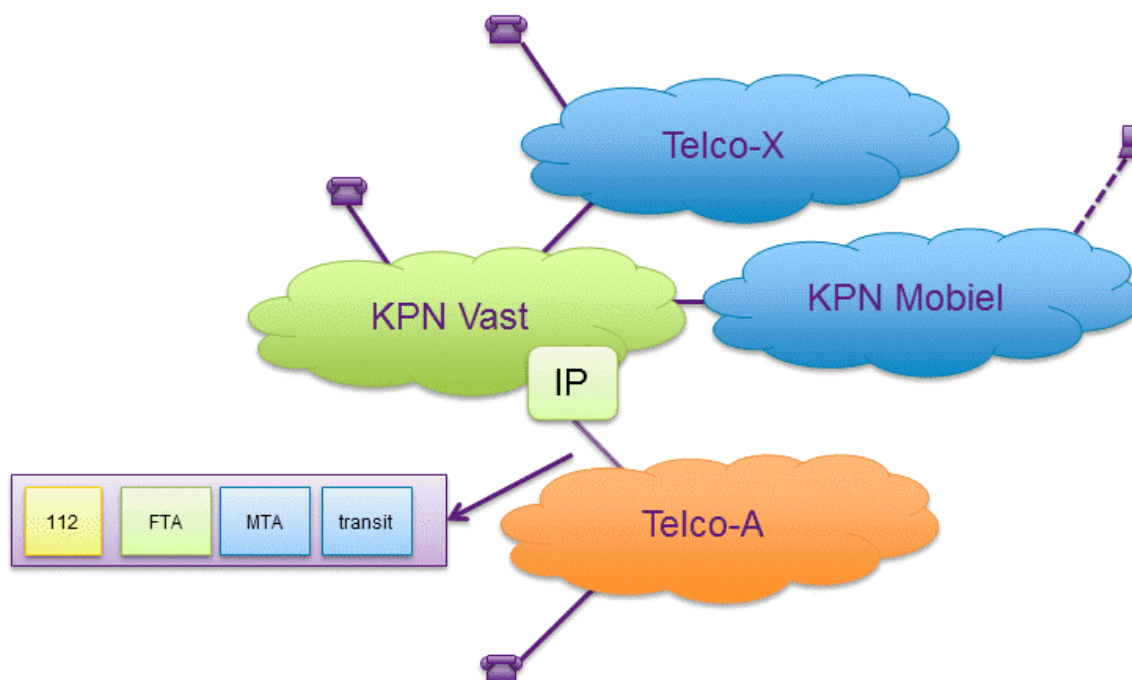
37. De bovenstaande figuur illustreert dat de IP-interconnectielocatie van KPN voor mobiele gespreksafgifte en vaste gespreksafgifte per definitie dezelfde moet zijn. Uit de definitie van gespreksafgifte²⁴ volgt dat de afwikkeling van het gesprek naar de gebelde begint op de IP-interconnectielocatie. Dit geldt voor zowel vaste als mobiele bestemmingen van KPN.
38. Binnen het aanbod voor de dienst Premium Transit Connect Service biedt KPN de mogelijkheid om de bestaande IP-interconnectie voor vaste gespreksafgifte te gebruiken voor

²² Zie paragraaf 4.2.2, ECLI:NL:CBB:2018:478.

²³ Zie paragraaf 5.2.3, ECLI:NL:CBB:2018:478.

²⁴ Zie randnummer 32 van dit besluit.

het afwikkelen van gesprekken naar mobiele KPN bestemmingen en ook voor het afwikkelen van gesprekken naar niet-KPN bestemmingen. Bij het afnemen van de dienst worden de gesprekken door de aanbieder A gerouteerd naar de IP-interconnectielocatie. Vervolgens worden door KPN vanaf de IP-interconnectielocatie de gesprekken verder afgewikkeld naar vaste bestemmingen, mobiele bestemmingen en transit bestemmingen. Dit is hieronder schematisch weergegeven:



Figuur 2: Schematische weergave implementatie Premium Transit Connect Service over bestaande IP-interconnectie KPN

39. Uit dictumnummer VIII van het Marktanalysebesluit volgt dat vaste en mobiele gespreksafgifte op één IP-interconnectielocatie moet worden aangeboden. Hieruit volgt dat de dienst Premium Transit Connect Service, voor zover dit ziet op de afwikkeling van gesprekken naar mobiele KPN bestemmingen, naar het oordeel van de ACM kwalificeert als directe interconnectie. Het gesprek (met als bestemming een mobiele gebruiker van KPN) wordt namelijk (1) door aanbieder A gerouteerd naar de IP-interconnectielocatie van KPN (die in gebruik is voor vaste gespreksafgifte); en (2) vanaf de IP-interconnectielocatie door KPN verder afgewikkeld naar de mobiele (gebelde) gebruiker. Hiermee voldoet de geleverde dienst aan de definitie van mobiele gespreksafgifte.

