

Besluit openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/201712
Zaaknummer: 10.0141.37.1.01 / 10.0141.37.1.02
Datum: 17 JUN 2010

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inhoudende de ongegrond verklaring van de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. en van BT Nederland N.V. e.a. tegen zijn besluit van 5 januari 2010 tot oplegging van een boete wegens overtreding van verplichtingen die KPN op grond van de artikelen 6a.12, onder a, en 6a.13, vijfde lid van de Telecommunicatiewet zijn opgelegd

1 Samenvatting

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft bij besluit van 5 januari 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/200003) aan Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) een boete van € 780.000,- opgelegd. Aanleiding voor dit besluit (hierna: het boetebesluit) zijn de overtredingen die KPN heeft begaan van de verplichtingen die haar op grond van de artikelen 6a.13, vijfde lid (meldingsplicht) en 6a.12, onder a (non-discriminatieverplichting) van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) in het marktanalysebesluit "De retailmarkten voor vaste telefonie; besluit betreffende het opleggen van verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet" van 21 december 2005 (hierna: het retailbesluit) en het marktanalysebesluit "Marktanalyse vaste telefonie" van 19 december 2008 (hierna: het vaste telefoniebesluit) zijn opgelegd.
2. De overtredingen bestaan er kort gezegd uit dat KPN in overeenkomsten (zogenaamde KlantPartnerProgramma's ofwel KPP's) met **[VERTROUWELIJK]** voor zichzelf een recht op het doen van een last bid en een preferred suppliership heeft bedongen. Daarmee heeft KPN in strijd gehandeld met de non-discriminatieverplichting, en de ter invulling daarvan opgelegde gedragsregels ter zake van selectieve prijsonderbieding en loyaliteitskortingen, die haar zijn opgelegd in het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit. Ook heeft KPN deze afwijkende afspraken in strijd met de op haar rustende meldingsplicht niet aan het college gemeld.
3. Tegen het boetebesluit van 5 januari 2010 hebben KPN en BT Nederland N.V., Colt Technology Services B.V., Verizon Nederland B.V., UPC Nederland Business B.V., Tele2 Nederland B.V. en Atlantic Telecom Business B.V. (hierna: BT c.s.) bezwaar gemaakt. Het college verklaart deze bezwaren ongegrond.

Besluit

openbaar

2 Verloop van de procedure

4. In Bijlage A van het boeterapport is een volledig overzicht opgenomen van het verloop van de procedure tot aan de vaststelling van het boeterapport. Deze bijlage fungeert tevens als overzicht van de bronnen die geraadpleegd zijn voor het aan het boetebesluit ten grondslag liggende onderzoek.
5. Naar aanleiding van het feit dat KPN op 3 maart 2008 haar vuistregels voor het gecombineerd aanbieden van gereguleerde en ongereguleerde diensten definitief heeft gemaakt, heeft KPN de zogenoemde KPP's onderzocht op mogelijke strijdigheid met de verplichtingen uit het retailbesluit. KPN heeft dit interne onderzoek naar de KPP's op verzoek van het college, conform het Compliance Handvest, op 8 april 2008 aan het college gemeld.¹ KPN heeft dit onderzoek gemeld als zijnde een 'interne scan'.
6. In vervolg op deze melding heeft de toezichthoudende ambtenaar KPN bij brief van 15 mei 2008 verzocht hem nader te informeren over de resultaten van deze interne scan.
7. Bij brief van 28 mei 2008 heeft KPN op het verzoek gereageerd. KPN heeft de resultaten van het interne onderzoek meegedeeld. In het onderzoeksrapport van KPN wordt geadviseerd om bij vier van de negen overeengekomen KPP's actie te ondernemen om te verduidelijken dat gereguleerde dienstverlening onafhankelijk wordt aangeboden van ongereguleerde dienstverlening. ("Klant nog een keer specifiek wijzen op het feit dat hij vrij is zijn gereguleerd portfolio op elk moment conform de voorwaarden van de overeenkomst te beëindigen"). Bij deze interne rapportage zijn delen van de KPP-overeenkomsten met deze vier klanten verstrekt inclusief brieven en de aanpassingen van deze overeenkomsten.
8. KPN heeft met enige vertraging de complete dossiers aan het college overgelegd, waaronder de bij de KPP-overeenkomst behorende deelovereenkomsten. Achterliggende reden van de vertraging was dat KPN zich in eerste instantie niet kon verenigen met het door de toezichthoudende ambtenaar gedane schriftelijke informatieverzoek, dat volgens KPN niet zou passen binnen het met het college overeengekomen Compliance Handvest.
9. Naar aanleiding van de onvolledige dossiers die waren aangeleverd, heeft er op 4 augustus 2008 een bespreking plaatsgevonden tussen het college en KPN. Daar is afgesproken dat KPN alsnog de volledige dossiers van de 9 afgesloten KPP's zou opleveren.

¹ 20080506 HV 03 Issuelijst KPN geheim.xls

Besluit

openbaar

10. KPN is deze afspraak ook nagekomen. Bij brief van 16 augustus 2008 heeft KPN de aanvullende dossiers van de 9 KPP's aangeleverd. KPN heeft echter aangegeven dat er nog 2 (deel)overeenkomsten ontbraken. Op 7 oktober 2008 is de laatste ontbrekende (deel)overeenkomst opgeleverd.
11. Op 4 maart 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar zijn voorlopige standpunt inzake de KPP's kenbaar gemaakt aan KPN. OPTA is van mening dat KPN met de preferred supplier en last bid afspraken, voor zover deze betrekking hebben op gereguleerde diensten, in strijd handelt met de non-discrimatieverplichting, de transparantieplichting en de meldingsplicht. Verder heeft de toezichthoudend ambtenaar gesignaleerd dat de door KPN beoogde ontbundeling als resultaat van haar eigen interne onderzoek niet goed is uitgevoerd en dat daardoor een aantal afspraken is gemaakt, die mogelijk tot het (opnieuw) overtreden van de non-discrimatieverplichting zouden kunnen leiden.
12. Op 19 maart 2009 heeft KPN concept-beëindigingsbrieven inzake de KPP's aan OPTA overgelegd. Voorts heeft KPN op 19 maart 2009 een brief met haar voorlopige standpunt over de rechtmatigheid van de KPP's toegezonden.
13. Op 27 maart 2009 heeft KPN een tweede reactie op het concept-standpunt toegezonden.
14. Op 3 april 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar bevestigd dat de concept-beëindigingsbrieven in orde zijn.
15. Op 13 mei 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar een e-mail van KPN ontvangen met door twee relevante afnemers ondertekende beëindigingsbrieven. Ten aanzien van één afnemer heeft KPN op 28 mei 2008 verklaard dat deze klant geen gereguleerde diensten meer van KPN afneemt.
16. Op 28 juli 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar het feitencomplex, bestaande uit hoofdstuk 4 en bijlage A van het boeterapport, aan KPN toegezonden.
17. Op 24 augustus 2009 heeft KPN daarop een reactie gegeven.
18. Naar aanleiding van deze reactie is op 15 en 17 september 2009 per e-mail informatie verzocht omtrent een mantelovereenkomst met een der partijen en de omzetopgave van KPN ten aanzien van een der partijen.
19. Op 17 september heeft KPN per e-mail op het informatieverzoek omtrent de mantelovereenkomst gereageerd.
20. Op 21 september 2009 heeft KPN per e-mail op het informatieverzoek omtrent de omzetgegevens gereageerd.

Besluit openbaar

21. Op 25 september 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar een vervolgvraag om informatie omtrent de op 21 september 2009 door KPN gegeven informatie gedaan.
22. Op 7 oktober 2009 heeft KPN per e-mail inhoudelijk op het vervolgvraag gereageerd.
23. Op 14 oktober 2009 is ten aanzien van KPN een rapport in de zin van artikel 15.8 Tw (hierna: het rapport) opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college. Dit rapport is bij brief van 15 oktober 2009 aan KPN toegezonden. Het college heeft KPN in de gelegenheid gesteld mondeling of schriftelijk haar zienswijze op het rapport te geven.
24. KPN heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt door op 5 november 2009 een schriftelijke zienswijze in te dienen.
25. Bij email van 10 november 2009 heeft het college aan KPN verzocht aan te geven of zij in aanvulling daarop ook een mondelinge zienswijze wenste te geven. Bij email van 10 november 2009 heeft KPN aangegeven dat zij op haar bereidheid om een mondelinge toelichting te geven heeft gewezen om aan te geven dat zij, als OPTA daar behoefte aan zou hebben, beschikbaar is voor het geven van een mondelinge toelichting of het beantwoorden van vragen.
26. Bij besluit van 5 januari 2010 heeft het college aan KPN een boete van € 780.000,- opgelegd voor overtredingen van verplichtingen die KPN in het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit zijn opgelegd op grond van de artikelen 6a.12, onder a en 6a.13, vijfde lid van de Tw.
27. KPN heeft tegen het boetebesluit op 5 februari 2010 bezwaar gemaakt. Op 12 februari 2010 heeft het college KPN in de gelegenheid gesteld om de gronden van het bezwaarschrift uiterlijk 12 maart 2010 aan te vullen. Desverzocht heeft het college bij brief van 22 februari 2010 KPN in de gelegenheid gesteld de gronden van het bezwaarschrift uiterlijk 9 april 2010 aan te vullen.
28. BT c.s. heeft tegen het boetebesluit op 8 februari 2010 bezwaar gemaakt. Op 12 februari 2010 heeft het college BT c.s. in de gelegenheid gesteld om de gronden van het bezwaarschrift aan te vullen op uiterlijk 12 maart 2010. Bij brief van 3 maart 2010 heeft het college BT c.s. in de gelegenheid gesteld de gronden van het bezwaarschrift uiterlijk 9 april 2010 aan te vullen.
29. Op 9 april 2010 hebben zowel KPN als BT c.s. hun respectievelijke bezwaarschriften van gronden voorzien.
30. Bij brief van 6 april 2010 heeft het college KPN en BT c.s. uitgenodigd voor de hoorzitting van 19 april 2010.
31. KPN en BT c.s. hebben op de hoorzitting van 19 april 2010 hun bezwaarschriften mondeling toegelicht.

Besluit openbaar

3 Feiten

32. In dit hoofdstuk zal een beschrijving worden gegeven van de relevante feiten zoals die door de toezichthoudend ambtenaar tijdens het onderzoek naar de KPP's zijn vastgesteld. De in dit hoofdstuk beschreven feiten in combinatie met de in bijlage A bij het rapport opgesomde stukken vormen de basis van de door de toezichthoudend ambtenaar geconstateerde overtredingen inzake drie KPP's die aan het boetebesluit ten grondslag liggen. De feiten zullen per KPP uiteen worden gezet.

3.1 Feiten [VERTROUWELIJK]

33. De overeenkomst² tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is ingegaan op 1 mei 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

Reikwijdte

34. Voor het onderzoek naar de vraag of de overeenkomst zich mede uitstrekt tot gereguleerde diensten is de reikwijdte van de overeenkomst van belang. Over de reikwijdte van de overeenkomst is in artikel 2.1 van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] het volgende bepaald:

“Deze Overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de in Bijlage 1 genoemde telecommunicatiediensten en –producten (hierna: “Diensten”). Specifieke overeenkomsten voor de in Bijlage 1 genoemde Diensten worden een Deelovereenkomst bij deze Partnership Overeenkomst.”

35. In Bijlage 1 staat het volgende vermeld:

“De Deelovereenkomsten van de onderstaande diensten vallen onder deze Partnership Overeenkomst;”

<i>Dienst</i>	<i>Kenmerk</i>	<i>Einddatum lopend Contract</i>	<i>Einddatum nieuw contract</i>
<i>Vaste telefonie</i>	<i>Intentieverklaring</i>		
<i>Vaste telefonie</i>	<i>SR1-091224/108</i>		
<i>Mobiele Telefonie</i>	<i>SR1-091224/104</i>		
<i>Internet Access</i>	<i>SR1-091224/85</i>		

² Partnership Overeenkomst [VERTROUWELIJK] en KPN B.V., 15 mei 2007 en kenmerk/versie SR1- 091224/91

Besluit openbaar

36. In de tabel in Bijlage 1 bij de overeenkomst zijn onder meer de diensten Vaste telefonie opgenomen. Daaruit blijkt dat de reikwijdte van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** tevens gereguleerde diensten betreft, namelijk vaste telefoniediensten.

