

Besluit

Openbare versie

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/203108

Zaaknummer: 10.0390.29

Datum:

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN wegens overtreding van de verplichting tot non-discriminatie uit het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang.

1 Samenvatting

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) stelt in dit besluit vast dat Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen (hierna: KPN) vanaf 17 maart 2010 in overtreding is met de non-discriminatieverplichting zoals deze aan KPN is opgelegd in het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang¹ (hierna: WBT-besluit). De overtreding bestaat eruit dat KPN door middel van de kortingenactie WBA ZM ATM (hierna: de Actie) voor afnemers van wholesale-breedbandtoegang (hierna: WBT-afnemers) onder gelijke omstandigheden verschillende voorwaarden hanteert. WBT-afnemers kunnen alleen profiteren van de actietarieven voor nieuwe wholesalelijnen (hierna: WBT-lijnen) mits deze WBT-lijnen voorheen nog niet werden geleverd door het wholesalebedrijf van KPN. Het college gelast KPN om de overtreding uiterlijk 3 december 2010 te beëindigen.

2 Verloop van de procedure

1. Per 1 januari 2009 is het WBT-besluit in werking getreden. Onderdeel van dit besluit is onder meer de non-discriminatieverplichting voor de aanbidding en levering van WBT-lijnen door KPN.
2. Op 28 januari 2010 heeft KPN een e-mail verstuurd aan het college met daarin de voorgestelde voorwaarden van de Actie. Het college heeft 4 februari 2010 per e-mail aan KPN gemeld dat de voorwaarden van de Actie discriminatoir zijn en derhalve strijdig zijn met in ieder geval gedragsregels 1 en 3 van de non-discriminatieverplichting.
3. KPN heeft op 26 februari 2010 per e-mail gewijzigde voorwaarden van de Actie verstuurd aan het college. Het college heeft hierover op 5 maart 2010 per e-mail vragen gesteld aan KPN. Op 15 maart 2010 heeft KPN per e-mail antwoord gegeven op deze vragen en op 17 maart 2010 heeft KPN de Actie gepubliceerd via onder meer haar website.
4. Op 27 augustus 2010 heeft KPN een tweede wholesale-actie aangekondigd via onder meer haar website. Het betreft de Overstap actie WBA. Het college heeft op 8 september per e-mail vragen gesteld over de voorwaarden van de Overstap actie WBA. KPN heeft hier op 9 september 2010 per e-mail op geantwoord. Het college heeft vervolgens op 16 september, 22 september en 30 september

¹ Kenmerk: OPTA/AM/2008/202717, 19 december 2008.

Besluit

Openbare versie

2010 per e-mail aanvullende vragen gesteld over zowel de Overstap actie WBA als de Actie. Hierop heeft KPN op respectievelijk 20 september, 22 september en 4 oktober 2010 per e-mail geantwoord.

5. Op 9 september 2010 heeft een marktpartij aan het college gevraagd of de Overstap actie WBA voldoet aan de regulering die door het college aan KPN is opgelegd. Het college heeft op 9 september 2010 geantwoord dat hij enkele vragen aan KPN heeft gesteld over de Overstap actie WBA en derhalve nog geen antwoord kan geven op deze vraag.

6. Het college heeft op 13 oktober 2010 per e-mail aan KPN gemeld dat de Actie en de Overstap actie WBA strijdig zijn met de non-discriminatieverplichting uit het WBT-besluit. Het betreft specifiek ten minste gedragsregel 1 van de non-discriminatieverplichting. In deze e-mail heeft het college aan KPN gevraagd om de geconstateerde overtredingen zo spoedig mogelijk te beëindigen.

7. Op 15 oktober 2010 heeft het college van KPN per e-mail een reactie ontvangen. KPN heeft hierin aangegeven dat zij de non-discriminatieverplichting op een andere wijze interpreteert dan het college. KPN heeft aangegeven dat zij dan ook geen reden ziet om de genoemde acties te beëindigen.