5.1.1 Deelconclusie ACM

40. De dienst Premium Transit Connect Service, die KPN onder andere aanbiedt voor het afwikkelen van verkeer naar mobiele bestemmingen van KPN, kwalificeert naar het oordeel van de ACM als directe interconnectie voor mobiele gespreksafgifte.

5.2 Tariefplafond mobiele gespreksafgifte

41. In de dictumnummers X en XI van het Marktanalysebesluit heeft de ACM KPN verplicht om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. In Annex A van het Marktanalysebesluit zijn, op basis van pure BULRIC, tariefplafonds vastgesteld voor zowel vaste als mobiele gespreksafgifte.
42. Het tariefplafond voor de dienst mobiele gespreksafgifte is in het Marktanalysebesluit vastgesteld op 0,581 eurocenten per minuut.²⁵ Dit tariefplafond geldt vanaf 12 juli 2017 tot het einde van de reguleringsperiode.
43. De tarieven die KPN rekent in de dienst Premium Transit Connect Service voor het afwickelen van verkeer naar mobiele bestemmingen van KPN zijn hoger dan het vastgestelde tariefplafond, aangezien KPN tarieven rekent tussen de **[VERTROUWELIJK]** en de **[VERTROUWELIJK]** eurocenten per minuut.²⁶

5.2.1 Conclusie ACM

44. KPN rekent voor het afwickelen van verkeer naar mobiele KPN bestemmingen binnen de dienst Premium Transit Connect Service een tarief dat hoger ligt dan het in het Marktanalysebesluit vastgestelde tariefplafond²⁷ voor mobiele gespreksafgifte. Hiermee is KPN in overtreding van de tariefverplichting zoals openomen in dictumnummer XI van het Marktanalysebesluit.

6. Reactie KPN

45. KPN is het niet eens met het standpunt van de ACM dat de dienst Premium Transit Connect Service kwalificeert als mobiele gespreksafgifte onder het Marktanalysebesluit. KPN heeft daarvoor de volgende argumenten aangevoerd.

6.1 Er is sprake van indirecte interconnectie tegen ongereguleerde transitstarieven

46. In haar brief van 23 februari 2018²⁸ heeft KPN zich op het standpunt gesteld dat het aanbod Premium Transit Connect Service niet kwalificeert als een mobiele afgiftdienst en dat er sprake is van een transitdienst. Er is daarbij sprake van indirecte interconnectie tegen ongereguleerde transitstarieven.

²⁵ Zie Annex A van het Marktanalysebesluit.

²⁶ Zie bijlage 1, peildatum mei 2018.

²⁷ Zie Annex A van het Marktanalysebesluit.

²⁸ ACM/IN/396683.

47. In haar brief van 7 maart 2018²⁹ motiveert KPN dit standpunt nader. KPN stelt hierbij dat er, naast de gespreksafgiftedienst, een extra dienst wordt geleverd. Met deze extra dienst brengt KPN een scheiding aan tussen de afzonderlijke verkeersstromen in het gemengd aangeleverde verkeer. Deze gemengde verkeersstroom bestaat uit zowel mobiele KPN-bestemmingen als mobiele bestemmingen van andere telecomaandieners. Na het scheiden levert KPN het verkeer bestemd voor mobiele KPN-bestemmingen op de bestemming af.
48. Deze extra dienst valt, naar de mening van KPN, buiten het gereguleerde kader omdat de extra dienst niet behoort tot de verplichting van de aanbieder van gespreksafgifte. Interconnectiepartijen kunnen deze scheiding in de verkeerstroom ook zelf aanbrengen, zo stelt KPN. KPN meent dat zij voor deze extra prestatie een transitvergoeding kan rekenen, bovenop het gereguleerde tariefplafond voor mobiele gespreksafgifte. KPN beschouwt deze extra dienst als ongereguleerde transitdienstverlening.
49. KPN heeft gesteld dat de dienst Premium Transit Connect Service uit drie aspecten bestaat: (i) mobiele gespreksafgifte, (ii) een vergoeding voor het scheiden van transitverkeer en verkeer voor mobiele KPN-bestemmingen en (iii) een vergoeding voor het afleveren van de mobiele gespreksafgifte op het mobiele netwerk van KPN.³⁰ Deze laatste twee aspecten worden door KPN tezamen de 'doorgiftdienst' genoemd. Het tarief voor de mobiele gespreksafgifte bij de dienst Premium Transit Connect bestaat uit de mobiele gespreksafgifte en een toeslag voor de doorgiftdienst.
50. Het tarief dat KPN rekent voor mobiele gespreksafgifte bestaat uit het tarief volgens het plafond zoals vastgesteld in het Marktanalysebesluit: 0,581 eurocenten per minuut, plus een toeslag voor de doorgiftdienst.

