

# Besluit

## Openbare versie

Ons kenmerk: OPTA/COL/2011/200622

Zaaknummer: 10.0390.29.1.01

Datum:

**Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. tegen zijn besluit van 25 november 2010 tot oplegging van een last onder dwangsom wegens overtredingen van de non-discriminatieverplichting uit het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang.**

### 1 Samenvatting

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft bij besluit van 25 november 2010<sup>1</sup> Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen (hierna: KPN) een last onder dwangsom opgelegd in verband met de overtreding van de non-discriminatieverplichting zoals deze aan KPN is opgelegd in het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang<sup>2</sup> (hierna: WBT-besluit). De overtreding bestond eruit dat KPN door middel van de kortingenactie WBA ZM ATM (hierna: de Actie) afnemers van wholesale-breedbandtoegang (hierna: WBT-afnemers) onder gelijke omstandigheden verschillend behandelde.

2. Tegen deze last onder dwangsom heeft KPN op 3 december 2010 bezwaar gemaakt. KPN stelt in haar bezwaar onder meer dat er geen sprake is van een overtreding van gedragsregel 1 en gedragsregel 3 van de non-discriminatieverplichting.

3. Het college concludeert in het onderhavige besluit dat – gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van 19 januari 2011 – het WBT-besluit onvoldoende grondslag biedt om het gedrag van KPN als een overtreding te kwalificeren. Aangezien er geen overtreding van gedragsregel 1 kan worden vastgesteld, komt het college niet toe aan de beoordeling van gedragsregel 3.

4. Het college verklaart het bezwaar van KPN gegrond en herroept het bestreden besluit. De last onder dwangsom komt hiermee te vervallen.

### 2 Verloop van de procedure

5. Op 17 maart 2010 heeft KPN de Actie gepubliceerd via onder meer haar website. Het college heeft op 13 oktober 2010 per e-mail aan KPN te kennen gegeven dat de Actie strijdig is met de non-discriminatieverplichting uit het WBT-besluit. In deze e-mail heeft het college aan KPN gevraagd om de geconstateerde overtreding zo spoedig mogelijk te beëindigen.

---

<sup>1</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2010/203108, 25 november 2010.

<sup>2</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2008/202717, 19 december 2008.

## Besluit

### Openbare versie

6. Het college heeft KPN op 27 oktober 2010 een vooraankondiging gedaan van de last onder dwangsom.<sup>3</sup> KPN heeft op 3 november 2010 een reactie<sup>4</sup> gestuurd op de vooraankondiging van de last onder dwangsom.
7. Bij besluit van 25 november 2010 heeft het college aan KPN een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting. Het college heeft KPN gelast om de overtreding uiterlijk 3 december 2010 te beëindigen onder verbeurte van een dwangsom van € 450.000.
8. Bij brief van 3 december 2010<sup>5</sup> heeft KPN bezwaar ingediend tegen het bestreden besluit. Bij brief<sup>6</sup> van dezelfde datum heeft KPN een verzoek gedaan om een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: de voorzieningenrechter).
9. Bij uitspraak van 19 januari 2011 heeft de voorzieningenrechter het verzoek om voorlopige voorziening toegewezen en het bestreden besluit geschorst tot zes weken na de beslissing op bezwaar.
10. KPN en Tele2, als derde belanghebbende, hebben 28 februari 2011 tijdens een hoorzitting ten kantore van het college hun standpunten toegelicht. Tijdens de hoorzitting heeft KPN toegezegd een aantal vragen van het college schriftelijk te beantwoorden. Bij e-mails van 9 en 11 maart 2011 heeft KPN deze vragen beantwoord.

### 3 Juridisch kader

11. 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 tariefvoorwaarden.”<sup>7</sup>*

12. In het WBT-besluit heeft het college de non-discriminatieverplichting verder uitgewerkt in een

---

<sup>3</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2010/203081, 27 oktober 2010.

<sup>4</sup> Kenmerk: B.J.H./0019922-0001633 AMCP:421368.1, 3 november 2010.

<sup>5</sup> Kenmerk: L/0019922-0001633 AMCP:426238.1. 3 december 2010.

<sup>6</sup> Kenmerk: AMCP:425830.4, 3 december 2010.

<sup>7</sup> Dictumonderdeel iv. van het WBT-besluit.

## Besluit

### Openbare versie

aantal gedragsregels, waaronder voor zover hier van belang gedragsregel 1 en gedragsregel 3.