Aanvang en duur overeenkomst

37. In artikel 5.1 van de Overeenkomst met de **[VERTROUWELIJK]** is het volgende vermeld:

“Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf (5) jaar, ingaande per 1 mei 2007. Indien niet uiterlijk zes (6) maanden voor het verstrijken van deze Overeenkomst door een der Partijen schriftelijk is opgezegd, wordt de Overeenkomst van rechtswege telkens met één jaar verlengd. Iedere Partij kan de Partnership Overeenkomst vervolgens beëindigen door schriftelijke opzegging tegen het einde van de verlengingstermijn met inachtneming van een termijn van negentig (90) kalenderdagen.”

38. In artikel 5.3 is voor de gereguleerde dienstverlening een uitzondering opgenomen met betrekking tot de duur van de overeenkomst:

“Op het moment van ondertekening van deze Overeenkomst worden alle onderliggende Deelovereenkomsten met betrekking tot de Diensten verlengd tot 1 mei 2012, behoudens indien en voor zover de Diensten betrekking hebben op gereguleerd portfolio, waaronder vaste telefonie.”

39. De Overeenkomst is ingegaan op 1 mei 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar. De duur van Deelovereenkomsten welke onder deze Partnership overeenkomst vallen is gelijkgesteld met de duur van de Partnership overeenkomst. De deelovereenkomsten welke gereguleerde dienstverlening bevatten zijn daarvan uitgezonderd. Deze hebben een minimale duur zoals nader in de desbetreffende Deelovereenkomsten is bepaald.

Afspraken preferred supplier

40. KPN heeft met **[VERTROUWELIJK]** een “preferred supplier” afspraak gemaakt. Deze is vastgelegd in een aantal artikelen van de Overeenkomst. In artikel 1.9 is bepaald:

“Preferred Supplier:

[VERTROUWELIJK] *ziet KPN als voorkeursleverancier voor de levering van ICT en Telecommunicatiediensten.”*

41. In artikel 2.2 is bepaald:

*“KPN is “preferred supplier” van **[VERTROUWELIJK]** voor alle Diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dit zijn in ieder geval de diensten zoals vermeld in Bijlage 1.”*

Besluit openbaar

42. KPN is voor **[VERTROUWELIJK]** preferred supplier voor alle diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dat zijn in ieder geval die diensten die in de in bijlage 1 genoemde Deelovereenkomsten zijn opgenomen. Gelet op het feit dat bijlage 1 mede gereguleerde diensten omvat, heeft de preferred supplier afspraak daarom ook betrekking op de Deelovereenkomst waarin gereguleerde dienstverlening is opgenomen, meer specifiek vaste telefonie.

43. De preferred supplier afspraak hebben partijen verder uitgewerkt in artikel 3.2 bij de overeenkomst:

*“KPN wordt actief betrokken bij vernieuwingen en bij de **[VERTROUWELIJK]** -strategie op ICT- en telecommunicatiegebied.*

*KPN wordt dus beschouwd als preferred supplier en als zodanig uitgenodigd deel te nemen aan RFP's op ICT gebied. In het geval dat na een RFI of RFP er sprake is van gelijklopende aanbiedingen door een of meer leveranciers van **[VERTROUWELIJK]**, zal **[VERTROUWELIJK]** haar keus laten vallen op de preferred supplier voor die diensten.”*

44. KPN krijgt als gevolg van deze preferred supplier bepaling de gelegenheid geboden het bod van de concurrentie te evenaren, ook als dergelijke aanbiedingen gereguleerde dienstverlening betreft. Gedurende de duur van de Partnership Overeenkomst is KPN preferred supplier, ook voor gereguleerde diensten die in korter lopende Deelovereenkomsten zijn opgenomen. De preferred supplier afspraak is van toepassing op alle deelovereenkomsten.

Innerlijke tegenstrijdigheid in de overeenkomst

45. Naast bovenvermelde preferred supplier afspraken bevat de overeenkomst ook een Management Summary. In deze samenvatting is het volgende bepaald:

*“**[VERTROUWELIJK]** zal KPN beschouwen als preferred supplier en middels het partnership agreement ook een commitment geven voor afname van diensten door KPN (met uitzondering van gereguleerd portfolio, waaronder vaste telefonie).”*

46. Volgens deze bovenstaande samenvatting is dit commitment dus niet van toepassing op gereguleerd portfolio.

47. Uit het feitencomplex zoals hiervoor beschreven blijkt echter dat de Partnership Overeenkomst tussen KPN en **[VERTROUWELIJK]** afspraken bevat die afwijken van en strijdig zijn met hetgeen in de Management Summary is bepaald. Deze specifieke preferred supplier bepalingen uit deze overeenkomst hebben betrekking op gereguleerde diensten. Later in deze beslissing wordt uiteen gezet waarom het college er op basis van deze feiten vanuit gaat dat de gemaakte afspraken mede betrekking hebben op gereguleerde diensten.

Besluit openbaar

Afspraken last bid

48. In datzelfde artikel 3.2 van de overeenkomst is het volgende bepaald:

“... In het geval van geregleerde diensten zoals benoemd in deze Overeenkomst, heeft KPN bij inkooptrajecten van [VERTROUWELIJK] het recht tot het geven van ‘last bid’.”

49. In artikel 1.12 is het begrip last bid als volgt omschreven:

“Last Bid:

Indien na een RFP beantwoording van KPN aan [VERTROUWELIJK], op basis van prijs de voorkeur uitgaat naar een andere leverancier dan KPN dan wordt KPN in de gelegenheid gesteld het prijsniveau te evenaren. Bij gelijke pricing zal [VERTROUWELIJK] kiezen voor KPN.”

50. Als gevolg van deze bepaling is KPN in een biedingsproces, specifiek ten aanzien van geregleerde dienstverlening voor de duur van de Partnership Overeenkomst, altijd in staat te reageren op de biedingen van haar concurrenten en desgewenst haar eigen aanbod hierop aan te passen.

Beëindiging preferred supplier en last bid afspraken

51. KPN is op 21 april 2009 een addendum³ bij de Partnership Overeenkomst overeengekomen. In dit addendum bepaalt KPN het volgende:

“In (...) bijlage 1 is opgenomen de dienst vaste telefonie. Vaste Telefonie is een dienst waarvoor KPN geregleerd is op basis van de telecommunicatiewet. KPN kan de dienst Vaste Telefonie als geregleerde dienst uitsluitend tegen de geregleerde tarieven en onder KPN's voorwaarden in aparte overeenkomsten aanbieden. Er mag geen relatie bestaan tussen de afname van geregleerde diensten enerzijds en de afname van eventuele overige diensten anderzijds.

Op basis van de tekst van de Overeenkomst kan [VERTROUWELIJK] van mening zijn dat de voordelen opgenomen in de Overeenkomst alleen gelden tussen partijen indien [VERTROUWELIJK] ook Vaste Telefonie van KPN blijft afnemen. Dit is niet het geval.

Partijen (hebben) middels het ondertekenen van een addendum in 2008 de hierboven genoemde omissie in de Overeenkomst (...) gecorrigeerd.

Partijen (wensen) thans dit artikel (...) aan te passen middels het ondertekenen van een

³ Bijlage bij e-mail van 13 mei 2009; brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] d.d. 17 april 2009 met kenmerk R/09/U038 met daarbij de bijlage met de op 21 april overeengekomen vernieuwd addendum.

Besluit openbaar

tweede addendum dat het eerste addendum volledig vervangt.”

52. De preferred supplier afspraak is door ondertekening van dit tweede addendum niet meer van toepassing op gereguleerde dienstverlening en het recht op het geven van een last bid is geschrapt.

Omzetgegevens

53. Uit opgave van KPN blijken de volgende omzet gegevens voor [VERTROUWELIJK]:

- in 2007 bedroeg de totale omzet € [VERTROUWELIJK] waarvan € [VERTROUWELIJK] aan vaste telefonie
- in 2008 bedroeg de totale omzet € [VERTROUWELIJK] waarvan € [VERTROUWELIJK] aan vaste telefonie.

3.2 Feiten [VERTROUWELIJK]

54. De KPP-overeenkomst⁴ tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is ingegaan op 1 juli 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

Reikwijdte

55. Over de reikwijdte van de overeenkomst is in artikel 2.1 van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] het volgende bepaald:

“Deze Overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de in Bijlage 1 genoemde telecommunicatiediensten en –producten (hierna: “Diensten”). Specifieke overeenkomsten voor de in Bijlage 1 genoemde Diensten worden een Deelovereenkomst of intentieverklaring bij deze Partnership Overeenkomst.”

56. In Bijlage 1 staat het volgende vermeld:

“De intentieverklaringen van de onderstaande diensten vallen onder deze Partnership Overeenkomst;

<i>Dienst</i>	<i>Kenmerk</i>	<i>Getekend d.d.</i>	<i>Einddatum</i>
<i>Vaste telefonie</i>	<i>Intentieverklaring</i>	<i>Juni 2007</i>	<i>1 juli 2012</i>
<i>Alarmering over IP & Alarmgateway</i>	<i>Intentieverklaring</i>	<i>8 mei 2007</i>	<i>nvt</i>
<i>In Beeld</i>	<i>Intentieverklaring</i>	<i>8 mei 2007</i>	<i>nvt</i>

“

⁴ Partnership Overeenkomst [VERTROUWELIJK] en KPN B.V. van 25 juni 2007 met kenmerk /versie SR1- 024584/133

Besluit openbaar

57. De reikwijdte van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** betreft dus tevens gereguleerde diensten, meer specifiek die diensten opgesomd in het tabel bij Bijlage 1 die tot de diensten vaste telefonie behoren.

Aanvang en duur overeenkomst

58. In artikel 5.1 van de Overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** is het volgende vermeld:

“Deze Overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf (5) jaar, ingaande per 1 juli 2007. Indien niet uiterlijk zes (6) maanden voor het verstrijken van deze Overeenkomst door een der Partijen schriftelijk is opgezegd, wordt de Overeenkomst van rechtswege telkens met één jaar verlengd. Iedere Partij kan de Partnership Overeenkomst vervolgens beëindigen door schriftelijke opzegging tegen het einde van de verlengingstermijn met inachtneming van een termijn van negentig (90) kalenderdagen.”

Afspraken preferred supplier

59. KPN heeft met **[VERTROUWELIJK]** een “preferred supplier” afspraak gemaakt. Deze is vastgelegd in een aantal artikelen van de Overeenkomst. In artikel 1.9 is bepaald:

*“Preferred Supplier:
[VERTROUWELIJK] ziet KPN als voorkeursleverancier voor de levering van Telecommunicatiediensten.”*

60. In artikel 2.2 is bepaald:

*“KPN is “preferred supplier” van **[VERTROUWELIJK]** voor alle diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dit zijn in ieder geval de diensten zoals vermeld in bijlage 1.”*

61. Gelet op het feit dat bijlage 1 mede gereguleerde diensten omvat, heeft de preferred supplier afspraak daarom ook betrekking op de uiteindelijke deelovereenkomst waarin gereguleerde dienstverlening, meer specifiek vaste telefonie, is opgenomen.

62. De preferred supplier afspraak heeft KPN verder uitgewerkt in artikel 3.2 van de overeenkomst:

*“KPN wordt actief betrokken bij vernieuwingen en bij de **[VERTROUWELIJK]** -strategie op telecommunicatiegebied.
KPN wordt dus beschouwd als preferred supplier en als zodanig uitgenodigd deel te nemen aan RFP's op telecommunicatie gebied. In het geval dat na een RFI of RFP er sprake is van gelijklopende aanbiedingen door een of meer leveranciers van **[VERTROUWELIJK]**, zal **[VERTROUWELIJK]** haar keus laten vallen op de preferred supplier voor die diensten.”*

Besluit openbaar

63. KPN krijgt als gevolg van deze preferred supplier bepaling de gelegenheid geboden het bod van de concurrentie te evenaren, ook als dergelijke aanbiedingen geregleerde dienstverlening betreffen. De preferred supplier afspraak is van toepassing op alle deellovereenkomsten. Gedurende de duur van de Partnership Overeenkomst is KPN preferred supplier ook voor geregleerde diensten, in casu vaste telefonie, welke in korter lopende deellovereenkomsten zijn opgenomen.

