



Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/200514
Zaaknummer: 09.0193.07
Datum: 08 FEB. 2010

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet tot oplegging van een boete ter zake van overtredingen van de verplichtingen die uit hoofde van artikel 6a.12, onder a, artikel 6a.12, onder c en artikel 6a.13, vijfde lid, van de Telecommunicatiewet in het Marktanalysebesluit "De retailmarkten voor vaste telefonie" en het Marktanalysebesluit voor de vaste telefoniemarkten aan KPN zijn opgelegd.

1 Samenvatting van het besluit

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) constateert dat KPN Telecom B.V. met respectievelijk [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]), [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]), [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]), [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]), [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) en [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) zogenoemde Total Cost of Ownership-contracten (hierna: TCO-contracten) heeft gesloten. De TCO-contracten garanderen de afnemers een vaste besparing op de kosten die gemoeid zijn met de afname van de door KPN Telecom B.V. geleverde telecommunicatie- en datacommunicatiediensten, waaronder de gereguleerde vaste telefoniediensten. Daarmee heeft KPN Telecom B.V. het non-discriminatieverbod overtreden dat aan haar is opgelegd in het Marktanalysebesluit "De retailmarkten voor vaste telefonie" van 21 december 2005 (hierna: het Retailbesluit) en het Marktanalysebesluit voor de vaste telefoniemarkten van 19 december 2008 (hierna: het vaste telefoniebesluit). Ook heeft KPN Telecom B.V. hiermee de meldingsplicht en de transparantieplichting overtreden. Het college rekent de overtredingen toe aan Koninklijke KPN N.V. en (hierna: KPN) en legt KPN vanwege deze overtredingen met dit besluit een boete op.

2 Verloop van de procedure en bronnen

1. In dit hoofdstuk wordt het verloop van de procedure die tot het besluit heeft geleid beschreven. Voorts wordt een overzicht gegeven van de relevante correspondentie en documentatie die de toezichthoudend ambtenaar heeft gebruikt bij de opstelling van zijn rapport.

Besluit Openbaar

2.1 Verloop van de procedure

2. Op 11 juli 2006 heeft het college een informatievordering¹ krachtens artikel 18.7 van de Tw gestuurd aan KPN met het verzoek om, kort gezegd, informatie en inlichtingen te verschaffen over klanten met een verkeersomzet van meer dan € 500.000,- waaronder de afgenomen gereguleerde diensten² voor vaste telefonie. Aan dit verzoek heeft KPN op 4 augustus 2006, per brief zonder kenmerk, gedeeltelijk voldaan.
3. Naar aanleiding van de ontvangen informatie van KPN heeft het college op 10 augustus 2006³ aanvullende informatie bij KPN gevraagd. Vervolgens heeft het college bij brief van 6 november 2006⁴ KPN verzocht om nadere informatie met betrekking tot zakelijke contracten die een vergelijkbare wijze van tariefstelling hebben als de contracten met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], waaronder in ieder geval de zogenaamde Total Cost of Ownership-contracten (hierna: TCO-contracten). Naar aanleiding hiervan heeft KPN op 25 augustus⁵ en 22/23 november 2006⁶ een schriftelijke reactie gegeven.
4. Het college heeft op 27 maart 2007 een verzoek gedaan om afschriften te overleggen van de TCO-contracten die reeds eerder door KPN bij het college zijn gemeld. Dit betrof de volgende contracten:
 - [VERTROUWELIJK];
 - [VERTROUWELIJK];
 - [VERTROUWELIJK].
5. Naar aanleiding hiervan heeft KPN bij brief van 12 april 2007⁷ een schriftelijke reactie gegeven.
6. Vervolgens heeft het college op 6 juni 2007 geconstateerd dat de door KPN opgeleverde informatie onvolledig was en heeft hij aanvullende informatie opgevraagd.⁸
7. Naar aanleiding hiervan heeft KPN bij brief van 28 juni 2007⁹ alsmede bij email van 12 juli 2007 een schriftelijke reactie gegeven. Bij deze laatste email heeft KPN als bijlage een afschrift van het TCO-contract met [VERTROUWELIJK] gevoegd.

¹ Kenmerk: OPTA/TN/2006/202077.

² Diensten als bedoeld in randnummer 3 van annex F van het retailbesluit.

³ Kenmerk: OPTA/TN/2006/202397.

⁴ Kenmerk: OPTA/TN/2006/203111.

⁵ Kenmerk: R/06/U/0223.

⁶ Kenmerk: R/06/U/0251.

⁷ Kenmerk 2007-U-013-OID

⁸ Kenmerk OPTA/IPB/2007/201020

⁹ Kenmerk 2007-U-020-OID



Besluit Openbaar

8. Het college heeft op 24 augustus 2007¹⁰ ontbrekende en aanvullende informatie opgevraagd omtrent de TCO-contracten.
9. Vervolgens heeft KPN bij brief van 11 september 2007¹¹ een schriftelijke reactie gegeven.
10. Op 12 oktober 2007 heeft, ten kantore van OPTA, een gesprek plaatsgevonden tussen medewerkers van KPN en OPTA. Tijdens dit gesprek heeft KPN een aantal nieuwe TCO-contracten met besparingselementen gemeld. Het betreft onder meer de volgende TCO-contracten:
 - [VERTROUWELIJK];
 - [VERTROUWELIJK];
 - [VERTROUWELIJK].
11. Bij brieven van 18 oktober 2007¹² en 31 oktober 2007¹³ heeft KPN deze mondelinge melding van de volgende TCO-contracten schriftelijk bevestigd. Hierbij is tevens een conceptonderzoeksrapport inzake Telecom Management Contracten van Allen & Overy d.d. 18 oktober 2007 omtrent mogelijke overtredingen van de retailverplichtingen overgelegd.
12. Op respectievelijk 1 november, 19 november, 27 november en 20 december 2007 hebben, ten kantore van OPTA, gesprekken plaatsgevonden tussen medewerkers van KPN en OPTA over deze TCO-contracten.¹⁴ In de bespreking van 20 december 2007 heeft OPTA aan KPN kenbaar gemaakt dat 7 lopende TCO- en besparingsafspraken ([VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]) in strijd worden geacht met de verplichtingen die aan KPN zijn opgelegd in het kader van het Retailbesluit vaste telefonie.
13. Het college heeft op 13 december 2007¹⁵ aanvullende informatie opgevraagd bij KPN over de TCO-contracten.
14. Bij email van 14 januari 2008 en bij brief van 17 januari 2008¹⁶ heeft KPN een aanvullende schriftelijke reactie gegeven.

¹⁰ Kenmerk: OPTA/TN/2007/201661

¹¹ Zonder kenmerk

¹² Kenmerk L/07/U/132

¹³ Zonder kenmerk

¹⁴ Van de besprekingen op 1 en 19 november 2007 is een zakelijk verslag opgesteld. Voor de bespreking van 27 november 2007 heeft KPN een presentatie gemaakt en voor de bespreking van 19 november en 20 december 2007 heeft OPTA een presentatie gemaakt.

¹⁵ Kenmerk: OPTA/TN/2007/202574

¹⁶ Kenmerk R/08/U/004



Besluit Openbaar

15. Op respectievelijk 22 januari 2008 en 18 februari 2008 hebben, ten kantore van OPTA, gesprekken plaatsgevonden tussen medewerkers van KPN en OPTA over TCO-contracten.¹⁷
16. Naar aanleiding van de toen gebleken verschillen van inzicht tussen KPN en OPTA inzake de uitleg van de verplichtingen die rusten op bundels met ongereguleerde- en gereguleerde diensten (hierna: bundels) is de prioriteit van OPTA en ook van KPN verschoven van het onderzoek naar bestaande contracten naar nog te sluiten contracten. Dit heeft ertoe geleid dat KPN nieuwe vuistregels heeft opgesteld voor het aanbieden van bundels. Deze zijn met OPTA besproken en op 3 maart 2008 definitief gemaakt.
17. Het college heeft op 30 mei 2008 aan KPN verzocht om schriftelijke informatie over de precieze stand van zaken ten aanzien van de beëindiging en/of aanpassing van de 7 lopende TCO- en besparingsafspraken.¹⁸ Het college heeft KPN in deze brief verzocht om informatie omtrent de eventuele beëindiging van de hiervoor genoemde contracten.
18. Vervolgens heeft het onderzoek van OPTA zich gericht op de beëindiging van de overtredingen door KPN. Aangezien het verloop van de procedure met betrekking tot de verschillende relevante TCO-contracten op dit punt sterk uiteenloopt, zal daarop in hoofdstuk 4 nader worden ingegaan.
19. Op 8 oktober 2009¹⁹ heeft het college het feitencomplex van het door toezichthoudend ambtenaren opgestelde concept boeterapport, met betrekking tot de contracten tussen KPN en respectievelijk [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], en [VERTROUWELIJK] aan KPN voorgelegd ter reactie. KPN heeft bij brief van 30 oktober 2009 schriftelijk gereageerd op het feitencomplex.²⁰
20. Op 16 november 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar in een rapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw (hierna: het boeterapport) geconstateerd dat KPN met de genoemde TCO-contracten overtredingen van de non-discrimatieverplichting, de meldingsplicht en de transparantieverplichting heeft begaan. Dit rapport is aan KPN toegezonden.
21. Bij e-mail van 20 november 2009 heeft het college KPN gevraagd of zij schriftelijk of mondeling haar zienswijze naar voren wil brengen. Bij e-mail van 22 november 2009 heeft KPN OPTA bericht dat zij haar zienswijze schriftelijk naar voren zou brengen.

¹⁷ KPN heeft tijdens beide bijeenkomsten een presentatie overgelegd.

¹⁸ Kenmerk OPTA/AM/2008/201238.

¹⁹ Kenmerk: OPTA/Markten/2009/201868.

²⁰ In bijlage 1 in deze reactie van KPN weergegeven.

Besluit Openbaar

22. Per e-mail van 8 december 2010 heeft KPN verzocht om uitstel voor het indienen van haar zienswijze. Bij brief van 9 december 2009 heeft het college het verzoek afgewezen.²¹ Daarbij heeft het college KPN wel bericht dat het haar vrij staat in een later stadium alsnog per TCO-contract een nadere zienswijze te geven.
23. KPN heeft per brief van 11 december 2009 schriftelijk op het boeterapport gereageerd. Daarin heeft KPN het college verzocht haar ook nog mondeling te horen.
24. Bij brief van 3 februari 2010 heeft KPN nog een nadere schriftelijke zienswijze ingediend.
25. OPTA heeft KPN op 5 februari 2010 telefonisch bericht dat zij niet mondeling zal worden gehoord. KPN heeft er aanvankelijk voor gekozen haar zienswijzen schriftelijk naar voren te brengen. In de inhoud van de zienswijzen heeft het college geen aanleiding gezien KPN daarnaast nog in de gelegenheid te stellen mondeling haar zienswijze naar voren te brengen. Daarbij is relevant dat uit artikel 15.9 Tw niet voortvloeit dat KPN in staat zou moeten worden gesteld zowel schriftelijk als mondeling haar zienswijze naar voren te brengen.

2.2 Gehanteerde bronnen

26. Een overzicht van alle relevante correspondentie en andere documentatie is opgenomen in de onderstaande tabel. Verderop in dit besluit zal waar nodig worden verwezen naar de nummers in deze proceduretabel.

Algemeen

1.	brief	Informatieverzoek OPTA	11 juli 2006	OPTA/TN/2006/202077
2.	brief	Nadere Informatie KPN	4 augustus 2006	
3.	brief	Informatieverzoek OPTA	10 augustus 2006	OPTA/TN/2006/202397
4.	brief	Nadere informatie KPN	15 augustus 2006	R/06/U/0223
5.	brief	Informatieverzoek OPTA	6 november 2006	OPTA/TN/2006/203111
6.	brief	Nadere informatie KPN	22 november 2006	R/06/U/0251
7.	brief	Informatieverzoek OPTA	27 maart 2007	
8.	brief	Nadere informatie KPN	12 april 2007	2007/U//013/OID
9.	brief	Informatieverzoek OPTA	6 juni 2007	OPTA/IPB/2007/201020
10.	brief	Nadere informatie KPN	28 juni 2007	2007/U/020/OID
11.	e-mail	Nadere informatie KPN	12 juli 2007	
12.	brief	Informatieverzoek OPTA	24 augustus 2007	OPTA/TN/2007/201661
13.	brief	Nadere informatie KPN	11 september 2007	
14.	brief	Nadere informatie KPN	18 oktober 2007	L/07/U/132
15.	brief	Nadere informatie KPN	31 oktober 2007	
16.	overleg	Gespreksverslag	1 november 2007	

²¹ Kenmerk: OPTA/AM/2009/203559



Besluit Openbaar

17.	overleg	Gespreksverslag	19 november 2007	
18.	presentatie	Bevindingen OPTA	19 november 2007	
19.	presentatie	Bevindingen KPN	27 november 2007	
20.	brief	Informatieverzoek OPTA	13 december 2007	OPTA/TN/2007/202574
21.	presentatie	Bevindingen OPTA	20 december 2007	
22.	e-mail	Nadere informatie KPN	14 januari 2008	
23.	brief	Nadere informatie KPN	17 januari 2008	R/08/U/004
24.	presentatie	Bevindingen KPN	22 januari 2008	
25.	presentatie	Bevindingen KPN	18 februari 2008	
26.	brief	Informatieverzoek OPTA	30 mei 2008	OPTA/AM/2008/201238
27.	e-mail	Verzoek om uitstel	2 juni 2008	
28.	brief	Aanbiedingsbrief rapport	8 oktober 2009	OPTA/AM/2009/201868
29.	brief	Reactie KPN	30 oktober 2009	

[VERTROUWELIJK]

30.	brief	Nadere informatie KPN	3 september 2007	R/07/U/109
31.	email	Nadere informatie KPN	29 november 2007	
32.	brief	Nadere Informatie KPN	10 juni 2008	R/08/U/074
33.	brief	Informatieverzoek OPTA	22 juli 2008	OPTA/AM/2008/201579
34.	brief	Nadere informatie KPN	4 augustus 2008	R/08/U/107
35.	brief	Informatieverzoek OPTA	20 augustus 2008	
36.	email	Nadere informatie KPN	10 september 2008	

[VERTROUWELIJK]

37.	brief	Nadere informatie KPN	10 juni 2008	R/08/U/074
-----	-------	-----------------------	--------------	------------

[VERTROUWELIJK]

38.	brief	Nadere informatie KPN	10 juni 2008	R/08/U/074
39.	brief	Informatieverzoek OPTA	22 juli 2008	OPTA/AM/2008/201579
40.	brief	Nadere informatie KPN	4 augustus 2008	R/08/U/107
41.	brief	Informatieverzoek OPTA	20 augustus 2008	OPTA/AM/2008/201888
42.	email	Informatieverzoek OPTA	3 september 2008	
43.	email	Nadere informatie KPN	10 september 2008	
44.	email	Informatieverzoek OPTA	6 februari 2009	
45.	email	Nadere informatie KPN	8 februari 2009	
46.	email	Nadere informatie KPN	17 februari 2009	
47.	email	Nadere informatie KPN	23 februari 2009	

[VERTROUWELIJK]

48.	brief	Nadere informatie KPN	10 juni 2008	R/08/U/074
-----	-------	-----------------------	--------------	------------

[VERTROUWELIJK]



Besluit Openbaar

49.	brief	Nadere informatie KPN	10 juni 2008	R/08/U/074
50.	brief	Informatieverzoek OPTA	22 juli 2008	OPTA/AM/2008/201579
51.	brief	Nadere informatie KPN	4 augustus 2008	R/08/U/107
52.	brief	Informatieverzoek OPTA	20 augustus 2008	OPTA/AM/2008/201888
53.	e-mail	Nadere informatie KPN	19 september 2008	
54.	e-mail	Nadere informatie KPN	27 november 2008	
55.	e-mail	Informatieverzoek OPTA	23 december 2008	
56.	e-mail	Nadere informatie KPN	31 december 2008	
57.	e-mail	Nadere informatie KPN	7 januari 2009	
58.	e-mail	Informatieverzoek OPTA	7 januari 2009	
59.	e-mail	Nadere informatie KPN	23 maart 2009	
60.	e-mail	Bevindingen OPTA	24 maart 2009	

[VERTROUWELIJK]

61.	brief	Nadere informatie KPN	10 juni 2008	R/08/U/074
-----	-------	-----------------------	--------------	------------

Besluit Openbaar

2.3 Samenvatting van het onderzoeksrapport

27. Met betrekking tot de overeenkomsten van KPN met [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft de toezichhoudend ambtenaar het volgende geconstateerd.
1. De tarieven, tariefstructuren en voorwaarden voor de vaste telefoniediensten, zoals die door KPN zijn overeengekomen met [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] wijken af van de tarieven, tariefstructuren en voorwaarden die KPN aan andere vergelijkbare eindgebruikers heeft aangeboden. Dit vormt een overtreding van de non-discriminatieverplichting die aan KPN in het Retailbesluit (dictumonderdeel vii) is opgelegd uit hoofde van artikel 6a.12, onder a, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Het betreft voorts afwijkingen in voor de betrokken eindgebruikers gunstige zin. Dit vormt een overtreding van het verbod op selectieve prijsonderbieding, dat als onderdeel van de non-discriminatieverplichting uit het Retailbesluit (dictumonderdeel vii) aan KPN is opgelegd.
 2. De tarieven en tariefstructuren voor de vaste telefoniediensten, zoals die door KPN zijn overeengekomen met respectievelijk [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] zijn door KPN niet gepubliceerd op haar website. Dit vormt een overtreding van de transparantieplichting die aan KPN in het Retailbesluit (dictumonderdeel viii) is opgelegd uit hoofde van artikel 6a.12, onder c, van de Tw.
 3. De tarieven en tariefstructuren voor de vaste telefoniediensten, zoals die door KPN zijn overeengekomen met respectievelijk [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] zijn door KPN niet bij het college gemeld. Dit vormt een overtreding van de (tweewekelijkse) meldingsplicht die aan KPN in het Retailbesluit (dictumonderdeel xiv) is opgelegd uit hoofde van artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw.

3. Wettelijk kader

3.1 Ten aanzien van de overtreding

28. Op 21 december 2005 heeft het college in het Retailbesluit²² 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.
29. 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

²² OPTA/TN/2005/203468, d.d. 21 december 2005

Besluit Openbaar

eindgebruikersniveau geldt dat deze betrekking hebben op de levering van eindgebruikersdiensten.

30. In de eerste plaats is de non-discriminatieverplichting op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw van belang.

31. 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;"*

32. 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 prijsoponderbieding. 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."

33. In randnummer 3 van annex F bij het retailbesluit is aangegeven wat het begrip 'dienst' inhoudt. 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.

Besluit Openbaar

34. In de tweede plaats is de transparantieplichting van belang. Op grond van artikel 6a.12, onder c, van de Tw heeft het college in dictumpunt viiii aan KPN op de niet concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie de verplichting tot transparantie opgelegd. Deze verplichting ziet onder andere op de geldende tariefstructuur en de belangrijkste tarieven die gelden voor haar diensten.

35. Artikel 6a.12, onder c, van de Tw luidt als volgt:

*"Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om:
(..)*

c. door het college te bepalen informatie aan door het college te bepalen categorieën van eindgebruikers op een door het college te bepalen wijze bekend te maken."

36. Als invulling geldt dat KPN de volgende informatie over haar diensten aan alle zakelijke en particuliere eindgebruikers bekend maakt door middel van publicatie van deze informatie op haar website:

*"- de naam en het adres van vestiging van de aanbieder;
- de naam en een beschrijving van de dienst;
- de Invoeringsdatum of datum van wijziging van de dienst;
- de levertijd van een telefonieaansluiting;
- het kwaliteitsniveau van de diensten;
- de soorten onderhoudsdiensten;
- de geldende tariefstructuur, de belangrijkste tarieven en de wijze waarop informatie verkregen kan worden over de geldende tarieven en onderhoudskosten;
- de duur van een overeenkomst alsmede de voorwaarden waaronder de overeenkomst, of onderdelen daarvan, kan worden verlengd of beëindigd;
- de schadevergoedingsregeling of terugbetalingsregeling die geldt indien de overeenkomst, voor zover het kwaliteitsniveau van de geleverde dienst betreft, niet wordt nagekomen; en
- de wijze waarop gebruik kan worden gemaakt van de geschillencommissie, bedoeld in artikel 12.1 van de Tw of van de procedure, bedoeld in artikel 12.9 van de Tw."*

37. In de derde 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

Besluit Openbaar

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.

38. 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."

39. Zoals hiervoor al is aangegeven, is in de randnummers 3 en 4 van Annex F bij het retailbesluit 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 aparte 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."

40. 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 tariefregulering, ondergrens op basis van een combinatorische prijsqueezetoeets (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 prijsqueezetoeets voldoen eerst door het college goed te laten keuren, alvorens ze in de markt te zetten (artikel 6a.14 van de Tw).



Besluit Openbaar

41. In zijn besluit met betrekking tot de "Marktanalyse vaste telefonie" van 19 december 2008 (hierna: 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.
42. Het college heeft in dictumonderdeel xix van het vaste telefoniebesluit vastgesteld dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is, maar in dictumonderdeel xxi geconcludeerd dat handhaving van de retailregulering gedurende de gehele reguleringsperiode niet langer passend is. In dictumonderdeel lxxii van het vaste 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.

3.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

43. 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."

44. 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."

45. 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;"



Besluit Openbaar

4. Feiten

4.1 Inleiding

46. In dit hoofdstuk zal per TCO-contract eerst een beschrijving worden gegeven van de relevante feiten zoals die door de toezichthoudend ambtenaar tijdens het onderzoek zijn vastgesteld. Daarnaast zal, eveneens per TCO-contract, en in aanvulling op hoofdstuk 2, specifiek op het onderzoek van de toezichthoudend ambtenaar naar de betrokken overeenkomst worden ingegaan.

4.2 [VERTROUWELIJK]

4.2.1 Feiten

47. Op 31 oktober 2005 heeft KPN met [VERTROUWELIJK] een overeenkomst gesloten inzake de levering, het beheer en de service van vaste telefonie en datacommunicatie functionaliteiten. De overeenkomst heeft betrekking op de levering van gereguleerde en ongereguleerde producten en diensten. De overeenkomst is op 31 oktober 2005 ondertekend en in werking getreden.

48. De scope van de overeenkomst, zoals gedefinieerd in artikel 2.18 van bijlage 1 (Definities), omvat:

"Alle producten en diensten die te relateren zijn aan de onderdelen telecommunicatie- en datacommunicatie:

- *Onder telecommunicatie valt alle apparatuur (al dan niet in lease) zoals telefooncentrales, randapparatuur en daaraan gerelateerde zaken zoals bijbehorende software, servicecontracten en documentatie. Ook beheer (ook voor mobiele communicatie) en verkeerskosten (abonnementen, verbruik en gerelateerde infrastructuur) vallen hieronder.*
- *Onder datacommunicatie valt alle apparatuur, servicecontracten, verbindingen en additionele diensten die leiden tot connectivity. Hieronder wordt verstaan WAN omgevingen, inbelservices, internet access, firewall services en mailscan services."*

49. In de overeenkomst garandeert KPN [VERTROUWELIJK] op de totale kosten binnen de scope van de overeenkomst een "besparing" van minimaal € [VERTROUWELIJK] per jaar bij gelijkblijvende functionaliteit, aantallen en service levels.