Gedragsregel 1 luidt:

*“selectieve prijsontersbieding is verboden: producten of diensten mogen niet tegen gedifferentieerde voorwaarden aan wholesale-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden geleverd.”<sup>8</sup>*

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.”<sup>9</sup>*

## 4 Het bestreden besluit

13. Het college heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat KPN met de Actie in strijd handelt met gedragsregel 1 door haar WBT-afnemers met een vergelijkbaar vraagprofiel niet in alle gevallen hetzelfde (actie)tarief aan te bieden. De korting geldt alleen voor nieuwe lijnen die voorheen niet door het wholesalebedrijf van KPN (hierna: KPN Wholesale) werden geleverd aan een retailbedrijf van KPN of derden. Nieuwe lijnen, die voorheen reeds door KPN Wholesale werden geleverd aan een retailbedrijf, komen niet in aanmerking voor de korting. Voorts heeft het college in het bestreden besluit geoordeeld dat de Actie leidt tot tariefdifferentiatie die niet gebaseerd is op enig aantoonbaar onderliggend kostenverschil en derhalve strijdig is met gedragsregel 3.

14. Het college heeft in het bestreden besluit KPN, onder verbeurte van een dwangsom van € 450.000, gelast voor haar huidige aanbod van wholesalediensten alsnog te voldoen aan de non-discriminatieverplichting van het WBT-besluit.

## 5 Bezwaren KPN en zienswijze Tele2

### 5.1 Bezwaren KPN

15. KPN heeft een aantal bezwaren aangevoerd tegen het bestreden besluit. Zij verzoekt het college het bestreden besluit te herroepen en alsnog af te zien van handhaving, alsmede aan haar de kosten voor het maken van de bezwaarprocedure te vergoeden, op grond van artikel 7:15 lid 2 Awb. In haar bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting van 28 februari 2011 heeft KPN de volgende gronden aangevoerd.

---

<sup>8</sup> Dictumonderdeel viii., sub 1, van het WBT-besluit.

<sup>9</sup> Dictumonderdeel viii., sub 3, van het WBT-besluit.

## Besluit

### Openbare versie

#### I. Er is geen overtreding van gedragsregel 1:

16. Er is geen overtreding van gedragsregel 1 volgens KPN, omdat er meerdere situaties zijn waarin een afnemer korting kan krijgen. Ook wholesaleconcurrenten zoals Tele2 komen in aanmerking voor de Actie. Volgens KPN ziet de voorzieningenrechter geen overtreding van gedragsregel 1, omdat hij eveneens van oordeel is dat met de Actie geen onderscheid gemaakt wordt tussen afnemers. KPN biedt de actie aan iedere afnemer die daarvoor in aanmerking wil komen.

17. Volgens KPN geeft de wet noch het WBT-besluit een definitie van het begrip 'afnemers met eenzelfde of soortgelijk vraagprofiel'. De interpretatie van dit begrip door het college is volgens KPN te beperkt, omdat deze alleen uitgaat van de technische kenmerken van de gevraagde lijnen. Deze interpretatie verdraagt zich niet met de uitleg van de non-discriminatieverplichting zoals is vastgelegd in de Telecommunicatiewet. Ook andere aspecten, zoals het commerciële oogmerk van KPN, spelen volgens KPN een rol bij de bepaling van het vraagprofiel.

18. De door het college genoemde scenario's zijn volgens KPN theoretisch van aard. Een overtreding kan in deze zaak alleen bestaan als de Actie ook in de praktijk tot ongelijke behandeling van afnemers leidt.

19. Ten slotte stelt KPN dat er geen overtreding is van gedragsregel 1, omdat de afnemers voordeel hebben bij de Actie. Volgens KPN probeert het college de wholesaleconcurrenten in deze zaak te beschermen en niet de afnemers.

#### II. Er is geen overtreding van gedragsregel 3:

20. Op basis van gedragsregel 3 mag KPN differentiëren in haar prijzen zolang er sprake is van een kostenvoordeel. Volgens KPN wordt er met de Actie een kostenvoordeel bereikt. Dit kan ook toegerekend worden aan de met de actie verkochte lijnen.

21. De voorzieningenrechter ziet volgens KPN geen overtreding van gedragsregel 3, omdat KPN met de Actie een aantoonbaar onderliggend kostenvoordeel behaalt. Tariefdifferentiatie is daarom toegestaan.

22. Het college heeft volgens KPN in strijd gehandeld met het vereiste van hoor en wederhoor door niet eerder in het proces duidelijk te maken richting KPN dat er een overtreding is van gedragsregel 3.

#### III. Handhaving is niet evenredig gezien de resterende looptijd van de Actie:

23. De last onderdwangsom is geschorst tot zes weken na de beslissing op bezwaar. Dit betekent dat de last geen of weinig effect meer kan hebben, aangezien de Actie 14 mei 2011 afloopt. Met deze reden is handhaving niet evenredig.