8. Medewerkers van OPTA en KPN hebben op 20 oktober 2010 ten kantore van het college overleg gevoerd over beide acties. Hierbij is nogmaals aangegeven dat het college beide acties strijdig acht met gedragsregel 1 en hij een snelle beëindiging van belang acht. Derhalve heeft OPTA voorafgaand aan dit gesprek KPN de cautie gesteld. KPN heeft nogmaals aangegeven dat zij de interpretatie door het college van de non-discriminatieverplichting niet volgt. OPTA heeft aan KPN een termijn gesteld tot vrijdagmiddag 22 oktober 2010 om een reactie te geven op het verzoek van het college om de overtredingen zo spoedig mogelijk te beëindigen. OPTA heeft ten slotte aangegeven dat het college gebruik kan maken van een last onder dwangsom.

9. KPN heeft op 22 oktober 2010 per e-mail een reactie gestuurd aan het college. Hierin stelt zij nogmaals dat zij geen overtredingen constateert die volgen uit de Overstap actie WBA en de Actie. In deze zaak is volgens KPN sprake van een interpretatieverschil. In de e-mail heeft KPN voorgesteld om de Overstap actie WBA vooralsnog twee maanden uit te stellen.

10. OPTA heeft KPN op 26 oktober 2010 telefonisch nogmaals gevraagd om beide acties niet meer in hun huidige vorm aan te bieden. KPN heeft aangegeven dat zij niet zal stoppen met het aanbieden van de Actie. KPN heeft daarnaast nogmaals aangegeven bereid te zijn om de start van de Overstap actie WBA uit te stellen.

11. Het college heeft zich, aangezien KPN niet bereid bleek beide acties in hun huidige vorm voor onbepaalde tijd te beëindigen, genoodzaakt gezien om KPN op 27 oktober 2010 een last onder dwangsom aan te kondigen.² Hiermee heeft het college KPN in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk

² Kenmerk: OPTA/AM/2010/203081, 27 oktober 2010.

Besluit

Openbare versie

1 november om 12.00 uur haar reactie te geven. KPN heeft vervolgens op 27 oktober 2010 het college telefonisch om uitstel van het reactietermijn gevraagd. Het college heeft KPN vervolgens tot uiterlijk 3 november 2010 om 12.00 uur gegeven om haar reactie te geven.

12. Op 29 oktober 2010 heeft KPN haar WBT-afnemers per e-mail medegedeeld dat zij de Overstap actie WBA intrekt. Verder heeft KPN het actieaanbod van haar website verwijderd. Ten slotte heeft KPN ook via haar tweewekelijkse nieuwsbrief op 5 november 2010 medegedeeld dat de Overstap actie WBA wordt ingetrokken. Derhalve ziet de onderhavige last onder dwangsom verder niet op de Overstap actie WBA.

13. KPN heeft op 3 november 2010 een reactie³ gestuurd op de vooraankondiging van het college van de last onder dwangsom. Hierin betoogt zij dat beide acties niet strijdig zijn met gedragsregel 1 en dat zij derhalve de last onder dwangsom onrechtmatig acht. KPN heeft het college verzocht haar zienswijze mondeling te laten toelichten. Het college heeft KPN hiervoor de gelegenheid gegeven. Op 10 november 2010 heeft KPN vervolgens ten kantore van het college haar zienswijze toegelicht.

3 Overtreding

14. Het college stelt vast dat vanaf 17 maart 2010 sprake is van een overtreding door KPN van de non-discriminatieverplichting van het WBT-besluit.

15. De nog voortdurende overtreding bestaat eruit dat KPN de Actie aanbiedt terwijl deze discriminerende voorwaarden bevat. Als gevolg hiervan kunnen niet alle WBT-afnemers, met eenzelfde of soortgelijk vraagprofiel die nieuwe WBT-lijnen afnemen bij KPN, van dezelfde (actie)tarieven gebruik maken. De korting is namelijk niet alleen afhankelijk van het vraagprofiel, maar ook van de WBT-leverancier die voorheen de betreffende WBT-lijn leverde.

4 Zienswijze KPN

16. KPN is van mening dat de acties geen overtredingen vormen van gedragsregel 1 van de non-discriminatieverplichting. Volgens KPN hanteert het college namelijk een onjuiste uitleg van gedragsregel 1.