**Besluit
Openbaar**

50. Daartoe heeft KPN een analyse gemaakt van de zogenaamde Total Cost of Ownership (TCO) in 2004, waaronder de totale kosten worden verstaan die met alle dienstverlening binnen de scope van de overeenkomst – de totale vaste telefonie en datacommunicatieomgeving - zijn gemoeid. De resultaten daarvan zijn opgenomen in de volgende tabel (artikel 3.1 van bijlage 3 bij de overeenkomst):

€ 000	[REDACTED] 2004	KPN 2004	Derden 2004	Totaal 2004
Telefooncentrales				
Service				
Abonnementen				
Verkeer				
Datacommunicatie				
Subtotaal Expliciete kosten				
Beheer Telefonie				
Beheer datacom				
Subtotaal Impliciete kosten				
Totaal TCO				

51. Uit deze tabel volgt dat [VERTROUWELIJK] in 2004 in totaal € [VERTROUWELIJK] heeft uitgegeven aan telefooncentrales, service, abonnementen, verkeer en datacommunicatie van KPN (€[VERTROUWELIJK]) en van andere aanbieders (€ [VERTROUWELIJK]). Tot de post abonnementen behoren de abonnementskosten voor de gereguleerde telefonieaansluitingen en bijbehorende faciliteiten. Tot de post verkeer behoren de kosten voor de afname van gereguleerde telefonieverkeersdiensten (bellen naar nationale vaste nummers, mobiele nummers en 090x-nummers). Met deze twee posten is bijna de helft van de totale expliciete, oftewel aan telecomaandbieders betaalde, kosten gemoeid.

52. KPN garandeert vervolgens aan [VERTROUWELIJK] in het eerste jaar na de migratie naar KPN en de nieuwe processen van KPN op de totale expliciete kosten uit 2004 een besparing van € [VERTROUWELIJK], als tenminste een gelijkblijvende functionaliteit, gelijkblijvende aantallen en gelijkblijvende service levels worden afgenomen.

53. Direct na de ondertekening van de overeenkomst en gedurende de migratie garandeert KPN al "quick wins". Daarmee worden de besparingen bedoeld die gelijk met of kort na inwerkingtreding van de overeenkomst al kunnen worden gerealiseerd. Deze zijn in artikel

**Besluit
Openbaar**

3.1.1 van bijlage 3 van de overeenkomst vastgelegd en lopen van € [VERTROUWELIJK] in maand 1 tot € [VERTROUWELIJK] in maand 8.

54. In de overeenkomst zijn de kosten in 2004, zoals [VERTROUWELIJK] die aan KPN en andere aanbieders voldeed, wel uitgesplitst naar, bijvoorbeeld, verkeer en abonnementen, maar is voor de kosten na besparingen uitsluitend een totaal bedrag aan besparingen gegarandeerd. Dit totale gegarandeerde bedrag heeft zowel betrekking op de gereguleerde als de ongereguleerde diensten. Zie hierna de tabel in paragraaf 3.1.2 van bijlage 3 DFA van 25 oktober 2005:

€ 000	Huidige kosten				Kosten na besparingen		
	2004	KPN 2004	Derden 2004	Totaal 2004	per jaar KPN	Totaal	
Telefooncentrales							
Service							
Abonnementen							
Verkeer							
Datacommunicatie							
Subtotaal Expliciete kosten							
Beheer Telefonie							
Beheer datacom							
Subtotaal Impliciete kosten							
Totaal TCO							
Besparingen jaar 1							
Besparingen spin off							
Totaal besparingen jaar 1							

55. Met uitzondering van artikel 15.1 van de overeenkomst, waarin voor de levering van gereguleerde diensten naar de algemene voorwaarden voor vaste telefonie en voor vaste verbindingen wordt verwezen, wordt in de overeenkomst geen onderscheid tussen gereguleerde en ongereguleerde diensten gemaakt. Deze diensten worden daarentegen samen genomen:

- In de eerste overweging van de overeenkomst is aangegeven dat [VERTROUWELIJK] voornemens is
 - vaste telefonie en datacommunicatiefuncties binnen de scope van de overeenkomst bij KPN af te nemen.
- De gegarandeerde TCO-besparing is verbonden met een volledige uitvoering van de binnen de scope van de overeenkomst vallende activiteiten en met de functionaliteiten, hoeveelheden en service levels die [VERTROUWELIJK] in 2004 van

Besluit Openbaar

- KPN en anderen afnam.
 - De gegarandeerde TCO-besparing heeft de vorm van één bedrag, dat op de totale besparing voor alle diensten ziet.
56. In de overeenkomst zijn de prijzen en tarieven per functionaliteit opengelaten. Uitsluitend een totale prijs (besparing) is genoemd. Zie ook paragraaf 3.2 van bijlage 3 van de overeenkomst:

"3.2 Prijzen en Tarieven

De totale prijs voor de Functionaliteiten die KPN aan [VERTROUWELIJK] gaat leveren binnen de Scope is op dit moment bepaald op maximaal EUR [VERTROUWELIJK] in het eerste jaar na migratie. Tijdens Migratie wordt de prijs per Functionaliteit definitief vastgesteld. In overleg met [VERTROUWELIJK] wordt vastgesteld hoe deze bij de Werkmaatschappijen in rekening worden gebracht door het vaststellen van Tarieven. Deze Tarieven zullen verwerkt worden in de Catalogus (bijlage 5)."

57. Van belang is voorts dat in artikel 5.3 van de overeenkomst is vastgelegd dat deze een looptijd heeft van vijf jaar en daarna steeds met één jaar kan worden verlengd. KPN heeft voor het geval [VERTROUWELIJK] niet wil verlengen het recht van "first call, last bid" bedongen:

"(...) In het geval [VERTROUWELIJK] niet wil verlengen, zal gedurende zes (6) maanden na afloop van de contracttermijn een evaluatie van de Overeenkomst plaatsvinden, waarbij KPN de Functionaliteiten blijft leveren en als voorkeursleverancier in onderhandeling kan treden met [VERTROUWELIJK] ten behoeve van een eventueel nieuw te sluiten overeenkomst. KPN heeft hierbij het recht van "first call, last bid"."

58. Op grond van artikel 5.3 van de overeenkomst en paragraaf 3.4.1 van het DFA (Document Financiële Afspraken), dat als bijlage 3 bij de overeenkomst is gevoegd, geldt in geval van een voortijdige opzegging door [VERTROUWELIJK] dat [VERTROUWELIJK] door KPN gedane investeringen dient over te nemen en verplichtingen die KPN met andere partijen is aangegaan volledig dient te vergoeden of over te nemen.

59. Op 16 mei 2006 heeft [VERTROUWELIJK] een nieuwe versie van bijlage 3 van de overeenkomst, het Document Financiële Afspraken, ondertekend. Deze versie komt voor het grootste deel overeen met de op 31 oktober 2005 ondertekende DFA. Aan de DFA is echter, in paragraaf 2.2.1, toegevoegd dat KPN aan [VERTROUWELIJK] direct na ondertekening van de overeenkomst een "direct quick win" garandeert van € [VERTROUWELIJK]. In overleg met [VERTROUWELIJK] zal nog bepaald worden hoe deze extra "quick win" inzichtelijk gemaakt zal worden. Zie paragraaf 2.2.1 van bijlage 3 van de overeenkomst van 16 mei 2006:

"2.2.1 Besparingen na ondertekening



Besluit Openbaar

KPN zal na ondertekening van de Overeenkomst en gedurende de Migratie direct quick wins realiseren. De wijze waarop deze inzichtelijk worden gemaakt wordt in overleg met [VERTROUWELIJK] bepaald. KPN garandeert gedurende deze periode een besparing van EUR [VERTROUWELIJK]. Deze besparing kan in overleg met [VERTROUWELIJK] gereserveerd worden voor een latere periode."

60. Het bedrag van de quick win komt bovenop de reeds overeengekomen besparing van € [VERTROUWELIJK] die na de migratie jaarlijks zal worden behaald.
61. KPN heeft aangegeven dat de migratiefase bij [VERTROUWELIJK] liep van oktober 2005 tot de zomer van 2006, waarna de besparing van € [VERTROUWELIJK] is gerealiseerd in de periode van juli 2006 van juli 2007. Die besparing is op grond van het contract de daarop volgende jaren gegarandeerd.
62. Op 17 mei 2006 hebben KPN en [VERTROUWELIJK] een Corporate Voice Contract (CVN-contract) ondertekend. KPN heeft aangegeven dat dit ter verdere uitvoering van het onderdeel van het TCO-contract was dat betrekking had op vaste telefonieverkeer.

4.2.2. Verloop van de procedure

63. Bij brief van 6 juni 2007 heeft het college KPN om aanvullende informatie verzocht en een aantal vragen aan KPN voorgelegd. Daarbij heeft het college aan KPN voorgelegd zijn begrip van de overeenkomst dat KPN daarmee aan [VERTROUWELIJK] op de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten een minimale absolute korting of besparing garandeert.
64. Bij brief van 28 juni 2007 heeft KPN daarop gereageerd. KPN heeft allereerst haar visie op de TCO-contracten toegelicht en naar een aantal interne vuistregels verwezen die zij voor het opstellen van TCO-contracten opgesteld. Ten aanzien van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] heeft KPN aangegeven dat de formulering van de garantie niet gelukkig is, maar dat de garantie volgens opgave van het business team conform de toenmalige TCO-vuistregels is gerealiseerd, hetgeen inhoudt dat voor de gereguleerde diensten een standaard CVN-contract met [VERTROUWELIJK] is afgesloten. KPN geeft aan dat dit CVN-contract conform de voorwaarden altijd kan worden opgezegd zonder dat dit invloed heeft op de rest van de overeenkomst. KPN geeft voorts aan dat voor de periode na jaar 1 geen (verdere) besparingen zijn gegarandeerd. KPN geeft voorts aan dat er geen recentere, ingevulde en meer uitgewerkte, versies van de bijlagen bij de overeenkomst zijn.
65. Bij de brief van KPN is een rapport van 26 februari 2007 van Ernst & Young gevoegd, waarin onder andere op de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] wordt ingegaan. In het rapport is onder andere onderzocht of aan het aanbod aan [VERTROUWELIJK] een reëel



Besluit Openbaar

besparingsprogramma ten grondslag heeft gelegen. Ernst & Young heeft aangegeven ten aanzien van het TCO-aanbod een presentatie ten behoeve van [VERTROUWELIJK] ter beschikking te hebben gehad, maar daaruit geen onderbouwing van het besparingsprogramma te hebben kunnen afleiden. Ernst & Young heeft verder aangegeven dat het Commercieel Business Team van KPN een bedrag van € [VERTROUWELIJK] heeft genoemd als de maximale besparing in het eerste jaar. De BID-manager van KPN heeft aan Ernst & Young aangegeven dat dit zou zijn gevolgd uit het totaal van de berekeningen van KPN. Vervolgens is een onderhandeling met [VERTROUWELIJK] een bedrag van € [VERTROUWELIJK] als gegarandeerde besparing aangeboden. Het verschil betrof volgens de toelichting van de BID-manager een positief onderhandelingsresultaat.

66. Bij brief van 24 augustus 2007 heeft het college opnieuw een verzoek om informatie ten aanzien van het [VERTROUWELIJK]-contract aan KPN gedaan.
67. Bij brief van 3 september 2007 heeft KPN daarop gereageerd. KPN heeft in die brief aangegeven dat er nog een nieuwe versie van het Document Financiële Afspraken (bijlage 3 bij de overeenkomst) bestaat, waarin boven op het bedrag van een gegarandeerde besparing van € [VERTROUWELIJK] nog een (quick win) besparing van € [VERTROUWELIJK] is opgenomen. Een kopie van dit document is bij deze brief opgeleverd. Voorts heeft KPN een presentatie over [VERTROUWELIJK] van 31 augustus 2005 en de businesscase van KPN over [VERTROUWELIJK] toegestuurd.
68. Bij brief van 31 oktober 2007 heeft KPN aangegeven waarom naar haar mening de TCO-contracten, waaronder de overeenkomst met [VERTROUWELIJK], niet vergelijkbaar zijn met de contracten die ze met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft gesloten en waarom daarin volgens KPN geen overtreding is gelegen. Ten aanzien van TCO-contracten in het algemeen geeft KPN daarin aan dat overeenkomsten op een zodanige wijze zouden moeten worden vormgegeven dat er geen korting op het totaal van gereguleerde en ongereguleerde diensten wordt overeengekomen, om te voorkomen dat KPN in een positie zou kunnen komen waarin zij op grond van de overeenkomst gedwongen wordt een besparing te effectueren door korting te geven op gereguleerde dienstverlening. Voorts zou er voor moeten worden gewaakt dat klanten contractueel of de facto gedwongen zouden worden hun gereguleerde diensten bij KPN af te nemen teneinde aanspraak op de overeengekomen besparingsgarantie op ongereguleerde dienstverlening te behouden. Specifiek ten aanzien van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] geeft KPN aan dat er naar haar mening geen sprake is van een overtreding. Zij wijst daarbij op het volgende:
- In de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] is een besparingsgarantie van € [VERTROUWELIJK] en € [VERTROUWELIJK] in het eerste jaar na de migratie naar KPN overeengekomen.
 - Hoewel de garantie is afgegeven voor gereguleerde en ongereguleerde diensten tezamen is - door de wijze waarop de overeenkomst is vormgegeven - toch geen



Besluit Openbaar

sprake van een gebundeld aanbod, omdat de klant op ieder moment de afname van gereguleerde diensten kan beëindigen. Een dergelijke beëindiging laat de facto de overeengekomen besparingsgarantie voor de ongereguleerde diensten binnen de scope van de overeenkomst ongemoeid.

- Desondanks bestond er een theoretisch risico dat KPN op grond van de overeenkomst gedwongen zou zijn geweest om ongeoorloofde kortingen op gereguleerde diensten te geven, indien de besparingen op niet gereguleerde diensten zouden zijn tegengevallen of om hogere kortingen op ongereguleerd te geven indien de besparing op gereguleerd zou tegenvallen en de klant toch met zijn gereguleerde portfolio zou blijven.
- Dit is volgens KPN slechts een theoretisch risico en KPN was daar reeds begin 2006 van op de hoogte omdat zij op dat moment zicht had op de verkeersopbouw en het gebruik van [VERTROUWELIJK] en omdat zij wist dat zij onder CVN aan [VERTROUWELIJK] voldoende korting kon geven om de overeengekomen besparing met gemak te kunnen realiseren.
- Uiteindelijk is de overeengekomen besparing ook zonder problemen en in overeenstemming met het bepaalde bij of krachtens de Tw gerealiseerd.

69. Op 1 november 2007 heeft een gesprek tussen toezichthoudend ambtenaren en KPN plaatsgevonden. De toezichthoudend ambtenaren hebben voorafgaand aan het gesprek de cautie aan KPN gegeven.
70. Bij e-mail van 29 november 2007 heeft KPN op een aantal nadere vragen van het college gereageerd. KPN heeft daarin aangegeven dat de migratiefase bij [VERTROUWELIJK] liep van oktober 2005 tot de zomer van 2006, waarna de besparing van € [VERTROUWELIJK] is gerealiseerd in de periode van juli 2006 van juli 2007. Partijen hebben dit in hun protocol van oplevering van 14 maart 2007, dat KPN heeft meegezonden, opgenomen. KPN heeft voorts aangegeven dat bij [VERTROUWELIJK] geen sprake was van een onderlinge afhankelijkheid tussen gereguleerde diensten en ongereguleerde diensten. [VERTROUWELIJK] kan het contract altijd beëindigen en in het contract is niet aangegeven dat in dat geval de tarieven voor de ongereguleerde diensten zullen stijgen.
71. Bij brief van 13 december 2007 heeft het college KPN verzocht alle stukken die relevant zijn voor de vaststelling van de afspraken die gelden tussen KPN en [VERTROUWELIJK] en die het college nog niet in zijn bezit heeft, toe te zenden. Er zijn naar aanleiding van dit verzoek geen verdere stukken ten aanzien van het [VERTROUWELIJK]-contract aan het college toegezonden.
72. Op 20 december 2007 heeft het college in een presentatie aan KPN toegelicht waarom naar zijn mening KPN in het kader van onder andere het contract met [VERTROUWELIJK] in strijd met de verplichtingen uit het Retailbesluit Vaste Telefonie heeft gehandeld. KPN heeft in reactie daarop op 22 januari 2008 in een presentatie aan OPTA toegelicht dat zij die



Besluit Openbaar

conclusies van het college niet deelt. Het college heeft per brief van 30 mei 2008 aan KPN verzocht de precieze stand van zaken ten aanzien van onder andere de beëindiging en/of de aanpassing van het [VERTROUWELIJK]-contract te geven. Deze termijn is op verzoek van KPN verlengd tot 10 juni 2008.

73. Bij brief van 10 juni 2008 heeft KPN de gevraagde informatie gegeven. Ten aanzien van het [VERTROUWELIJK]-contract heeft KPN aangegeven dat de met [VERTROUWELIJK] overeengekomen besparing slechts betrekking had op het eerste jaar van de overeenkomst en dat deze reeds is verstreken, zodat KPN met betrekking tot [VERTROUWELIJK] geen actie heeft ondernomen. KPN heeft aangegeven dat zij indien gewenst aan [VERTROUWELIJK] schriftelijk kan bevestigen dat [VERTROUWELIJK] altijd gerechtigd is om de overeenkomst voor het gereguleerde portfolio op te zeggen zonder dat dit consequenties heeft voor de tarieven en voorwaarden van de ongereguleerde portfolio.
74. Bij brief van 22 juli 2008 heeft het college aan KPN aangegeven dat de vijfjarige overeenkomst met [VERTROUWELIJK] nog loopt en dat KPN met [VERTROUWELIJK] nieuwe afspraken dient te maken waarin eenduidig wordt vastgelegd dat de tarieven en voorwaarden van de ongereguleerde diensten volledig onafhankelijk zijn van de afname en (tarief) voorwaarden van de vaste telefoniediensten en vice versa.
75. Bij brief van 4 augustus 2008 heeft KPN aangegeven dit expliciet aan [VERTROUWELIJK] te zullen aangeven. Bij brief van 20 augustus 2008 heeft het college bij KPN opnieuw aangedrongen op beëindiging van de overtreding inzake de overeenkomst met [VERTROUWELIJK].
76. Per e-mail van 10 september 2008 heeft KPN daartoe verwezen naar de brief die zij op 4 september 2008 aan [VERTROUWELIJK] heeft verzonden en die op 10 september 2008 voor akkoord door [VERTROUWELIJK] is ondertekend.

4.3 [VERTROUWELIJK]

4.3.1 Feiten

77. KPN heeft met [VERTROUWELIJK] een overeenkomst gesloten over de levering van managed services betreffende telefonie en datacommunicatiediensten (hierna: de overeenkomst). Voor de ingangsdatum van deze overeenkomst wordt uitgegaan van 4 oktober 2006. De overeenkomst heeft betrekking op gereguleerde en ongereguleerde diensten. In de overeenkomst garandeert KPN aan [VERTROUWELIJK] een totale besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar. De besparing gaat uit van de huidige afname van diensten, gelijkblijvende service levels en de daarbij behorende volumes zoals deze zijn vastgelegd in Bijlage 2 bij de Overeenkomst. Artikelen 2.2 en 7.1 van de Overeenkomst luiden als volgt:



Besluit Openbaar

"2.2 KPN garandeert [VERTROUWELIJK] onder de voorwaarden van deze Overeenkomst gedurende de looptijd een besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar op de TCO van [VERTROUWELIJK]. De besparing gaat uit van de huidige afname van diensten, gelijkblijvende service levels en de daarbij behorende volumes zoals deze is vastgelegd in Bijlage 2 bij deze Overeenkomst.

(..)

7.1 *Uitgaande van de TCO per jaar, garandeert KPN bij een gelijkblijvende afname van diensten en de daarbij behorende volumes en service levels voor de komende vijf (5) jaar een minimale besparing per jaar als opgenomen in Bijlage 2."*

78. Op grond van artikel 2.1 van de overeenkomst levert KPN marktconform de managed services en de onderliggende diensten aan [VERTROUWELIJK] binnen de scope van de overeenkomst. De scope van de overeenkomst bestaat uit de levering van de diensten datacommunicatie, mobiele telefonie en vaste telefonie, zoals opgenomen in de tabel in Bijlage 1 bij de overeenkomst. De scope is onderverdeeld in de scope Total Cost of Ownership (TCO) en de scope Innovatie.

79. De scope TCO is de basis voor de door KPN gegarandeerde besparing. Onder "TCO" wordt op grond van artikel 2.11 van Bijlage 1 bij de overeenkomst verstaan: *"het geheel van toe te rekenen huidige kosten binnen de Scope voor zover vallend onder de Overeenkomst"*. Hieronder zijn begrepen de kosten van KPN en van derden zoals uiteengezet in Bijlage 2 bij de overeenkomst. Op grond van de scope in Bijlage 2 bedroeg de TCO op 1 juni 2006 in totaal € [VERTROUWELIJK] per jaar. Zie hieronder het tabel uit Bijlage 2 bij de overeenkomst, Overzicht van de huidige TCO:

Besluit Openbaar

1. Overzicht van de huidige TCO

Onderstaand overzicht is samengesteld door actuele factuurinformatie te combineren met gegevens die door de [REDACTED] zijn opgegeven tijdens interviews in het kader van het TCO onderzoek.

Naam / referentienummer (deel) contract	Beschrijving gerelateerde dienst
Datacommunicatie € [REDACTED] per jaar, waaronder de volgende contracten en/of overeenkomsten	
Cityring Premium Access (622 mbits)	622 mbits City Premium Access (CityRing)
City Premium Dual Access CPDA 155 SB4 046911/89	155 mbits Dual Acces
Dual Homing Telefontie SB4 046911/89	Dual Homing van telefonie
Straalverbinding [REDACTED] (Digistream High Speed)	10 mbits Glasverbinding [REDACTED]
Contract [REDACTED] Hv netwerk SB4 046911/118:2	EuroRings MPLS netwerk [REDACTED] Hulpverlening locaties
Winkelnetwerk contract [REDACTED]	MPLS netwerken winkels nationaal
DigiAccess verbindingen winkels	Dataverbindingen tov pinverkeer
Overeenkomst Internet Access Services SB4 046911/0073	Internet access
Contract voor de levering van service aan: Nood Telefontie Systeem SB4 046911/203	Serviceverlening t.b.v. het Nood Telefontie Systeem (praatpaten)
Overeenkomst Cybercenter Services	Housing-service (suite) Cybercenter Schiphol
Vaste telefonie en Callcenters € [REDACTED] per jaar, waaronder de volgende contracten en/of overeenkomsten	
Vaste telefonie verkeer	Telefonie balminuten
Vaste telefonie Infrastructuur	Telefonie abonnementen
Calamiteiten Service Telefontie locatie [REDACTED] SB4 046911/137	Calamiteitschakeling telefonie
Calamiteiten Service Telefontie locatie [REDACTED] SB4 046911/102/103	Calamiteitschakeling telefonie
Calamiteiten Service Telefontie [REDACTED] SC1 041169 239	Calamiteitschakeling telefonie
Service nummers	0800/0900 servicenummers
Bedrijfsnummers	3088 bedrijfsnummers
Service overeenkomst Aspect Callcenters	Orderhoudcontract Aspect Call Center
Overeenkomst KPN Inrichting wijklocatie 2005-081 JCJ 046911/212	Inrichting wijklocatie Aspect callcenter
Bedrijfscontract Continue + Standaard IS600	Servicecontract bedrijfs telefooncentrales/randapparatuur (Winkellocaties)
	Servicecontract Infrastructuur (Winkellocaties)
Mobiele data en telefonie € [REDACTED] per jaar, waaronder de volgende contracten en/of overeenkomsten	
Mobile Office Online	Koppeling t.b.v. mobiele toegang tot LAN/Datanetwerk
BlackBerry overeenkomst KPNML/RHV [REDACTED] 03-2006	BlackBerry dienst, mobiele data
Business Select Overeenkomst SB4 041169/180	Business Select mobiele overeenkomst mobiele telefonie
Overeenkomst Mobiele telecommunicatie SB4 041169/177	Overeenkomst mobiele abonnementen [REDACTED] Hv

TCO op 1 juni 2006 bedraagt € [REDACTED] per jaar

De bedrijfsnummers in bovenstaand overzicht betreft een pilot.