Innerlijke tegenstrijdigheid in de overeenkomst

64. De overeenkomst bevat een Management Summary. In deze samenvatting is het volgende bepaald:

“[VERTROUWELIJK] zal KPN beschouwen als preferred supplier en middels het partnership agreement ook een commitment geven voor afname van diensten door KPN (met uitzondering van geregleerd portfolio, waaronder vaste telefonie).”

65. Volgens deze bovenstaande samenvatting is dit commitment dus niet van toepassing op geregleerd portfolio.
66. Uit het feitencomplex zoals hiervoor beschreven blijkt echter dat de Partnership Overeenkomst tussen KPN en [VERTROUWELIJK] afspraken bevat die afwijken van en strijdig zijn met hetgeen in de Management Summary is bepaald. Deze specifieke preferred supplier bepalingen uit deze overeenkomst hebben betrekking op geregleerde diensten. Daarmee is de strekking van de Management Summary dus strijdig met deze bepalingen uit de overeenkomst. Het college is van oordeel dat deze specifieke bepalingen prevaleren boven een als samenvatting bedoelde Management Summary.

Afspraken last bid

67. In datzelfde artikel 3.2 van de overeenkomst is het volgende bepaald:

“... In het geval van geregleerde diensten zoals benoemd in deze Overeenkomst, heeft KPN bij inkooptrajecten van [VERTROUWELIJK] het recht tot het geven van ‘last bid’.”

68. In artikel 1.12 van de overeenkomst is het begrip last bid als volgt omschreven:

“Last Bid:

Indien na een RFP beantwoording van KPN aan [VERTROUWELIJK], op basis van prijs de voorkeur uitgaat naar een andere leverancier dan KPN dan wordt KPN in de gelegenheid gesteld het prijsniveau te evenaren. Bij gelijke pricing zal [VERTROUWELIJK] kiezen voor KPN.”

69. Als gevolg van deze bepaling is KPN in een biedingsproces, specifiek ten aanzien van geregleerde dienstverlening voor de duur van de Partnership Overeenkomst, altijd in staat te

Besluit openbaar

reageren op de biedingen van haar concurrenten en desgewenst haar eigen aanbod hierop aan te passen.

Beëindiging preferred supplier en last bid afspraken

70. KPN is op 13 februari 2008 een addendum met **[VERTROUWELIJK]**⁵ overeengekomen. In dit addendum bepaalt KPN het volgende:

*“De dienst vaste telefonie wordt door KPN B.V. te allen tijde onafhankelijk van andere diensten in deze Partnership Overeenkomst **[VERTROUWELIJK]** geleverd uitsluitend onder de voor deze dienst geldende Algemene Voorwaarden van KPN en tegen gereguleerde tarieven. Deze tarieven staan dus vast.*

*De voor **[VERTROUWELIJK]** geldende tarieven en voorwaarden waaronder niet gereguleerde diensten worden afgenomen van KPN gelden geheel onafhankelijk van de eventuele afname door **[VERTROUWELIJK]** van gereguleerde diensten van KPN B.V.*

Mocht enige bepaling in de Partnership Overeenkomst strijdig zijn met hetgeen in dit Addendum is bepaald, dan verliest de desbetreffende bepaling in de Partnership Overeenkomst zijn geldigheid en zal de inhoud van de Partnership Overeenkomst overeenkomstig hetgeen in dit addendum is overeengekomen worden aangepast.”

71. In dit addendum heeft KPN de afname van gereguleerde diensten onder Partnership Overeenkomst onafhankelijk gemaakt van de afname van gereguleerde diensten. Daarmee zijn naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar echter nog niet de specifieke bepalingen ten aanzien van preferred supplier en last bid afspraken ten aanzien van gereguleerde diensten beëindigd.

72. Op 17 april 2009 verklaart KPN⁶ de laatste alinea van het addendum van 13 februari 2008 expliciet van toepassing op de artikelen 2.2 en 3.2:

“De bepaling opgenomen in de laatste alinea van het addendum van 13 februari 2008 is voor zover nodig op artikelen 2.2 en 3.2 van toepassing voor zover deze artikelen betrekking zouden hebben op gereguleerd portfolio. KPN beschouwt deze artikelen als strijdig met hetgeen in het Addendum is bepaald waardoor artikelen 2.2 en 3.2 voor zover het gereguleerd portfolio betreft niet geldig en tussen partijen niet van toepassing zijn.”

73. De preferred supplier en last bid afspraken zijn als gevolg van dit laatste addendum niet langer van toepassing op gereguleerde dienstverlening.

⁵ Bijlage bij brief van KPN aan het college d.d. 15 september 2008 met kenmerk R/o8/U/125. Het betreft het addendum dat op 13 februari 2008 getekend is door **[VERTROUWELIJK]** en dat bij de overeenkomst als bijlage aan het college is opgeleverd.

⁶ Bij brief met kenmerk R/09/U/308 aan **[VERTROUWELIJK]** d.d. 17 april 2009, opgeleverd aan het college op 13 mei 2009.

Besluit openbaar

Omzetgegevens

74. Met deze Partnership Overeenkomst is volgens bijlage 3 jaarlijks een omzet gemoeid van **[VERTROUWELIJK]** euro. Uit deze bijlage blijkt dat hiervan jaarlijks € **[VERTROUWELIJK]** betrekking heeft op de gereguleerde dienstverlening vaste telefonie.
75. Op 24 augustus 2009 stuurt KPN een reactie op het feitencomplex. In bijlage B van het rapport is deze reactie weergegeven.⁷ KPN geeft in deze reactie de volgende gerealiseerde omzetgegevens op voor **[VERTROUWELIJK]**:
- in 2007 bedroeg de totale omzet € **[VERTROUWELIJK]** waarvan € **[VERTROUWELIJK]** aan vaste telefonie
 - in 2008 bedroeg de totale omzet € **[VERTROUWELIJK]** waarvan € **[VERTROUWELIJK]** aan vaste telefonie
76. Het verschil tussen de omzetgegevens zoals opgenomen in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst en de opgave van KPN in haar reactie van 24 augustus 2009 is significant. Het verschil tussen de inschatting in bijlage 3 en de opgave van KPN bedraagt ruim € **[VERTROUWELIJK]** in 2007. In 2008 bedraagt dit verschil ruim € **[VERTROUWELIJK]**. De toezichthoudend ambtenaar heeft KPN verzocht om deze significante afwijkingen te verklaren⁸.
77. In reactie op dit verzoek heeft KPN aangegeven dat dit verschil is ontstaan door de overstap van **[VERTROUWELIJK]** naar een andere dienstverlening van KPN, de zogenaamde One dienstverlening. Ook met deze One dienstverlening wordt telefonie aangeboden, middels een breedbandaansluiting.
78. Deze wijziging in dienstverlening verklaart onvoldoende het significante verschil in de prognose en de door KPN opgegeven omzet. Immers, niet duidelijk is op grond waarvan de overstap naar de andere dienstverlening tot een forse daling van het telefonieverkeer zou leiden. De toezichthoudend ambtenaar heeft op grond daarvan om een nadere verklaring verzocht.
79. KPN heeft vervolgens erkend dat haar eerdere verklaring tekort schiet. KPN heeft vervolgens verklaard dat er wijzigingen zijn doorgevoerd in de organisatiestructuur rondom **[VERTROUWELIJK]**. Zo geeft KPN aan dat groepsmaatschappijen die al dan niet deelnamen aan de Partnership Overeenkomst zijn samengevoegd. Uiteindelijk is **[VERTROUWELIJK]** samengevoegd met de **[VERTROUWELIJK]**. **[VERTROUWELIJK]** zou echter tot eind 2008

⁷ In bijlage B zijn tevens de wijzigingen in het feitencomplex toegelicht naar aanleiding van deze reactie van KPN. Deze wijzigingen beperken zich in casu tot een correctie op de gehanteerde omzetgegevens.

⁸ Dit verzoek en de daarop volgende correspondentie is integraal weergegeven in Bijlage C van het boeterapport.

Besluit openbaar

als zelfstandige groepsmaatschappij gehandhaafd zijn.

80. KPN heeft verder verklaard dat zij in de accountstructuur binnen haar administratieve systemen afwijkende namen en indelingen heeft gebruikt ten opzichte van de werkelijke organisatiestructuur. Verder heeft KPN toegelicht dat de in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst genoemde omzetgegevens alleen betrekking hebben op de groepsmaatschappij **[VERTROUWELIJK]**. De verwachte omzetgegevens van andere groepsmaatschappijen ontbreken in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst. Bijlage 3 strekt zich volgens KPN dus niet uit tot de verwachte omzet van andere aan de Partnership Overeenkomst deelnemende groepsmaatschappijen.
81. Kennelijk heeft deze onjuiste administratieve werkwijze van KPN significante invloed op de registratie van de omzetgegevens die gemoeid zijn met de uitvoering van de onderhavige Partnership Overeenkomst. KPN heeft in de accountstructuur in haar systemen andere indelingen gehanteerd en niet de actualiteit gevolgd. Dit heeft gevolgen gehad voor de juiste registratie van de gerealiseerde omzetten met betrekking tot de uitvoering van de Partnership Overeenkomst. De juiste omzet lijkt daarom niet meer te achterhalen. Omdat daarnaast KPN geen plausibele verklaring heeft voor het significante verschil tussen de prognose van de omzet en bijlage 3 en de door haar opgegeven omzet over 2007 en 2008, is er aanleiding om af te wijken van deze laatste (lagere) opgave.
82. Voor de relevante omzetgegevens met betrekking tot de partnership Overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** hanteert het college de prognose van de omzetgegevens zoals vermeld in bijlage 3 bij de Partnership Overeenkomst.
83. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de nadere informatie van KPN zoals vermeld in randnummer 79 zou kunnen betekenen dat de Partnership Overeenkomst betrekking heeft op **[VERTROUWELIJK]** en haar niet nader gespecificeerde groepsmaatschappijen. De omzetgegevens in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst hebben alleen betrekking op de groepsmaatschappij **[VERTROUWELIJK]**. Daarmee is niet uitgesloten dat door deze structuurwijzigingen de omzetgegevens uit bijlage 3 significant te laag zijn ingeschat. Het is dus niet onaannemelijk dat de gerealiseerde omzet met betrekking tot de overtredingsperiode inzake de Partnership Overeenkomst hoger zou moeten zijn dan de ingeschatte omzetgegevens in bijlage 3.
84. Hieruit volgt dat voor **[VERTROUWELIJK]** de betrokken omzet gedurende de duur van de overtredingen ongeveer **[VERTROUWELIJK]** euro bedraagt. Het deel in deze omzet voor vaste telefonie bedraagt ongeveer **[VERTROUWELIJK]** euro.

Besluit
openbaar

3.3 Feiten [VERTROUWELIJK]

85. De KPP-overeenkomst die KPN met [VERTROUWELIJK]⁹ is overeengekomen is per 1 januari 2007 ingegaan en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

Reikwijdte

86. Over de reikwijdte van de overeenkomst is in artikel 2.1 van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] het volgende bepaald:”

“Deze Overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de in Bijlage 1 genoemde telecommunicatiediensten en –producten (hierna: “Diensten”). Specifieke overeenkomsten voor de in Bijlage 1 genoemde Diensten worden een Deelovereenkomst bij deze Partnership Overeenkomst.”

87. In Bijlage 1 staan geen gereguleerde diensten vermeld.

88. De Overeenkomst met [VERTROUWELIJK] bevat als bijlage 3 een *Omzet specificatie [VERTROUWELIJK]” op basis van afnamevolumes 2006 die gereguleerde dienstverlening omvat:*

“Omzet specificatie [VERTROUWELIJK]

Afname volumes 2006 (Geprognosticeerd op basis van werkelijke omzetcijfers t/m november 2006)

<i>Mobiele telefonie</i>	<i>EUR</i>	<i>[VERTROUWELIJK]</i>
<i>EnterCom</i>	<i>EUR</i>	<i>[VERTROUWELIJK]</i>
<i>Netwerk Services</i>	<i>EUR</i>	<i>[VERTROUWELIJK]</i>
<i>Vaste Telefonie</i>	<i>EUR</i>	<i>[VERTROUWELIJK]</i>

<i>Totaal</i>	<i>EUR</i>	<i>[VERTROUWELIJK]”</i>
---------------	------------	-------------------------

89. In artikel 2.3 is een intentieverklaring opgenomen om een zo groot mogelijke kostenbesparing te realiseren voor [VERTROUWELIJK]. Die kostenbesparing wordt deels gerealiseerd door de in bijlage 2 opgenomen kortingen op ongereguleerde dienstverlening. In deze bijlage 2 wordt verwezen naar bijlage 3 voor de grondslagen van de kortingen. De diensten in bijlage 3 zijn dus een onderdeel van de Overeenkomst.

90. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat bijlage 3 betrekking heeft op de omzetvolumes in 2006. Strikt genomen kan hieruit niet worden afgeleid dat vanaf 1 januari 2007 gereguleerde

⁹ Partnership Overeenkomst [VERTROUWELIJK] en KPN B.V. van 18 december 2006 met kenmerk/versie SR4-023273/0279

Besluit openbaar

diensten zijn afgenomen door **[VERTROUWELIJK]** op basis van deze overeenkomst. Dit is echter wel een sterke indicatie. Hiernaast heeft KPN tijdens het onderzoek geen enkele keer aangegeven dat, na november 2006, **[VERTROUWELIJK]** geen vaste telefonie meer van KPN afneemt.

91. Voorts is in artikel 4.4 van de overeenkomst het volgende bepaald:

*“KPN en **[VERTROUWELIJK]** zullen tenminste een aantal nieuwe en innovatieve diensten onderzoeken om te bekijken of deze een verdere bijdrage kunnen leveren aan de doelstellingen van **[VERTROUWELIJK]**. Verdere specificatie hiervan vindt plaats in Bijlage 4.”*

92. In de voornoemde bijlage 4 staat onder meer vermeld:

*“Dit contract beoogt middels een partnership formule onder meer inhoud te geven aan de optimalisatie van de ICT TCO van **[VERTROUWELIJK]**. Hiertoe worden concrete financiële afspraken gemaakt op korte en langere termijn. Deze zijn gebaseerd op bestaande dienstenafname van **[VERTROUWELIJK]** bij KPN. (...).*

*Het vaststellen van de doelen van **[VERTROUWELIJK]** en de ICT-behoefte die daaruit volgen is een taak van het accountteam dat binnen KPN Sales voor **[VERTROUWELIJK]** is ingericht. Dit accountteam bestaat uit:*

- **[VERTROUWELIJK]**, sales manager Relatieverkoop
- **[VERTROUWELIJK]**, account manager
- **[VERTROUWELIJK]**, specialist data
- **[VERTROUWELIJK]**, specialist Enterprise networks
- **[VERTROUWELIJK]**, specialist mobiel voice.
- **[VERTROUWELIJK]**, specialist mobiel data
- **[VERTROUWELIJK]**, specialist vaste telefonie
- **[VERTROUWELIJK]**, sales support”

93. Bijlage 4 maakt, net zoals Bijlage 3, een onlosmakelijk onderdeel uit van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]**. KPN stelt in Bijlage 4 een accountteam beschikbaar ten einde haar diensten, waaronder vaste telefonie, te kunnen optimaliseren. De gereguleerde dienst vaste telefonie is daarmee op grond van bijlage 4 onderdeel van deze overeenkomst.

94. Voorts geldt wat betreft de reikwijdte van de overeenkomst dat uit artikel 4.3 van de overeenkomst blijkt dat ook gereguleerde diensten hiertoe behoren:

*“(....). In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van ‘last bid’.”*

Besluit openbaar

95. KPN verwijst in deze last bid bepaling naar 'deze mantel'. Met de verwijzing naar 'deze mantel' verwijst KPN naar de onderhavige overeenkomst. Bijlagen 3 en 4 maken daarvan onlosmakelijk onderdeel uit. Gereguleerde dienstverlening maakt daarmee onderdeel uit van de overeenkomst en de last bid bepaling is daardoor ook van toepassing op gereguleerde dienstverlening.

Aanvang en duur overeenkomst

96. In artikel 5.1 van de Overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** is het volgende vermeld:

“Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf (5) jaar, ingaande per 1 januari 2007. Indien niet uiterlijk zes (6) maanden voor het verstrijken van deze Overeenkomst door een der Partijen rechtsgeldig is opgezegd, wordt de Overeenkomst van rechtswege telkens met één jaar verlengd. Iedere Partij kan de Partnership Overeenkomst vervolgens beëindigen door schriftelijke opzegging tegen het einde van de verlengingstermijn met inachtneming van een termijn van negentig (90) kalenderdagen.”

97. Gedurende de minimale duur van vijf jaar voor de Partnership Overeenkomst zijn KPN en **[VERTROUWELIJK]** aan elkaar verbonden door middel van in deze Overeenkomst gemaakte afspraken. In de hierna volgende paragrafen worden de feiten opgesomd met betrekking tot de afspraak tussen partijen die specifiek betrekking heeft op gereguleerde dienstverlening, namelijk het recht tot het geven van een 'last bid'.

Afspraken preferred supplier en last bid

98. In artikel 4.3 van de Overeenkomst is het volgende bepaald:

*“KPN wordt dus beschouwd als preferred supplier en als zodanig uitgenodigd deel te nemen aan RFP's op ICT gebied. In het geval dat na een RFI of RFP er sprake is van gelijklopende aanbiedingen door een of meer leveranciers van **[VERTROUWELIJK]**, zal **[VERTROUWELIJK]** haar keus laten vallen op de preferred supplier voor die diensten. In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van 'last bid'.”*

99. Als gevolg van deze bepaling is KPN in een biedingsproces, specifiek ten aanzien van gereguleerde dienstverlening, zoals genoemd in Bijlage 3 van de Overeenkomst, voor de duur van de Partnership Overeenkomst altijd in staat gesteld om te reageren op de biedingen van haar concurrenten en desgewenst haar eigen aanbod hierop aan te passen.

Beëindiging last bid afspraken

100. KPN is op 22 april 2009 een addendum met **[VERTROUWELIJK]** overeengekomen.¹⁰ In dit

¹⁰ Brief van KPN aan **[VERTROUWELIJK]** op 16 maart 2009 met kenmerk R/09/U/038 als bijlage bij de e-mail van 13 mei 2009 aan het college verstrekt.

Besluit openbaar

addendum zijn partijen de volgende wijziging overeengekomen:

“KPN wenst dan ook artikelen 4.2 en 4.3 van de overeenkomst zodanig te wijzigen dat expliciet duidelijk wordt dat deze artikelen geen betrekking hebben op gereguleerde portfolio. KPN stelt voor deze wijziging te realiseren door het vervangen van de laatste zin in artikel 4.3: “In geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van [VERTROUWELIJK] het recht tot het geven van “last bid.” door de zin: “De artikelen 4.2 en 4.3 zijn uitdrukkelijk niet van toepassing op gereguleerde diensten.”

Omzetgegevens

101. Uit de opgave van KPN blijken de volgende omzetgegevens van [VERTROUWELIJK]:
- in 2007 bedroeg de totale omzet € [VERTROUWELIJK] waarvan € [VERTROUWELIJK] aan vaste telefonie
 - in 2008 bedroeg de totale omzet € [VERTROUWELIJK] waarvan € [VERTROUWELIJK] aan vaste telefonie.

4 Juridisch kader

4.1 Ten aanzien van de overtreding

102. Op 21 december 2005 heeft het college in het retailbesluit KPN op grond van artikel 6a.1 juncto 6a.2 van de Tw, aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) op de nationale markt voor vaste openbare telefonie.
103. Als gevolg van deze aanwijzing dient KPN onder meer te voldoen aan de verplichtingen die haar zijn opgelegd op grond van hoofdstuk 6A van de Tw. Voor de verplichtingen op eindgebruikersniveau geldt dat deze betrekking hebben op de levering van eindgebruikersdiensten.
104. In de eerste plaats is de non-discriminatieverplichting op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw van belang.
105. Artikel 6a.12, onder a, van de Tw bepaalt:

*“Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om:
a. bij de levering van door het college te bepalen eindgebruikersdiensten, de eindgebruikers van die diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen;”*

Besluit openbaar

106. In het retailbesluit is door het college aan KPN op grond van artikel 6a.2 juncto 6a.12, onder a, van de Tw de verplichting tot non-discriminatie opgelegd. De non-discriminatieverplichting, zoals opgenomen in punt vii van het dictum van het retailbesluit, verplicht KPN om bij levering van haar diensten op de niet-concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie eindgebruikers in gelijke gevallen gelijk te behandelen. Als integraal onderdeel van deze non-discriminatieverplichting zijn aan KPN, eveneens in punt vii van het dictum van het retailbesluit, de volgende aanvullende gedragsregels opgelegd:

“- verbod op selectieve prijsonderbieding. KPN mag dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. KPN mag geen aanbod doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt;

- verbod op loyaliteitskortingen. KPN mag geen kortingen geven die gericht zijn op afname van alle diensten door een eindgebruiker bij één aanbieder. Daarnaast mag KPN geen kortingen geven die gebaseerd zijn op het historisch koopgedrag van de eindgebruiker. Daarnaast mag KPN geen aanbiedingen doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels;

- indien gedifferentieerd wordt op basis van het vraagprofiel, moet de differentiatie 1) op objectieve criteria gebaseerd zijn, 2) logisch en consistent opgebouwd zijn en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke eindgebruikers, maar gericht op een voldoende grote groep eindgebruikers;

- indien differentiatie gebaseerd is op aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is differentiatie geoorloofd. Differentiatie in de retailtarieven voor verkeer van KPN naar de verschillende off net aanbieders mag alleen als deze differentiatie voldoet aan de hiervoor genoemde voorwaarden.”

107. In de tweede plaats is de meldingsplicht van belang. Op grond van artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw en artikel 6a.13, eerste en tweede lid, van de Tw, heeft het college in dictumpunt xiv van het retailbesluit voor een goede uitvoering van de verplichtingen daaraan de volgende nadere voorschriften verbonden (hierna: de meldingsplicht):

“- KPN meldt iedere twee weken schriftelijk aan het college welke nieuwe of gewijzigde tarieven, waarvoor niet uit te sluiten is dat ze tot de relevante retailmarkten behoren waarvoor ondergrenstariefregulering geldt, in de voorgaande twee weken door haar zijn ingevoerd, en welke nieuwe diensten, waarvoor niet uit te sluiten is dat ze tot de relevante retailmarkten behoren waarvoor bovengrenstariefregulering geldt, in de voorgaande twee weken door haar zijn ingevoerd, en levert daarbij op verzoek van het college de onderbouwing, waaruit het tarief aan alle relevante verplichtingen getoetst wordt.

- KPN overlegt vervolgens periodiek aan het college de resultaten van de invoering van deze nieuwe of gewijzigde tarieven. Het college deelt aan KPN mede welke gegevens periodiek moeten worden overlegd.”

Besluit openbaar

108. In de randnummers 3 en 4 van Annex F bij het retailbesluit is aangegeven wat onder het begrip “dienst” moet worden verstaan:

“Onder het begrip ‘dienst’, als bedoeld in de CPST, wordt verstaan de aanbieding die door KPN aan een eindgebruiker wordt gedaan of reeds door een eindgebruiker wordt afgenomen. Diensten onderscheiden zich van elkaar indien deze de eindgebruiker een andere toegevoegde waarde bieden. De toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit en/of leveringsvoorwaarden. Bij een aanbieding met verschillende keuzemogelijkheden (bijvoorbeeld) zelfselectieschema’s) is iedere combinatie van keuzes een aparte dienst.

Uit het voorgaande volgt bijvoorbeeld dat iedere staffel binnen een kortingsregeling is aan te merken als een parate dienst. Van een eindgebruiker mag immers worden verwacht dat hij vooraf in afdoende mate een inschatting kan maken van zijn gebruikersvolume, en dat hij de daaruit volgende prijsstelling zal gebruiken bij de keuzes tussen verschillende aanbieders of diensten. Ook bij tijdelijke kortingen is sprake van een nieuwe (aparte) dienst; er is immers sprake van een tariefstelling die afwijkt van de dienst waarop de korting wordt gegeven.”