1. Onjuiste uitleg vraagprofiel

17. Ten eerste gebruikt het college volgens KPN een verkeerde uitleg van "eenzelfde of soortgelijk vraagprofiel". Het college heeft in de vooraankondiging van de last onder dwangsom gesteld dat WBT-afnemers die een 2 Mb lijn afnemen, met een bepaalde overboekingsfactor, allen eenzelfde vraagprofiel hebben. Echter, volgens KPN bestaat het vraagprofiel van de klant niet uit slechts één lijn, maar uit een totaalpakket van diensten die de WBT-afnemer vraagt. Dit blijkt volgens KPN ook uit het feit dat vanuit het WBT-besluit volumekortingen zijn toegestaan.

³ Kenmerk: B.J.H./0019922-0001633 AMCP:421368.1, 3 november 2010.

Besluit

Openbare versie

18. Verder voert KPN aan dat zij volgens het WBT-besluit migratiecompensatiekortingen mag geven. Deze compensatie stimuleert partijen om niet langer MDF-access af te nemen. Ook hieruit blijkt dat KPN mag differentiëren in haar prijs al naar gelang de “totaalbehoefte van de afnemer”.

19. Met de Actie differentieert KPN weliswaar in de prijs per lijn, maar zij stelt dat de WBT-afnemers vaak meerdere lijnen afnemen. Hierdoor ontstaan verschillende totaalbehoefte per afnemer. Aangezien elke afnemer een andere totaalbehoefte heeft, is er geen sprake van hetzelfde vraagprofiel. Het *verschil* in vraagprofielen betekent volgens KPN dat in deze zaak geen sprake is van ongeoorloofde prijsdiscriminatie voor *gelijke* vraagprofielen.

II. Differentiatie op basis van kostenverschil

20. Ten tweede geeft het WBT-besluit volgens KPN de mogelijkheid voor tariefdifferentiatie *“als algemeen uitgangspunt geldt dat de non-discriminatieverplichting in beginsel niet in de weg staat aan enige vorm van tariefdifferentiatie”*.⁴ Dus zelfs als uitgegaan wordt van eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel, dan blijft tariefdifferentiatie volgens KPN mogelijk. De voorwaarde die in het WBT-besluit genoemd wordt, is dat differentiatie door een economische prestatie gerechtvaardigd wordt.

21. KPN verwijst ook naar gedragsregel 3 in het WBT-besluit. Deze gedragsregel stelt onder meer dat differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is geoorloofd. Ook volumegerelateerde kortingen zijn toegestaan.

22. KPN is van mening dat de kortingen die uit de Actie voortvloeien een kostenvoordeel weerspiegelen. Door een betere vulling van het netwerk van KPN ontstaan - door schaalvoordelen - lagere kosten per WBT-lijn. Deze lagere kosten worden met de Actie doorgerekend aan de WBT-lijnen die voorheen nog geen onderdeel uitmaakte van het wholesalenetwerk van KPN. Omgekeerd geldt daarom geen korting voor nieuwe WBT-lijnen die voorheen reeds onderdeel uitmaakte van het wholesalenetwerk van KPN.

23. Bovendien heeft de Actie volgens KPN niet het doel om de mededinging te beperken. Aangezien WBT-afnemers een groot pakket aan lijnen afnemen, is er altijd wel een mogelijkheid om (voor een aantal lijnen) aanspraak te maken op de Actie. Daarom ontstaan er geen significante verschillen in de posities van WBT-afnemers. Ook concurrenten zoals Tele2 en BBned ondervinden geen mededingingsnadeel van de Actie. Het betreft tenslotte een tijdelijke actie waarvan ook zichzelf gebruik kunnen maken.

III. Vertrouwensbeginsel

24. Ten derde is KPN van mening dat de last onder dwangsom in strijd is met het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en daarbij onevenredig bezwarend is jegens KPN.

⁴ WBT-besluit, pagina 201, randnummer 831.

Besluit

Openbare versie

KPN noemt de feiten en de achtergrond van de zaak. Het college heeft volgens KPN reeds sinds januari 2010 de gelegenheid gehad om eventuele bezwaren te uiten jegens de Actie. Medio oktober 2010, 8 maanden later, heeft het college dit voor de eerste maal gedaan.

25. BBned en Tele2, twee wholesaleconcurrenten van KPN, hebben een tweetal procedures gestart naar aanleiding van de Actie. Het college heeft tijdens deze procedures niet haar standpunt naar voren gebracht dat de Actie in strijd zou zijn met gedragsregel 1. Volgens KPN heeft het college in deze procedures de kans gehad om de Actie uitvoering te onderzoeken. Daarom ziet zij geen reden waarom het college later alsnog de Actie strijdig verklaart met gedragsregel 1.