Besluit Openbaar

80. De overeenkomst treedt in werking na ondertekening door partijen en heeft een looptijd van vijf jaar vanaf de datum van implementatie van de overeenkomst (artikel 3.2). Op grond van artikel 2.3 van Bijlage 1 bij de overeenkomst wordt onder implementatie verstaan de overgangssituatie van de bestaande naar de onder de overeenkomst beoogde situatie(s). Voor de ingangsdatum van de overeenkomst wordt uitgegaan van 4 oktober 2006.
81. Als bijlage 3 bij de overeenkomst is het Document Financiële Afspraken (DFA) gevoegd. In artikel 2 van het DFA is vastgelegd dat de huidige TCO van de [VERTROUWELIJK] een waarde vertegenwoordigt van € [VERTROUWELIJK] per jaar (onder a). KPN garandeert met de dienstverlening managed services een besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar. Voor deze overeenkomst betekent dit bij de huidige volumes en dienstverlening bij een looptijd van vijf jaar een totale besparing van € [VERTROUWELIJK] (onder b). De prijs voor de totale dienstverlening na toevoeging en toepassing van de dienst managed services zal per € [VERTROUWELIJK] € [VERTROUWELIJK] = € [VERTROUWELIJK] (onder c) zijn.
82. Van de totale TCO van € [VERTROUWELIJK] per jaar hangt € [VERTROUWELIJK] samen met gereguleerde verkeersdiensten (bijlage B bij de Offerte vaste telefonie van 26 januari 2007). Daarnaast maken ook gereguleerde aansluitingen voor een minst genomen aanzienlijk deel, onderdeel uit van de TCO.
83. In artikel 2.1 van het DFA is geregeld dat de totale prijs van de dienstverlening aan [VERTROUWELIJK] gedurende de looptijd van de overeenkomst wijzigt als gevolg van wijziging van diensten of nieuwe diensten (i), wijziging van volumes en of service levels (ii) en/of marktconformiteit (iii).
84. Artikel 5.1 van de overeenkomst bepaalt dat het [VERTROUWELIJK] vrijstaat om binnen de scope meer of minder diensten af te nemen. Doordat de besparing na implementatie in de prijzen van de dienstverlening zal worden verwerkt zal de besparing als gevolg van meer of minder diensten / volume(s) variëren.
85. Samengevat garandeert KPN [VERTROUWELIJK] in de overeenkomst, die betrekking heeft op gereguleerde en ongereguleerde diensten, een besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar op de totale TCO. De besparing gaat uit van de huidige afname van diensten, gelijkblijvende service levels en de daarbij behorende volumes zoals deze zijn vastgelegd in Bijlage 2 bij de overeenkomst

Besluit Openbaar

4.3.2 Verloop van de procedure

86. In een brief van 24 augustus 2007 heeft het college KPN nog een aantal vragen met betrekking tot TCO-contracten voorgelegd. Ten aanzien van de overeenkomst met de [VERTROUWELIJK] hebben toezichthoudende ambtenaren van OPTA aangegeven dat zij de overeenkomst tussen KPN en de [VERTROUWELIJK] zo begrijpen dat KPN op de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten een minimale absolute korting (c.q. besparing) garandeert. Het college heeft KPN daarbij verzocht haar zienswijze op deze interpretatie van de overeenkomst te geven.
87. Bij brief van 11 september 2007 heeft KPN op dit verzoek gereageerd. KPN heeft daarbij aangegeven dat voorafgaand aan de totstandkoming van een TCO-contract de communicatievoorzieningen van de klant worden geanalyseerd en door KPN wordt bepaald waar besparingen mogelijk zijn. Een besparing kan onder andere worden gerealiseerd door een wijziging in de infrastructuur of door het aanbieden van een nieuwe kortingsregel of door een tariefsdaling. KPN heeft daarbij toegelicht dat het niet de bedoeling is dat er bij een tariefsdaling sprake is van een korting op ongereguleerde diensten die afhankelijk wordt gesteld van de afname van (een) gereguleerde dienst(en). KPN heeft daarbij verwezen naar de TCO-richtlijnen, waarin wordt bepaald dat er geen kortingen mogen worden gegeven maar dat marktconforme tarieven moeten worden geboden. Wanneer een klant een dienst minder afneemt heeft dit alleen consequenties voor de geplande besparing voor die dienst en niet voor de geplande besparing van een andere dienst. De hoogte van wat de klant betaalt, wordt volgens KPN bepaald door de optelsom van de individuele diensten: deze prijzen zijn niet onderling van elkaar afhankelijk, althans niet van het gereguleerde portfolio. Het gereguleerde verkeer wordt op basis van de ook bij het college bekende kortingsregelingen aan de klant geleverd. KPN heeft verder nog opgemerkt dat het college de afhankelijkheid wellicht afleidt uit het feit dat de klant een bepaalde besparing krijgt bij gelijkblijvende volumes. Op het moment dat gereguleerd verkeer wordt opgezegd en daardoor de volumes afnemen, zou men kunnen veronderstellen dat de besparingsgarantie dan niet meer geldt. KPN geeft echter aan dat de overeenkomst niet op die manier werkt, maar op de manier zoals KPN in de brief heeft toegelicht. KPN heeft tenslotte nog opgemerkt dat het [VERTROUWELIJK] vrij staat om haar CVN-contract te allen tijde op te zeggen overeenkomstig de voorwaarden van het CVN-contract.
88. Bij brief van 31 oktober 2007 heeft KPN het college laten weten dat KPN op 19 oktober 2007 aan [VERTROUWELIJK] een brief heeft gestuurd om de tussen partijen in de overeenkomst gemaakte afspraken te verhelderen. KPN concludeert in de brief van 31 oktober 2007 dat naar haar oordeel geen overtreding is begaan van het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet, ervan uitgaande dat [VERTROUWELIJK] de lezing van het TCO-contract door KPN bevestigt.

Besluit Openbaar

89. In de bespreking tussen het college en KPN op 19 november 2007 heeft KPN dit standpunt nog eens herhaald.
90. Bij brief van 30 mei 2008 heeft OPTA KPN verzocht de precieze stand van zaken te verstrekken ten aanzien van de beëindiging en/of aanpassing van de lopende TCO-contracten. KPN heeft bij brief van 10 juni 2008 op dit verzoek gereageerd. Als bijlagen bij de brief van 10 juni 2008 heeft KPN de correspondentie tussen KPN en [VERTROUWELIJK] inzake de tussen partijen geldende TCO-contract gevoegd. Deze bijlagen bestaan achtereenvolgens uit een brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 19 oktober 2007, een e-mail van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 20 februari 2008 en een op 6 maart 2008 door [VERTROUWELIJK] ondertekende versie van de brief van KPN van 19 oktober 2007.
91. In de brief van 19 oktober 2007 aan [VERTROUWELIJK] heeft KPN aangegeven dat zij er bij het aangaan van de overeenkomst vanuit is gegaan dat de overeengekomen besparing van € [VERTROUWELIJK] zal worden gerealiseerd op het ongereguleerde portfolio en niet op het portfolio waarvoor KPN aan regelgeving op basis van de Telecommunicatiewet is gebonden. KPN heeft daarbij opgemerkt dat in de overeenkomst staat vermeld dat de besparing zal worden gerealiseerd op het totaal van de diensten die op basis van de overeenkomst aan [VERTROUWELIJK] wordt aangeboden. Daarnaast heeft KPN in de brief aangegeven dat de besparingsgarantie zoals opgenomen in de overeenkomst alleen het ongereguleerde portfolio betreft en dat het [VERTROUWELIJK] te allen tijde vrij staat om het CVN-contract die zij (op een later tijdstip) met KPN heeft afgesloten voor de afname van verkeersdiensten te beëindigen overeenkomstig de voorwaarden van CVN en haar aansluitingen en verkeer van een andere leverancier te betrekken zonder dat dit van invloed is op de hoogte van de besparingsgarantie. KPN heeft [VERTROUWELIJK] tenslotte verzocht bij wijze van Instemming met deze wijze van uitleg van de tussen partijen gesloten overeenkomst een kopie van de brief van 19 oktober 2007 voor akkoord te ondertekenen en aan KPN terug te sturen.
92. Bij e-mail van 20 februari 2008 heeft KPN aan [VERTROUWELIJK] bevestigd dat de besparingsgarantie van € [VERTROUWELIJK] zoals overeengekomen op 4 oktober 2006 ongewijzigd blijft wanneer [VERTROUWELIJK] de brief van 19 oktober 2007 voor akkoord ondertekent. KPN heeft daarbij toegelicht dat zij binnen de randvoorwaarden zoals opgenomen in de overeenkomst en conform de in de overeenkomst gemaakte afspraak een besparing van € [VERTROUWELIJK] zal realiseren op het ongereguleerde portfolio. Verder heeft KPN nog opgemerkt dat de overeengekomen besparingsgarantie inhoudt dat indien [VERTROUWELIJK] op enig moment mocht besluiten om het gereguleerde portfolio elders af te nemen en de overeenkomst met KPN voor dit gereguleerde portfolio te beëindigen, dit geen invloed zal hebben op de besparing zoals opgenomen in de overeenkomst. Immers, de overeenkomst bepaalt dat op de afname van het gereguleerde verkeer de algemene voorwaarden van KPN van toepassing zijn en deze voorwaarden voorzien in een mogelijkheid tot opzegging van de overeenkomst voor dit gereguleerde verkeer, aldus KPN.

Besluit Openbaar

93. In een bespreking tussen het college en KPN op 18 januari 2008 heeft KPN verklaard dat een overeenkomst waarbij een vaste korting geldt voor afname van zowel gereguleerd als ongereguleerd verkeer niet per definitie in strijd hoeft te zijn met aan KPN opgelegde regulering. KPN stelt dat een dergelijke overeenkomst kan worden uitgevoerd op een zodanige wijze dat het gereguleerde portfolio tegen gereguleerde tarieven wordt aangeboden en het ongereguleerde tegen marktconforme tarieven, waarbij de besparing wordt gerealiseerd conform de planning. KPN heeft aangegeven dat hierbij wel een risico ligt in het geval de geplande besparing op bijvoorbeeld gereguleerd niet wordt gehaald en er extra korting zou moeten worden gegeven op ongereguleerd.
94. [VERTROUWELIJK] heeft een op 6 maart 2008 voor akkoord getekend exemplaar van de brief van 19 oktober 2008 aan KPN geretourneerd. Aan het college is een afschrift van dit exemplaar verstrekt.

4.4 [VERTROUWELIJK]

4.4.1 Feiten

95. KPN heeft op 24 maart 2006 een Framework Overeenkomst met [VERTROUWELIJK] gesloten betreffende de levering, beheer en service van telefonie en datacommunicatiefuncties (hierna: de overeenkomst). Het betreft hier zowel gereguleerde als ongereguleerde diensten. In de overeenkomst garandeert KPN aan [VERTROUWELIJK] een besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar op de Total Cost of Ownership (TCO) van [VERTROUWELIJK]; meer specifiek is de totale prijs voor de functionaliteiten die KPN aan [VERTROUWELIJK] gaat leveren bepaald op maximaal € [VERTROUWELIJK] per jaar gedurende de looptijd van de overeenkomst.
96. Op grond van artikel 2.26 van Bijlage 1 bij de overeenkomst betreft de Total Cost of Ownership (TCO) het geheel van toe te rekenen (doch per item te berekenen) huidige kosten binnen de scope voor zover vallend onder de overeenkomst. Hieronder zijn begrepen eventuele kosten van KPN, van derden en ook alle eventuele interne kosten (waaronder tijd) die door [VERTROUWELIJK] besteed wordt, zoals uiteengezet in Bijlage 2.
97. Op grond van artikel 3.2 heeft de overeenkomst een duur van vijf jaar.
98. Op grond van artikel 2.2 van de overeenkomst garandeert KPN [VERTROUWELIJK] onder de voorwaarden van de overeenkomst gedurende de looptijd een gegarandeerde besparing per jaar op de TCO van [VERTROUWELIJK]. De besparing is gespecificeerd per implementatiestap, zoals deze is vastgelegd in Bijlage 6 bij de overeenkomst. De besparing gaat uit van gelijkblijvende afname van items, gelijkblijvende service levels en de daarbij behorende volumes. Op grond van artikel 7.2 van de overeenkomst staat het

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK] vrij om binnen de scope minder items of diensten af te nemen. Dit kan evenwel leiden tot een verminderde (gegarandeerde) besparing onder de overeenkomst.

99. In de artikelen 9.1 tot en met 9.3 van de overeenkomst is de door KPN gegarandeerde besparing verder uitgewerkt.

"Besparing

9.1 *Uitgaande van de TCO per jaar zoals gedetailleerd in Bijlage 2 per item en per implementatiestap garandeert KPN bij een gelijkblijvende afname van diensten en de daarbij behorende volumes en service levels voor de komende vijf (5) jaar een minimale besparing per jaar als opgenomen en gespecificeerd per implementatiestap in Bijlage 6, na afronding waarvan beide Partijen een Ready for Service (RfS) verklaring ondertekenen. De diensten zullen Marktconform aan [VERTROUWELIJK] worden geleverd. De besparingsgarantie van deze overeenkomst waarborgt dat [VERTROUWELIJK] altijd de gegarandeerde besparing per item zal behalen, zelfs als de marktprijs voor de dienstverlening hoger is. KPN garandeert dat de prijzen voor een item marktconform zijn; echter als die prijs tot gevolg heeft dat de minimale besparingsgarantie voor dat item niet wordt behaald zal voor het behalen van de prijs voor dat item leidend zijn dat de gegarandeerde minimale besparing wordt behaald.*

9.2 *De besparingsgarantie en marktconformiteitsgarantie van KPN per [item/implementatiestap], gaat in na afronding van de door Partijen beoogde Implementatiestappen middels ondertekening door beide Partijen van de PvO voor dat [item/die Implementatiestap]. Ingeval de besparingsgarantie niet kan worden gehaald vanwege de KPN dienstverlening die aan regulering onderhevig is, zullen Partijen nader bepalen via welke derde partij de betreffende dienst zal worden geleverd, echter met dien verstande dat [VERTROUWELIJK] kan aangeven zelfstandig een derde partij te willen aanwijzen.*

9.3 *KPN en [VERTROUWELIJK] werken samen om de geïdentificeerde besparingen daadwerkelijk te realiseren. Indien deze besparingen gerealiseerd dienen te worden in de [VERTROUWELIJK] organisatie, en behoren tot de Scope, zal [VERTROUWELIJK] zich daarvoor inspannen. Indien [VERTROUWELIJK] er niet in slaagt deze geïdentificeerde besparingen binnen de [VERTROUWELIJK] organisatie te realiseren zullen de besparingen wel als zodanig meegeteld worden bij de berekening van de gerealiseerde besparing door KPN in het kader van deze Overeenkomst gegarandeerde besparing."*



Besluit Openbaar

100. Op grond van artikel 2.21 van Bijlage 1 bij de overeenkomst bestaat de scope van de overeenkomst uit de levering van de items datacommunicatie, mobiele telefonie, vaste telefonie en thuiswerkplek zoals in dit artikel omschreven.

"2.21 Scope

De scope van deze Overeenkomst bestaat uit de levering van de Items Datacommunicatie, Mobiele Telefonie, Vaste Telefonie en Thuiswerkplek zoals hieronder nader omschreven.

Datacommunicatie

- *Wide Area Network (WAN) inclusief actieve componenten in het netwerk zoals routers en het beheer daarvan;*
- *Local Area Network (LAN) inclusief actieve componenten in het netwerk zoals switches en het beheer daarvan;*
- *Centrale Componenten (cybercenter): firewall, internet gateway, inbelvoorzieningen, centrale routers, switches e.d. en het beheer daarvan;*
- *Housing en Hosting van servers in het CyberCenter.*

Mobiele telefonie

- *mobiele spraak- en data- en beeldcommunicatie (abonnements- en gesprekstarieven, hardware, inbouwdiensten, GRPS/EDGE/UMTS en beheer).*

Vaste telefonie

- *Locatiegebonden spraak-, data- en beeldcommunicatie (abonnementsgesprekstarieven, verbindingen, conferencing, centrale telefonieapparatuur en randapparatuur, service & onderhoud, beheer).*

Thuiswerkplek

- *Telefonie en datafaciliteiten ter beschikking van medewerkers buiten de [VERTROUWELIJK] kantoren, waaronder telefonie- en ADSL voorzieningen en het administratieve beheer daarvan.*

Tot de scope behoren uitdrukkelijk niet de bekabelingsystemen en het beheer daarop. De volumes van de dienstverlening binnen de scope worden definitief vastgesteld op basis van de PvO van de stap waar de relevante functionaliteit binnen de scope onder vallen."

**Besluit
Openbaar**

101. In artikel 2.10 van Bijlage 1 is aangegeven dat onder een "Implementatiestap" wordt verstaan "een implementatiestap uit het Stappenplan, waardoor één of meerdere Items door KPN bij [VERTROUWELIJK] worden geïmplementeerd". In artikel 2.11 van Bijlage 1 is aangegeven dat onder een "Item" worden verstaan "een bepaald onderdeel van de gedefinieerde Scope zijnde Datacommunicatie, Mobiele telefonie, Vaste Telefoonie en thuiswerkplekken".
102. Bijlage 3 bij de overeenkomst betreft het Document Financiële Afspraken. Uit artikel 2 in deze bijlage blijkt dat de TCO van [VERTROUWELIJK] is onderverdeeld per stap zoals gedetailleerd in bijlage 2 (onder a). Stap 2 bevat voornamelijk gereguleerde vaste telefoniediensten. Ook thuiswerken, dat is opgenomen in stap 3, bestaat voor het grootste gedeelte uit gereguleerde diensten. Voor iedere stap is een besparing gegarandeerd. Deze besparingsgaranties per stap zijn in onderstaande tabel (Zie Bijlage 3 bij de overeenkomst, pagina 4) vastgelegd:

Stap	Activiteit	TCO Oorspronkelijk	TCO na implementatie	TCO na optimalisatie	TCO na optimalisatie	TCO na optimalisatie	TCO na optimalisatie
Stap 1, Managed WAN	Net Conversion WAN Overname WAN beheer Voice veranderingen	●	●	●	●	●	●
Stap 2, Locale gebonden Voice	Voice over IP Overname beheer	●	●	●	●	●	●
Stap 3, Mobile Voice/Data applications	ADSL mobiele/fixe integratie	●	●	●	●	●	●
Stap 4, Managed Internet	Overname naar KPN Proxy/FW dienst	●	●	●	●	●	●
Stap 5, Managed LAN	Optimalisatie WLAN	●	●	●	●	●	●
Totaal		●	●	●	●	●	●

* huidige TCO inclusief [VERTROUWELIJK] investering in teleconcentratie

103. In artikel 2.2 in bijlage 3 bij de overeenkomst is tenslotte vastgelegd dat de totale prijs voor de functionaliteiten die KPN aan [VERTROUWELIJK] gaat leveren binnen de scope na optimalisatie na alle stappen is bepaald op maximaal € [VERTROUWELIJK] per jaar gedurende de looptijd van de overeenkomst. De totale prijs is bepaald door de TCO binnen de scope (€ [VERTROUWELIJK]) minus de totale besparingen die KPN garandeert (€ [VERTROUWELIJK]). Deze besparingen hebben ook betrekking op de gereguleerde diensten die onderdeel uitmaken van de implementatiestappen. Daarnaast is in dit artikel weergegeven dat de totale prijs gedurende de looptijd van de overeenkomst zal wijzigen als gevolg van onder meer wijziging van volumes en/of service levels.

Besluit Openbaar

104. Samengevat garandeert KPN [VERTROUWELIJK] een totale besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar, oftewel een maximale totaalprijs voor het leveren van de diensten uit de vernieuwde TCO per jaar van € [VERTROUWELIJK]. De besparing opgesplitst in implementatiestappen waarbij de verschillende besparingen voor die stappen zijn, gegarandeerd maar KPN garandeert ook bij gelijkblijvende volumes een maximale besparing met daaraan gekoppeld een maximale totaalprijs voor de geleverde diensten.
105. De totale kosten (TCO) zijn vastgesteld op [VERTROUWELIJK] euro per jaar. Als wordt uitgegaan van het latere addendum van 16 juni 2008 bij de overeenkomst, dat KPN en [VERTROUWELIJK] op aandringen van OPTA overeen zijn gekomen, en waarin voor de TCO van de ongereguleerde diensten wordt uitgegaan van [VERTROUWELIJK] euro per jaar, was met de totale kosten van de gereguleerde diensten waarop het TCO-contract betrekking had [VERTROUWELIJK] euro gemoed.
106. KPN en [VERTROUWELIJK] zijn voor de afname van vaste telefonie op 6 september 2006 een CVN-kortingsregeling overeengekomen.

4.4.2 Verloop van de procedure

107. In antwoord op de brief van 6 juni 2007 van het college heeft KPN bij de brief van 28 juni 2007 een onderzoek gevoegd betreffende de totstandkoming en implementatie van TCO-contracten. Dit onderzoek is uitgevoerd door Ernst & Young en betreft de totstandkoming van de contracten met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK].
108. Naar aanleiding van het informatieverzoek van de toezichthoudend ambtenaar van 24 augustus 2007 heeft KPN bij brief van 3 september 2007 de presentatie van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 11 mei 2006 toegezonden alsmede de businesscase inzake [VERTROUWELIJK].
109. Naar aanleiding van de bespreking van 19 november 2007 heeft de toezichthoudend ambtenaar per e-mail van 23 november 2007 een aantal aanvullende vragen aan KPN gesteld. KPN heeft per e-mail van 29 november 2007 een reactie gegeven op de vragen van de toezichthoudend ambtenaar. Daarbij heeft KPN aangegeven dat de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] momenteel wordt geïmplementeerd. Bij de implementatie wordt per item de besparing beoordeeld en niet de totale besparing. Een item kan één of meerdere kavels bevatten. In de overeenkomst is volgens KPN geen besparing op het gereguleerde portfolio voorzien. Het gereguleerde portfolio is volgens KPN opgenomen in de items vaste telefonie en thuiswerken.

**Besluit
Openbaar**

110. Bij brief van 30 mei 2008 heeft het college KPN verzocht de precieze stand van zaken te verstrekken ten aanzien van de beëindiging en/of aanpassing van de lopende TCO-contracten. KPN heeft bij brief van 10 juni 2008 op dit verzoek gereageerd. Hierin heeft KPN aangegeven dat KPN en [VERTROUWELIJK] tot de conclusie zijn gekomen dat de overeenkomst tussen partijen een lacune vertoonde. In verband hiermee hebben KPN en [VERTROUWELIJK] besloten om een addendum bij de overeenkomst op te stellen en te ondertekenen, waarin partijen vastleggen dat met terugwerkende kracht tot de aanvang van de overeenkomst de gereguleerde diensten uit de overeenkomst worden gehaald.
111. KPN heeft bij de brief van 10 juni 2008 de correspondentie en uitgewisselde stukken tussen KPN en [VERTROUWELIJK] vanaf januari 2008 aan OPTA toegestuurd. Deze correspondentie betreft de uitleg van bijlage 3, artikel 2.2 van de overeenkomst waarin de totale kosten minus de besparing voor de TCO in de komende jaren zijn neergelegd. De correspondentie bevat de volgende stukken:
- e-mail van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 30 januari 2008;
 - e-mail van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 30 januari 2008
 - e-mail van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 2 april 2008;
 - e-mail van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 7 april 2008;
 - e-mail van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 8 april 2008;
 - e-mail van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 16 april 2008;
 - e-mail van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 26 mei 2008;
 - e-mail van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 4 juni 2008;
 - addendum bij de overeenkomst van 24 maart 2006 tussen [VERTROUWELIJK] en KPN.
112. Bij brief van 22 juli 2008 heeft de toezichthoudend ambtenaar aan KPN laten weten dat ten aanzien van het contract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] de geconstateerde overtreding niet is beëindigd. Voor wat betreft de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] volgt dit uit het feit dat KPN nog geen overeenstemming met [VERTROUWELIJK] heeft bereikt over het aanpassen van de overeenkomst, waardoor de reeds bestaande overeenkomst nog altijd gelding heeft en KPN haar dienstverlening aan [VERTROUWELIJK] conform de in de oorspronkelijke overeenkomst gemaakte afspraken levert. Uit de door KPN toegezonden correspondentie tussen KPN en [VERTROUWELIJK] maakt de toezichthoudend ambtenaar op dat voor [VERTROUWELIJK] de gemaakte prijsafspraken een wezenlijk element vormen van de overeenkomst en de doelstellingen die daarmee door [VERTROUWELIJK] worden nagestreefd. In antwoord hierop meldt KPN bij brief van 4 augustus 2008 dat zij inmiddels met [VERTROUWELIJK] overeenstemming heeft bereikt over de tekst van het door partijen te tekenen addendum. Bij brief van 20 augustus 2008 heeft de toezichthoudend ambtenaar KPN verzocht een concrete termijn te noemen waarbinnen zij de overtreding inzake de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] zal beëindigen. Daarnaast heeft de toezichthoudend

Besluit Openbaar

ambtenaar gevraagd om een afschrift van een door [VERTROUWELIJK] ondertekende en gedateerde versie van het addendum.