109. Naast deze verplichtingen zijn aan KPN in het retailbesluit de volgende verplichtingen opgelegd op de niet concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie (punt viii t/m xiv van het dictum):

- de verplichting tot transparantie (artikel 6a.12, onder c, van de Tw);
- de verplichting tot tariefregulering, ondergrens op basis van een combinatorische prijsstreefmaat (artikel 6a.13 van de Tw);
- het verbod op het hanteren van excessieve tarieven (artikel 6a.13 van de Tw);
- het hanteren van een door het college goedgekeurd kostentoerekeningssysteem (artikel 6a.13, tweede lid, van de Tw);
- de verplichting om tarieven die niet aan de combinatorische prijsstreefmaat voldoen eerst door het college goed te laten keuren, alvorens ze in de markt te zetten (artikel 6a.14 van de Tw).

110. In het vaste telefoniebesluit heeft het college twee relevante retailmarkten afgebakend: de residentiële retailmarkt voor vaste telefonie die bestaat uit verkeer- of aansluitingsdiensten gericht op twee of minder (gelijktijdige) gesprekken en de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie die bestaat uit verkeer- of aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken.

111. Het college heeft in dictumonderdeel lxix van het vaste telefoniebesluit vastgesteld dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is, maar in dictumonderdeel lxxi geconcludeerd dat handhaving van de retailregulering gedurende de gehele reguleringsperiode niet langer passend is. In dictumonderdeel lxxii van het vaste

Besluit openbaar

telefoniebesluit heeft het college daarom bepaald dat de retailverplichtingen uit het retailbesluit op 1 januari 2010 worden ingetrokken. Tot die tijd rusten de hierboven beschreven verplichtingen uit het retailbesluit dus nog op KPN.

4.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

112. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

“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 met het toezicht op de naleving van de bepalingen van de roamingverordening zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren. De vorige volzin is niet van toepassing op het bepaalde bij of krachtens de artikelen 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, tweede, derde lid, vierde en vijfde lid, 5.7, 5.13 en 5.14 van deze wet.”

113. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt:

“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, eerste lid, onderscheidenlijk derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”

114. Artikel 15.4, tweede lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Het college kan aan een onderneming een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland, ter zake van:

a. overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften, met uitzondering van artikel 6a.20;”

5 Het boetebesluit

115. Het college heeft overwogen dat de last bid- en preferred supplier afspraken die KPN in de KPP-overeenkomsten heeft bedongen het stelsel van verplichtingen ter invulling van de non-discrimatieverplichting en de ter invulling daarvan aan KPN opgelegde gedragsregels, die een verbod op selectieve prijsonderbieding en een verbod op loyaliteitskortingen inhouden, waaronder een verbod op aanbiedingen die leiden tot onredelijke overstapdrempels is begrepen, doorkruisen.

116. De combinatie van de aan KPN opgelegde ondergrensregulering en non-discrimatieverplichting heeft tot doel te bewerkstelligen dat de concurrenten van KPN met KPN ook om specifieke, vaak grootzakelijke, eindgebruikers de concurrentie kunnen aangaan. Met dit stelsel van verplichtingen dient dan ook voorkomen te worden dat KPN eindgebruikers door de mogelijkheid van gerichte aanbiedingen, gericht op die specifieke eindgebruiker en

Besluit

openbaar

gericht op het de pas afsnijden van concurrenten die eveneens die eindgebruiker voor zich willen winnen, op onredelijke wijze aan zich bindt. KPN en haar concurrenten moeten met andere woorden op een manier om die eindgebruiker kunnen strijden, waarbij de voordelen van de aanmerkelijke marktmachtpositie van KPN door middel van de aan haar opgelegde verplichtingen zijn ingeperkt en een gelijke(re) uitgangspositie van KPN en haar concurrenten wordt bereikt.

117. De last bid- en de preferred supplier afspraken die KPN in de onderhavige overeenkomsten heeft bedongen, doorkruisen dit stelsel. Doel is een gelijke(re) uitgangspositie als het er om gaat de betrokken eindgebruiker tot klant te maken. Met deze afspraken worden echter voordelen voor KPN gecreëerd gericht op specifieke eindgebruikers, terwijl het stelsel van non-discriminatiegedragsregels en de ondergrensregulering nu juist erop is gericht dat KPN zich uitsluitend op voldoende grote groepen eindgebruikers richt, en dus niet op het de pas afsnijden van een concurrent in een of enkele specifieke gevallen.
118. De last bid- en preferred supplier afspraken vormen daarom overtredingen van de non-discriminatieverplichting. Ook heeft KPN deze afwijkende afspraken in strijd met de op haar rustende meldingsplicht niet aan het college gemeld.
119. Het college heeft wegens deze overtredingen een boete aan KPN opgelegd van € 780.000,-.

6 Bezwaren KPN

120. KPN heeft tegen het boetebesluit de volgende bezwaren ingebracht.
121. KPN stelt ten eerste dat de analyse van het college inzake de reikwijdte en inhoud van de KPP-overeenkomsten onjuist is.
122. Wat betreft **[VERTROUWELIJK]** en **[VERTROUWELIJK]** stelt KPN dat de conclusie van het college dat uit artikel 2.1 juncto bijlage 1 van de overeenkomsten volgt dat zij mede betrekking hebben op geregleerde diensten aan twee belangrijke aspecten voorbij gaat. Ten eerste wijst KPN op artikel 5.3 van deze KPP-overeenkomsten en ten tweede op de management summary bij de overeenkomst waarin het geregleerd portfolio wordt uitgezonderd van de af te nemen diensten.
123. Wat betreft **[VERTROUWELIJK]** stelt KPN dat de conclusie van het college dat uit bijlage 2 en 3 volgt dat geregleerde diensten onderdeel uitmaken van de overeenkomst onjuist is. Het feit dat een specialist vaste telefonie tot het accountteam behoort, betekent niet dat de overeenkomst mede ziet op geregleerd verkeer, aldus KPN. Artikel 4.3 van de overeenkomst ziet volgens KPN niet op geregleerde diensten nu deze geen onderdeel uitmaken van de overeenkomst.

Besluit openbaar

124. KPN voert ten tweede aan dat het college ten onrechte vast heeft gesteld dat met de preferred supplier en last bid afspraken sprake is van overtreding van de non-discriminatieverplichting en de gedragsregels ter invulling daarvan.
125. KPN ziet niet in waarom de mogelijkheid van een last bid zou kunnen resulteren in het aanbieden van gereguleerde diensten onder afwijkende voorwaarden waarbij sprake is van selectieve prijsonderbieding. KPN voert aan dat de last bidbepaling ziet op de situatie in het kader van een RFP (Request for Proposal) waarin blijkt dat een andere aanbieder dan KPN de voorkeur geniet vanwege de lagere prijs van de dienst. Als de klant de prijs niet als doorslaggevend criterium beschouwt, is de bepaling dus niet van toepassing, aldus KPN.
126. Het college heeft volgens KPN ten onrechte vastgesteld dat sprake is van onredelijke overstapdrempels. KPN maakt uit randnummer 130 van het boetebesluit op dat het college meent dat alleen de preferred supplier bepaling in strijd is met het verbod van onredelijke overstapdrempels. Het is volgens KPN niet juist te stellen dat bij twee dezelfde aanbiedingen de keuze van de klant voor KPN geen voordeel oplevert.
127. Voorts stelt KPN dat het zelden zal voorkomen dat sprake is van gelijkkluidende aanbiedingen van KPN en een concurrent en dat de bepaling daarom een verwaarloosbaar effect heeft op de mededinging, voor zover daarvan al sprake is.
128. KPN stelt dat het college ten onrechte een bestraffende sanctie zou hebben opgelegd, omdat de feiten die aan de oplegging van de boete ten grondslag liggen niet ondubbelzinnig zijn aangetoond en omdat geen sprake zou zijn van een eenduidig feitencomplex.
129. KPN is ten derde van oordeel dat geen sprake is van nieuwe diensten en dat op haar dus geen transparantieplichting noch een meldingsplicht rust. De KPP-overeenkomsten houden volgens KPN geen (nieuwe) diensten in maar slechts procedureafspraken.
130. KPN stelt ten vierde dat het college de boete onevenredig hoog heeft vastgesteld. Zij wijst erop dat het college naar haar mening ten onrechte de preferred supplier bepalingen opvoert bij haar analyse van de ernst van de overtreding van het verbod van selectieve prijsonderbieding. KPN voert hiertoe aan dat geen sprake is van een economisch effect van de preferred supplier bepalingen. Daarnaast zou het college ten onrechte concluderen dat de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de gedragsregels als ernstig moeten worden aangemerkt.
131. Ten aanzien van de overstapdrempels stelt KPN dat deze bepalingen een zeer beperkt effect op de mededinging hebben omdat er maar zelden sprake zal zijn van gelijkkluidende aanbiedingen, de klant niet zal willen uitwijken naar een andere aanbieder en de afspraak slechts met drie klanten is gemaakt.

Besluit openbaar

132. KPN meent voorts dat geen sprake is van recidive. Ten eerste gaat het college volgens KPN uit van een veel te brede noemer waaronder de overtredingen met elkaar worden vergeleken. In de in het boetebesluit aangehaalde eerdere boetebesluiten zou bovendien geen sprake zijn van vergelijkbare overeenkomsten, maar ging het om kortingen.
133. KPN stelt verder dat het college ten onrechte zou uitgaan van de prognose van de omzetgegevens zoals genoemd in bijlage 3 van de KPP-overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** en niet van de werkelijk gerealiseerde omzetgegevens zoals opgegeven door KPN.

7 Bezwaren BT c.s.

134. BT c.s. heeft tegen het boetebesluit de volgende bezwaren ingebracht.
135. Het college komt ten eerste volgens BT c.s. ten onrechte niet, althans niet deugdelijk gemotiveerd, terug op de in het boeterapport geconstateerde overtreding van de transparantieplichting. Hiertoe voert BT c.s. aan dat preferred supplier en last bid bepalingen meestal impliceren dat daarmee een overeenkomst kan worden verlengd of voortijdig kan worden beëindigd en zodoende onder de transparantieplichting vallen.
136. BT c.s. voert ten tweede aan dat het college ten onrechte de boetebeleidsregels uit 2005 als grondslag voor de boeteoplegging hanteert. Doordat het college geen rekening heeft gehouden met de boetebeleidsregels 2008 zou het college bij het bepalen van de hoogte van de boete ten onrechte niet zijn uitgegaan van de 'betrokken omzet' van KPN. Dit heeft gezien de betrokken omzet voor KPN van € 5,7 miljoen volgens BT c.s. in strijd met de boetebeleidsregels 2008 en artikel 15.4, vijfde lid, Tw, geleid tot een onevenredig lage boete.
137. Ten derde voert BT c.s. aan dat het college de hoogte van de boete onjuist heeft vastgesteld.
138. Het college zou in het boetebesluit de boetebeleidsregels 2005 op onjuiste wijze hebben toegepast door de overtredingen in de drie overeenkomsten niet afzonderlijk maar als één geheel te beoordelen en door de overtreding van de meldingsplicht en de non-discriminatieplichting niet aan te merken als zeer ernstig in termen van de boetebeleidsregels. Het college zou voorts terecht de gepleegde recidive als boeteverhogende omstandigheid hebben aangemerkt, maar had de boete niet met 30% maar met 100% moeten verhogen. Dit omdat de door het college opgelegde boetes volgens BT c.s. geen afschrikwekkende werking hebben gehad en deze boete daarmee niet in een redelijke verhouding tot het met het opleggen van een boete beoogde doel staat.

8 Overwegingen ten aanzien van de bezwaren

8.1 Reikwijdte KPP-overeenkomsten

139. Zoals bij de beschrijving van de feiten is weergegeven, is op sommige punten van de overeenkomsten niet steeds duidelijk aangegeven wat de reikwijdte van de betrokken afspraken is. Uit de beschrijving van de feiten volgt echter naar het oordeel van het college reeds dat de betrokken afspraken mede betrekking hebben op de gereguleerde diensten.
140. Vanwege de formulering van de last bid-bepalingen kan daar naar het oordeel van het college te meer geen twijfel meer over bestaan. De last bid-bepalingen in alle drie de overeenkomsten hebben uitdrukkelijk betrekking op de gereguleerde diensten. In alle drie de overeenkomsten is voorts in de last bid-bepaling de preferred supplier afspraak, voor zover die inhoudt dat bij gelijklopende aanbiedingen voor KPN zal worden gekozen, herhaald. Daarmee staat vast dat KPN voor de gereguleerde diensten zowel een last bid als een preferred supplier recht heeft bedongen.
141. Dat het niet de bedoeling van KPN zou zijn geweest gereguleerde diensten onder de reikwijdte van de KPP-overeenkomsten te laten vallen, doet aan vorenstaande niet af. De stelling van KPN dat de interpretatie door het college van de reikwijdte van de KPP-overeenkomsten ontoelaatbaar is in het licht van het opleggen van een bestraffende sanctie onderschrijft het college dan ook niet. Zoals hierboven is aangegeven, brengt het feitencomplex mee dat moet worden vastgesteld dat de overeenkomsten mede betrekking hebben op gereguleerde diensten.
142. Hierna zal dit, mede naar aanleiding van de bezwaren van KPN, per overeenkomst nader uiteen worden gezet.