26. Verder heeft KPN ook in het verleden meerdere malen vergelijkbare wholesaleacties gehouden. KPN noemt specifiek de acties waarbij voor de afname van 'dood koper' eenmalige kortingen golden (hierna: dood koper-acties). Deze acties heeft het college toegestaan. 'Dood koper' betreft nieuwe lijnen die voorheen niet gebruikt werden door een eindgebruiker doordat deze eindgebruiker voorheen bijvoorbeeld diensten over de coax-infrastructuur afnam.

27. Daarnaast bestaat volgens KPN sinds lange tijd een verschil in de prijs voor WBT-lijnen die van een andere WBT-aanbieder komen en WBT-lijnen die voorheen onderdeel uitmaakte van het WBT-netwerk van KPN. Er gelden verschillende migratiekosten voor WBT-lijnen afhankelijk van de herkomst van de lijn. Een lijn die voorheen tot de categorie dood-koper behoorde is duurder, omdat deze lijn geactiveerd moet worden met een dienst genaamd New Line Service (hierna: NLS). Het college heeft deze vorm van differentiatie volgens KPN altijd toegestaan en zou derhalve ook de Actie moeten goedkeuren.

IV. Dictum

28. Het dictum van de vooraankondiging van de last onder dwangsom herhaalt voor een deel gedragsregel 1. KPN is van oordeel dat het dictum, gezien de onduidelijkheid over de interpretatie van gedragsregel 1, daarom eveneens onduidelijk is.

5 Juridisch kader

29. Op 1 januari 2009 is het WBT-besluit in werking getreden. Hierin heeft het college ten aanzien van KPN de volgende verplichting opgenomen:

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

Besluit Openbare versie

*tariefvoorwaarden.*⁵

30. In het WBT-besluit heeft het college de non-discriminatieverplichting verder uitgewerkt in een aantal gedragsregels, waaronder specifiek gedragsregel 1 en gedragsregel 3.

Gedragsregel 1 luidt:

*“selectieve prijsoponderbieding is verboden: producten of diensten mogen niet tegen gedifferentieerde voorwaarden aan wholesale-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden geleverd.”*⁶

Gedragsregel 3 luidt:

*“tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers. Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is ook geoorloofd.”*⁷

6 Overwegingen van het college

Strijdigheid non-discriminatie gedragsregel 1 en gedragsregel 3

31. Gedragsregel 1 verbiedt KPN om producten of diensten tegen gedifferentieerde voorwaarden aan WBT-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel te leveren. Het college is van oordeel dat KPN met de Actie haar WBT-afnemers met een vergelijkbaar vraagprofiel niet in alle gevallen hetzelfde (actie)tarief aanbiedt.

32. De Actie geldt voor elke nieuwe WBT-lijn die wordt afgenomen bij KPN. Echter, niet alle WBT-afnemers die een nieuwe WBT-lijn afnemen van KPN komen in aanmerking voor de lagere actietarieven. De kortingen gelden alleen voor nieuwe lijnen die voorheen niet door het wholesalebedrijf van KPN werden geleverd aan een retailbedrijf van KPN of een retailbedrijf van derden. Kortom, WBT-lijnen die weliswaar nieuw zijn voor de WBT-afnemer, maar voorheen al binnen het wholesalenetwerk van KPN vielen, komen niet in aanmerking voor korting.

33. De beperkende actievoorwaarden, zoals opgenomen onder randnummer 32, leiden ertoe dat de Actie discriminatoir is. Onderstaand geeft het college twee scenario's weer. Hierin krijgen WBT-afnemers met eenzelfde vraagprofiel een van elkaar afwijkend aanbod.

- **Scenario I:** Een WBT-afnemer (bijvoorbeeld RoutIT) neemt één nieuwe WBT-lijn af bij KPN met een downloadsnelheid van 2 Mb en een overboekingsfactor van 1:4. Deze WBT-lijn werd

⁵ Dictumonderdeel iv. van het WBT-besluit.

⁶ Dictumonderdeel viii., sub 1, van het WBT-besluit.