113. Bij e-mail van 3 september 2008 hebben toezichthoudende ambtenaren van OPTA KPN laten weten een door [VERTROUWELIJK] ondertekend addendum van 12 augustus 2008 te hebben ontvangen. Tevens hebben toezichthoudende ambtenaren in die e-mail geconstateerd dat KPN nog niet de door het college verzochte correspondentie vanaf 26 juni 2008 tussen KPN en [VERTROUWELIJK] heeft opgeleverd. In reactie hierop heeft KPN bij e-mail van 10 september 2008 aangegeven dat [VERTROUWELIJK] en KPN op 16 juni 2008 overeenstemming hebben bereikt over het addendum bij de overeenkomst. Daarnaast heeft KPN bij de e-mail van 10 september 2008 de correspondentie tussen KPN en [VERTROUWELIJK] gevoegd met betrekking het addendum.
114. In het addendum hebben KPN en [VERTROUWELIJK] vastgelegd dat zij van mening zijn dat de overeenkomst niet kwalificeert als een bundel en dat het nooit de bedoeling van partijen is geweest een bundel met elkaar af te spreken. Verder verklaren partijen dat de overeenkomst zo moet worden geïnterpreteerd dat de overeengekomen besparing geldt per implementatiestap en dat een consequentie van het niet halen van een besparing op een bepaalde implementatiestap geen invloed heeft op de besparing op een andere implementatiestap. Verder is in het addendum vastgelegd dat de te realiseren besparing niet afhankelijk is van de afname van gereguleerde diensten. In artikel 2.1 van het addendum hebben partijen vastgelegd dat de overeenkomst zo wordt aangepast dat het gereguleerde portfolio met terugwerkende kracht geen onderdeel zal uitmaken van de overeenkomst. De totale prijs voor de functionaliteiten die KPN aan [VERTROUWELIJK] gaat leveren zoals is neergelegd in artikel 2.2 van Bijlage 3 bij de overeenkomst, wordt op grond van artikel 2.3 van het addendum vastgesteld op € [VERTROUWELIJK] per jaar. In artikel 3 van het addendum wordt tenslotte ten aanzien van het gereguleerde portfolio als volgt overwogen. In artikel 3.1 staat dat KPN en [VERTROUWELIJK] voor de afname van vaste telefonie op 6 september 2006 een CVN-kortingsregeling hebben gesloten. Daarnaast vermeldt artikel 3.2 van de overeenkomst dat voor het kavel thuiswerken partijen overeen komen dat zij geacht worden een aparte overeenkomst te hebben gesloten die alleen het kavel thuiswerken betreft.
115. Per e-mail van 6 februari 2009 hebben toezichthoudende ambtenaren naar aanleiding van het addendum de nog ontbrekende Bijlage A opgevraagd en een aantal aanvullende vragen gesteld. Deze aanvullende vragen hadden betrekking op de in het addendum genoemde besparing van € [VERTROUWELIJK] op thuiswerken. Per e-mail van 8 februari 2009, aangevuld op 17 februari 2009 heeft KPN deze vragen beantwoord. Hierin heeft KPN toegelicht dat in Bijlage 1 bij de overeenkomst "Thuiswerkplek" als onderdeel van de scope van de overeenkomst wordt genoemd. Hiermee is hetzelfde bedoeld als thuiswerken in de zin van het addendum. Thuiswerken maakt onderdeel uit van de besparing van € [VERTROUWELIJK] op mobiele voice/data applicaties zoals toegelicht in het schema op bladzijde 2 van Bijlage 6 bij de overeenkomst. Deze stap 3 is aan het begin van de



Besluit Openbaar

migratieperiode opgesplitst in twee kavels, te weten het kavel mobiel en het kavel thuiswerken. De te realiseren besparing is daarbij voor het kavel mobiel vastgesteld op € [VERTROUWELIJK] en voor het kavel thuiswerken op € [VERTROUWELIJK]. Deze bedragen zijn dan ook niet terug te vinden in de overeenkomst. Gedurende de migratieperiode is echter gebleken dat het technisch niet mogelijk bleek de besparing voor thuiswerken zoals eerder door KPN uitgedacht te realiseren. Het was daarom ook niet meer mogelijk de besparing van € [VERTROUWELIJK] te realiseren. Partijen hebben er daarom in het addendum van 16 juni 2008 voor gekozen alle afspraken met betrekking tot thuiswerken te beëindigen. Op 23 februari 2009 heeft KPN tenslotte de nog ontbrekende Bijlage A per e-mail aan de toezichthoudend ambtenaar toegestuurd.

4.5 [VERTROUWELIJK]

4.5.1 Feiten

116. Op 31 mei 2005 heeft KPN een Master Framework Agreement met [VERTROUWELIJK] gesloten inzake de levering van Telefoniediensten en TelecomManagement. De overeenkomst heeft betrekking op gereguleerde en ongereguleerde diensten.
117. De scope van de overeenkomst zoals gedefinieerd in paragraaf 1, omvat vaste en mobiele telefoniediensten en TelecomManagement. Het contract heeft een looptijd van 1 juni 2005 tot 1 juni 2008, waarbij uiterlijk per 1 maart 2008 schriftelijke verlenging zal worden gezien. De vaste telefoniedienstverlening omvat de Worldline XL-kortingsregeling.
118. In paragraaf 8.4 van de overeenkomst garandeert KPN aan [VERTROUWELIJK] een jaarlijkse besparing. KPN zal meewerken aan [VERTROUWELIJK]'s Kosten Management Programma (hierna: CMP), waarbij KPN verplicht is om jaarlijks kostenbesparingsvoorstellen door te voeren tot minimaal 2% op de totale verkoopvolumes van [VERTROUWELIJK]. Deze gegarandeerde kostenbesparing op basis van de totale verkoopvolumes impliceert dat deze kostenbesparing bovenop de Worldline XL-kortingsregeling wordt verleend. Immers met laatstgenoemde voordeelregeling is reeds rekening gehouden bij de vaststelling van de totale verkoopvolumes.
119. Als referentieperiode voor deze kostenbesparing geldt het jaar voorafgaande aan het toepasselijke contractjaar. Indien KPN deze jaarlijkse doelstelling van 2% kostenbesparing niet zou behalen, dan bedraagt de boete voor KPN maximaal 1% van het jaarlijkse totale verkoopvolume; als KPN een besparing van 0,5% realiseert, wordt de maximumboete van 1% met dit percentage verlaagd. Bij de toepassing van dit boetebeding, zal KPN dit percentage van 1% in mindering brengen op de maandelijkse facturering.
120. Ten aanzien van bovengenoemd gegarandeerd minimum kostenbesparingspercentage, alsmede genoemd boetebeding, heeft KPN geen onderscheid gemaakt tussen gereguleerde

Besluit Openbaar

en ongereguleerde diensten. Voor de vaststelling van de besparing wordt dus het verkoopvolume van gereguleerde en ongereguleerd diensten bij elkaar opgeteld.

121. Dit wordt bevestigd door de CMP-rapportage van KPN d.d. 11 december 2006. Uit paragraaf 2 van deze rapportage blijkt dat de kostenomvang van het totale jaarlijkse volume € [VERTROUWELIJK] bedraagt (periode december 2005 tot december 2006). Dit is het totaalbedrag waarover KPN het hierboven vermelde jaarlijkse besparingspercentage²³ garandeert. De kosten van Vaste Telefonie maken onderdeel uit van dit totaalbedrag. Uit dezelfde rapportage blijkt dat over de periode van 1 juni 2006 tot 1 januari 2007 deze component 'Vaste Telefonie' € [VERTROUWELIJK] exclusief het kortingspercentage van 2% bedroeg; op jaarbasis leidt dit tot een component 'Vaste Telefonie' van ongeveer € [VERTROUWELIJK]. Volgens KPN is ten aanzien van Vaste Telefonie over genoemde periode van 1 juni 2006 tot 1 januari 2007 een besparing verleend van € [VERTROUWELIJK].
122. Ten aanzien van de beëindiging heeft KPN bij brief van 31 oktober 2007 aan [VERTROUWELIJK] kenbaar gemaakt dat de besparingsgarantie slechts betrekking heeft op de ongereguleerde dienstverlening. In reactie op deze brief heeft [VERTROUWELIJK] zich op het standpunt gesteld dat KPN de Framework Overeenkomst van 31 mei 2005 niet eenzijdig kan opzeggen en dat KPN een contractsverplichting heeft tot 1 juni 2008.

4.5.2 Verloop van de procedure

123. KPN heeft op 18 oktober 2007 melding gemaakt van een aantal nieuwe TCO-contracten met besparingselementen, waaronder genoemde overeenkomst met [VERTROUWELIJK]. Bij brief van 31 oktober 2007 heeft KPN aangegeven dat naar haar mening de TCO-contracten niet vergelijkbaar zijn met de contracten die zij met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft gesloten en dat er volgens haar geen sprake is van een overtreding. Ten aanzien van TCO-contracten in het algemeen geeft KPN daarin aan dat overeenkomsten op een zodanige wijze zouden moeten worden vormgegeven dat er geen korting op het totaal van gereguleerde en ongereguleerde diensten wordt overeengekomen, om te voorkomen dat KPN in een positie zou kunnen komen waarin zij op grond van de overeenkomst gedwongen wordt een besparing te effectueren door korting te geven op gereguleerde dienstverlening. Voorts zou er voor moeten worden gewaakt dat klanten contractueel of de facto gedwongen zouden worden hun gereguleerde diensten bij KPN af te nemen teneinde een afspraak op een overeengekomen besparingsgarantie op ongereguleerde verlening dienstverlening te kunnen behouden.

²³ Ex paragraaf 8.4 van de Master Framework Agreement.

Besluit Openbaar

124. Op 1 november 2007 heeft een gesprek tussen toezichthoudend ambtenaren en KPN plaatsgevonden. De toezichthoudend ambtenaren hebben voorafgaand aan het gesprek de cautie aan KPN gegeven.
125. Op 20 december 2007 hebben toezichthoudende ambtenaren in een presentatie aan KPN toegelicht waarom naar hun voorlopige mening het contract van KPN met [VERTROUWELIJK] in strijd met de verplichtingen uit het Retailbesluit wordt geacht. KPN heeft in reactie daarop op 22 januari 2008 in een presentatie aan OPTA toegelicht dat zij die conclusies van het college niet deelt, waarbij KPN overigens wel heeft erkend dat [VERTROUWELIJK] mogelijk een overtreding van de verplichtingen bij of krachtens de Tw oplevert.²⁴ Het college heeft per brief van 30 mei 2008 aan KPN verzocht de precieze stand van zaken ten aanzien van onder andere de beëindiging en/of de aanpassing van het [VERTROUWELIJK]-contract te geven. Deze termijn is op verzoek van KPN verlengd tot 10 juni 2008.
126. Bij brief van 10 juni 2008 heeft KPN de gevraagde informatie gegeven en heeft onder meer de correspondentie en uitgewisselde stukken tussen KPN en [VERTROUWELIJK] vanaf oktober 2007 toegestuurd. Deze correspondentie bevat de volgende stukken:
- brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] d.d. 31 oktober 2007;
 - e-mails KPN en [VERTROUWELIJK] d.d. 27 december 2007;
 - e-mail van KPN d.d. 28 maart 2008;
 - brief van [VERTROUWELIJK] d.d. 15 april 2008;
 - brief van KPN d.d. 22 april 2008.

4.6 [VERTROUWELIJK]

4.6.1 Feiten

127. Op 14 juli 2004 heeft KPN met [VERTROUWELIJK] een overeenkomst inzake Outsourcing ICT-infrastructuur diensten Managed Service Telematica Management ten behoeve van [VERTROUWELIJK] gesloten (hierna: de overeenkomst). De overeenkomst heeft betrekking op gereguleerde en ongereguleerde diensten. In de overeenkomst garandeert KPN aan [VERTROUWELIJK] een kostenbesparingspercentage van 6,6% op de totale netto-omzet van WAN Connectivity, Managed Services en Vaste Telefonie, die jaarlijks wordt verrekend door middel van een creditnota.
128. De scope van de overeenkomst is gedefinieerd in artikel 7 en in bijlage F3, en omvat onder meer vaste - en mobiele telefoniediensten en datacommunicatie. Blijkens artikel 13.1 heeft de overeenkomst een looptijd van zeven jaar, over de periode van 1 mei 2004 tot 1 mei 2011.

²⁴ Vgl. presentatie KPN d.d. 18 januari 2008; in sheet 13 erkent KPN (in concept) dat [VERTROUWELIJK] een overtreding oplevert.

Besluit Openbaar

129. De unitprijzen per dienst maken onderdeel uit van de overeenkomst. Volgens de prijstabellen in bijlage J.1 van de overeenkomst komt [VERTROUWELIJK] voor de 'belkosten vaste telefonie' in aanmerking voor zowel de Worldline - als de Totalline kortingsregeling.
130. Bijlage J.4 bepaalt het volgende:
*"Binnen het te leveren pakket aan Telecommunicatiediensten: WAN-Connectivity, Managed Services en Vaste Telefonie, worden de telecommunicatieactiviteiten bij [VERTROUWELIJK] door KPN concernbreed geïntegreerd. Hierbij ontstaan belangrijke schaalvoordelen en worden faciliteiten efficiënter geïmplementeerd. Deze efficiëncyverbetering levert een kostenbesparing op. De hieruit voortvloeiende vergoeding zal achteraf, in 2 halfjaarlijkse termijnen, met [VERTROUWELIJK] worden verrekend door middel van een creditnota.
De vergoeding is 6,6 % van de totale netto-omzet WAN Connectivity, Managed Services en Vaste Telefonie en bedraagt het eerste jaar EUR [VERTROUWELIJK]. Over de voortgang van deze afspraak zullen partijen conform het samenwerkingsmodel, opgenomen in bijlage O.1, overleg voeren."*
131. In de overeenkomst garandeert KPN aan [VERTROUWELIJK] dus een jaarlijkse besparing van 6,6% op de totale netto omzet binnen de scope van deze bepaling, waaronder Vaste Telefonie. Deze gegarandeerde besparing is voor het eerste jaar bepaald op een vast bedrag, te weten € [VERTROUWELIJK]. Het feit dat deze gegarandeerde besparing wordt verleend als percentage van de netto-omzet, impliceert dat deze besparing wordt verleend bovenop de overeengekomen Worldline en Totalline kortingsregelingen.
132. Bijlage P bevat een gespecificeerde opgave van jaarbedragen voor de afname van dienstverlening op basis van dit contract. Het totale bedrag aan dienstverlening waarover KPN het besparingspercentage garandeert bedraagt het 1^{ste} jaar € [VERTROUWELIJK]. De kosten van Vaste Telefonie maken onderdeel uit van dit totaalbedrag. Uit dezelfde rapportage blijkt dat over de periode van 1 mei 2004 tot 1 mei 2005 deze component 'Vaste Telefonie' in totaal ongeveer € [VERTROUWELIJK] (exclusief het kortingspercentage) bedraagt.²⁵
133. Bijlage J3 bevat een regeling omtrent een benchmark. Deze regeling bevat zowel bepalingen ten aanzien van het benchmarkproces, als bepalingen ten aanzien van het toepassen van tariefverlagingen naar aanleiding van de resultaten van de benchmark.
Regeling 7.0 van deze bijlage bevat de volgende regeling voor benchmarkresultaten jaar 4 en daarna:
- "a. Indien de benchmark tarieven meer dan 5 % hoger liggen dan de KPN tarieven van het*

²⁵ Dit omvat een component verkeerskosten (€ [VERTROUWELIJK]) en een component verkeersaansluitingen (ongeveer € [VERTROUWELIJK]).

Besluit Openbaar

jaar waarin de benchmark plaats vindt dan zal KPN de KPN tarieven in het volgende jaar niet veranderen.

- b. Indien de benchmark tarieven tussen de 0 % en 5 % hoger liggen dan de KPN tarieven van het jaar waarin de benchmark plaats vindt dan zal KPN de tarieven voor het volgende jaar verlagen met het verschil minus het met KPN en [VERTROUWELIJK] overeengekomen jaarlijkse prijsreductie percentage.*
- c. Indien de benchmark tarieven van 0 % tot en met 10 % lager liggen dan de KPN tarieven van het jaar waarin de benchmark plaats vindt dan zal KPN de benchmark tarieven voor het volgende jaar gaan hanteren.*
- d. Indien de benchmark tarieven meer dan 10 % lager zijn dan de door KPN gehanteerde tarieven in het jaar van de benchmark dan heeft KPN de keuze om deze benchmark tarieven voor het volgende jaar over te nemen. Indien KPN deze tarieven niet over wil of kan nemen dan heeft KPN het recht de overeenkomst te beëindigen. De beëindigingprocedure van artikel 16 van de Overeenkomst is dan van toepassing, waarbij er geen beëindigingsbedragen aan KPN verschuldigd zijn. Indien KPN wenst te beëindigen om de hiervoor genoemde reden dan heeft [VERTROUWELIJK] het recht om genoeg te nemen met een tariefdaling van 10 % voor de tarieven van het volgend jaar. In dat geval heeft KPN niet het recht te beëindigen."*

- 134. In deze benchmarkbepalingen is geen onderscheid gemaakt tussen gereguleerde en ongereguleerde diensten.
- 135. Bijlage X van de overeenkomst bevat een verwijzing naar de Algemene Voorwaarden. Hierin is bepaald dat ten aanzien van de diensten op het gebied van vaste telefonie de Algemene Voorwaarden voor vaste telefonie gelden alsmede de aanvullende voorwaarden voor de vaste telefoniedienst en vaste verbindingen, voor zover KPN op grond van dwingend recht verplicht is deze bepalingen te hanteren. De dwingendrechtelijke bepalingen zullen gelden als aanvulling op de voorwaarden in de DVO en bij strijdigheid zullen de dwingendrechtelijke bepalingen prevaleren.

4.6.2 Verloop van de procedure

- 136. KPN heeft op 18 oktober 2007 melding gemaakt van een aantal nieuwe TCO-contracten met besparingselementen, waaronder genoemde overeenkomst met [VERTROUWELIJK]. Bij brief van 31 oktober 2007 heeft KPN aangegeven waarom naar haar mening de TCO-contracten niet vergelijkbaar zijn met de contracten die ze met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft gesloten en waarom daarin volgens KPN geen overtreding is gelegen. Ten aanzien van TCO-contracten in het algemeen geeft KPN daarin aan dat overeenkomsten op een zodanige wijze zouden moeten worden vormgegeven dat er geen korting op het totaal van gereguleerde en ongereguleerde diensten wordt overeengekomen, om te voorkomen dat KPN in een positie zou kunnen komen waarin zij op grond van de overeenkomst gedwongen wordt een besparing te effectueren door korting te geven op

Besluit Openbaar

gereguleerde dienstverlening. Voorts zou er voor moeten worden gewaakt dat klanten contractueel of de facto gedwongen zouden worden hun gereguleerde diensten bij KPN af te nemen teneinde een afspraak op een overeengekomen besparingsgarantie op ongereguleerde dienstverlening te behouden.

137. Op 20 december 2007 hebben toezichthoudende ambtenaren in een presentatie aan KPN toegelicht waarom naar hun voorlopige mening het contract van KPN met [VERTROUWELIJK] in strijd met de verplichtingen uit het Retailbesluit wordt geacht. KPN heeft in reactie daarop op 22 januari 2008 in een presentatie aan OPTA toegelicht dat zij die conclusies van het college niet deelt. Bij email van 22 januari 2008 zijn de bijlagen behorend bij het contract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] opgevraagd.
138. Het college heeft per brief van 30 mei 2008 aan KPN verzocht de precieze stand van zaken ten aanzien van onder andere de beëindiging en/of de aanpassing van het [VERTROUWELIJK]-contract te geven. Deze termijn is op verzoek van KPN verlengd tot 10 juni 2008. KPN heeft bij brief van 10 juni 2008 inhoudelijk op dit verzoek gereageerd. Ten aanzien van het dit contract heeft KPN aangegeven dat zij zich richting [VERTROUWELIJK] op het standpunt heeft gesteld dat de bepaling in het contract omtrent de besparingsmaatregelen weliswaar een vast bedrag en een vast percentage bevat, maar dat deze bepaling ingevolge de Telecommunicatiewet alleen zo kan worden uitgelegd dat het genoemde percentage en het bedrag slechts een streefgetal kan zijn voor partijen.
139. KPN heeft bij de brief van 10 juni 2008 de correspondentie en uitgewisselde stukken tussen KPN en [VERTROUWELIJK] vanaf oktober 2007 toegestuurd. Deze correspondentie bevat de volgende stukken:
- brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 28 september 2007;
 - brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 20 december 2007;
 - brief van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 27 december 2007;
 - brief van [VERTROUWELIJK] aan KPN van 15 januari 2008;
 - brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 11 februari 2008;
 - brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] van 24 april 2008.
140. Bij brief van 22 juli 2008 heeft de toezichthoudende ambtenaar aan KPN laten weten dat ten aanzien van het contract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] de geconstateerde overtreding niet is beëindigd. Voor wat betreft de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] volgt dit uit het feit dat KPN nog geen overeenstemming met [VERTROUWELIJK] heeft bereikt over het aanpassen van de overeenkomst, waardoor de reeds bestaande overeenkomst nog altijd gelding heeft en KPN haar dienstverlening aan [VERTROUWELIJK] conform de in de oorspronkelijke overeenkomst gemaakte afspraken (gebundeld) levert. Uit de door KPN toegezonden correspondentie tussen KPN en [VERTROUWELIJK] maakt de toezichthoudend ambtenaar op dat KPN de specifieke tariefclausule eenzijdig intrekt. Echter, aangezien

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK] en KPN hierover geen overeenstemming hebben bereikt, is het voor de toezichthoudende ambtenaar niet duidelijk of er nieuwe afspraken gelden tussen partijen, en zo ja welke nieuwe afspraken dit zijn.

141. In antwoord hierop herhaalt KPN bij brief van 4 augustus 2008 haar eerdere standpunt dat zij zich beroept op de nietigheid van de relevante bepaling en dat partijen in overleg zullen treden over het gevolg van deze nietigheid voor de overeenkomst.
142. Bij brief van 20 augustus 2008 heeft de toezichthoudend ambtenaar KPN verzocht een concrete termijn te noemen waarbinnen zij de overtreding inzake de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] zal beëindigen. Daarnaast heeft de toezichthoudend ambtenaar gevraagd om een afschrift van alle correspondentie met [VERTROUWELIJK] omtrent de beëindiging.
143. Bij e-mail van 19 september 2008 heeft KPN een brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] overgelegd, waarin zij er op wijst dat de overeenkomst voorschrijft dat partijen in overleg dienen te treden over een oplossing in geval van een geconstateerde nietigheid. Bij e-mail van 13 november 2008 heeft KPN de schriftelijke reactie hierop van [VERTROUWELIJK] overgelegd.
144. Bij e-mail van 27 november 2008 heeft de toezichthoudende ambtenaar om een update verzocht met betrekking tot de aanpassing van de besparingsovereenkomst tussen KPN en [VERTROUWELIJK].
145. Bij e-mail van 31 december 2008 heeft KPN bericht dat het besparingscontract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] per 1 januari 2009 wordt beëindigd. Voorts heeft KPN een brief van [VERTROUWELIJK] d.d. 29 augustus 2008 overgelegd.
146. Bij e-mail van 7 januari 2009 heeft de toezichthoudende ambtenaar opgemerkt dat [VERTROUWELIJK] kennelijk nog steeds om naleving van de gemaakte besparingsafpraak verzoekt. In reactie hierop heeft KPN per e-mail nogmaals bevestigd dat de overeenkomst per 1 januari 2009 is beëindigd en dat KPN een voorstel aan [VERTROUWELIJK] gedaan heeft over de besparing op het ongereguleerde portfolio over 2009, onder voorbehoud van goedkeuring van dit voorstel door de toezichthouder. Bij e-mail van 23 maart 2009 heeft KPN bericht dat partijen overeenstemming hebben bereikt over een addendum over de afwikkeling van het contract, en heeft zij een kopie van dit addendum overgelegd.
147. Bij e-mail van 24 maart 2009 heeft de toezichthoudende ambtenaar KPN bericht dat met de beëindiging van het contract per 1 januari 2009 er ook een einde is gekomen aan de overtreding. De financiële afwikkeling tussen partijen is hiervoor naar de mening van het college niet relevant.