[VERTROUWELIJK]

143. In artikel 3.2 van de KPP-overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** wordt expliciet afgesproken dat KPN voor zover het gaat om gereguleerde diensten het recht heeft tot het doen van een last bid:

*“... In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze Overeenkomst, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van ‘last bid’.”*

144. Daarnaast volgt uit artikel 2.1 juncto bijlage 1 van de KPP-overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** dat de reikwijdte van de overeenkomst zich mede uitstrekt tot gereguleerde diensten. In artikel 2.1 wordt immers gesteld dat de overeenkomst betrekking heeft op de in bijlage 1 genoemde diensten en in bijlage 1 wordt vaste telefonie (een gereguleerde dienst) als een van die diensten genoemd.

Besluit openbaar

145. Het college volgt KPN niet in haar stelling dat de management summary zou moeten prevaleren boven de specifieke en concrete bepalingen van de overeenkomst omdat deze duidelijk en ondubbelzinnig de bedoeling van partijen zou weergeven dat gereguleerde diensten zouden zijn uitgezonderd. De bepalingen met betrekking tot de last bid- en preferredsupplerafspraken zijn zodanig concreet en ondubbelzinnig dat een – meer algemene – management summary die afspraken juridisch gezien niet opzij zet.
146. Verder blijkt uit artikel 5.3 van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]**, waarin het gereguleerd portfolio wordt uitgezonderd van de bepalingen ten aanzien van de duur van de overeenkomst, dat de overeenkomst (voor het overige met inbegrip van de last bid- en preferred suppliersbepalingen) van toepassing is op gereguleerde diensten. Als het gereguleerd portfolio geen onderdeel zou uitmaken van de overeenkomst, zou er immers geen reden zijn geweest deze uitzondering te maken.
147. Uit het voorgaande blijkt dat het college terecht heeft vastgesteld dat gereguleerde diensten onder de reikwijdte van de overeenkomst vallen. De management summary en de uitleg die KPN aan artikel 5.3 van de overeenkomst geeft, doen hieraan niet af.

[VERTROUWELIJK]

148. Voor de weerlegging van de bezwaren van KPN ten aanzien van de reikwijdte van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** wordt verwezen naar hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van **[VERTROUWELIJK]** (zie de randnummers 143 tot en met 145).

[VERTROUWELIJK]

149. Ook ten aanzien van **[VERTROUWELIJK]** voert KPN aan dat er geen gereguleerde diensten onder die overeenkomst zouden vallen.
150. In artikel 4.3 van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** is een last bidbepaling ten aanzien van gereguleerde diensten opgenomen, op grond waarvan het college heeft vastgesteld dat de overeenkomst mede ziet op gereguleerde diensten:

*“(....). In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van ‘last bid’.”*

151. KPN brengt hiertegen in dat artikel 4.3 van de overeenkomst niet ziet op gereguleerde diensten nu deze geen onderdeel uitmaken van de overeenkomst. Het college volgt KPN niet in deze interpretatie. Als gereguleerde diensten niet onder de afspraak zouden vallen, zou er ook geen reden zijn deze in de bepaling te noemen. Nu dat wel expliciet is gebeurd, moet ervan worden uitgegaan dat gereguleerde diensten onder de afspraken vallen. De stelling van KPN dat, aangezien volgens haar artikel 4.3 niet van toepassing zou zijn op gereguleerde diensten, het college haar ten onrechte verwijt dat zij door de last bidbepaling in een

Besluit openbaar

biedingsproces ten aanzien van gereguleerde dienstverlening altijd in staat is om te reageren op aanbiedingen van haar concurrenten en haar aanbod daarop desgewenst kan aanpassen, stuit op het voorgaande af.

152. Zoals bij de beschrijving van de feiten is weergegeven, wordt de vaststelling van het college dat de afspraken mede betrekking hebben op gereguleerde diensten ondersteund door bijlage 3 en bijlage 4 die een onlosmakelijk onderdeel uitmaken van de KPP-overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]**. In bijlage 3 wordt vaste telefonie genoemd bij het specificeren van de afnamevolumes waarop de overeenkomst ziet. In bijlage 4 wordt vermeld dat een specialist vaste telefonie deel uitmaakt van het accountteam van de overeenkomst.
153. De stelling van KPN dat met de verwijzing van bijlage 2 naar bijlage 3 slechts wordt beoogd de lezer te verwijzen naar meer informatie over Data IP en Entercom en dat dus aan het meenemen van vaste telefonie in bijlage 3 geen belang zou moeten worden gehecht, gaat niet op. Deze stelling gaat eraan voorbij dat in artikel 2.3, dat betrekking heeft op een intentieverklaring voor zo hoog mogelijke kortingen, wordt verwezen naar bijlage 2 waarin de kortingen staan opgenomen. Voor de grondslagen van deze kortingen wordt verwezen naar bijlage 3, waarin gereguleerde diensten uitdrukkelijk onder de grondslagen van de kortingen worden begrepen. Hieruit volgt dat bijlage 3 onlosmakelijk verbonden is met de overeenkomst en deze overeenkomst dus mede ziet op gereguleerde diensten.
154. Anders dan KPN lijkt te veronderstellen is aan het feit dat aan het account team een specialist vaste telefonie is toegevoegd geen doorslaggevende betekenis toegekend. Dit neemt niet weg dat dit gegeven wel de vaststelling dat afspraken mede betrekking hebben op gereguleerde diensten ondersteund. Het college heeft daar terecht belang aan gehecht.
155. De bezwaren van KPN leiden niet tot een ander oordeel over de reikwijdte van de KPP overeenkomsten. De daarin opgenomen last bid- en preferred supplier afspraken hebben mede betrekking op gereguleerde diensten.

8.2 Non-discriminatieverplichting

156. In het retailbesluit, dat sinds 1 januari 2006 van kracht is, is ondergrensregulering opgelegd in de vorm van een zogenaamde combinatorische prijssqueezetoets (CPST) op dienst- en marktniveau. Deze ondergrensregulering beoogt efficiënte concurrenten van KPN te beschermen tegen een te lage retailtariefstelling van KPN met marge-utholling en rooftprijzen als gevolg. De combinatorische prijssqueezetoets dient dan ook te bewerkstelligen dat de retailtarieven van KPN niet te laag zijn. Binnen deze tweeledige toets dient KPN op het niveau van de relevante markt haar integrale kosten inclusief een redelijk rendement terug te verdienen, terwijl de toets op dienstniveau voor alle aanbiedingen van KPN voor vaste telefonie, per geval, een absolute bodem voorschrijft en zij in ieder geval de incrementele kosten dient goed te maken.

Besluit openbaar

157. Deze ondergrensregulering vormde een aanzienlijke versoepeling ten opzichte van de regulering voorafgaand aan 1 januari 2006. Om te voorkomen dat KPN met deze soepelere regulering alsnog in bepaalde meer prijs- of concurrentiegevoelige delen van de markt, of ten aanzien van specifieke – voor haar en ook voor haar concurrenten bij uitstek interessante – eindgebruikers een (te) laag retailtarief of (te) gunstige voorwaarden zou hanteren, zijn ook flankerende verplichtingen opgelegd. Daarmee moest voorkomen worden dat KPN ten aanzien van specifieke (groepen) eindgebruikers een (te) gunstig aanbod zou doen dat concurrenten van KPN in het geheel niet zouden kunnen volgen. De non-discrimatieverplichting is één van deze flankerende verplichtingen. Deze heeft tot doel er voor te zorgen dat KPN niet slechts aan één of enkele klanten, die bijvoorbeeld dreigen over te stappen of die KPN probeert terug te winnen, een heel gunstig aanbod doet, waarmee de ondergrensregulering zou worden ondergraven.

Vergelijk:

“Ten aanzien van de verplichting tot non-discriminatie heeft OPTA er in dit verband, samengevat, op gewezen dat deze verplichting niet zover gaat dat KPN niet meer in staat is om een gunstig aanbod aan grootzakelijke klanten te doen. KPN zal dit aanbod echter moeten doen aan alle eindgebruikers die in dezelfde omstandigheden verkeren. OPTA heeft uiteengezet dat de non-discriminatieverplichting voorkomt dat KPN uitsluitend één of enkele klanten, die bijvoorbeeld dreigen over te stappen of die KPN poogt terug te winnen, een zeer gunstig aanbod doet. De non-discriminatieverplichting is daarmee noodzakelijk als aanvulling op de ondergrensregulering. Dit geldt ook voor de verplichting tot transparantie, die in de eerste plaats tot doel heeft een betere vergelijking van het aanbod van KPN en de aanbiedingen van andere aanbieders mogelijk te maken, aldus OPTA. Naar het oordeel van het College rechtvaardigen de argumenten van OPTA de conclusie dat de verplichtingen tot non-discriminatie en transparantie ook ten aanzien van grootzakelijke gebruikers passend zijn. Het College overweegt hierbij dat OPTA heeft gekozen voor een vorm van ondergrensregulering die KPN relatief veel ruimte laat om goedkope aanbiedingen te doen. OPTA heeft hierbij onder ogen gezien dat de keerzijde van het bieden van een relatief grote ruimte tot scherpe prijsstelling kan zijn dat een onderneming de prikkel krijgt om enkele, gerichte, goedkope aanbiedingen te doen in situaties waarin dit de positie van concurrenten ondermijnt, terwijl in andere gevallen – waarin de concurrentiedruk minder direct is – hogere prijzen kunnen worden gevraagd. OPTA heeft in dit licht de door haar opgelegde verplichtingen passend en noodzakelijk mogen achten.”

CBb 14 mei 2007, LJN: BA 4935, r.o. 8.7.10.

158. Het verbod op selectieve prijsonderbieding, als onderdeel van de non-discriminatieverplichting, is hier van belang. Dit verbod houdt in dat KPN dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven mag leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. KPN mag voorts geen aanbod doen aan individuele of

Besluit openbaar

- onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt (dictumonderdeel vii van het retailbesluit, eerste gedachtestreepje).
159. Ook het verbod op loyaliteitskortingen is hier van belang. Dit verbod houdt in dat KPN geen kortingen mag geven die gericht zijn op afname van alle diensten door een eindgebruiker bij één aanbieder. Dit verbod houdt voorts in dat KPN geen aanbiedingen mag doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels (dictumonderdeel vii van het retailbesluit, tweede gedachtestreepje).
160. Dit stelsel van verplichtingen heeft als doel de concurrentie tussen KPN en haar concurrenten om grootzakelijke verbruikers te bevorderen.
161. Zoals in het boetebesluit is overwogen en hiervoor is weergegeven (in hoofdstuk 5) doorkruisen de preferred supplier en de last bid afspraken die KPN in de onderhavige overeenkomsten heeft bedongen dit stelsel van verplichtingen.
162. Met de preferred supplier afspraken heeft KPN niet alleen voor zichzelf bedongen dat zij altijd zal worden uitgenodigd voor nieuwe uitvragen, maar ook dat de eindgebruiker bij gelijklopende aanbiedingen altijd voor KPN zal kiezen.
163. Met de last bidafspraken heeft KPN voor zichzelf specifiek voor gereguleerde diensten het recht bedongen om, als een concurrent van KPN een lagere prijs biedt dan KPN, van deze prijs op de hoogte gesteld te worden en de mogelijkheid te krijgen deze prijs te evenaren.
164. De last bidafspraken versterken daarmee de preferred supplier afspraken. Niet alleen is immers overeengekomen dat KPN bij gelijklopende aanbiedingen zal worden gekozen; KPN wordt ook op de hoogte gesteld van (de inhoud van) eventuele scherpere aanbiedingen van concurrenten, en heeft het recht bedongen die aanbiedingen direct te volgen. Zij hoeft de aanbieding van de concurrent, waar zij van op de hoogte wordt gesteld, slechts te evenaren. Op grond van de overeenkomst is de betrokken eindgebruiker vervolgens verplicht de betrokken diensten van KPN af te nemen.
165. Deze afspraken vormen in de eerste plaats een overtreding van de gedragsregel inzake het verbod op selectieve prijsontbieding. Die gedragsregel schrijft voor dat KPN geen aanbod aan individuele (of onvoldoende grote groepen) eindgebruikers mag doen waarbij het aanbod van de concurrentie direct wordt gevolgd. De last bid-afspraken zijn met die bepalingen in strijd, omdat KPN daarmee voor zichzelf het recht – en de mogelijkheid door onder andere de benodigde informatie te verkrijgen – heeft bedongen het aanbod van de concurrentie direct te volgen.
166. Deze afspraken vormen in de tweede plaats een overtreding van de gedragsregel inzake het verbod op loyaliteitskortingen. Deze gedragsregel houdt niet uitsluitend in dat KPN geen