## Besluit

### Openbare versie

#### IV. Overige bezwaren KPN:

24. Volgens KPN is het bestreden besluit in strijd met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, omdat het college meerdere maanden na de aankondiging van de Actie heeft geoordeeld dat de Actie een overtreding vormt. Daarom is volgens KPN het opleggen van een last onder dwangsom onevenredig bezwarend. KPN is verder van oordeel dat het college WBT-afnemers niet heeft gehoord. Het college heeft daarom in strijd gehandeld met het beginsel van een goede en zorgvuldige bestuurlijke voorbereiding van een besluit.

25. Het college moet volgens KPN constateren dat de reeds afgesloten kortingen, waar de last niet op ziet, niet in strijd zijn met gedragsregel 1 en gedragsregel 3. Verder heeft het college volgens KPN ten onrechte nagelaten vast te stellen welk rechtssubject de vermeende overtreding heeft begaan. De verwijzing naar "Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen" is niet specifiek genoeg. Ook heeft het college nagelaten te vermelden dat de last niet ziet op de korting op (ongereguleerde) huurlijnen.

26. Ten slotte is KPN van oordeel dat de dwangsom van € 450.000, die ineens wordt verbeurd, onevenredig en onvoldoende gemotiveerd is.

#### 5.2 Zienswijze Tele2

27. Tele2 heeft zich na openbaarmaking van het bestreden besluit gemeld als belanghebbende. Tijdens de hoorzitting van 28 februari 2011 van het college heeft Tele2 uiteengezet waarom het bestreden besluit in stand moet blijven. Tele2 heeft de volgende gronden aangevoerd.

##### I. Door de discriminerende voorwaarden van de Actie worden concurrenten zoals Tele2 en afnemers van wholesalediensten benadeeld:

28. Tele2 en een aantal andere marktpartijen nemen (voornamelijk) wholesalediensten af in gebieden waar zij geen eigen netwerk hebben. KPN geeft volgens Tele2 in deze zogenoemde B-gebieden geen korting. De afnemers worden in deze gebieden daarom benadeeld ten opzichte van gebieden waar wel korting wordt verstrekt.

29. KPN geeft alleen kortingen voor lijnen die voorheen geen onderdeel uitmaakten van haar wholesalenetwerk. Er is volgens Tele2 geen reden om te denken dat afnemers die naar dit type lijn vragen een ander vraagprofiel hebben.

##### II. De gegeven kortingen zijn geen weerspiegeling van de vermeende kostenbesparingen:

30. Het WBT-besluit vereist volgens Tele2 een directe relatie tussen de gegeven kortingen en de kostenbesparingen die hieraan ten grondslag moeten liggen. KPN heeft niet aangetoond dat de gegeven kortingen de vermeende kostenbesparingen weerspiegelen.

## Besluit

### Openbare versie

#### III. De Actie beperkt de concurrentie - in strijd met regulering:

31. Het hoofdoel van regulering is het bevorderen van infrastructuurconcurrentie. De Actie beperkt de concurrentie op de markt voor WBT HK.<sup>10</sup> Dit heeft uiteindelijk ook negatieve gevolgen voor de eindgebruiker. Daarom is volgens Tele2 de Actie in strijd met de doelstelling van het WBT-besluit.

#### IV. Het oordeel van de voorzieningenrechter berust op een onjuiste en onvolledige beoordeling:

32. De term vraagprofiel moet uitdrukkelijk gezien worden vanuit het perspectief van de afnemer. Vanuit die optiek is sprake van hetzelfde vraagprofiel voor de wholesalediensten waar KPN in deze zaak een onderscheid tussen maakt. KPN rekent ondanks dit zelfde vraagprofiel verschillende tarieven. Hierdoor worden de verhoudingen tussen KPN, Tele2 en afnemers op de onderliggende downstreammarkten scheef getrokken.

33. Uit niets blijkt welke kostenbesparingen ten grondslag liggen aan de verschillende kortingen die de Actie biedt. Voor de stelling van KPN dat de korting gerechtvaardigd wordt, door kostenvoordelen van een betere netwerkvulling heeft KPN, aldus Tele2, geen feitelijk bewijs geleverd.

#### V. Overige bezwaren Tele2:

34. Het zijn de reeds afgesloten overeenkomsten die de concurrentie verstoren. Dat er geen last onder dwangsom kan worden opgelegd omdat de Actie niet lang meer duurt, is daarom een argument dat geen stand houdt volgens Tele2. Tele2 is verder van oordeel dat KPN aan alle gedragsregels moet voldoen. Het is volgens Tele2 dus niet relevant dat de Actie, volgens het college, reeds voldoet aan gedragsregel 5. Ten slotte vindt Tele2 dat het beroep van KPN op het vertrouwensbeginsel niet kan slagen. KPN is zelf verantwoordelijk voor de naleving van de aan haar opgelegde verplichtingen.