Besluit Openbaar

4.7 [VERTROUWELIJK]

4.7.1 Feiten

148. Op 14 juli 2005 heeft KPN een verlengd Contract TelecomManagement (hierna: de overeenkomst) met [VERTROUWELIJK] ondertekend. De overeenkomst heeft betrekking op gereguleerde en ongereguleerde diensten en heeft betrekking op de levering van zowel telefonie als datacommunicatiediensten. De dienstverlening is beschreven in het Contract TelecomManagement d.d. 9 november 2000 met wijzigingen op 4 juli 2003. De relevante verlengde overeenkomst heeft een looptijd van 1 juli 2005 tot 1 januari 2008; de verlenging treedt volgens paragraaf 2.2 van de overeenkomst in per 30 juli 2005.
149. Paragraaf 1 van de overeenkomst bepaalt dat KPN een kostenreductie van tenminste 35% garandeert, indien [VERTROUWELIJK] zich tot 1 januari 2008 vastlegt de diensten van KPN af te nemen. Hierbij is geen onderscheid gemaakt tussen het gereguleerde en ongereguleerde domein.
150. Paragraaf 2.2 vermeldt de rangorde van de verschillende toepasselijke regels bij mogelijke tegenstrijdigheden, waarbij de Overeenkomst TelecomManagement van 14 juli 2005 prevaleert boven de oudere overeenkomsten, en waarbij de bepalingen uit de respectievelijke overeenkomsten prevaleren boven eventuele toepasselijke algemene voorwaarden.
151. Paragraaf 3.1 van de overeenkomst werkt de eerdergenoemde besparingsgarantie van 35% nader uit. KPN garandeert een kostenreductie van tenminste 35%, met als referentie de tarieven en volumes in 2004. Deze referentie is gedefinieerd in bijlage 5. Ook uit genoemde bijlage kan worden afgeleid dat ook gereguleerde diensten binnen de scope van deze overeenkomst en dus van de gegarandeerde besparing vallen.
152. Op grond van paragraaf 4.1 geldt voor vaste telefonie dat verkeer en abonnementen volgens standaardtarieven in rekening worden gebracht en voorts dat de tariefontwikkelingen van door de Telecommunicatiewet gereguleerde diensten buiten de TCO reductie garantie vallen en ten gunste dan wel ten laste komen van [VERTROUWELIJK]. Voorts zal KPN de huidige Worldline kortingsregelingen van [VERTROUWELIJK] migreren naar een Worldline XL kortingsregeling.
153. Paragraaf 5 luidt als volgt:
- "KPN garandeert een kostenreductie ten opzichte van 2004 van tenminste 35% te realiseren in 2007. KPN zal dit gefaseerd realiseren. Hierbij is door KPN uitgegaan van: marktconforme en door OPTA goedgekeurde tarieven; kortingsregelingen met als referentie 2004 (bijlage 5); gelijke volumes verkeer per categorie en bestemming (zie bijlage 1,2 en 3);*

Besluit Openbaar

het aantal vaste aansluitingen in 2004 (is 8133 conform bijlage 15.

KPN zal de besparingen realiseren binnen de totale scope van diensten die onder dit Contract vallen. Alle besparingen binnen deze scope dragen bij aan het realiseren van de doelstelling een reductie op TCO van tenminste 35%. De wijze van meten van de uitgaven verkeer is opgenomen in bijlage 5."

154. De genoemde fasering bij gelijkblijvende volumes is als volgt; per 1 augustus 2005 garandeert KPN tenminste een besparing van 11% ten opzichte van TCO 2004. Uiterlijk 11 oktober 2005 garandeert KPN tenminste een totale besparing van 30% en vanaf 1 januari 2007 tenminste totaal 35%.
155. Uit paragraaf 3.2 alsmede bijlagen 1 tot en met 5 het volgende. Het totale bedrag aan dienstverlening waarover KPN het besparingspercentage garandeert bedraagt over het 1^{ste} jaar € [VERTROUWELIJK]. De kosten van Vaste Telefoonie maken onderdeel uit van dit totaalbedrag. Uit dezelfde gegevens kan worden afgeleid dat in het referentiejaar (2004) deze component 'Vaste Telefoonie' in totaal € [VERTROUWELIJK] bedraagt. Binnen deze component Vaste Telefoonie heeft ongeveer € [VERTROUWELIJK] betrekking op geregleerde diensten.
156. De gegarandeerde TCO-besparing is derhalve verbonden met een volledige uitvoering van de binnen de scope van de overeenkomst vallende activiteiten en met de functionaliteiten en hoeveelheden die [VERTROUWELIJK] in 2004 van KPN en anderen afnam. De gegarandeerde TCO-besparing heeft de vorm van één percentage, dat op de totale besparing van alle diensten ziet.
157. Tevens bevat paragraaf 2.1 onder artikel 12.4 een boetebeding. Op grond van dit artikel kan KPN, indien dit contract tussentijds eindigt, over de door [VERTROUWELIJK] verschuldigde vergoeding voor de (na de opzegging) nog resterende overeengekomen contractuele periode een bepaald percentages ineens vorderen. Dit betreft 50% over de vergoedingen voor het daarna nog resterende eerste jaar indien dit contract niet zou zijn opgezegd, en 25% over het daarna resterende tweede jaar. Onder vergoeding wordt verstaan de vaste kosten per aansluiting op moment van beëindiging van het contract. Dit boetebeding heeft derhalve (mede) betrekking op geregleerde diensten.
158. Op 20 februari 2006 zijn partijen een aanvulling op het contract 'verlenging van Contract TelecomManagement' d.d. 14 juli 2005 overeengekomen. Dit heeft niet tot een voor dit rapport relevante wijziging van het contract geleid.

Besluit Openbaar

4.7.2 Verloop van de procedure

159. KPN heeft op 18 oktober 2007 melding gemaakt van een aantal nieuwe TCO-contracten met besparingselementen, waaronder genoemde overeenkomst met [VERTROUWELIJK]. Bij brief van 31 oktober 2007 heeft KPN aangegeven waarom naar haar mening de TCO-contracten niet vergelijkbaar zijn met de contracten die ze met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft gesloten en waarom daarin volgens KPN geen overtreding is gelegen. Ten aanzien van TCO-contracten in het algemeen geeft KPN daarin aan dat overeenkomsten op een zodanige wijze zouden moeten worden vormgegeven dat er geen korting op het totaal van gereguleerde en ongereguleerde diensten wordt overeengekomen, om te voorkomen dat KPN in een positie zou kunnen komen waarin zij op grond van de overeenkomst gedwongen wordt een besparing te effectueren door korting te geven op gereguleerde dienstverlening. Voorts zou er voor moeten worden gewaakt dat klanten contractueel of de facto gedwongen zouden worden hun gereguleerde diensten bij KPN af te nemen teneinde een afspraak op een overeengekomen besparingsgarantie op ongereguleerde dienstverlening te behouden.
160. Op 1 november en 19 november 2007 hebben gesprekken tussen toezichthoudend ambtenaren en KPN plaatsgevonden over onder meer de TCO-contracten. De toezichthoudend ambtenaren hebben voorafgaand aan het gesprek de cautie aan KPN gegeven.
161. Bij e-mail van 14 december 2007 heeft de toezichthoudend ambtenaar aanvullende informatie omtrent [VERTROUWELIJK] opgevraagd. Bij brief van 17 januari 2008 heeft KPN de gevraagde informatie gedeeltelijk opgeleverd.
162. Op 20 december 2007 hebben toezichthoudende ambtenaren in een presentatie aan KPN toegelicht waarom naar hun voorlopige mening het contract van KPN met [VERTROUWELIJK] in strijd met de verplichtingen uit het Retailbesluit Vaste Telefonie wordt geacht. KPN heeft in reactie daarop op 22 januari 2008 in een presentatie aan OPTA toegelicht dat zij die conclusies van het college niet deelt.²⁸ Het college heeft per brief van 30 mei 2008 aan KPN verzocht de precieze stand van zaken ten aanzien van onder andere de beëindiging en/of de aanpassing van het [VERTROUWELIJK]-contract te geven. Deze termijn is op verzoek van KPN verlengd tot 10 juni 2008.
163. Bij brief van 10 juni 2008 heeft KPN de gevraagde informatie gegeven. Ten aanzien van het [VERTROUWELIJK]-contract heeft KPN aangegeven dat de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] een looptijd had tot 1 januari 2008. Deze looptijd is inmiddels verstreken en het contract is geëindigd.

²⁸ Zie echter (concept) presentatie KPN d.d. 18 januari 2008, sheet 13, waarin KPN erkent dat [VERTROUWELIJK] een overtreding is.

**Besluit
Openbaar****5. Zienswijze van KPN**

164. De zienswijze van KPN op het rapport van 11 december 2009 kan als volgt worden samengevat.
165. In haar zienswijze wijst KPN in de eerste plaats op de systematiek van de TCO-contracten. Een TCO-relatie betreft volgens KPN niet het geven van kortingen of het aanbieden van individuele diensten tegen gunstiger tarieven dan voor andere klanten gelden, maar een aan de telecom behoefte van de klant afgestemd samenstel van diensten, waarbij de samenstelling en efficiënte aanwending van de diensten een besparing oplevert ten opzichte van de 'oude' situatie van die klant. KPN blijft te allen tijde gebonden aan haar commerciële bandbreedte en marktconforme tarieven voor de Individuele diensten, met name voor wat betreft diensten waarvoor een wettelijke normering geldt, zoals het gereguleerd dienstenverkeer. In haar zienswijze van 3 februari 2010 heeft KPN dit standpunt nader toegelicht.
166. In de tweede plaats voert KPN aan dat van strijd met de non-discriminatieverplichting geen sprake is. Daarvoor is volgens KPN relevant dat de tarieven zoals die zijn vastgesteld voor gereguleerde diensten niet vielen onder de reikwijdte van de besparingsgarantie. KPN wijst op enkele voorbeelden, waaruit dat zou blijken. In § 7.2- § 7.7 zal nader op die voorbeelden worden ingegaan. Uit de omstandigheid dat de gegarandeerde TCO-besparing de vorm heeft van een percentage of een vast bedrag dat op de totale besparing van alle diensten ziet, blijkt volgens KPN niet dat de TCO-besparing verbonden is met de volledige uitvoering van alle binnen de scope van de TCO-contracten vallende activiteiten. Bovendien heeft de toezichthoudend ambtenaar volgens KPN ten onrechte niet aangetoond dat de TCO-besparingen tot gevolg hebben gehad dat ongeoorloofde tarieven voor gereguleerd verkeer zijn toegepast. KPN wijst er voorts op dat de klanten niet verplicht zijn gereguleerd verkeer bij KPN af te nemen en op ieder moment de afname van gereguleerd verkeer kan beëindigen conform de voor het gereguleerd verkeer geldende algemene voorwaarden. Dit laatste heeft KPN in haar zienswijze van 3 februari 2010 nogmaals onder de aandacht van het college gebracht.
167. In de derde plaats betwist KPN dat met het opnemen van de last bid bepaling in de TCO-overeenkomst met [VERTROUWELIJK] sprake is van selectieve prijsonderbieding, onder meer omdat niet is aangetoond dat KPN een discriminatoir of selectief onderbiedend bod heeft uitgebracht.
168. In de vierde plaats voert KPN aan dat met de last bid bepaling geen sprake is van een onredelijke overstapdrempels, onder meer omdat de klant alle ruimte heeft op andere gronden dan prijs voor een andere aanbieder te kiezen.

Besluit Openbaar

169. KPN geeft in de vijfde plaats aan dat er geen sprake is van overtredingen van de transparantie- en meldingsverplichtingen, omdat geen sprake is van nieuwe diensten.
170. In de zesde plaats merkt KPN op dat zich geen nadelige gevolgen voor de mededinging hebben voorgedaan. Daarvoor is volgens KPN relevant dat in de TCO-contracten telkens is opgenomen dat het klanten vrij stond de TCO-contracten voor wat betreft het gereguleerde portfolio te beëindigen, zonder dat dit de besparingen ten behoeve van het ongereguleerde portfolio zou beïnvloeden. De last bid bepaling brengt KPN materieel niet in een betere positie ten opzichte van haar concurrenten nu deze in het inkooptraject hun beste bod kunnend oen met de kennis die zij hebben van de tarifiering van KPN en de (wettelijke) beperkingen die daarbij voor haar gelden.
171. KPN merkt in de zevende plaats op dat geen sprake is van recidive, omdat, met uitzondering van het boetebesluit [VERTROUWELIJK], de eerder door het college opgelegde boetes niet hetzelfde type overtreding betroffen dan waar het bij de TCO-contracten om gaat. Wat betreft het boetebesluit [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]/WorldLine XL geldt volgens KPN dat van recidive geen sprake kan zijn, omdat die besluiten zijn genomen nadat de TCO-contracten al waren gesloten.
172. In de achtste plaats stelt KPN dat de toezichthoudend ambtenaar ten onrechte als betrokken omzet de volledige met het TCO-contract behaalde omzet beschouwen. Volgens KPN kan de betrokken omzet alleen betreffen de omzet die is behaald met het aanbieden van gereguleerde diensten onder de TCO-contracten.
173. Tot slot voert KPN aan dat het college rekening zal moeten houden met de door KPN verleende medewerking in het kader van het gehele onderzoek.

6. Overwegingen van het college

6.1 Inleiding

174. In dit hoofdstuk zal het college per TCO-contract gemotiveerd uiteenzetten dat KPN daarmee de non-discriminatieverplichting, de meldingsplicht en de transparantieplichting, zoals opgelegd in het Retailbesluit, heeft overtreden. Daarbij betreft het college die aspecten uit de zienswijze van KPN die betrekking hebben op de specifieke contracten. In § 7.8 wordt tot slot ingegaan op de meer algemene punten die KPN in haar zienswijze naar voren heeft gebracht ter onderbouwing van haar standpunt dat van overtredingen geen sprake is.

Besluit Openbaar

6.2 [VERTROUWELIJK]

6.2.1 Non-discriminatieverplichting en verbod op selectieve prijsonderbieding

175. Het college stelt vast dat KPN met de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijsonderbieding heeft overtreden.
176. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, aan het verbod op selectieve prijsonderbieding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen.
177. In het kader van het TCO-traject heeft KPN een aanbod aan [VERTROUWELIJK] gedaan voor alle telecommunicatie- en datacommunicatiediensten waar [VERTROUWELIJK] gebruik van maakt. Dit heeft geleid tot een specifiek maatwerkcontract met [VERTROUWELIJK] met een looptijd van vijf jaar. Onderdeel van deze maatwerkovereenkomst is de levering van gereguleerde telefonieaansluitingen en gereguleerd verkeer (bellen naar vaste nummers, mobiele nummers en 090x-nummers).
178. Op de totale kosten van de telecommunicatievoorzieningen – een TCO van € [VERTROUWELIJK] in 2004 - van [VERTROUWELIJK] heeft KPN in de overeenkomst aan [VERTROUWELIJK] één totale besparing gegarandeerd van jaarlijks € [VERTROUWELIJK] en daar bovenop een "quick win" van € [VERTROUWELIJK] die met of vrijwel direct na het sluiten van de overeenkomst kon worden gerealiseerd. Deze besparing is in de overeenkomst verbonden met en niet losgekoppeld van de gereguleerde producten en diensten die [VERTROUWELIJK] bij KPN afneemt of met de overeenkomst bij KPN gaat afnemen. Daarmee is de non-discriminatieverplichting overtreden. Dat volgt onder andere uit het volgende:
- In de overeenkomst is geen uitsplitsing gemaakt tussen afspraken voor gereguleerde en voor ongereguleerde diensten.
 - Er is één totale besparing gegarandeerd die voor alle producten en diensten, zowel de gereguleerde als de ongereguleerde, geldt.
 - In de overeenkomst is vastgelegd dat deze totale besparing afhankelijk is van het gegeven dat de volumes gelijk blijven. De volumes van de gereguleerde producten en diensten, en de afname van gereguleerde producten en diensten, zijn daar niet van uitgezonderd.
 - De kosten die door KPN voor de overeenkomst zijn onderzocht, zijn wel enigszins uitgesplitst, maar voor de gegarandeerde totale besparing is dat niet het geval.



Besluit Openbaar

- Er is ook niet in de overeenkomst aangegeven hoe bepaalde tarieven tot de totale gegarandeerde besparing zouden moeten leiden. De totale besparingsgarantie betreft daarentegen, zoals KPN aan Ernst & Young heeft aangegeven, een onderhandelingsresultaat²⁷.
 - De tarieven voor de specifieke diensten die uit de besparingsafpraak zouden moeten resulteren, zijn in het TCO-contract oningevuld gebleven.
 - Er is dus één harde besparingsgarantie gegeven, gekoppeld aan gelijkblijvende volumes.
 - Dergelijke gegarandeerde besparingsafspraken worden andere eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel niet geboden.
179. Er is met andere woorden dus sprake van een overeenkomst waarin KPN een directe en contractuele koppeling tussen de afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten heeft gelegd, inclusief een totale besparing daarop, die dus mede ziet op de gereguleerde diensten.
180. De tariefstructuur in dit contract voor de gereguleerde vaste telefoniediensten – die de vorm heeft van een vaste prijs- of besparingsafpraak op de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten – betreft dan ook een nieuwe dienst, zoals gedefinieerd in annex F.²⁷ Deze nieuwe dienst maakt geen onderdeel uit van de bij OPTA bekende gemelde (gereguleerde) telefoniediensten. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers zijn aangeboden.
181. Daarmee staat vast dat KPN de voorwaarden van de betrokken vaste telefoniediensten waaronder die diensten aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden aangeboden, (in) specifiek voor [VERTROUWELIJK] (gunstige zin) heeft gewijzigd. Deze diensten zijn niet op deze wijze aan andere eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel aangeboden. Daarmee heeft KPN de non-discriminatieverplichting en als onderdeel daarvan het verbod op selectieve prijsontbinding overtreden.
182. In haar zienswijze voert KPN aan dat van overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake is. Zij wijst daarvoor onder meer op artikel 15.1 in de overeenkomst met [VERTROUWELIJK]. Die bepaling luidt als volgt:

"Indien sprake is van de levering van openbare telefoondiensten respectievelijk de levering van huurlijnen als bedoeld in de Telecommunicatiewet zijn daarop de Algemene Voorwaarden voor Vaste Telefonie respectievelijk de Algemene Voorwaarden voor Vaste Verbindingen van toepassing."

²⁷ Vgl. paragraaf 3.1. van dit besluit.

Besluit Openbaar

183. Volgens KPN vloeit hieruit voort dat partijen overeen zijn gekomen dat de besparingsgarantie geen invloed heeft op de tarieven zoals die voor KPN gelden ten aanzien van gereguleerd verkeer.
184. Het college volgt dit standpunt niet. Uit deze wel zeer algemeen geformuleerde bepaling kan niet worden afgeleid dat het gereguleerde verkeer hoe dan ook tegen gereguleerde tarieven werd of zou worden aangeboden. Uit de meer specifieke bepalingen in het contract met betrekking tot de besparingsgarantie, die in § 5.2.1 staan opgesomd, ontbreekt elk voorbehoud met betrekking tot het gereguleerde verkeer, zodat er van moet worden uitgegaan dat de besparingsgarantie ook betrekking heeft op het gereguleerde verkeer.
185. Ook uit de omstandigheid dat KPN op een bepaald moment een addendum bij de overeenkomst heeft opgesteld, waarin partijen hebben vastgelegd dat met terugwerkende kracht de gereguleerde diensten uit de overeenkomst worden gehaald, kan niet worden geconcludeerd dat geen sprake is van overtreding van de non-discrimatieverplichting. In § 7.8 zal het college daar nader op ingaan.
186. KPN voert tot slot, ter onderbouwing van haar standpunt dat van een overtreding van de non-discrimatieverplichting geen sprake is, aan dat klanten geen gereguleerd verkeer bij KPN hoeven af te nemen en verder ieder moment de afname van gereguleerd verkeer bij KPN kunnen beëindigen conform de voor het gereguleerd verkeer geldende algemene voorwaarden, zonder dat dit de besparingen voor de ongereguleerde diensten beïnvloedt. Het college volgt dat standpunt van KPN niet.
187. Het college stelt vast dat, gezien de uitdrukkelijk overeengekomen regeling ten aanzien van (voortijdige) beëindiging van de overeenkomst het allereerst niet duidelijk is dat de overeenkomst voor zover het om gereguleerde diensten gaat, voortijdig kan worden opgezegd zonder dat dit consequenties heeft voor de gegarandeerde besparing. In de overeenkomst is de besparing immers nadrukkelijk afhankelijk gesteld van gelijkblijvende aantallen. Ook overigens bevat de overeenkomst geen bepalingen waaruit kan worden afgeleid dat het [VERTROUWELIJK] vrij staat de overeenkomst voor zover het de gereguleerde component betreft, op te zeggen en dat zij KPN dan nog steeds aan de totaal overeengekomen gegarandeerde besparing kan houden.

6.2.2 First call last bid

188. Het college stelt vast dat KPN met de bedongen last bid-bepaling de eerste aanvullende gedragsregel bij de non-discrimatieverplichting uit het Retailbesluit heeft overtreden. In deze gedragsregel is bepaald dat KPN geen aanbod mag doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt. Het college stelt voorts vast dat KPN met de last bid-bepaling ook de tweede aanvullende gedragsregel bij de non-discrimatieverplichting uit het Retailbesluit heeft overtreden. Hierin is

Besluit Openbaar

bepaald dat KPN geen aanbiedingen mag doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels. Het college licht dit als volgt toe.

189. In het Retailbesluit, dat sinds 1 januari 2006 van kracht is, is ondergrensregulering opgelegd in de vorm van een zogenaamde combinatorische prijsstremtoets (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 rooiprijzen als gevolg. De combinatorische prijsstremtoets 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.
190. 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



Besluit Openbaar

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.

191. 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 onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt (dictumonderdeel vii van het retailbesluit, eerste gedachtestreepje).
192. 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).
193. De combinatie van deze verplichtingen 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 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.
194. De last bid- bepaling die KPN in de onderhavige overeenkomst heeft bedongen, doorkruist 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.