Besluit openbaar

kortingen mag geven die erop gericht zijn dat een eindgebruiker al zijn diensten bij één aanbieder afneemt. Deze gedragsregel verbiedt ook meer algemeen dat KPN aanbiedingen aan eindgebruikers doet die leiden tot onredelijke overstapdrempels. Dat past ook in de doelstelling van de aan KPN opgelegde verplichtingen: de concurrenten van KPN moeten kort gezegd een goede kans krijgen met KPN om de betrokken eindgebruikers te concurreren. De onderhavige overeenkomsten waar de preferred supplier en last bid afspraken onderdeel van vormen, betreffen aanbiedingen die leiden tot onredelijke overstapdrempels. Niet alleen verhinderen zij het dat concurrenten een aantrekkelijker aanbod kunnen doen dan KPN. Zij belemmeren voorts dat de betrokken eindgebruikers naar een concurrent van KPN overstappen, ook als de concurrent van KPN een net zo goed aanbod doet als KPN. Het contractueel uitsluiten van de mogelijkheid om bij even goede aanbiedingen voor een andere aanbieder dan KPN te kiezen, vormt dus een overstapdrempel. Deze contractuele verplichtingen betreffen voorts een onredelijke overstapdrempel, omdat het de eindgebruiker ook in de situaties dat daar voor hem geen voordeel aan verbonden is, dwingt om voor KPN te kiezen.

167. De afspraken wijken ook overigens af van de voorwaarden die met andere vergelijkbare eindgebruikers overeengekomen zijn.
168. Er is dus sprake van een overtreding van de non-discriminatieverplichting, en van de gedragsregels die ter invulling aan die verplichting zijn opgelegd.
169. KPN brengt hiertegen, vanaf punt 61 van haar bezwaarschrift, een aantal argumenten tegenin, die hierna aan de orde zullen komen.
170. Meer algemeen geeft KPN, in punt 61, aan dat het college er in randnummer 126 van het boetebesluit ten onrechte vanuit gaat dat een afspraak met een klant om uitgenodigd te worden voor een RFP op zichzelf al niet door de beugel zou kunnen. Die interpretatie van KPN van randnummer 126 van het boetebesluit is onjuist. Het gaat erom dat KPN door de combinatie van de preferred supplier-afspraken zoals weergegeven in randnummer 126 van het boetebesluit en de last bid-afspraken zoals weergegeven in randnummer 127 van het boetebesluit, een situatie doet ontstaan waarin KPN niet alleen wordt uitgenodigd voor een RFP, maar ook op de hoogte wordt gesteld van de inhoud van eventuele scherpere aanbiedingen van concurrenten, het recht heeft die aanbiedingen direct te volgen en vervolgens heeft bedongen dat bij gelijklopende aanbiedingen voor KPN zal worden gekozen.
171. Bovendien versterken beide afspraken elkaar. Beide afspraken vormen een overtreding van de op KPN rustende verplichtingen. KPN stelt dan ook ten onrechte dat de preferred supplier afspraak geen enkele invloed heeft op de verhouding tussen KPN, de klant en de concurrenten, alleen al omdat wanneer sprake is van gelijklopende aanbiedingen als gevolg van de preferred supplier bepalingen de keuze altijd op KPN valt. Dit gaat ten eerste ten koste van de betrokken concurrent die de opdracht niet verkrijgt. Ten tweede gaat dit uiteindelijk ten

Besluit openbaar

koste van de eindgebruiker die belang heeft bij een goed concurrerende markt voor vaste telefonie.

172. De stelling van KPN dat de mogelijkheid om een last bid te doen niet in strijd hoeft te zijn met het verbod van selectieve prijsontbinding omdat zij enige ruimte zou hebben om een aanbieding aan te scherpen, gaat voorbij aan de inhoud van het verbod. Het is juist dat de tariefregulering een bepaalde ondergrens inhoudt. KPN zal over het algemeen geen tarief voor een dienst hebben gesteld die zich precies op de ondergrens bevindt, en daarom over ruimte beschikken om een tarief verder te verlagen. KPN gaat er echter in punt 64 e.v. aan voorbij dat die verlaging dan wel een algemene verlaging voor *alle* vergelijkbare eindgebruikers dient te zijn. De non-discriminatieverplichting is immers juist aan KPN opgelegd om te voorkomen dat KPN een aanbod aan individuele (of onvoldoende grote groepen) eindgebruikers doet, waarbij het aanbod van de concurrentie direct wordt gevolgd. De ruimte die KPN in punt 64 e.v. aangeeft te hebben, heeft zij vanwege de non-discriminatieverplichting dus juist niet. KPN heeft zich met de last bid- en preferred supplierbepalingen die ruimte ten onrechte, en in strijd met de non-discriminatieverplichting, toegeëigend.
173. Dat KPN en haar concurrenten op transparante wijze met elkaar concurreren daar de concurrent van tevoren zou weten dat KPN een bod mag doen en weet dat KPN gebonden is aan de tariefregulering, doet aan de doorkruising door KPN van de aan haar opgelegde verplichtingen niet af.
174. De stelling van KPN dat het college zou menen dat alleen de preferred supplier bepaling in strijd zou zijn met het verbod van onredelijke overstapdrempels berust op een onjuiste lezing van de tekst in randnummer 130 van het boetebesluit. Het college is blijkens deze tekst van oordeel dat zowel de preferred supplier als de last bid bepalingen afspraken betreffen die onredelijke overstapdrempels vormen. De last bid-bepalingen hebben immers met de preferred supplierbepalingen tot gevolg dat de eindgebruiker contractueel gebonden is KPN voorrechten te geven boven andere concurrenten. Die voorrechten, en de contractuele binding daaraan, belemmeren de overstap naar een concurrent zonder dat daar gerechtvaardigde overwegingen aan ten grondslag liggen, en vormen daarmee onredelijke overstapdrempels.
175. Dat bij de keuze tussen twee dezelfde aanbiedingen de keuze van de klant voor KPN de klant geen voordeel oplevert, is door het college niet overwogen. Wel is vastgesteld dat het feit dat een klant op grond van de KPP-overeenkomsten in een dergelijk geval gedwongen is voor KPN te kiezen en niet voor de concurrent een onredelijke overstapdrempel vormt. KPN laat hier ten onrechte na het belang van haar concurrent te vermelden, waar de betrokken klant vanwege deze contractuele afspraken niet naartoe zal overstappen, zonder dat daar gerechtvaardigde overwegingen, zoals een verschil in prijs, aan ten grondslag liggen. De stelling van KPN dat het zelden zal voorkomen dat sprake is van gelijklopende aanbiedingen

Besluit openbaar

en dat de bepaling daarom een verwaarloosbaar effect heeft op de mededinging wordt door het college niet gevolgd. Niet valt in te zien waarom KPN deze bepalingen zou hebben opgenomen als zij haar geen voordeel zouden bieden.

176. Dat de klanten gereguleerde diensten ieder moment kosteloos kunnen opzeggen, neemt de overtredingen niet weg. Dit gegeven maakt niet dat de klant niet toerekenbaar tekort komt als hij zich tijdens de looptijd van het contract niet aan de afspraken houdt. Ook als een eindgebruiker een contract steeds zou kunnen beëindigen, is dat verder in het kader van het verbod op selectieve prijsontbieding niet van belang. Dat verbod beoogt juist te voorkomen dat een eindgebruiker met een voor hem gunstig en selectief aanbod ertoe wordt bewogen voor KPN te kiezen en bij KPN te blijven. In dergelijke omstandigheden zal een eindgebruiker dan ook niet geïnteresseerd zijn in beëindiging, maar juist in voortzetting van het contract. Binnen die constellatie dient een selectieve ontbieding te worden voorkomen.
177. Op grond van het voorgaande ziet het college in de bezwaren van KPN geen reden om zijn vaststelling van de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de op grond daarvan aan KPN opgelegde gedragsregels te wijzigen.

8.3 Meldingsplicht

178. KPN heeft met het toevoegen van preferred supplier en last bid afspraken aan de voorwaarden van vaste telefonie, met deze overeenkomsten gereguleerde diensten onder afwijkende voorwaarden aangeboden. Daaruit volgt dat KPN nieuwe diensten heeft geïntroduceerd zoals omschreven in het Retailbesluit, Annex F, randnummers 3 en 4.
179. De last bid en preferred supplier afspraken zijn niet toegestaan. KPN had deze bepalingen daarom niet mogen verbinden aan gereguleerde dienstverlening. Nu KPN deze afspraken echter wel in haar overeenkomst heeft opgenomen, had KPN deze diensten aan het college moeten melden in de twee wekelijkse meldingsplicht. KPN heeft dat niet gedaan, en daarmee voorts in strijd gehandeld met de verplichting tot melding van alle bestaande en nieuwe diensten.
180. KPN stelt dat met de KPP-overeenkomsten geen sprake is van het verlenen van telecommunicatiediensten zelf maar van een "procedureafspraken" met enkele klanten over de route naar eventuele dienstverlening. KPN gaat er ten onrechte aan voorbij dat de afwijkende voorwaarden waar de meldingsplicht betrekking op heeft, zien op alle voorwaarden waaronder een dienst wordt aangeboden. Met de afspraken worden de eindgebruikers gehouden ten aanzien van de dienstverlening om aan de last bid en preferred supplier afspraken te voldoen. Daarmee vormen deze afspraken voorwaarden in de zin van de meldingsplicht. De afspraken kunnen dus niet los worden gezien van de afgenomen dienst.
181. Dit bezwaar van KPN is dus ongegrond.

Besluit

openbaar

8.4 Transparantieplichting

182. Het college heeft in randnummer 136 van het boetebesluit vastgesteld dat de transparantieplichting niet is overtreden.
183. De stelling van BT c.s. dat de overtreding van de transparantieplichting, zoals door het college vastgesteld in het boeterapport, ten onrechte in het boetebesluit niet wordt beboet, richt zich tegen het oordeel van het college dat de onderhavige bepalingen niet kwalificeren als informatie die door de aanbieder moet worden bekendgemaakt op grond van het dictum (onder viii) van het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit. De preferred supplier en lastbid bepalingen betreffen geen voorwaarden inzake de tarieven en evenmin voorwaarden waaronder de overeenkomst kan worden verlengd of beëindigd.
184. Dit bezwaar van BT c.s. is dus ongegrond.