⁷ Dictumonderdeel viii., sub 3, van het WBT-besluit.

Besluit

Openbare versie

voorheen geleverd door BBned aan RoutIT.

De WBT-afnemer (RoutIT) krijgt wel korting vanuit de Actie.

- **Scenario II:** Een WBT-afnemer (bijvoorbeeld Solcon) neemt één nieuwe WBT-lijn af bij KPN met een downloadsnelheid van 2 Mb en een overboekingsfactor van 1:4. Deze WBT-lijn werd bijvoorbeeld voorheen geleverd door KPN Wholesale aan KPN Retail.

De WBT-afnemer (Solcon) krijgt geen korting vanuit de Actie.

34. In de scenario's hebben de WBT-afnemers RoutIT en Solcon eenzelfde vraagprofiel. Solcon kan echter vanwege de discriminerende actievoorwaarden niet gebruik maken van dezelfde actiekorting als RoutIT.

35. Alleen in scenario I werd de WBT-lijn in een eerder stadium geleverd door een wholesaleconcurrent (BBned) van KPN. Dit is dan ook het enige scenario waarin de WBT-afnemer van de Actie kan profiteren. Een WBT-afnemer wordt in scenario I bevoordeeld met een lager tarief ten opzichte van WBT-afnemers in scenario II.

36. Het college merkt op dat er voor KPN een commerciële prikkel bestaat om haar acties te voorzien van beperkende voorwaarden. In dit geval heeft KPN lagere (actie)tarieven gehanteerd voor WBT-afnemers die voorheen onderdeel waren van het klantenbestand van haar wholesaleconcurrenten. Tegelijkertijd kan KPN de daling van haar generieke prijsniveau beperken.

37. Het college acht het van belang dat afnemers van WBT met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel onder gelijke omstandigheden en voorwaarden actief kunnen zijn op de markt. Dit is niet mogelijk zolang KPN met de Actie bepaalde diensten tegen gedifferentieerde voorwaarden aanbiedt aan WBT-afnemers met eenzelfde of soortgelijk vraagprofiel.

38. Verder geeft gedragsregel 3 de mogelijkheid aan KPN om in sommige gevallen toch te differentiëren in tarieven: "*Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is ook geoorloofd*".

39. Het college staat dus differentiatie op basis van kostenverschillen toe. Dit blijkt ook uit de tariefbesluiten van het college waarin voor eenmalige aansluitkosten en migratiekosten kostengeoriënteerde tarieven worden bepaald. KPN maakt bijvoorbeeld extra aansluitkosten voor dood koper. Het betreft de eerder genoemde dienst NLS. Als bij de afdrijving van een WBT-dienst sprake blijkt te zijn van dood koper, dan dient de desbetreffende WBT-afnemer volgens het referentieaanbod van KPN eenmalig ten minste 90 euro te betalen voor NLS. Hierdoor is de totale prijs voor een WBT-lijn met NLS hoger dan de totale prijs voor overige WBT-lijnen terwijl beide diensten dezelfde technische kenmerken kunnen hebben.

Besluit

Openbare versie

40. Het is KPN dus, vanuit gedragsregel 3 en de tariefbesluiten van het college, toegestaan om als gevolg van bepaalde eenmalige kosten te differentiëren in de tarieven van WBT-lijnen met dezelfde technische kenmerken. Het is KPN ook toegestaan om deze tariefdifferentiatie (deels) terug te nemen door de eenmalige tarieven te verlagen. Het materiële gevolg van de dood koper-actie is dat het tarief voor NLS van minstens 90 euro deels verdwijnt door de eenmalige korting van 80 euro. Hierdoor wordt het prijsverschil tussen WBT-lijnen met dood koper en overige WBT-lijnen minder groot. Om deze reden acht het college de dood koper-actie niet strijdig met de non-discriminatieverplichting.

41. De Actie gaat echter verder waardoor niet alleen de migratiekosten wegvallen, maar ook de feitelijke WBT-lijn goedkoper wordt dan andere WBT-lijnen. Vervolgens ontstaat een vorm van tariefdifferentiatie die niet langer gebaseerd is op enig kostenverschil en derhalve strijdig is zowel gedragsregel 1 als gedragsregel 3.