6.2 Beoordeling ACM

51. KPN betoogt dat er sprake is van indirecte interconnectie voor het afwickelen van verkeer naar mobiele bestemmingen van KPN, maar zoals de ACM in paragraaf 5.1 heeft gemotiveerd is er geen sprake van indirecte interconnectie en kán er ook geen sprake zijn van indirecte interconnectie voor mobiele gesprekken naar KPN, voor zover dit ziet op IP-interconnectie. De door aanbieders aangeleverde gesprekken op de IP-interconnectielocatie blijven namelijk voldoen aan de definitie van mobiele gespreksafgifte. Op het moment dat de gesprekken voor mobiele bestemmingen van KPN worden aangeleverd op de betreffende IP-

²⁹ ACM/IN/407040.

³⁰ ACM/IN/407040.

interconnectielocatie, start de mobiele gespreksafgifte.

52. Zoals de ACM in paragraaf 5.1 heeft vastgesteld is er hier geen sprake van doorgifte van verkeer naar mobiele bestemmingen van KPN. De IP-interconnectielocatie is namelijk voor mobiele gespreksafgifte gelijk aan die van vaste gespreksafgifte, dus van doorgifte (naar een andere locatie) is geen sprake. Hier mogen dan ook geen extra doorgiftekosten voor worden gerekend. KPN mag wel extra kosten rekenen voor het afwikkelen van transitverkeer, maar niet voor het afwikkelen van mobiele gespreksafgifte.
53. Het feit dat KPN geen extra vergoeding mag rekenen, wordt eveneens door het CBb bevestigd in de uitspraak.³¹ In paragraaf 5.2.3 stelt het College vast dat: *“ACM en KPN het er over eens zijn dat KPN haar huidige praktijk voortzet in de zin dat KPN een IP-interconnectie met het vaste netwerk van KPN in combinatie met een doorgeleidingsdienst van het vaste naar het mobiele netwerk van KPN in één en hetzelfde gebouw aanbiedt zonder daarvoor extra kosten, dat wil zeggen kosten bovenop het vastgestelde maximale tarief voor gespreksafgifte (waaronder doorgeleidingskosten), in rekening te brengen.”*
54. Verder is één van eigenschappen van de definitie van gespreksafgifte dat het gesprek door aanbieder A wordt gerouteerd naar de interconnectielocatie. Daaraan wordt voldaan door aanbieder A binnen de dienst Premium Transit Connect Service. Van extra (routerings-) diensten is geen sprake. Het mobiele verkeer wordt aangeleverd en vervolgens wordt dit door KPN afgewikkeld. De wijze waarop het mobiele verkeer wordt aangeleverd (in dit geval in combinatie met transitverkeer en verkeer voor vaste gespreksafgifte) doet daar niets aan af. Het wordt aangeleverd volgens de definitie en vervolgens afgewikkeld door KPN. Dan gelden ook de daarvoor vastgestelde tariefplafonds.

6.3 KPN heeft al een gereguleerd aanbod in de markt staan

55. In haar brief van 4 mei 2018³² heeft KPN zich op het standpunt gesteld dat er geen grondslag is om de tarieven van de Premium Transit Connect Service te reguleren. Het Marktanalysebesluit, zo meent KPN, biedt deze grondslag niet omdat KPN reeds voldoet aan de verplichtingen uit het besluit middels haar PMLN Terminating Access Service.

6.4 Beoordeling ACM

56. Naar het oordeel van de ACM miskent KPN met deze reactie dat het Marktanalysebesluit niet slechts geldt voor één enkel aanbod. Het is mogelijk om meerdere aanbiedingen te hebben op

³¹ ECLI:NL:CBB:2018:478.

³² ACM/IN/416037.

basis waarvan gespreksafgifte wordt geleverd. Dat neemt echter niet weg dat elke gespreksafgiftedienst die wordt geleverd dient te voldoen aan de verplichtingen uit het Marktanalysebesluit.