8.5 Hoogte boete

Omzet [VERTROUWELIJK]

185. Bij het bepalen van de omzet van de overeenkomsten met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] is het college uitgegaan van de gegevens inzake de werkelijke gerealiseerde omzet. Bij het bepalen van de omzet van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] is het college noodgedwongen uitgegaan van de omzetprognose die KPN en [VERTROUWELIJK] bij het aangaan van de overeenkomst hebben vastgesteld.
186. Het college heeft in het boetebesluit vastgesteld dat KPN, hoewel daartoe uitdrukkelijk uitgenodigd, geen betrouwbare gegevens ten aanzien van de gerealiseerde omzet heeft verstrekt. Het college zag zich om deze reden genoodzaakt bij de omzetberekening uit te gaan van de omzetprognose die KPN en [VERTROUWELIJK] bij het aangaan van de overeenkomst, mede ter vaststelling van de grondslagen van kortingen, hebben gehanteerd. Op deze manier wordt aangesloten bij de omvang van het contract zoals het KPN en de afnemer op het moment van het aangaan voor ogen stond.
187. KPN voert aan dat ten onrechte van deze omzetgegevens zou zijn uitgegaan en dat in werkelijkheid de omzet veel lager zou zijn geweest. KPN heeft de volgens haar werkelijke omzet kennelijk vanwege een gebrekkige administratie niet kunnen achterhalen noch onderbouwen. Het college wijst hier nogmaals op de emailwisseling tussen het college en KPN in de periode van 15 september tot 7 oktober 2009 waarin KPN onvolledige, tegenstrijdige en niet-onderbouwde verklaringen heeft gegeven voor de lagere gerealiseerde omzet. Ook in bezwaar heeft KPN nagelaten hieromtrent duidelijkheid te verschaffen. In deze

Besluit openbaar

omstandigheden is het college naar zijn oordeel terecht uitgegaan van de omzet en omvang van het contract waar KPN en [VERTROUWELIJK] bij het aangaan van de overeenkomst vanuit zijn gegaan.

188. Het college ziet dan ook geen aanleiding om zijn oordeel op dit punt te herzien.

Toepassing boetebeleidsregels

189. De geconstateerde overtredingen zijn begaan gedurende een periode die gedeeltelijk door de boetebeleidsregels 2008 wordt bestreken en gedeeltelijk door de daaraan voorafgaande Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (hierna boetebeleidsregels 2005). Op 25 maart 2010, na de datum van het boetebesluit, heeft het college wederom nieuwe boetebeleidsregels vastgesteld (boetebeleidsregels 2010). Bij de vraag welke boetebeleidsregels dienen te worden toegepast, heeft het college, indachtig het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, onderzocht of toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden dan toepassing van de boetebeleidsregels 2008 of de boetebeleidsregels 2010. Omdat in dit geval toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden, heeft het college voor de bepaling van de hoogte van de boete aangesloten bij die boetebeleidsregels. Het bezwaar van BT c.s. tegen het hanteren van de boetebeleidsregels 2005 gaat ten onrechte voorbij aan deze gelding van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, en gaat daarom niet op.
190. De stelling van BT c.s. dat het college de overtredingen per overeenkomst en niet als één geheel had moeten beoordelen en daarmee de methode van het boetebesluit van 8 oktober 2007 (kenmerk: OPTA/TN/2007/202036) had moeten toepassen, gaat eraan voorbij dat het college op grond van de boetebeleidsregels de ruimte heeft om ten aanzien van verschillende contracten tot het vaststellen van één overtreding te komen. Dit heeft het college ook in het boetebesluit van 30 december 2009 (kenmerk: OPTA/AM/2009/203754) gedaan.
191. Het argument dat het college een verhoging van de boete met 100% conform de boetebeleidsregels van de NMa had moeten hanteren, onderschrijft het college niet. Het college is gebonden aan zijn eigen beleidsregels en niet aan die van de NMa.
192. BT c.s. verwijt het college voorts ten onrechte dat bij toepassing van de boetebeleidsregels niet in aanmerking is genomen dat KPN inmiddels onderhevig was aan minder strikte retailregulering en dat het Compliance Handvest tussen het college en KPN werd getekend terwijl de overeenkomsten werden aangegaan. De minder strikte retailregulering heeft het college wel degelijk betrokken bij de verwijtbaarheid van de overtreding blijktens randnummer 189 van het boetebesluit. Het Compliance Handvest is getekend in april 2008 terwijl de overeenkomsten zijn aangegaan in 2007. De stelling van BT c.s. is dus onjuist.

Besluit openbaar

Ernst overtredingen

193. Vast is komen te staan dat KPN met de door haar bedongen last bid en preferred supplier afspraken het stelsel van de aan haar opgelegde verplichtingen heeft doorkruist en voor zichzelf, in strijd met die verplichtingen, voordelen heeft gecreëerd gericht op specifieke eindgebruikers, terwijl deze verplichtingen dat nu juist proberen te voorkomen. Het college acht daarom zowel de overtredingen van de non-discriminatieverplichting en de daarvan deel uitmakende gedragsregels als de overtredingen van de plicht deze voorwaarden te melden ernstige overtredingen.
194. Het verwijt van KPN dat het college bij de vaststelling van de ernst van de overtredingen uitsluitend betreft dat KPN door de preferred supplier bepalingen het aanbod van de concurrent zal leren kennen en kunnen volgen, gaat eraan voorbij dat het college met deze passages (randnummers 167 en 176 boetebesluit) expliciet ook doelt op de last bid bepalingen. Deze bepalingen tezamen bepalen de ernst van de overtreding. Dat preferred suppliership niet per definitie hoeft te leiden tot kennis van het aanbod van de concurrent doet hieraan dus niet af.
195. Ook ten aanzien van de kwalificatie van de overtreding als ernstig door het college kan KPN niet in haar bezwaren worden gevolgd. KPN stelt ter onderbouwing daarvan dat geen sprake is van een economisch effect van de preferred supplier bepalingen waar het gaat om het volgen van de aanbieding van een concurrent. Het college heeft hiervoor reeds toegelicht dat de preferred supplier en last bid bepalingen tezamen de ernst van de overtreding bepalen. Dat het economisch effect van de preferred supplier bepalingen op zichzelf gering zou zijn, leidt niet tot de conclusie dat de preferred supplier en last bid bepalingen tezamen een gering effect zouden hebben. In het boetebesluit is uitvoerig ingegaan op het effect dat deze bepalingen tezamen hebben (randnummers 164-168 van het boetebesluit).
196. De stelling van KPN dat de preferred supplier en last bid bepalingen een zeer beperkt effect op de mededinging hebben omdat er maar zelden sprake zal zijn van gelijklopende aanbiedingen kan door het college gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de ernst van de overtredingen niet worden gevolgd.
197. Dat KPN aanvoert dat klanten gelet op hun contract bij KPN niet zouden willen uitwijken naar een andere aanbieder doet niets af aan hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de ernst van de overtredingen. Dat zij niet willen uitwijken, onderstreept nu juist het bestaan van de overstapdrempel.
198. Voorts stelt KPN dat deze afspraken slechts met drie klanten zijn gemaakt. Ten aanzien daarvan merkt het college op dat de grondslag van de boete is vastgesteld op basis van de omvang van de overeenkomsten, zodat deze omvang reeds is betrokken bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

Besluit

openbaar

199. De stelling van BT c.s. dat het college de overtredingen van de non-discriminatieverplichting en de meldingsplicht als zeer ernstig had moeten kwalificeren omdat hij deze als zeer zwaar heeft gekwalificeerd is onjuist. Uit de boetebeleidsregels 2005 volgt dat het niet zo hoeft te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zeer zwaar wordt aangemerkt uiteindelijk ook de kwalificatie zeer ernstig krijgt (par. 2 boetebeleidsregels 2005). De zwaarte wordt bepaald aan de hand van abstracte omstandigheden, terwijl bij de kwalificatie van de ernst van de overtreding naast deze abstracte omstandigheden ook de omstandigheden in concreto worden betrokken.
200. Anders dan waar BT c.s. in punt 23 van haar bezwaarschrift kennelijk vanuit gaat, heeft het college in randnummer 181 van het boetebesluit een vergelijking gemaakt tussen enerzijds eerdere overtredingen die bestonden uit het overeenkomen van ongeoorloofde kortingen en anderzijds de onderhavige overtreding, die bestaat uit het overeenkomen van last bid- en preferred suppliersafspraken. Het college heeft deze vormen van ondergrensregulering-overtredingen gewogen, en de overtreding ten aanzien van het overeenkomen van last bid- en preferred suppliersafspraken minder ernstig bevonden dan de eerdere overtredingen, omdat, anders dan in die gevallen, de gewraakte afspraken niet rechtstreeks het overeenkomen van ongeoorloofde kortingen inhouden. Die weging is naar het oordeel van het college redelijk en deugdelijk.
201. De stelling van BT c.s. dat het college de overtreding als zeer ernstig had moeten kwalificeren omdat KPN geen maatregelen heeft getroffen door middel van clausules in de KPP-overeenkomsten om te voorkomen dat zij in strijd met de geldende tariefregulering zou handelen, is naar het oordeel van het college eveneens onjuist. Dat een dergelijke clausule ontbreekt, leidt niet tot de conclusie dat de overtreding als zeer ernstig zou moeten worden gekwalificeerd.

Recidive

202. Het college heeft drie eerdere overtredingen ten grondslag gelegd aan zijn constatering dat sprake is van recidive. Die overtredingen zijn beboet in de besluiten van 6 januari 2005, 28 november 2005 en 15 december 2006 die alle dateren van vóór de onderhavige overtredingen. In deze besluiten betrof de geconstateerde overtreding het discriminatoir aanbieden, het niet transparant aanbieden en/of het niet melden van gereguleerde diensten op de retailmarkt voor vaste telefonie. Daarmee staat vast dat sprake is van eenzelfde type overtreding door eenzelfde overtreder.
203. De geconstateerde overtredingen zijn derhalve te beschouwen als recidive in de zin van de Boetebeleidsregels. Het college heeft dit meegewogen als boeteverhogende omstandigheid.
204. De stelling van KPN dat geen sprake is van recidive en dat het college uitgaat van een veel te brede noemer waaronder de overtredingen met elkaar worden vergeleken, vindt geen steun in het recht. Van recidive is sprake in het geval van eenzelfde type overtreding begaan door

Besluit openbaar

dezelfde overtreder. Daaronder valt in ieder geval de situatie waarin de overtreder zich in het verleden ook schuldig heeft gemaakt aan overtreding van bepalingen waaraan hetzelfde rechtsbelang ten grondslag ligt als aan de feiten waar de overtreder vervolgens voor wordt beboet. In het onderhavige geval gaat het om dezelfde bepalingen uit de Telecommunicatiewet en daarop gebaseerde verplichtingen uit het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit als waarvoor eerder boetes zijn opgelegd, die voorts dezelfde belangen beogen te beschermen. Dat er verschillen zijn in de feitencomplexen waarop de boete is gebaseerd, leidt daarmee niet tot de conclusie dat geen sprake is van recidive. Dat het in de onderhavige overeenkomsten gaat om preferred supplier en last bid bepalingen en in de eerdere boetebesluiten om kortingen doet daaraan dus niet af, nu hetzelfde rechtsbelang ten grondslag ligt aan de feiten waarvoor KPN wordt beboet.

205. Ten aanzien van de stelling van BT c.s. dat de aan KPN opgelegde boetes in het verleden geen afschrikwekkende werking zouden hebben gehad en daarom een hogere boete zou moeten worden opgelegd, overweegt het college dat bij de berekening van de onderhavige boete recidive al als boeteverhogende factor is meegenomen. Het argument dat het college de boete had moeten verhogen vanwege het feit dat er niet een maar zes keer eerder een boetebesluit ter zake van deze verplichtingen aan KPN is opgelegd, mist doel, nu het college deze recidive, voor zover het overtredingen betreft die voorafgaand aan het sluiten van deze overeenkomst zijn geconstateerd, expliciet heeft betrokken in zijn overwegingen.
206. BT c.s. voert ten slotte aan dat de boete van € 780.000,- niet in verhouding staat tot de met de overtredingen behaalde omzet van € 5.7 miljoen. BT c.s. gaat er hierbij aan voorbij dat het college zijn beleidsregels op juiste wijze heeft toegepast. Deze juiste toepassing biedt naar het oordeel van het college geen grondslag voor opleggen van een hogere boete.
207. Het college ziet in het voorgaande dan ook geen aanleiding om ten aanzien van de hoogte van de boete tot een ander oordeel te komen.

Besluit
openbaar

9 Besluit

- a. Het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit verklaart de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. gericht tegen zijn besluit van 5 januari 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/200003) ongegrond;
- b. Het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit verklaart de bezwaren van BT Nederland N.V., Colt Technology Services B.V., Verizon Nederland B.V., UPC Nederland Business B.V., Tele2 Nederland B.V. en Atlantic Telecom Business B.V. gericht tegen zijn besluit van 5 januari 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/200003) ongegrond.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

(w.g.)

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam.

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.