42. Een wholesale-actie zoals de Actie zou niet strijdig zijn met de non-discriminatieverplichting als de omvang van de korting op een lager of gelijk niveau vastgesteld was als het eenmalige tarief van een migratie. Wholesale-acties zijn ook niet discriminerend als alle nieuwe WBT-lijnen in aanmerking komen voor kortingen, ongeacht door welk wholesalebedrijf de lijnen voorheen werden geleverd.

43. Met betrekking tot de zienswijze van KPN overweegt het college onder onderdeel I tot onderdeel IV het volgende.

I. Onjuiste uitleg vraagprofiel

44. Volgens KPN geeft het WBT-besluit noch de wet een definitie van de term 'afnemers met eenzelfde of soortgelijk vraagprofiel'. KPN is van oordeel dat voor de vaststelling van een vraagprofiel gekeken moet worden naar "de totaalbehoefte van de WBT-afnemer". Het college is het hier in beginsel mee eens. Het is geoorloofd om kortingen te verstrekken voor grotere pakketten van diensten. Deze zogenoemde staffelkortingen worden door het college onder voorwaarden dan ook toegestaan. In de onder randnummer 33 genoemde scenario's is het college weliswaar gemakshalve uitgegaan van slechts één individuele lijn, maar dezelfde scenario's zouden kunnen worden uitgewerkt voor afname van iedere willekeurige gelijke samenstelling van lijnen. Het uitgangspunt blijft hierbij dat een WBT-afnemer in scenario I bevoordeeld wordt ten opzichte van een WBT-afnemer in scenario II. Bovendien is alleen het aanbod van de Actie op zichzelf al strijdig met de non-discriminatieverplichting. Dit staat in eerste instantie nog los van de feitelijke afname van producten in alle mogelijke variaties.

45. Daarnaast is volgens KPN sprake van een afwijkend vraagprofiel in de gegeven scenario's, omdat KPN vanuit haar commerciële belangen verschillend aankijkt tegen de scenario's. Een nieuwe WBT-lijn, die voorheen nog niet werd geleverd door KPN Wholesale, genereert meer opbrengsten voor KPN. Het college kan zich niet vinden in dit standpunt. Het college acht dat het juist dit mededingingsprobleem geremedieerd wordt met de non-discriminatieverplichting. KPN heeft de commerciële prikkel om te differentiëren in haar tarieven. Daardoor kan KPN selectief kortingen verstrekken aan klanten die mogelijk willen overstappen van concurrenten naar KPN. Het bijkomende

Besluit

Openbare versie

“Voorts geldt dat tariefdifferentiatie slechts is toegestaan voor zover de kortingen een door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel weerspiegelt, zoals een kostenverschil. Dit betekent in het algemeen dat kortingen, waarbij een direct verband met zo'n door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel ontbreekt, niet zijn toegestaan.”

Kortingen waarbij de te verlenen korting uitsluitend is gerelateerd aan de hoeveelheid van de afname, de zogenaamde kwantumkortingen, zijn in het algemeen wel toegestaan.”¹⁰ (onderstreping toegevoegd door het college)

Alleen een economische prestatie, zoals een kostenverschil, maakt tariefdifferentiatie voor eenzelfde vraagprofiel mogelijk. Als deze voorwaarde ontbreekt dan zijn eventuele kortingen strijdig met de non-discriminatieverplichting.

50. KPN is van oordeel dat een dergelijk kostenverschil wel degelijk bestaat. Nieuwe WBT-lijnen, die voorheen nog geen onderdeel uitmaakten van het WBT-netwerk van KPN, vergroten de bezetting van het netwerk van KPN. Deze schaalvoordelen verlagen de kosten van KPN per geleverde WBT-lijn. Derhalve geldt vanuit de Actie korting voor dergelijke nieuwe lijnen, terwijl er geen korting geldt voor nieuwe WBT-lijnen die voorheen reeds binnen het WBT-netwerk van KPN vielen.