6.5 De ACM is niet bevoegd tot het opleggen van de last

57. In KPN's zienswijze³³ van 25 januari 2019 op het voorgenomen besluit heeft KPN aangegeven dat het voorgenomen besluit geen aanleiding geeft om KPN's standpunt omtrent de vermeende overtreding te herzien.
58. Daarnaast heeft KPN de volgende opmerking gemaakt. Onder punt b. van het dictum is de verplichting opgenomen om het maximumtarief van € 0,581 eurocent per minuut met terugwerkende kracht vanaf 12 juli 2017 te hanteren voor alle afnemers van deze dienstverlening, en onder punt c. dat KPN de aangepaste overeenkomsten en (credit)facturen per contractspartij moet overleggen aan de ACM. Naar het oordeel van KPN valt het opleggen van dergelijke verplichtingen buiten de bevoegdheid van de ACM en is deze voorbehouden aan een civiele rechter. Hierbij verwijst KPN naar twee uitspraken van het CBb van 13 juli 2006.³⁴
59. Tot slot merkt KPN op in haar reactie dat in het dictum ten onrechte niet is gespecificeerd dat deze ziet op het afwikkelen van verkeer via IP-interconnectie, waardoor de last in theorie ook zou kunnen zien op TDM-interconnectie. KPN verzoekt de tekst van het dictum van de last aan te passen zodat duidelijk is dat de last slechts ziet op IP-interconnectie.

6.6 Beoordeling ACM

60. Naar aanleiding van de zienswijze van KPN heeft de ACM besloten om de tekst van de last onder dwangsom dusdanig aan te passen dat duidelijk is dat deze enkel ziet op IP-interconnectie. In paragraaf 7.3 wordt nader ingegaan op de bevoegdheid van de ACM tot het opleggen van de last onder dwangsom.

³³ ACM/IN/427309.

³⁴ ECLI:NL:CBB:2006:AY3822 en ECLI:NL:CBB:AY3826.

7. Beëindiging en ongedaan maken van overtredingen - Last onder dwangsom

7.1 De overtredingen

61. In het vorige hoofdstuk heeft de ACM vastgesteld dat KPN handelt en heeft gehandeld in strijd met de tariefverplichting uit het Marktanalysebesluit door het rekenen van een opslag bovenop het vastgestelde tariefplafond van 0,581 eurocenten per minuut voor mobiele gespreksafgifte binnen de dienst Premium Transit Connect Service.
62. KPN moet deze overtredingen zo spoedig mogelijk beëindigen. Dit moet KPN bewerkstelligen door maximaal het vastgestelde tariefplafond in haar aanbod op te nemen en dit te rekenen voor de dienst Premium Transit Connect Service voor het afwickelen van gesprekken naar mobiele bestemmingen van KPN.

7.2 Manier van beëindiging overtredingen

63. In de besprekingen heeft KPN gevraagd of zij ook de overtreding kan beëindigen door het intrekken van het aanbod. Hierbij overweegt de ACM dat deze vorm van interconnectie, waarbij KPN de mogelijkheid biedt om naast vaste gespreksafgifte en mobiele gespreksafgifte ook transit-diensten af te nemen via één interconnectiepoort, voornamelijk wordt afgenomen door kleinere afnemers. Er is dus een duidelijk belang voor de kleinere afnemers om gebruik te kunnen blijven maken van een dergelijk gecombineerd aanbod. Deze kleine afnemers zijn zich ook niet bewust van de strijdigheid van het aanbod met de geldende regelgeving, maar hebben wel hun bedrijfsprocessen ingericht op het huidige gecombineerde aanbod van KPN.
64. De ACM is van oordeel dat de door KPN aangeboden mogelijkheid om mobiele gespreksafgifte en transit gezamenlijk aan te leveren onderdeel uitmaakt van het huidige aanbod van KPN voor vaste en mobiele gespreksafgifte. Hiermee kwalificeert dit aanbod als reeds verleende toegang tot vaste en mobiele gespreksafgifte. Ten aanzien van het beëindigen van reeds verleende toegang gelden specifieke voorwaarden.³⁵ In dit specifieke geval ziet de ACM geen gerechtvaardigde reden voor KPN om deze reeds verleende toegang in te trekken.
65. Alleen de gehanteerde verkeerstarieven voor mobiele gespreksafgifte verhouden zich niet met de tariefverplichting uit het Marktanalysebesluit. Het intrekken van de gehele dienst is dan ook niet noodzakelijk en ook onnodig belastend voor de (voornamelijk kleinere) afnemers van

³⁵ Zie randnummer 280, onder h, van het Marktanalysebesluit.

deze dienst. De overtredingen worden reeds beëindigd door een minder ingrijpende maatregel, namelijk door het maximaal rekenen van het vastgestelde tariefplafond door KPN. Ook voor KPN is dit een relatief eenvoudig uit te voeren maatregel. KPN moet hierbij alleen de mobiele gespreksafgiftetarieven voor de mobiele bestemmingen van KPN, te weten GSM1 en TLFM, dusdanig verlagen dat dit tarief maximaal op het tariefplafond voor mobiele gespreksafgifte uit het Marktanalysebesluit komt te liggen.