Besluit Openbaar

195. Deze last bid-bepaling vormt 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 is 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.
196. De afspraak vormt in de tweede plaats een overtreding van de gedragsregel inzake het verbod op loyaliteitskortingen. Deze gedragsregel houdt niet uitsluitend in dat KPN geen 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 om met KPN te concurreren om de gunst van de eindgebruiker. De onderhavige overeenkomst, waar de last bid-afspraken onderdeel van vormt, betreft een aanbieding die leidt tot onredelijke overstapdrempels. Zij verhindert dat concurrenten een aantrekkelijker aanbod kunnen doen dan KPN. Dat vormt een overstapdrempel.
197. De afspraken wijken ook overigens af van de voorwaarden die met andere vergelijkbare eindgebruikers overeengekomen zijn. Er is dus sprake van een overtreding van de non-discriminatieverplichting, en van de gedragsregels die ter invulling van die verplichting zijn opgelegd.
198. KPN geeft aan dat zij vanwege de ondergrensregulering en de non-discriminatieverplichting geen diensten onder afwijkende voorwaarden aan een specifieke eindgebruiker mag aanbieden, zodat het recht op last bid dat zij heeft bedongen, daar niet toe zou kunnen leiden. Het college wijst erop dat KPN gehouden is aan groepen vergelijkbare eindgebruikers dezelfde voorwaarden en tarieven te bieden. Dat betekent dat KPN geen lagere maar ook geen hogere tarieven aan de betrokken eindgebruiker mag bieden. Als KPN zich aan die verplichtingen houdt, zou het voor haar niet zinvol zijn ten aanzien van een specifieke eindgebruiker te weten wat een concurrent die eindgebruiker biedt. Het zou dan voorts niet zinvol zijn een recht van last bid te bedingen. KPN zou, als zij zich daadwerkelijk aan de aan haar opgelegde verplichtingen ten aanzien van tarieven houdt, immers uitsluitend aan de betrokken eindgebruiker het aanbod mogen doen dat zij ook aan vergelijkbare eindgebruikers doet. In die situatie zou er geen enkele aanleiding zijn een last bid-bepaling overeen te komen. KPN heeft dat echter wel gedaan. Het college hecht daar terecht belang aan.

Besluit Openbaar

199. KPN geeft aan dat het college niet heeft vastgesteld dat zij een discriminatoire aanbieding heeft gedaan in het kader van een last bid-afpraak. Het college verwijt KPN hier echter dat KPN het recht heeft bedongen het aanbod van de concurrent direct te volgen. Het maken van een dergelijke afspraak als zodanig is in strijd met de gedragsregel inzake selectieve prijssonderbieding. Daarin is, onder andere, de geconstateerde overtreding gelegen.
200. Anders dan KPN is het college voorts van oordeel dat de contractuele afspraken ter zake de last bid-bepaling onredelijke overstapdrempels vormen, omdat daarmee contractueel belemmeringen voor de overstap naar een concurrent zijn vastgelegd. Dat een eindgebruiker alsnog naar een concurrent kan overstappen als die concurrent lagere tarieven biedt, maakt dat niet anders. Het gaat erom dat als een concurrent dezelfde tarieven biedt als KPN, de betrokken contractuele afspraken eraan in de weg staan dat de eindgebruiker voor de concurrent van KPN kiest. Daarin is de onredelijkheid van de overstapdrempel gelegen.

6.2.3 Meldingsplicht

201. Bij e-mail van 16 februari 2006 heeft KPN wel een lijst van alle bestaande aanbiedingen (diensten in de zin van Annex F van het Retailbesluit) gemeld. Die overeenkomst met [VERTROUWELIJK] bevond zich niet op die lijst. KPN heeft deze overeenkomst ook op een later tijdstip niet gemeld. Uit hetgeen in de vorige paragraaf is vastgesteld volgt dat KPN met deze overeenkomst gereguleerde diensten onder afwijkende voorwaarden heeft aangeboden, onder meer door ze onder een totale besparingsgarantie te begrijpen. Vanwege de afwijkende voorwaarden is sprake van een nieuwe dienst, die aan het college had moeten worden gemeld. Het college stelt vast dat KPN dit niet heeft gedaan en daarmee de meldingsplicht heeft overtreden.

6.2.4 Transparantieverplichting

202. Het college stelt vast dat KPN deze nieuwe dienst evenmin op haar website bekend heeft gemaakt. Daarmee is sprake van een overtreding van de transparantieverplichting.

6.3 [VERTROUWELIJK]

6.3.1 Non-discriminatieverplichting en verbod op selectieve prijssonderbieding

203. Het college stelt vast dat KPN met de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijssonderbieding heeft overtreden.



Besluit Openbaar

204. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, aan het verbod op selectieve prijsopbodding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen.
205. KPN heeft met het sluiten van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] deze verplichting overtreden.
Hiertoe stelt het college het volgende vast. KPN heeft met [VERTROUWELIJK] een overeenkomst gesloten voor de levering van alle telefonie- en datacommunicatiediensten van [VERTROUWELIJK]. Hier maken zowel gereguleerde als niet-gereguleerde diensten onderdeel van uit. Van de totale TCO van [VERTROUWELIJK] euro per jaar hangt € [VERTROUWELIJK] samen met gereguleerde verkeersdiensten (bijlage B bij de Offerte vaste telefonie van 26 januari 2007). Daarnaast maken ook gereguleerde aansluitingen voor een - minst genomen - aanzienlijk deel, onderdeel uit van de TCO. In de overeenkomst garandeert KPN [VERTROUWELIJK] een besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar op de totale uitgaven voor de TCO per jaar. Hierbij is geen onderscheid gemaakt tussen het gedeelte van de TCO dat bestaat uit gereguleerde en het gedeelte dat bestaat uit ongereguleerde diensten. De overeenkomst heeft een duur van vijf jaar na implementatie.
206. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke gegarandeerde besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel zijn aangeboden. Daarmee is zowel de non-discriminatieverplichting als het verbod op selectieve prijsopbodding overtreden.
207. Er is hiermee sprake van een overeenkomst waarin KPN een directe en contractuele koppeling tussen de afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten heeft gelegd, inclusief een totale besparing daarop, die dus mede ziet op de gereguleerde diensten.
208. De tariefstructuur in dit contract voor de gereguleerde vaste telefoniediensten – die de vorm heeft van een vaste prijs- of besparingsafpraak ten aanzien van de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten – betreft dan ook een nieuwe dienst, zoals gedefinieerd in annex F.²⁸ Deze nieuwe dienst maakt geen onderdeel uit van de bij het college bekende gemelde (gereguleerde) telefoniediensten. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers zijn aangeboden.

²⁸ Vgl. paragraaf 3.1 van dit besluit.

Besluit Openbaar

209. Daarmee staat vast dat KPN de voorwaarden van de betrokken vaste telefoniediensten waaronder die diensten aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden aangeboden, (in) specifiek voor [VERTROUWELIJK] (gunstige zin) heeft gewijzigd. Deze diensten zijn niet op deze wijze aan andere eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel aangeboden. Daarmee heeft KPN de non-discriminatieverplichting en als uitwerking daarvan het verbod op selectieve prijsontbinding overtreden.
210. In haar zienswijze voert KPN aan dat van overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake is. Zij wijst daarvoor onder meer op de artikelen 2.1 en 15.4 in de overeenkomst met [VERTROUWELIJK]. Die bepalingen luiden als volgt:

"artikel 2.1

Onder de voorwaarden van de Overeenkomst zal KPN Marktconform Managed Services en de onderliggende diensten leveren [..]

artikel 15.4

Leverings- en/of andere (algemene voorwaarden) van de ondergetekenden zijn niet van toepassing op deze Overeenkomst, met uitzondering van de levering van diensten waarvoor KPN is aangewezen als houder met aanmerkelijke marktmacht, in de zin van de Telecommunicatiewet zoals bij vaste telefonie en huurlijnen. Op deze laatste diensten zijn de daarvoor geldende voorwaarden, inclusief de door OPTA vastgestelde en goedgekeurde tarieven, bij voorrang van toepassing."

211. Volgens KPN vloeit hieruit voort dat partijen overeen zijn gekomen dat de besparingsgarantie geen invloed heeft op de tarieven zoals die voor KPN gelden ten aanzien van gereguleerd verkeer.
212. Het college volgt dit standpunt niet. Artikel 2.1 bepaalt niets ten aanzien van het gereguleerde verkeer, zodat daarin geen steun kan worden gevonden voor het standpunt van KPN. Evenmin kan uit artikel 15.4 van de overeenkomst worden afgeleid dat de besparingsgarantie geen invloed zou hebben op de tarieven voor het gereguleerde verkeer. Op grond van de omstandigheid dat ten aanzien van het gereguleerde verkeer de gereguleerde tarieven van toepassing waren, kan niet worden afgeleid dat daarmee vast staat dat de besparingsgarantie daarop niet van toepassing was. Dat een tarief geldt, betekent niet dat daarop volgens diezelfde overeenkomst geen korting kan worden gegeven. Uit de bepalingen over de besparingsgarantie, zoals genoemd in § 5.3.1 volgt dat korting is gegeven.
213. KPN voert tot slot, ter onderbouwing van haar standpunt dat van een overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake is, aan dat klanten geen gereguleerd verkeer bij KPN hoeven af te nemen en verder ieder moment de afname van gereguleerd verkeer bij KPN



Besluit Openbaar

kunnen beëindigen conform de voor het gereguleerd verkeer geldende algemene voorwaarden, zonder dat dit de besparingen voor de ongereguleerde diensten beïnvloedt. Het college volgt dat standpunt van KPN niet.

214. Het college stelt vast dat deze interpretatie niet in overeenstemming is met de tussen partijen gesloten overeenkomst. Uit de tekst van de overeenkomst blijkt dat de besparing ziet op de gehele TCO van [VERTROUWELIJK], waarbij geen onderscheid is gemaakt tussen gereguleerde en ongereguleerde diensten. Verder is in de overeenkomst vastgelegd dat de besparing als gevolg van het afnemen van meer of minder diensten zal variëren. Wanneer [VERTROUWELIJK] zou besluiten de gereguleerde diensten bij een andere aanbieder af te gaan nemen, zou, zo is in de overeenkomst vastgelegd, de omvang van de door [VERTROUWELIJK] af te nemen diensten als gevolg hiervan wijzigen. Dit zou dan ook effect hebben op de overeengekomen besparing. De toezichthoudend ambtenaar stelt op basis hiervan vast dat er wel degelijk een verband bestaat tussen de afname van gereguleerde diensten en de hoogte van de besparing en dat KPN ten onrechte stelt dat de besparing slechts ziet op de ongereguleerde diensten.

6.3.2 Meldingsplicht

215. KPN heeft deze overeenkomst niet gemeld. Uit hetgeen in de vorige paragraaf is vastgesteld, volgt dat KPN met deze overeenkomst gereguleerde diensten onder afwijkende voorwaarden heeft aangeboden, onder meer door deze gereguleerde diensten onder een totale besparingsgarantie te begrijpen. Vanwege de afwijkende voorwaarden is sprake van een nieuwe dienst, die aan het college had moeten worden gemeld. Het college stelt vast dat KPN dit niet heeft gedaan en daarmee de meldingsplicht heeft overtreden.

6.3.3 Transparantieverplichting

216. Het college stelt vast dat KPN deze nieuwe dienst evenmin op haar website bekend heeft gemaakt. Daarmee is sprake van een overtreding van de transparantieverplichting.

6.4 [VERTROUWELIJK]

6.4.1 Non-discriminatieverplichting en verbod op selectieve prijsonderbieding

217. Het college stelt vast dat KPN met de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijsonderbieding heeft overtreden.
218. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijsonderbieding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar



Besluit Openbaar

vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen.

219. KPN zich heeft met het sluiten van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] niet aan deze verplichting gehouden.
220. KPN heeft met [VERTROUWELIJK] een overeenkomst gesloten voor de levering van alle telefonie- en datacommunicatiediensten van [VERTROUWELIJK]. Hier maken zowel gereguleerde als niet-gereguleerde producten en diensten onderdeel van uit. In de overeenkomst garandeert KPN [VERTROUWELIJK] een besparing van € [VERTROUWELIJK] per jaar op de totale uitgaven voor de TCO per jaar. Daarnaast heeft de overeenkomst een duur van vijf jaar na ondertekening van de Ready for Service-verklaring. Van de overeenkomst maken harde besparingsgaranties voor de zogenaamde (implementatie) stap 2 en stap 3 deel uit. Deze stappen bestaan voor een belangrijk deel uit gereguleerde diensten. KPN heeft met de overeenkomst ter zake van de besparingsgaranties voor stap 2 en stap 3 [VERTROUWELIJK] een besparingsgarantie geboden op onder meer gereguleerde diensten die niet voor andere eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel beschikbaar is.
221. De tariefstructuur in dit contract voor de gereguleerde vaste telefoniediensten – die de vorm heeft van een vaste prijs- of besparingsafpraak ten aanzien van de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten – betreft dan ook een nieuwe dienst, zoals gedefinieerd in annex F.²⁹ Deze nieuwe dienst maakt geen onderdeel uit van de bij OPTA bekende gemelde (gereguleerde) telefoniediensten. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers zijn aangeboden.
222. Daarmee staat vast dat KPN de voorwaarden van de betrokken vaste telefoniediensten waaronder die diensten aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden aangeboden, (in) specifiek voor [VERTROUWELIJK] (gunstige zin) heeft gewijzigd. Daarmee heeft KPN de non-discriminatieverplichting en als onderdeel daarvan het verbod op selectieve prijsontbinding overtreden.
223. In haar zienswijze voert KPN aan dat van overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake is. Zij wijst daarvoor onder meer op artikel 16.4 in de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] van 24 maart 2006. Die bepaling luidt als volgt:

"artikel 16.4

²⁹ Vgl. paragraaf 3.1. van dit besluit.

Besluit Openbaar

Leverings- en of/andere (algemene voorwaarden) van de ondergetekenden zijn niet van toepassing op deze Overeenkomst, met uitzondering van de levering van diensten waarvoor KPN is aangewezen als houder met aanmerkelijke marktmacht, in de zin van de Telecommunicatiewet zoals bij vaste telefonie en huurlijnen. Op deze laatste diensten zijn de daarvoor geldende voorwaarden, inclusief de door OPTA vastgestelde en goedgekeurde tarieven, bij voorrang van toepassing."

224. Volgens KPN vloeit hieruit voort dat partijen overeen zijn gekomen dat de besparingsgarantie geen invloed heeft op de tarieven zoals die voor KPN gelden ten aanzien van gereguleerd verkeer.
225. Het college volgt dit standpunt niet. Uit artikel 16.4 van de overeenkomst kan niet worden afgeleid dat de besparingsgarantie geen invloed zou hebben op de tarieven voor het gereguleerde verkeer. Op grond van de omstandigheid dat ten aanzien van het gereguleerde verkeer de gereguleerde tarieven van toepassing waren, kan niet worden afgeleid dat daarmee vast staat dat de besparingsgarantie daarop niet van toepassing was. Dat een tarief geldt, betekent niet dat daarop volgens diezelfde overeenkomst geen korting kan worden gegeven. Uit de bepalingen over de besparingsgarantie, zoals genoemd in § 5.4.1 volgt dat korting is gegeven.
226. Ook uit de omstandigheid dat KPN op een bepaald moment met [VERTROUWELIJK] de CVN-kortingsregeling is overeengekomen, kan niet worden geconcludeerd dat geen sprake is van overtreding van de non-discriminatieverplichting. In § 7.8 zal het college daar nader op ingaan.

6.4.2 Meldingsplicht

227. KPN heeft deze overeenkomst niet gemeld. Uit hetgeen in de vorige paragraaf is vastgesteld volgt dat KPN met deze overeenkomst gereguleerde diensten onder afwijkende voorwaarden heeft aangeboden, onder meer door zij onder een besparingsgarantie te begrijpen. Vanwege de afwijkende voorwaarden is sprake van een nieuwe dienst, die aan het college had moeten worden gemeld. De toezichthoudend ambtenaar stelt vast dat KPN dit niet heeft gedaan en daarmee de meldingsplicht heeft overtreden.

6.4.3 Transparantieverplichting

228. Het college stelt vast dat KPN de nieuwe dienst evenmin op haar website bekend heeft gemaakt. Daarmee is sprake van een overtreding van de transparantieverplichting.



Besluit Openbaar

6.5 [VERTROUWELIJK]

6.5.1 Non-discriminatieverplichting en selectieve prijsonderbieding

229. Het college stelt vast dat KPN met de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de non-discriminatieverplichting, en als specifiek onderdeel daarvan de gedragsregel inzake het verbod op selectieve prijsonderbieding, heeft overtreden.
230. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijsonderbieding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen.
231. KPN zich heeft met het sluiten van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] niet aan deze verplichting gehouden.
232. Het college ziet de dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd, waarbij KPN een kostenbesparingspercentage over het totale verkoopvolume van gereguleerde en ongereguleerde diensten garandeert, als een aparte dienst. In het kader van het TCO-traject heeft KPN een aanbod aan [VERTROUWELIJK] gedaan voor alle telecommunicatie- en datacommunicatiediensten waar [VERTROUWELIJK] gebruik van maakt. Dit heeft geleid tot een specifiek maatwerkcontract met [VERTROUWELIJK] met een looptijd van drie jaar. Deze dienst wordt alleen aan [VERTROUWELIJK] aangeboden en geleverd. Dit betekent dat er sprake is van een individueel aanbod aan [VERTROUWELIJK], en voorts dat KPN met dit gebundelde aanbod feitelijk de voorwaarden van de gereguleerde Vaste Telefoondienst heeft gewijzigd.
233. Dat volgt onder andere uit het volgende:
- In de overeenkomst is geen uitsplitsing gemaakt tussen afspraken voor de gereguleerde en voor ongereguleerde diensten.
 - Er is één totaal besparingspercentage gegarandeerd die voor alle producten en diensten, zowel de gereguleerde als de ongereguleerde, geldt.
 - In de overeenkomst is vastgelegd dat deze totale besparing een vast percentage betreft, ongeacht de afgenomen volumes.
 - De kosten die door KPN voor de overeenkomst zijn onderzocht, zijn wel enigszins uitgesplitst, maar voor de gegarandeerde besparing is dat niet het geval.
 - Er is dus niet in de overeenkomst aangegeven hoe bepaalde tarieven tot de totale besparing zouden moeten leiden.
 - Dergelijke gegarandeerde besparingsafspraken worden andere eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel niet geboden.
 - De overeenkomst bevat een boetebeding, indien KPN dit gegarandeerde



Besluit Openbaar

besparingspercentage niet haalt. Ook deze besparing is in de overeenkomst verbonden met en niet losgekoppeld van de gereguleerde component die [VERTROUWELIJK] bij KPN afneemt, of met de overeenkomst bij KPN gaat afnemen.

234. De tariefstructuur in dit contract voor de gereguleerde vaste telefoniediensten – die de vorm heeft van een vaste prijs- of besparingsafspraken op de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten – betreft dan ook een nieuwe dienst, zoals gedefinieerd in annex F.³⁰ Deze nieuwe dienst maakt geen onderdeel uit van de bij het college bekende gemelde (gereguleerde) telefoniediensten. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers zijn aangeboden.
235. Daarmee staat vast dat KPN de voorwaarden van de betrokken vaste telefoniediensten waaronder die diensten aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden aangeboden, (in) specifiek voor [VERTROUWELIJK] (gunstige zin) heeft gewijzigd. KPN is echter verplicht om eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten aan te bieden. Genoemd maatwerkcontract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is hiermee in strijd. Daarmee heeft KPN de non-discriminatieverplichting en als onderdeel daarvan het verbod op selectieve prijsontbinding overtreden.

6.5.2 Meldingsplicht

236. KPN heeft de nieuwe dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd niet bij het college gemeld. De lijst met bestaande aanbiedingen moest alle diensten bevatten die op het moment van de inwerkingtreding van het Retailbesluit, op 1 januari 2006, werden aangeboden en/of werden afgenomen en waarop ondergrensregulering van toepassing is. Op 16 februari 2006 heeft KPN een e-mail gestuurd met daarin de lijst van alle bestaande aanbiedingen. Echter, in deze lijst is de aanbidding die met [VERTROUWELIJK] is overeengekomen, de gegarandeerde kostenbesparing in combinatie met het boetebeding, niet opgenomen.
237. KPN heeft ook niet op een later tijdstip, bij een volgende tweewekelijkse melding, de dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd, gemeld bij het college en handelt derhalve in strijd met de verplichting tot melding van alle bestaande en nieuwe diensten.

6.5.3 Transparantieplichting

³⁰ Vgl. paragraaf 3.1 van dit besluit.



Besluit Openbaar

238. Het college stelt vast dat KPN deze nieuwe dienst evenmin op haar website bekend heeft gemaakt. Daarmee is sprake van een overtreding van de transparantieplichting.

6.6 [VERTROUWELIJK]

6.6.1 Non-discriminatieverplichting en selectieve prijszonderbieding

239. Het college stelt vast dat KPN met de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan de gedragsregel ten aanzien van het verbod op selectieve prijszonderbieding, heeft overtreden.
240. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijszonderbieding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen.
241. KPN zich heeft met het sluiten van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] niet aan deze verplichting gehouden.
242. In het kader van het TCO-traject heeft KPN een aanbod aan [VERTROUWELIJK] gedaan voor alle telecommunicatie- en datacommunicatiediensten. Het college ziet de dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd, waarbij KPN een kostenbesparingspercentage over de totale netto-omzet van de overeengekomen diensten garandeert van 6,6% (met een besparing van € [VERTROUWELIJK] over het eerste jaar), als een aparte dienst. Dit aanbod van KPN heeft geleid tot een specifiek maatwerkcontract met [VERTROUWELIJK] met een looptijd van zeven jaar. Deze dienst wordt alleen aan [VERTROUWELIJK] aangeboden en geleverd. Dit betekent, naar het oordeel van het college dat er sprake is van een individueel aanbod aan [VERTROUWELIJK], en voorts dat KPN feitelijk met dit aanbod de voorwaarden van de gereguleerde Vaste Telefoon dienst heeft gewijzigd.
243. Dat volgt onder andere uit het volgende:
- In de overeenkomst is geen uitsplitsing tussen afspraken voor gereguleerde en voor ongereguleerde diensten gemaakt.
 - Er is een totaal besparingspercentage genoemd, die onder meer geldt voor de vaste telefoniediensten van [VERTROUWELIJK]. Dit percentage heeft dus zowel betrekking op de gereguleerde als op de ongereguleerde dienstverlening.
 - De kosten die door KPN voor de overeenkomst zijn onderzocht, zijn wel enigszins uitgesplitst, maar voor de gegarandeerde besparing is dat niet het geval.
 - Er is dus niet in de overeenkomst aangegeven hoe bepaalde tarieven tot de totale besparing zouden moeten leiden.



Besluit Openbaar

- Dergelijke gegarandeerde besparingsafspraken worden andere eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel niet geboden.
244. KPN heeft in het onderzoekstraject aangegeven dat in de overeenkomst geen koppeling tussen de tariefstructuur in dit contract voor de gereguleerde vaste telefoniediensten – die de vorm heeft van een vaste prijs- of besparingsafpraak op de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten – betreft dan ook een nieuwe dienst, zoals gedefinieerd in annex F.³¹ Deze nieuwe dienst maakt geen onderdeel uit van de bij OPTA bekende gemelde (gereguleerde) telefoniediensten. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers zijn aangeboden.
245. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, aan de gedragsregels, waaronder het verbod op selectieve prijsontbinding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen. Genoemd maatwerkcontract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is hiermee in strijd.
246. Daarmee staat vast dat KPN de non-discriminatieverplichting, en als specifiek onderdeel daarvan de gedragsregel inzake het verbod op selectieve prijsontbinding, heeft overtreden.

6.6.2 Benchmarkclausule

247. Ten aanzien van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] komt daar nog bij dat de overeenkomst een benchmarkclausule bevat, zodat de betrokken eindgebruiker met de aangeboden totale besparing niet alleen voor de duur van het contract aan KPN wordt gebonden, maar de mogelijkheden voor KPN om die band ook daarna te behouden, sterk zijn vergroot.
248. De benchmarkclausule is daarmee sterk vergelijkbaar met de last bid-bepaling, die KPN met [VERTROUWELIJK] is overeengekomen. In § 7.2.2 heeft het college toegelicht waarom KPN daarmee de eerste en tweede aanvullende gedragsregel bij de non-discriminatieverplichting heeft overtreden. Om dezelfde redenen als uiteengezet in die paragraaf, waarnaar op deze plek wordt verwezen, is het college van opvatting dat KPN vanwege de benchmarkclausule ook in de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de eerste en tweede aanvullende gedragsregel bij de non-discriminatieverplichting heeft overtreden.