51. Het college volgt KPN in haar standpunt dat er een kostenbesparing wordt gerealiseerd doordat KPN haar netwerk beter benut. Dit leidt echter tot een gemiddelde kostenbesparing voor alle WBT-lijnen, waaronder ook begrepen WBT-lijnen van bestaande klanten van KPN. Het college is dan ook van oordeel dat een dergelijke kostenbesparing niet kan leiden tot een gedifferentieerd tarief aan verschillende WBT-afnemers met eenzelfde vraagprofiel. Voor zover KPN de kostenbesparingen wil vertalen in een korting aan afnemers, dient zij dit dus te doen voor alle afnemers. Alleen als het aanbod van een specifieke dienst meer of minder kosten met zich meebrengt, zoals een duurdere voortbrengingswijze van de specifieke dienst, kan dit tariefdifferentie rechtvaardigen.

52. Verder acht het college, in tegenstelling tot KPN, dat de Actie mededingingsbeperkend is. Als de Actie niet discriminerend zou zijn en derhalve voor alle nieuwe WBT-lijnen zou gelden, dan zou het generieke prijsniveau voor WBT-diensten van KPN verder dalen. Door het gerichte en discriminerende karakter van de Actie kan KPN deze prijsdaling beperken. WBT-afnemers en eindgebruikers ondervinden hier op lange termijn nadeel van. Verder worden WBT-afnemers die korting ontvangen bevoordeeld ten opzichte van WBT-afnemers met een soortgelijk vraagprofiel die geen korting ontvangen. Hierdoor kunnen niet alle partijen onder gelijke omstandigheden concurreren. Ten slotte worden ook WBT-leveranciers zoals BBned en Tele2 benadeeld. Zij moeten hun tarieven op korte termijn eventueel verlagen om zodoende te concurreren met de onrechtmatige actietarieven van KPN.

¹⁰ WBT-besluit, pagina 201, randnummer 832.

Besluit

Openbare versie

III. *Vertrouwensbeginsel*

53. Het college heeft KPN 4 februari 2010 gemeld dat de door KPN voorgestelde voorwaarden van de Actie in strijd zijn met gedragsregel 1 en 3 van het WBT-besluit. Vervolgens heeft KPN 26 februari 2010 een gewijzigd voorstel gedaan voor de vormgeving van de Actie. Op 5 maart 2010 heeft het college enkele kritische vragen gesteld over de nieuwe vormgeving van de Actie. Nadat KPN deze vragen beantwoordde, heeft het college 13 oktober 2010 opnieuw aangegeven dat zij de Actie strijdig acht met de non-discriminatieverplichting.

54. Het college heeft, zoals KPN ook aangeeft in haar zienswijze, de mogelijkheid gehad om eerder haar oordeel te geven over de Actie. Echter, het college heeft de overtreding in deze zaak niet eerder opgemerkt. Hij heeft sinds maart 2010 in eerste instantie de Actie onderzocht op strijdigheid met gedragsregel 5. In een later stadium, naar aanleiding van de aankondiging van de Overstap actie WBA, alsmede vragen hierover van een marktpartij, heeft het college beide acties nader onderzocht op strijdigheid met onder meer gedragsregel 1. Deze omstandigheid wordt betrokken in de afwegingen die het college zal maken bij de eventuele sanctionering van de overtredingen.

55. Dit verloop van omstandigheden verandert echter niets aan de norm of interpretatie van de aan KPN opgelegde non-discriminatieverplichting. Tarieven en voorwaarden van KPN, voor haar gereguleerde wholesalediensten, dienen non-discriminatoir te zijn ongeacht hoe lang deze reeds worden aangeboden in de markt. Het college acht de Actie discriminatoir. Derhalve gelast het college KPN de Actie in de huidige vorm te beëindigen. Onderhavige last onder dwangsom voorziet alleen in de beëindiging van het aanbod en ziet niet op de contracten die reeds op basis van de actie(s) zijn afgesloten.

56. Daarnaast stelt KPN dat zij reeds geruime tijd differentieert in de aanlegtarieven van haar diensten die desondanks een vergelijkbaar technische profiel hebben. Als voorbeeld noemt KPN de dood koper-acties. Het college is bekend met deze feiten. Het is KPN toegestaan om te differentiëren in de aanlegtarieven van lijnen zolang hier een kostenverschil aan ten grondslag ligt. De overwegingen van het college hierover zijn besproken onder randnummer 38 tot 42 van het onderhavige besluit.