## 6 Overwegingen

### 6.1 Non-discriminatieverplichting

35. Het uiteindelijke doel van het reguleringskader is het tot stand brengen van een situatie van duurzame concurrentie.<sup>11</sup> De in dat kader opgelegde non-discriminatieverplichting ten aanzien van de WBT-markten moet voorkomen dat KPN de omstandigheden waaronder verschillende WBT-afnemers met elkaar concurreren op de lager gelegen markten beïnvloedt. Anderzijds voorkomt de verplichting dat KPN met prijsdiscriminatie direct ten koste van afnemers gemiddeld een hogere prijsniveau hanteert dan wanneer er een generieke prijsverlaging wordt doorgevoerd.<sup>12</sup> De non-

---

<sup>10</sup> In het WBT-besluit is een aparte markt afgebakend voor wholesale breedbandtoegang met een hoge kwaliteit (WBT HK). Het betreft wholesalediensten met een zekere minimum garantie (overboekingsfactor 1:20 of hoger).

<sup>11</sup> WBT-besluit, randnummer 138.

<sup>12</sup> WBT-besluit, randnummers 657 en 710.

## **Besluit**

### **Openbare versie**

discriminatieverplichting heeft het college, voor zover thans van belang, verder uitgewerkt in gedragsregels 1 en 3.

36. De voorzieningenrechter heeft in zijn uitspraak van 19 januari 2011 geoordeeld dat gedragsregel 1 slechts selectieve prijsonderbieding verbiedt. Van verboden tariefdifferentiatie is volgens de voorzieningenrechter sprake wanneer er onderscheid gemaakt wordt tussen afnemers. Aangezien in het onderhavige geval iedere afnemer gebruik kan maken van de kortingen van de Actie, is de voorzieningenrechter van oordeel dat er geen overtreding is van gedragsregel 1.

37. De voorzieningenrechter heeft voorts overwogen dat de eerste en de tweede volzin van gedragsregel 3 aparte bepalingen zijn. In deze zaak zou volgens de voorzieningenrechter de tweede volzin van gedragsregel 3 relevant kunnen zijn, omdat hier volgens het college sprake is van hetzelfde vraagprofiel. Hierin is bepaald dat tariefdifferentiatie op basis van onderliggende kostenvoordelen is toegestaan. Door het college is niet aangewezen dat de door KPN aangevoerde schaalvoordelen in gedragsregel 3 zijn uitgezonderd, zodat tariefdifferentiatie in deze zaak derhalve is toegestaan.

#### **6.2 Strijdigheid gedragsregel 1 en 3**

38. Gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter, en de hierin gegeven uitleg van de gedragsregels, concludeert het college dat het WBT-besluit onvoldoende grondslag biedt om in deze zaak een overtreding van gedragsregel 1 vast te stellen. In dit verband acht het college, met de voorzieningenrechter, van belang dat de Actie niet leidt tot tariefdifferentiatie waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen afnemers.

39. Het betoog van Tele2 dat in B-gebieden geen korting zou worden gegeven, doet niet af aan deze conclusie van het college. In dit verband acht het college van belang dat, anders dan Tele2 betoogt, er ook hier geen onderscheid gemaakt wordt tussen afnemers. Alle afnemers van WBT HK, waaronder Tele2 zelf, kunnen in de praktijk gebruik maken van de Actie in B-gebieden.

40. Tele2 heeft betoogd dat de omvang van de gegeven kortingen in verhouding moet staan tot de onderliggende kostenvoordelen. Het college is - met Tele2 – weliswaar van oordeel dat een dergelijke verhouding tussen gegeven korting en onderliggende kostenvoordelen moet bestaan en dat in het onderhavige geval de gegeven korting hier niet aan voldoet.

41. Echter, nu er geen sprake is van tariefdifferentiatie zoals verboden onder gedragsregel 1, komt het college in deze zaak niet toe aan een beoordeling van gedragsregel 3. Gedragsregel 3 is immers een uitzondering op gedragsregel 1, omdat gedragsregel 3 tariefdifferentiatie toestaat op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen.

42. Aangezien het college geen overtreding vaststelt, komt hij niet toe aan de beoordeling van de overige grieven van KPN en Tele2.

## **Besluit Openbare versie**

### **7 Dictum**

43. Het college verklaart het bezwaar van KPN gericht tegen zijn besluit van 25 november 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/203108) gegrond, in zoverre dat het college geen overtreding vaststelt, en herroept daarom het bestreden besluit. De last onder dwangsom komt hiermee te vervallen.

44. Het college wijst op grond daarvan het verzoek van KPN tot vergoeding van haar proceskosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Awb toe en stelt deze vast op € 874,-

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

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 het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.

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 het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.