6.6.3 Meldingsplicht

³¹ Vgl. paragraaf 3.1. van dit besluit.

Besluit Openbaar

249. Het college constateert dat KPN de nieuwe dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd niet bij hem heeft gemeld. De lijst met bestaande aanbiedingen moet alle diensten bevatten die op het moment van de inwerkingtreding van het Retailbesluit, op 1 januari 2006, werden aangeboden en/of worden afgenomen en waarop ondergrensregulering van toepassing is. Op 16 februari 2006 heeft KPN een e-mail gestuurd met daarin de lijst van alle bestaande aanbiedingen. Echter, in deze lijst is de aanbieding die met [VERTROUWELIJK] is overeengekomen, de vergoeding van 6,6% op de totale omzet van WAN connectivity, Managed Services en Vaste Telefonie, niet opgenomen.
250. KPN heeft ook niet op een later tijdstip, bij een volgende tweewekelijkse melding, de dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd, gemeld bij het college en handelt derhalve in strijd met de verplichting tot melding van alle bestaande en nieuwe diensten.

6.6.4 Transparantieverplichting

251. Het college stelt vast dat KPN deze nieuwe dienst evenmin op haar website bekend heeft gemaakt. Daarmee is sprake van een overtreding van de transparantieverplichting.

6.7 [VERTROUWELIJK]

6.7.1 Non-discriminatieverplichting en selectieve prijsontbieding

252. Het college stelt vast dat KPN met de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijsontbieding, heeft overtreden.
253. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, het verbod op selectieve prijsontbieding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen.
254. KPN zich heeft met het sluiten van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] niet aan deze verplichting gehouden.
255. Het college beschouwt de dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd, waarbij KPN een kostenbesparingspercentage over het totale verkoopvolume van gereguleerde en ongereguleerd diensten garandeert, als een aparte dienst. In het kader van het TCO-traject heeft KPN een aanbod aan [VERTROUWELIJK] gedaan voor alle telecommunicatie- en datacommunicatiediensten waar [VERTROUWELIJK] gebruik van maakt. Dit heeft geleid tot een specifiek maatwerkcontract met [VERTROUWELIJK] met een

Besluit Openbaar

looptijd van twee jaar en vijf maanden. Deze dienst wordt alleen aan [VERTROUWELIJK] aangeboden en geleverd. Dit betekent dat er sprake is van een individueel aanbod aan [VERTROUWELIJK], en voorts dat KPN met dit aanbod feitelijk de voorwaarden van de gereguleerde Vaste Telefoniedienst heeft gewijzigd.

256. Dat volgt onder andere uit het volgende:

- De overeenkomst bevat geen uitsplitsing tussen afspraken voor de gereguleerde en voor ongereguleerde diensten.
- Er is één totaal besparingspercentage gegarandeerd die onder meer geldt voor de vaste telefoniediensten van [VERTROUWELIJK]. Dit percentage heeft dus betrekking op zowel de
gereguleerde als de ongereguleerde diensten.
- De kosten die door KPN voor de overeenkomst zijn onderzocht, zijn wel enigszins uitgesplitst, maar voor de gegarandeerde besparing is dat niet het geval.
- Er is dus niet in de overeenkomst aangegeven hoe bepaalde tarieven tot de totale besparing zouden moeten leiden.
- Dergelijke gegarandeerde besparingsafspraken worden andere eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel niet geboden.
- De overeenkomst bevat tevens een boetebeding, indien [VERTROUWELIJK] tot voortijdige
beëindiging van de overeenkomst overgaat. De boetehoogte is gerelateerd aan de totale omzet, inclusief de omzet over de gereguleerde diensten. Ook dit boetebeding is derhalve verbonden met en niet losgekoppeld van de gereguleerde component die [VERTROUWELIJK] bij KPN afneemt, of met de overeenkomst bij KPN gaat afnemen.

257. De tariefstructuur in dit contract voor de gereguleerde vaste telefoniediensten – die de vorm heeft van een vaste prijs- of besparingsafpraak op de gecombineerde afname van gereguleerde en ongereguleerde diensten – betreft dan ook nieuwe dienst, zoals gedefinieerd in annex F.³² Deze nieuwe dienst maakt geen onderdeel uit van de bij OPTA bekende gemelde (gereguleerde) telefoniediensten. Door middel van deze overeenkomst zijn gereguleerde diensten aan [VERTROUWELIJK] aangeboden tegen voorwaarden, waaronder een aanzienlijke besparing, die niet op deze wijze aan andere eindgebruikers zijn aangeboden.

258. Daarmee staat vast dat KPN de voorwaarden van de betrokken vaste telefoniediensten waaronder die diensten aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden aangeboden, (in) specifiek voor [VERTROUWELIJK] (gunstige zin) heeft gewijzigd.

259. Ten aanzien van gereguleerde diensten dient KPN zich te houden aan de non-discriminatieverplichting en, als onderdeel daarvan, aan de gedragsregels, waaronder het

³² Vgl. paragraaf 3.1. van dit besluit.

Besluit Openbaar

verbod op selectieve prijsonderbieding. Dat houdt onder andere in dat eindgebruikers met een vergelijkbaar vraagprofiel onder dezelfde voorwaarden en tarieven de gereguleerde diensten van KPN kunnen afnemen. Genoemd maatwerkcontract tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is hiermee in strijd. Daarmee heeft KPN de non-discriminatieverplichting en als onderdeel daarvan het verbod op selectieve prijsonderbieding overtreden.

260. In haar zienswijze voert KPN aan dat van overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake is. Zij wijst daarvoor onder meer op paragraaf 4.1 in de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] van 14 juli 2005. Die bepaling luidt als volgt:

*"- Verkeer en abonnementen worden volgens standaard tarieven in rekening gebracht.
- Tariefontwikkelingen van door de Telecommunicatiewet gereguleerde diensten alsmede tariefontwikkelingen van internationaal telefonieverkeer, vallen buiten de TCO reductie garantie en komen ten gunste dan wel en laste van [VERTROUWELIJK]."*

261. Volgens KPN vloeit hieruit voort dat partijen overeen zijn gekomen dat de besparingsgarantie geen invloed heeft op de tarieven zoals die voor KPN gelden ten aanzien van gereguleerd verkeer.
262. Het college volgt dit standpunt niet. Uit de overige paragrafen uit de overeenkomst, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat de besparingsgarantie zich ook uitstrekt tot het gereguleerde verkeer. Het college verwijst daarvoor naar de feiten, zoals vermeld in § 5.7.1 van dit besluit.

6.7.2 Meldingsplicht

263. Het college constateert dat KPN de nieuwe dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd niet bij het college heeft gemeld. De lijst met bestaande aanbiedingen moet alle diensten bevatten die op het moment van de inwerkingtreding van het Retailbesluit, op 1 januari 2006, werden aangeboden en/of worden afgenomen en waarop ondergrensregulering van toepassing is. Op 16 februari 2006 heeft KPN een e-mail gestuurd met daarin de lijst van alle bestaande aanbiedingen. Echter, in deze lijst is de aanbieding die met [VERTROUWELIJK] is overeengekomen, de besparingsgarantie van 35% op de 'TCO 2004' alsmede het boetebeding, niet opgenomen.
264. KPN heeft ook niet op een later tijdstip, bij een volgende tweewekelijkse melding, de dienst die aan [VERTROUWELIJK] is aangeboden en geleverd, gemeld bij het college en handelt derhalve in strijd met de verplichting tot melding van alle bestaande en nieuwe diensten.

Besluit Openbaar

6.7.3 Transparantieverplichting

265. Het college stelt vast dat KPN deze nieuwe dienst evenmin op haar website bekend heeft gemaakt. Daarmee is sprake van een overtreding van de transparantieverplichting.

6.8 Reactie op de zienswijze van KPN

266. KPN geeft in haar zienswijze op het boeterapport toe dat sommige besparingsoverzichten niet altijd op ondubbelzinnige wijze inzichtelijke maken dat de gereguleerde tarieven voor vaste telefonie altijd van toepassing zijn. Om die reden heeft KPN in voorkomende gevallen, zoals bij [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], op enig moment addenda bij de overeenkomst opgesteld om eventuele onduidelijkheid hierover weg te nemen. Desalniettemin ziet KPN niet in waarom dit aanleiding zou zijn om onverkort te concluderen dat de besparingen tot gevolg hebben gehad dat ongeoorloofde tarieven voor gereguleerd verkeer zouden zijn toegepast, in weerwil van hetgeen partijen zijn overeengekomen.
267. Dienaangaande merkt het college op dat het een misvatting is dat uitsluitend op grond van de besparingsoverzichten zou zijn geconcludeerd dat sprake is van overtredingen. Zoals uit het overzicht van de feiten volgt, heeft het college de betrokken overeenkomsten steeds in het geheel gezien en op grond daarvan de conclusie getrokken dat KPN de genoemde bepalingen uit het Retailbesluit heeft overtreden. Bovendien deelt het college niet de opvatting van KPN dat zij met partijen zou zijn overeengekomen dat voor het gereguleerde verkeer de gereguleerde tarieven van toepassing zouden zijn. Hiervoor in de paragrafen 7.2 tot en met 7.7 heeft het college, voor zover relevant, dat reeds voor de afzonderlijke contracten toegelicht.
268. In haar zienswijze wijst KPN erop dat zij in sommige gevallen, [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], op enig moment addenda bij de overeenkomsten heeft opgesteld om eventuele onduidelijkheden ten aanzien van het gereguleerde verkeer weg te nemen. In beide gevallen is een standaard CVN-overeenkomst gesloten.
269. Ook daaruit kan evenwel niet worden geconcludeerd dat van een overtreding geen sprake is. Net zo min als uit de omstandigheid dat KPN met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] de WordLine XL kortingsregeling was overeengekomen en met [VERTROUWELIJK] de kortingsregelingen Wordline en Totalline kan worden geconcludeerd dat van overtredingen geen sprake is geweest.
270. De TCO-contracten, waarin gegarandeerde prijsniveaus voor de komende jaren zijn vastgelegd, wijkt af van het standaardaanbod voor gereguleerde telefoniediensten. Het standaardaanbod omvat alle kortingsregelingen, waaronder CVN, maar ook WorldLine, WorldLine XL en Totalline. In al die kortingsregelingen zijn de tarieven (inclusief kortingen) gekoppeld aan de tarieven van Belbasis. Alle tarieven zijn daarmee onderhevig aan

Besluit Openbaar

prijsveranderingen, waaronder ook prijsverhogingen, die regelmatig ten aanzien van de tarieven van Belbasis worden doorgevoerd. In de TCO-contracten is echter een vaste besparingsgarantie vastgelegd, waardoor fluctuaties die zich ten aanzien van de Belbasistarieven en als gevolg daarvan ten aanzien van alle kortingsregelingen voordoen, voor de betrokken contractpartners van KPN niet aan de orde zijn. Dat heeft niet alleen de zekerheid voor hen vergroot, maar is ook voordelig voor hen geweest omdat, zo blijkt inmiddels, de Belbasistarieven en dus ook de tarieven op basis van de verschillende kortingsregelingen de afgelopen jaren zijn gestegen, terwijl de besparing op basis van de overeengekomen garanties hetzelfde is gebleven.

271. Minder korting op basis van de reguliere kortingsregelingen voor een bepaald jaar, zal daarbij dus altijd een extra korting op een andere dienst moeten betekenen om de gegarandeerde besparing volgens de afspraak te kunnen blijven bieden. De TCO-contracten laat in dat opzicht ook geen ruimte om de standaard-kortingsregelingen te volgen en toe te passen.
272. KPN benadrukt in haar zienswijze dat de TCO-contracten zien op het realiseren van besparingen en niet het verlenen van kortingen die voor andere klanten niet beschikbaar waren. Anders dan KPN, verbindt het college daaraan niet de conclusie dat van overtredingen geen sprake is geweest. In de betrokken overeenkomsten werd de besparing steeds gegarandeerd, zodat de besparing in de praktijk wel degelijk als korting heeft gewerkt. Evenmin kan uit de omstandigheid dat in sommige gevallen is overeengekomen dat de besparing afhankelijk is van het gegeven dat de volumes gelijk blijven, worden afgeleid dat van overtredingen geen sprake is geweest. Integendeel, juist omdat ook op dit punt geen onderscheid is gemaakt tussen gereguleerd en ongereguleerde producten onderstreept dat ook de gereguleerde producten onder de besparingsgarantie vielen.
273. Het college deelt voorts niet het standpunt van KPN dat de eindgebruiker op basis van de algemene voorwaarden die voor gereguleerde diensten gelden, de overeenkomst steeds zonder repercussies kon opzeggen. In de Algemene voorwaarden vaste telefonie wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden met een eindgebruiker een andere dan de in de algemene voorwaarden overeengekomen minimumduur van de overeenkomst overeen te komen.
274. Artikel 22.1 Algemene Voorwaarden vaste telefonie luidt:
- "De overeenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd en heeft een minimum duur van één jaar te rekenen vanaf de datum van indienststelling, tenzij met de Contractant schriftelijk een andere periode tegen nader vast te stellen voorwaarden is overeengekomen."*
(onderstreping toegevoegd)
275. Artikel 22.2 Algemene Voorwaarden vaste telefonie luidt:



Besluit Openbaar

“De Overeenkomst kan tegen en na het verstrijken van de minimumduur schriftelijk met inachtneming van een opzegtermijn van één Maand door de Contractant worden opgezegd.”

276. In de onderhavige overeenkomsten is van deze ruimte gebruik gemaakt. Dat betekent dat de afspraken die in de onderhavige specifieke overeenkomst zijn vastgelegd, in de relatie tussen partijen het uitgangspunt vormden.
277. Het college stelt voorts vast dat (eventuele) mogelijkheden tot beëindiging van de overeenkomst er niet aan afdoen dat zolang er niet tot (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst overgaat, de afnemer aanspraak kan blijven maken op de gehele totale overeengekomen besparing, die mede betrekking heeft op gereguleerde diensten. Dat is voor de beoordeling van dit feitencomplex bepalend. [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] hebben voor een langere duur een overeenkomst met KPN gesloten omdat zij dan kan profiteren van een door KPN gegarandeerde besparing. Ook als een eindgebruiker een contract steeds zou kunnen beëindigen, is dat in het kader van het verbod op selectieve prijsontbieding immers minder 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.
278. Tot slot merkt KPN op dat de toezichthoudend ambtenaar er niet in is geslaagd om ondubbelzinnig aan te tonen dat de TCO-besparingen wel tot gevolg hebben gehad dat ongeoorloofde tarieven voor gereguleerd verkeer zijn toegepast. Dienaangaande merkt het college op dat de toezichthoudend ambtenaren daartoe ook niet waren gehouden. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van overtredingen van de non-discriminatieverplichting is de door KPN opgeworpen stelling niet relevant.

7 Boete

7.1 Boetebeleidsregels

279. Het college heeft op 5 maart 2008 de Boetebeleidsregels OPTA (hierna: boetebeleidsregels 2008) gepubliceerd³³, waarin hij aangeeft hoe hij met toepassing van artikel 15.4, tweede lid, Tw de hoogte van een boete bepaalt. Volgens deze boetebeleidsregels stelt het college de ernst van de overtreding vast door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden.

³³ “Boetebeleidsregels OPTA”, Stcrt. nr. 50, 12 maart 2008, p. 27

Besluit Openbaar

280. In geval van overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, Tw, waarvan in dit geval sprake is, wordt volgens de boetebeleidsregels 2008 het boetebedrag vervolgens vastgesteld volgens de formule:

Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/ verlaging voor bijkomende omstandigheden.

281. Op grond van de boetebeleidsregels 2008 hanteert het college als boetegrondslag 10% van de betrokken omzet. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor.
282. Vervolgens kan het boetebedrag dan nog worden verhoogd of verlaagd vanwege bijkomende omstandigheden.
283. Zoals vermeld in de boetebeleidsregels 2008 dient de boete, behalve te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval (maatwerk), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
284. 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)³⁴. 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 (nieuwe) boetebeleidsregels 2008. 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.
285. Op grond van de boetebeleidsregels 2005 is de hoogte van de boete net als in de boetebeleidsregels 2008 afhankelijk van de ernst van de overtreding. Anders dan in de boetebeleidsregels 2008 voor overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, van de Tw, waarvoor op grond van de hierboven weergegeven formule tot de bepaling van de hoogte van de boete wordt gekomen, dienen de overtredingen op grond van de boetebeleidsregels 2005 tot een indeling in een boetecategorie te leiden. Categorie 1 betreft minder ernstige overtredingen, met een maximale boete van € 100.000,-. Categorie 2 betreft ernstige overtredingen, met een maximale boete van € 300.000,-. Categorie 3 betreft zeer ernstige

³⁴ "Boetebeleidsregels OPTA", Stcrt. nr. 145, 29 juli 2005, p. 10

Besluit Openbaar

overtredingen, met een maximale boete van € 450.000,- of als dat meer is maximaal 10% van de relevante omzet.

286. Net als op grond van de boetebeleidsregels 2008 kan de boete vervolgens nog worden verlaagd of verhoogd vanwege bijkomende omstandigheden.
287. Het college stelt in het navolgende in paragraaf 7.2 de ernst van de overtreding vast. Vervolgens bepaalt het college in paragraaf 7.3 de hoogte van de boete. In paragraaf 7.4 bekijkt het college of er boeteverhogende of –verlagende omstandigheden zijn.

7.2 Ernst van de overtredingen

288. Volgens de boetebeleidsregels wordt de ernst van de overtreding bepaald door de zwaarte van de overtreding in abstracto in samenhang met de economische context van het concrete geval waarin deze overtreding heeft plaatsgevonden.

7.2.1 Zwaarte van de overtredingen in abstracto

289. De non-discrimatieverplichting en de gedragsregels ter zake selectieve prijsonderbieding en loyaliteitskortingen die ter invulling daarvan zijn gesteld, zijn gebaseerd op artikel 6a.12, aanhef en onder a, van de Tw. Overtreding van deze verplichtingen belemmert de concurrentie in aanzienlijke mate. Het college verwijst daartoe naar de achtergrond van deze verplichtingen die in het retailbesluit uiteen is gezet en waaraan eerder in dit besluit is gerefereerd. Overtredingen van deze verplichtingen worden in de boetebeleidsregels daarom als een zeer zware overtreding aangemerkt.
290. Ook de overtreding van de meldingsplicht, die op grond van artikel 6a.13 Tw als nader voorschrift voor een goede uitvoering van onder meer de hiervoor genoemde verplichtingen is verbonden, wordt als een zeer zware overtreding aangemerkt.
291. De transparantieverplichting die haar grondslag heeft in artikel 6a.12, onder c Tw, wordt aangemerkt als een zware overtreding.

7.2.2 Zwaarte van de overtredingen in concreto; economische context

Dominantieanalyse

292. In het Retailbesluit is vastgesteld dat KPN beschikt over AMM op alle retailmarkten voor vaste telefonie (aansluitingen en verkeer), met uitzondering van de markt voor internationaal verkeer.³⁵

³⁵ Zie paragraaf B.2 van het Retailbesluit.

Besluit Openbaar

293. KPN heeft op deze markten in aanwezigheid van wholesaleregulering en gedurende de gehele looptijd van de reguleringsperiode (tot ultimo 2008) marktaandeelen van ruim boven de 50%, wat reeds een sterke aanwijzing is voor AMM.³⁶ Ondanks het bestaan van wholesaleregulering ondervindt KPN een geringe prijsdruk, waardoor zij haar tarieven tot op zekere hoogte onafhankelijk van haar concurrenten kan vaststellen. Er is ook geen kopersmacht waardoor dit wordt tegengegaan. Tevens beschikt KPN over kostenvoordelen die voortkomen uit de technologische voorsprong of superioriteit, schaalvoordelen en verticale integratie. Ten slotte zijn er toetredingsdrempels die onder meer voortvloeien uit de inertie van een historische groep prijsongevoeligere eindgebruikers, waardoor concurrenten van KPN slechts met beperkte snelheid en tegen relatief hoge kosten marktaandeel kunnen winnen. Na analyse van al deze factoren is vastgesteld dat KPN beschikt over AMM.

Mededingingsproblemen

294. Deze AMM-positie leidt tot mededingingsproblemen.³⁷ In het Retailbesluit is vastgesteld dat KPN zonder regulering in staat is om de mededingingsproblemen marge-utholling, buitensporige prijzen, prijsdiscriminatie, koppelverkoop en contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen uit te oefenen en tevens economische prikkels heeft om dergelijke mededingingsbeperkende gedragingen daadwerkelijk toe te passen.
295. In dit besluit is vastgesteld dat KPN prijsdiscriminatie, selectieve onderbieding en contractuele voorwaarden om overstappen van eindgebruikers te bemoeilijken (last bid-bepaling en benchmarkclausule) ook daadwerkelijk toepast. Hierna wordt nader uitgelegd waarom KPN de prikkel om dergelijk gedrag te vertonen heeft.
296. Van oudsher beschikt KPN over de groep vaste telefoniekanten die relatief prijsongevoelig zijn. Deze relatieve prijsongevoeligheid wordt veroorzaakt door immateriële zaken als bekendheid met de aanbieder en vertrouwen in de kwaliteit (imago). Concurrenten van KPN beschikken (nog) niet over een dergelijke met KPN vergelijkbare groep klanten, omdat zij pas op een later tijdstip tot de markt zijn togetreden.
297. De concurrentieslag vindt vooral plaats om de prijsgevoelige eindgebruikers. KPN kan lagere prijzen in het prijsgevoelige deel van de markt compenseren door hogere prijzen voor minder prijsgevoelige eindgebruikers. Om dit gedrag te beperken is een prijsstijgingstoets op dienstniveau opgelegd die aan de tarieven van KPN een absolute ondergrens stelt. Binnen de toegestane tariefruimte heeft KPN echter nog altijd de prikkel om specifieke klanten (hele) lage prijzen te bieden, om op die manier deze klanten te binden, terwijl andere vergelijkbare

³⁶ Zie paragraaf 8.1.2 van het Retailbesluit.

³⁷ Zie paragraaf 8.3 van het Retailbesluit.



Besluit Openbaar

(maar minder prijsgevoelige) klanten hiervan niet profiteren. Vanuit KPN's optiek is een dergelijke strategie van prijsdiscriminatie overigens begrijpelijk. Het is immers een stuk goedkoper om, niet generiek, maar alleen lagere tarieven te rekenen aan die klanten welke actief (en met succes) zijn of worden benaderd door de concurrentie. KPN wordt met een dergelijke strategie in staat geacht gericht bepaalde concurrenten uit de markt te weren en/of te drukken, waardoor de ontwikkeling van de concurrentie op bepaalde marktsegmenten ernstig kan worden belemmerd. Daarom is in het Retailbesluit de ondergrensregeling versterkt met een non-discriminatieverplichting.

298. De overeenkomsten met [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] zijn overeenkomsten die zijn gesloten in het grootzakelijke marktsegment. Binnen de onderscheiden retailmarkten is het grootzakelijke marktsegment als relatief prijsgevoelig te typeren in vergelijking met bijvoorbeeld het MKB of het particuliere marktsegment.³⁸ Dat dit zo is, heeft KPN ook wel geïllustreerd door de toegenomen tariefvrijheid en -ruimte in het Retailbesluit voornamelijk in te zetten in het grootzakelijk marktsegment. De introductie van de kortingsregeling CVN per 1 maart 2006, met kortingen die een veelvoud zijn van de kortingen aan bijvoorbeeld consumenten of kleine bedrijven, is hiervan een goed voorbeeld. CVN is overigens een geoorloofde kortingsregeling die aan alle verplichtingen uit het Retailbesluit voldoet, waaronder de non-discriminatieverplichting en de transparantieverplichting. KPN heeft derhalve in het grootzakelijke segment een economische prikkel specifieke klanten te binden middels lagere prijzen dan wordt geboden aan vergelijkbare klanten.
299. Specifiek met betrekking tot de last bid-bepaling en de benchmarkclausule geldt nog het volgende. De betrokken afspraken zijn door KPN in overeenkomsten met zakelijke eindgebruikers vastgelegd. Op het moment dat afnemers van deze diensten bedreigd worden door de concurrentie heeft KPN de prikkel om hen te behouden dan wel terug te winnen door middel van lagere prijzen dan zij bereid is aan vergelijkbare eindgebruikers te bieden. Juist dit zijn immers de klanten die als relatief prijsgevoelig zijn aan te merken en dit in de praktijk (door een overstap) ook vaak al hebben bewezen.
300. KPN zal bij prijsdiscriminatiegedrag haar kosten minimaliseren door selectieve aanbiedingen te doen die gelijkwaardig zijn aan of net iets beter zijn dan de aanbiedingen van concurrenten. Met behulp van de last bid-bepaling en de benchmarkclausule heeft KPN deze mogelijkheid contractueel vastgelegd. Met behulp van deze bepalingen heeft KPN zelfs de mogelijkheid om als laatste met kennis van de andere biedingen een bod uit te brengen. Juist dit gedrag heeft het college geremedieerd in het Retailbesluit.