7.3 Ongedaan maken van de overtredingen

66. Met het vanaf 12 juli 2017 rekenen van te hoge tarieven zijn vele afnemers benadeeld. Met slechts het beëindigen van de overtredingen door het huidige aanbod aan te passen en vanaf nu niet meer dan de vastgestelde tariefplafonds te rekenen, zijn de overtredingen die vanaf 12 juli 2017 zijn begaan (door te hoge tarieven te rekenen) nog niet ongedaan gemaakt. In dit geval is het mogelijk om de overtredingen ongedaan te maken door alsnog de juiste tarieven hiervoor te rekenen. Om dit te bewerkstelligen moet KPN met terugwerkende kracht vanaf 12 juli 2017 voor de al afgenomen mobiele gespreksafgiftediensten alsnog maximaal het tariefplafond rekenen. Het opleggen van een herstelsanctie aan KPN zoals gedefinieerd in artikel 5:2, eerste lid, aanhef en onder b. is daartoe het geëigende middel.
67. In haar reactie op het voorgenomen besluit heeft KPN aangegeven dat de ACM niet bevoegd is tot het opleggen van een dergelijke verplichting, verwijzend naar twee eerdere uitspraken van het CBb. In beide zaken heeft het CBb geoordeeld dat het niet in de bevoegdheid ligt van de ACM om tot het verplichten van een terugbetaling of verrekening over te gaan, maar dat dit een bevoegdheid van de civiele rechter is.
68. De ACM kent deze uitspraken en respecteert deze ook. De last verplicht KPN ook niet tot het terugbetalen of verrekenen van de teveel gerekende tarieven. Het enige dat de ACM verplicht KPN te doen is het rekenen van de juiste tarieven om daarmee (de gevolgen van) de overtredingen ongedaan te maken. Het is nu juist de bevoegdheid van de ACM om KPN te verplichten de juiste tarieven te rekenen. Dit volgt direct uit artikel 6a.7, eerste en tweede lid van de Tw. Hierin staat dat wanneer een tariefverplichting wordt opgelegd, deze ziet op het rekenen van de (kostengeoriënteerde) tarieven. Dit is precies wat de ACM KPN verplicht te doen. Daarbij heeft de ACM eveneens de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen om daarmee de overtredingen ongedaan te maken.
69. Naar aanleiding van de zienswijze van KPN heeft de ACM besloten de tekst van het dictum ten aanzien van het overleggen van bewijs van uitvoering van de last enigszins te wijzigen. Hiermee ontstaat er meer vrijheid in de wijze van uitvoering voor KPN om aan de last te voldoen en wordt voorkomen dat door de ACM mogelijk de suggestie wordt gewekt dat KPN

wordt verplicht tot een (terug)betaling. Dit is nadrukkelijk niet de verplichting die de ACM oplegt aan KPN in deze last. Het is de eigen beslissing van KPN om wel of niet tot terugbetaling over te gaan. En een eventueel dispuut dat daarover ontstaat zal dus ook niet door de ACM worden beslecht, maar door een civiele rechter.

8. Besluit

70. De ACM gelast KPN B.V., op verbeurte van een dwangsom van 100.000 euro (zegge: honderdduizend euro) per dag met een maximum van 1.000.000 euro (zegge: één miljoen euro), binnen vier weken na dagtekening van dit besluit de overtredingen te beëindigen en ongedaan te maken door binnen de dienst "Premium Transit Connect Service" voor het afwickelen van het IP-verkeer naar mobiele bestemmingen van KPN met terugwerkende kracht vanaf 12 juli 2017 geen tarieven te rekenen die liggen boven het vastgestelde tariefplafond van 0,581 eurocenten per minuut.
71. Op grond van artikel 12r, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt verbindt de ACM het voorschrift aan de last onder dwangsom dat KPN binnen vier weken na dagtekening van dit besluit gegevens verstrekt aan de ACM waaruit blijkt dat zij aan de last uit randnummer 70 heeft voldaan.

Den Haag,

De Autoriteit Consument en Markt,
Namens deze,

w.g. dr. F.J.H. Don
Bestuurslid

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Directie Telecom, Vervoer en Post, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*

Bijlage 1: Interconnectiepartijen met Premium Transit Connect Service

[BIJLAGE 1: INTEGRAAL VERTROUWELIJK]