57. Met de Actie kan een WBT-afnemer maximaal 55% korting krijgen op het *maandelijke* tarief voor een WBT-lijn. Deze tariefdifferentiatie is niet gebaseerd op een kostenverschil met andere WBT-lijnen. Evenmin wordt met de Actie een tariefverschil met andere WBT-lijnen (deels) weggenomen. Derhalve worden aan WBT-afnemers met eenzelfde vraagprofiel verschillende tarieven aangeboden. Dit is strijdig met gedragsregel 1. Verder differentieert KPN tarieven op basis van een vraagprofiel terwijl hier geen kostenverschillen aan ten grondslag liggen. Dit is strijdig met gedragsregel 3.

IV. *Dictum*

58. Het college acht het dictum van de last onder dwangsom, in tegenstelling tot KPN, voldoende duidelijk. KPN dient de Actie stop te zetten of te wijzigen, zodat alle WBT-afnemers met eenzelfde

Besluit

Openbare versie

vraagprofiel in aanmerking komen voor dezelfde tarieven. In het onderhavige besluit heeft het college aangegeven waarom de Actie strijdig is met de non-discriminatieverplichting. Het is vervolgens aan KPN om vanuit haar bedrijfsmatige belangen een keuze te maken voor de wijze van beëindiging.

De last

59. Het college is van oordeel dat KPN momenteel de Actie aanbiedt in strijd met gedragsregel 1 en 3. Het college acht het van belang dat deze overtreding zo spoedig mogelijk wordt beëindigd. Nu KPN heeft aangegeven de overtreding niet onverwijld te zullen beëindigen, legt het college een last onder dwangsom op aan KPN.

60. Het college gelast KPN alsnog voor haar huidige aanbod van wholesalediensten te voldoen aan de non-discriminatieverplichting van het WBT-besluit en derhalve al haar WBT-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel, die nieuwe lijnen bij haar afnemen, eenzelfde tarief aan te bieden voor eenzelfde dienst.

61. Het college geeft KPN uiterlijk tot 3 december 2010 om 17.00 uur de tijd om aan bovenstaande last te voldoen. Het college acht deze termijn redelijk aangezien KPN alleen wordt gelast haar actieaanbod in te trekken of te wijzigen. Dit betekent enerzijds dat KPN geen nieuwe contracten mag afsluiten op basis van de huidige discriminerende voorwaarden van de Actie. Anderzijds betekent dit dat er geen aanbod mag zijn vanuit de Actie waarop WBT-afnemers kunnen reageren. Deze termijn acht het college noodzakelijk, omdat een langere termijn leidt tot meer nadelige gevolgen voor WBT-afnemers en eventueel de wholesaleconcurrenten van KPN.

62. Het college legt KPN een dwangsom op ter hoogte van € 450.000 die ineens wordt verbeurd na het verstrijken van de begunstigingstermijn. De hoogte van de dwangsom is gerelateerd aan het feit dat het een last betreft die door KPN eenvoudig en op korte termijn kan worden uitgevoerd.

63. Het college acht een dwangsom die ineens wordt verbeurd noodzakelijk om KPN te dwingen zo snel mogelijk de overtreding van de non-discriminatieverplichting uit het WBT-besluit te beëindigen. Het college gaat er vanuit dat KPN door de hoogte van de dwangsom gedwongen zal zijn aan deze lastgeving te voldoen. De dwangsom is niet zodanig hoog dat deze in geen verhouding staat tot de overtreding.

Besluit Openbare versie

7 Dictum

64. Het college legt KPN een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

- Het college gelast KPN alsnog te voldoen aan de non-discrimatieverplichting van het WBT-besluit en derhalve al haar WBT-afnemers met een gelijk of soortgelijk vraagprofiel, die nieuwe lijnen bij haar afnemen, gelijke voorwaarden aan te bieden. Dit kan KPN bereiken door de Actie te beëindigen en derhalve niet meer aan te bieden of door haar WBT-afnemers die nieuwe WBT-lijnen afnemen non-discriminatoire te behandelen.
- Indien KPN niet aan de vorenstaande last voldoet, verbeurt zij na het verstrijken van de begunstigingstermijn op 3 december om 17.00 uur een dwangsom van € 450.000.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd afdeling Markten

drs. D.I. Bos

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA.

Het postadres is: College van de OPTA, Postbus 90420, 2509 LK Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

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