Verplichtingen

³⁸ In de marktafbakening behoren het particuliere marktsegment en het grootzakelijke marktsegment wel tot dezelfde markt.

Besluit Openbaar

301. Om de mededingingsproblemen te remediëren zijn aan KPN de verplichtingen opgelegd, zoals genoemd in paragraaf 3.1³⁹
302. De non-discrimatieverplichting is aan KPN opgelegd om de hiervoor genoemde mededingingsproblemen verbonden aan ongeoorloofde vormen van (prijs)discriminatie te voorkomen. Het CBb stelt hierover in haar uitspraak d.d. 14 mei 2007⁴⁰ dat de non-discrimatieverplichting passend en noodzakelijk geacht mag worden voor grootzakelijke gebruikers. KPN krijgt met de ondergrensregulering reeds relatief veel ruimte om goedkope aanbiedingen te doen. De non-discrimatieverplichting is daarmee noodzakelijk als aanvulling op de ondergrensregulering, omdat dit de prikkel voor KPN beperkt om enkele, gerichte, goedkope aanbiedingen te doen in situaties waarin dit de positie van concurrenten ondermijnt, terwijl in andere gevallen, waar de concurrentiedruk minder direct is, hogere prijzen kunnen worden gevraagd.
303. In het Retailbesluit heeft het college de meest in het oog springende vormen van discriminatie benoemd.⁴¹ Zo is het KPN verboden om dezelfde diensten tegen ongelijke voorwaarden en tarieven te leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. Dit verbod op selectieve prijsontberging betekent ook dat KPN geen aanbod mag doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers, waarbij het aanbod van de concurrentie direct wordt gevolgd. Daarnaast mag KPN geen aanbiedingen doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels.
304. De transparantieverplichting beoogt dat KPN het inzicht in de informatie per dienst vooraf verstrekt (o.a. door publicatie op haar website). Dit maakt het voor afnemers immers eenvoudiger om de voorwaarden en tarieven van de door KPN aangeboden diensten op hun waarde te schatten en (met elkaar en met die van concurrenten) te vergelijken. Hierdoor zijn eindgebruikers beter in staat om na te gaan of ze een aanbod afnemen tegen slechtere of discriminatoire voorwaarden. De aan KPN opgelegde transparantieverplichting is daarmee ondersteunend aan de verplichting tot non-discriminatie.⁴²
305. Teneinde te voorkomen dat KPN te lage tarieven voor haar diensten hanteert, waardoor concurrenten van KPN worden geschaad, dient KPN de prijsstelling van haar diensten te toetsen aan de combinatorische prijsstreefzets. Deze bestaat naast de toets op marktniveau uit een toets op dienstniveau die is opgelegd om te voorkomen dat KPN de concurrentie vermindert door te lage prijzen te vragen voor diensten in het meest competitieve of prijsgevoelige deel van de markt en compenseert door hogere prijzen voor minder

³⁹ Zie hoofdstuk 9 van het Retailbesluit.

⁴⁰ LJN: BA4935.

⁴¹ Zie randnummer 668 van het Retailbesluit.

⁴² Zie randnummers 674 en 679 van het Retailbesluit.

Besluit Openbaar

prijsgevoelige eindgebruikers. Hiermee legt deze toets als het ware voor KPN een absolute bodem in de markt.

306. Deze toets op dienstniveau is echter niet afdoende om te voorkomen dat KPN specifieke eindgebruikers bevoordeelt. Daartoe dient de eerder genoemde non-discriminatieverplichting, die KPN verplicht om eindgebruikers in gelijke gevallen diensten te leveren tegen gelijke voorwaarden en tarieven.
307. In het Retailbesluit is aan KPN een bijzondere verantwoordelijkheid toegekend ten aanzien van haar gedrag en de effecten daarvan op de concurrentie en de eindgebruikersbelangen. KPN kan ook op die verantwoordelijkheid worden aangesproken.⁴³ Deze verantwoordelijkheid is gekoppeld aan een toegenomen vrijheid, waarvan het stoplichtmodel een centraal element is. KPN hoeft met de komst van het stoplichtmodel de zogenaamde 'groene' diensten niet vooraf door het college te laten goedkeuren, maar dient deze zelf te toetsen en vervolgens alleen achteraf bij het college te melden. Daartoe is aan KPN de meldingsplicht opgelegd, die inhoudt dat KPN iedere twee weken een update geeft van de diensten die in de markt staan. Het is dus van groot belang dat zij wel alle diensten bij het college meldt, want alleen met een compleet overzicht van alle gereguleerde vaste telefoniediensten is het college immers in staat om effectief toezicht te houden op de verplichtingen uit het Retailbesluit (tariefregulering, non-discriminatie, transparantie). Als een dienst niet is gemeld, is een direct en adequaat toezicht op de naleving van de verplichtingen niet mogelijk.
308. Het Retailbesluit geeft derhalve weer waarom de opgelegde en door KPN overtreden verplichtingen proportioneel zijn en dat het niet opleggen van deze verplichtingen leidt tot mededingingsproblemen. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de economische impact van de geconstateerde overtredingen.

Voordelen KPN, nadelen concurrentie

309. Gegeven de aanwezigheid van met KPN concurrerende aanbieders op het grootzakelijk marktsegment, is het absoluut niet zeker dat [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] een overeenkomst met KPN zouden hebben gesloten, indien KPN hen niet de individuele (maatwerk) aanbiedingen in kwestie zou hebben gedaan.
310. KPN heeft met de overtredingen aanzienlijke omzetten behaald doordat zij [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] middels meerjarige overeenkomsten aan zich heeft kunnen binden. De relevante omzet betreft de totale omzet die met de respectievelijke

⁴³ Zie randnummer 653 van het Retailbesluit.

Besluit Openbaar

Telecomcontracten gemeoid zijn. Voorts blijkt uit het feitencomplex dat omzet inzake vaste telefonie hier een substantieel onderdeel van uitmaakt.

311. Bij de brief van 30 oktober 2009 heeft KPN een opgave gedaan van de werkelijk gerealiseerde omzet. Hieronder is per contract de werkelijke gerealiseerde omzet over de gehele overtredingsduur weergegeven. De deelomzet met betrekking tot gereguleerde diensten is bij benadering⁴⁴ bepaald:

- inzake [VERTROUWELIJK] bedraagt de gerealiseerde omzet voor de overtredingsduur
€ [VERTROUWELIJK]; de omzet vaste telefonie bedraagt bij benadering € [VERTROUWELIJK];
- inzake [VERTROUWELIJK] bedraagt de gerealiseerde omzet voor de overtredingsduur
€ [VERTROUWELIJK]; de omzet vaste telefonie bedraagt bij benadering € [VERTROUWELIJK];
- inzake [VERTROUWELIJK] bedraagt de gerealiseerde omzet voor de overtredingsduur
€ [VERTROUWELIJK]; de omzet vaste telefonie bedraagt bij benadering € [VERTROUWELIJK];
- inzake [VERTROUWELIJK] bedraagt de gerealiseerde omzet voor de overtredingsduur
€ [VERTROUWELIJK]; de omzet vaste telefonie bedraagt bij benadering € [VERTROUWELIJK];
- inzake [VERTROUWELIJK] bedraagt de gerealiseerde omzet voor de overtredingsduur
€ [VERTROUWELIJK]; de omzet vaste telefonie bedraagt bij benadering € [VERTROUWELIJK];
- inzake [VERTROUWELIJK] bedraagt de gerealiseerde omzet voor de overtredingsduur

⁴⁴ In de omzetopgave van KPN van 30 oktober 2009 heeft KPN de werkelijk gerealiseerde omzet gespecificeerd per verantwoordelijke business unit. Aangezien een aantal business units zowel gereguleerde- als ongereguleerde diensten aanbiedt, is het niet mogelijk om op basis van de door KPN verstrekte gegevens het exacte aandeel van gereguleerde diensten in de omzet te bepalen. De toezichthoudend ambtenaar heeft de omzet die is gerealiseerd door business units die zowel gereguleerde diensten als ongereguleerde diensten aanbiedt, daarom geheel toegerekend aan de omzet die is gerealiseerd door gereguleerde dienstverlening.



Besluit Openbaar

€ [VERTROUWELIJK]; de omzet vaste telefonie bedraagt bij benadering € [VERTROUWELIJK];

312. Met een dergelijke omvang behoren deze overeenkomsten tot de top van grootzakelijke telecommunicatiecontracten in Nederland.
313. KPN verschaft zich met de last bid-bepaling en de benchmarkclausule de mogelijkheid om de werking van de aanbiedingen van andere concurrenten direct te 'neutraliseren' door eenvoudigweg het aanbod van de concurrent direct te volgen. Hiermee stelt KPN haar inkomsten van de klant voor zichzelf veilig ten nadele van de concurrent.
314. Een belangrijk nadeel voor concurrenten is de mogelijk gedeelde omzet voor concurrenten ten aanzien van de contracten met [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] (ruim € 103 miljoen). Omdat voor aanbieders van zakelijke vaste telefoniediensten een groot deel van de onderliggende kosten vast is, vertaalt gedeelde omzet zich daarnaast ook direct in een verlies aan marge. Immers, de kosten voor concurrenten blijven voor een belangrijk deel hetzelfde, ook al leveren ze geen diensten aan bijvoorbeeld [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]. Het is achteraf niet met zekerheid vast te stellen of concurrenten deze contracten hadden verworven.
315. Daarnaast leidt KPN's handelwijze tot een verstoring van het commerciële proces bij de concurrentie. De concurrentie ontvangt immers het signaal dat blijkbaar hogere kortingen c.q. lagere tarieven of scherpere voorwaarden nodig zijn, dan specifieke aanbieders aan [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] hebben aangeboden. De concurrentie moet er op kunnen vertrouwen dat de tarieven, kortingen en voorwaarden die KPN aan klanten aanbiedt ook daadwerkelijk in overeenstemming zijn met de verplichtingen uit het Retailbesluit.
316. KPN's handelwijze met betrekking tot [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft dit vertrouwen geschaad, waardoor niet is uitgesloten dat de concurrentie in andere offertetrajecten derhalve hogere kortingen en scherpere voorwaarden heeft geboden dan nodig was geweest indien KPN zich aan al haar verplichtingen had gehouden.

Besluit Openbaar

Nadelen voor afnemers

317. KPN heeft de belangen van [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] geschaad met de geconstateerde overtredingen en gunstige voorwaarden.
318. Genoemde partijen hebben tijd en moeite gestoken in het verkrijgen van een gunstige overeenkomst met bijbehorende kostenbesparingen.
319. Het onderzoek heeft vervolgens geleid tot acties richting de afnemers om de overtreding te beëindigen. Deze beëindigingen zullen door partijen op hun waarde moeten worden geschat, hetgeen de nodige tijd en inspanning zal vergen.
320. Voorts is met de geconstateerde overtredingen sprake van overeenkomsten die in strijd zijn met wet- en regelgeving. De beëindiging van de overeenkomsten nopen [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] tot extra inspanningen om de continuïteit van de telefoniedienstverlening te waarborgen en opnieuw een onderhandelingstraject in te gaan met wellicht minder gunstige (financiële) consequenties.
321. Ten slotte heeft KPN het vertrouwen geschaad van [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] door de reguleringsrisico's op geen enkele wijze expliciet te maken aan deze partijen, terwijl partijen er op moeten kunnen vertrouwen dat een gereguleerde partij deze risico's inzichtelijk maakt.

Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding

322. Op grond van de boetebeleidsregels leiden de geconstateerde overtredingen op grond van het voorgaande *in concreto* tot de volgende zwaarte-indeling:
323. Overtredingen van de non-discrimatieverplichting veroorzaakt door de besparingsgaranties (artikel 6a.12, onder a, Tw); *zeer ernstige overtredingen*
324. Overtredingen van de non-discrimatieverplichting veroorzaakt door de last bid-bepaling en de benchmarkclausule (artikel 6a.12, onder a, Tw); *ernstige overtredingen*
325. Overtredingen van de meldingsplicht (artikel 6a.13, vijfde lid, Tw); *zeer ernstige overtredingen*
326. Overtredingen van de transparantieplichting (artikel 6a.12, onder c, van de Tw); *ernstige overtredingen*
327. Over de kwalificatie van de overtredingen van de non-discrimatieverplichting veroorzaakt door de last bid-bepaling en de benchmarkclausule als *ernstig* het volgende. De betrokken bepalingen leiden op zichzelf nog niet tot ongeoorloofde kortingen van KPN aan de

Besluit Openbaar

eindgebruikers. Wel is komen vast te staan dat KPN met de door haar bedongen last bidbepaling en de benchmarkclausule 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 beschouwt deze overtredingen daarom als *ernstig*.

7.3 Hoogte van de boete

7.3.1 Toepassing van de boetebeleidsregels 2005

328. Voor overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, Tw, zoals de onderhavige overtredingen, wordt op grond van de boetebeleidsregels 2008 de hoogte van de boete bepaald aan de hand van de formule "boetegrondslag (10% van de betrokken omzet) x ernstfactor (voor ernstige overtredingen een waarde van ten hoogste 2) + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden. Op grond van de boetebeleidsregels 2005 dienen de onderhavige overtredingen in een boetecategorie te worden ingedeeld. Zeer ernstige overtredingen, waaronder de onderhavige overtredingen van de non-discrimatieverplichting en de meldingsplicht, vallen in boetecategorie 3 met een maximale boete van € 450.000,- of, indien dat meer, is 10% van de relevante omzet. Ernstige overtredingen, waaronder de onderhavige overtredingen van de transparantieplichting, vallen in boetecategorie 2 met een maximale boete van € 300.000,-.
329. Gezien de omvang van de betrokken omzet die met de overtredingen is gemoeid, is toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 in ieder geval ten aanzien van de overtredingen van de transparantieplichting gunstiger, omdat onder de oude boetebeleidsregels ernstige overtredingen tot een maximale boete van € 300.000,- leiden, eventueel vermeerderd of verminderd vanwege bijkomende omstandigheden.
330. Ten aanzien van de zeer ernstige overtredingen, de overtredingen van de non-discrimatieverplichting en de transparantieplichting, kan, vanwege het boetemaximum van 10% van de relevante omzet, niet zonder worden gezegd dat toepassing van de oude boetebeleidsregels gunstiger is. In het boetebesluit van 8 oktober 2007 inzake [VERTROUWELIJK] heeft het college voor vergelijkbare overtredingen als in de onderhavige gevallen evenwel als uitgangspunt een boetemaximum van € 450.000,-, eventueel vermeerderd of verminderd vanwege bijkomende omstandigheden. Uitgaand van dat maximum geldt ook ten aanzien van de overtredingen van de non-discrimatieverplichting en de transparantieplichting dat toepassing van de oude boetebeleidsregels gunstiger is voor KPN.
331. Indachtig het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, zal het college daarom voor de bepaling van de hoogte van de boete aansluiten bij de boetebeleidsregels 2005.

Besluit Openbaar

7.3.2 Boetecategorie

332. De overtredingen van de non-discriminatieverplichting veroorzaakt door de last bid-bepaling en de benchmarkclausule en van de transparantieplichting vallen, omdat zij als ernstige overtredingen worden aangemerkt, op grond van de boetebeleidsregels 2005 in boetecategorie 2. De hoogte van de boete bedraagt voor dergelijke overtredingen maximaal € 300.000,-.
333. De overtredingen van de non-discriminatieverplichting veroorzaakt door de besparingsgarantie en van de meldingsplicht vallen, omdat zij eveneens als zeer ernstige overtredingen worden aangemerkt, op grond van de boetebeleidsregels 2005 in boetecategorie 3, met een maximale boete van € 450.000,- of indien dat meer is, 10% van de relevante omzet. Zoals uit het voorgaande volgt, zal het college uitgaan van een boetemaximum van € 450.000,-.

7.3.3 Duur van de overtredingen

334. KPN heeft op 31 oktober 2005 de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] gesloten voor een looptijd van vijf jaar. Op aandringen van het college hebben KPN en [VERTROUWELIJK] op 10 september 2008 vastgelegd dat de tarieven en voorwaarden van de ongereguleerde diensten volledig onafhankelijk zijn van de afname en de (tarief)voorwaarden van de gereguleerde diensten en vice versa. Als wordt gerekend vanaf de datum van inwerkingtreding van het Retailbesluit op 1 januari 2006, hebben de overtredingen geduurd van 1 januari 2006 tot 10 september 2008.
335. KPN en [VERTROUWELIJK] hebben een TCO-contract gesloten die met ingang van 4 oktober 2006 in werking is getreden voor een looptijd van vijf jaar vanaf de datum van implementatie van de overeenkomst. Op aandringen van het college hebben KPN en [VERTROUWELIJK] op 16 maart 2008 vastgelegd dat de tarieven en voorwaarden van de ongereguleerde diensten volledig onafhankelijk zijn van de afname en de (tarief)voorwaarden van de gereguleerde diensten en vice versa. De overtredingen hebben daarmee geduurd van 4 oktober 2006 tot 16 maart 2008.
336. KPN en [VERTROUWELIJK] hebben op 24 maart 2006 de betrokken overeenkomst gesloten. De overeenkomst heeft een duur van 5 jaar vanaf de datum van ondertekening door partijen van de Ready for Service verklaring (art. 3.2). De overtreding is beëindigd op moment van ondertekenen van het addendum bij de overeenkomst, waarmee de gereguleerde diensten niet langer (volgens partijen met terugwerkende kracht) onder de besparingsgarantie vielen. Het addendum is op 12 augustus 2008 door partijen ondertekend. De overtredingen hebben daarmee geduurd van 24 maart 2006 tot 12 augustus 2008.

Besluit Openbaar

337. KPN heeft op 31 mei 2005 de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] gesloten voor een looptijd van drie jaar. KPN heeft zich bij brief van 31 oktober 2007 richting [VERTROUWELIJK] op het standpunt gesteld dat de besparingsdoelstelling slechts betrekking heeft op de ongereguleerde dienstverlening. In reactie op deze brief heeft [VERTROUWELIJK] zich erop beroepen dat KPN de Framework Overeenkomst van 31 mei 2005 niet eenzijdig kan opzeggen en dat de relevante contractsverplichtingen tot 1 juni 2008 van kracht zijn. Het college leidt hieruit af dat KPN de besparingsgarantie tot het einde van de looptijd van het contract heeft moeten toepassen. Gerekend vanaf de datum van inwerkingtreding van het Retailbesluit op 1 januari 2006 tot de datum van het verstrijken van de looptijd van de overeenkomst hebben de overtredingen daarmee geduurd van 1 januari 2006 tot 1 juni 2008.
338. KPN heeft op 14 juli 2004 de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] gesloten voor een looptijd van zeven jaar. KPN heeft haar diensten tot 1 januari 2009 geleverd volgens deze overeenkomst van 14 juli 2004. Eerst bij de ondertekening van het addendum op de overeenkomst d.d. 31 maart 2009 is de overeenkomst tussen KPN en [VERTROUWELIJK], met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009, beëindigd. Gerekend vanaf de datum van inwerkingtreding van het Retailbesluit op 1 januari 2006 tot de datum van daadwerkelijke beëindiging heeft de overtreding geduurd van 1 januari 2006 tot 1 april 2009.
339. KPN heeft op 14 juli 2005 de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] gesloten over de periode van 1 juli 2005 tot 1 januari 2008. Gerekend vanaf de datum van inwerkingtreding van het Retailbesluit op 1 januari 2006 tot de datum van het verstrijken van de looptijd van de overeenkomst heeft de overtreding geduurd van 1 januari 2006 tot 1 januari 2008.
340. De duur van de overtredingen varieert van 1 jaar en vijf maanden ([VERTROUWELIJK]) tot 3,5 jaar ([VERTROUWELIJK]). Het college beschouwt een periode van 1 jaar en vijf maanden al als een lange periode. Daarom is er geen reden ten aanzien van het boetemaximum te differentiëren al naar gelang de duur van de overeenkomsten.

7.3.4 Verwijtbaarheid van de overtreding

Verplichtingen bekend bij KPN

Meldingsplicht

341. Bij KPN was bekend dat alle bestaande diensten op het moment van inwerkingtreding van het Retailbesluit bij het college gemeld dienden te worden. Daarover is veelvuldig met KPN gecorrespondeerd.⁴⁵ In die correspondentie is stilgestaan bij de invulling van het dienstbegrip,

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld de brief die aan KPN is verzonden op 14 februari 2006 (kenmerk: OPTA/TN/2006/200258) over de lijst met bestaande aanbiedingen en alle correspondentie over dit onderwerp voorafgaand aan de oplegging van de last onder dwangsom

Besluit Openbaar

zodat bij KPN geen enkel misverstand kon bestaan over de aard en inhoud van de op te leveren lijst met bestaande diensten. Ook is met KPN besproken⁴⁶ dat het stoplichtmodel KPN een bijzondere verantwoordelijkheid geeft, wat onder meer inhoudt dat KPN proactief dient te acteren met de op haar rustende verplichtingen. Onder het nieuwe regime (sinds 1 januari 2006) heeft KPN een behoorlijke (commerciële) vrijheid gekregen, waar zij op gepaste wijze mee om dient te gaan. Deze vrijheid mag er niet toe leiden dat bepaalde gereguleerde vaste telefoniediensten door KPN aan het zicht van het college worden onttrokken. Om transparantie voor het college te waarborgen is de meldingsplicht in het Retailbesluit opgenomen. Desondanks heeft KPN de diensten die aan [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] zijn aangeboden en geleverd niet gemeld. Bij twijfel over de reikwijdte van de meldingsplicht had KPN te allen tijde bij het college kunnen informeren, hetgeen ook zou passen bij de eerder genoemde bijzondere verantwoordelijkheid.

Transparantieverplichting

342. Eveneens was voor KPN duidelijk dat alle diensten transparant op haar website gemaakt dienden te worden. Daarover is met KPN veelvuldig gecorrespondeerd, bijvoorbeeld in het kader van de transparantie van de kortingsregeling CVN.⁴⁷ KPN heeft de aan [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] aangeboden en geleverde diensten echter niet transparant gemaakt op haar website.

Non-discriminatieverplichting

343. KPN heeft de risico's ten aanzien van wet- en regelgeving niet nader geëxpliciteerd en heeft zij slechts volstaan met het aangeven (richting [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]) dat zij instaat voor de naleving van wet- en regelgeving.⁴⁸ KPN heeft derhalve overeenkomsten afgesloten waarvan op voorhand niet kon worden uitgesloten dat zij in strijd zouden komen met de marktanalysebesluiten van het college of met die besluiten in strijd zouden zijn.
344. Het college is van oordeel dat KPN had moeten weten dat de voorwaarden in de overeenkomsten [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] in strijd zijn met de non-discriminatieverplichting. Zelfs als het standpunt van KPN zou worden gevolgd dat de uitvoering van de overeenkomst relevant zou moeten worden geacht, had KPN moeten afzien

inzake de zogenaamde combi-aanbiedingen van 17 mei 2006 (kenmerk: OPTA/TN/2006/201525), opgenomen in randnummers 11 t/m 23 van dat besluit.

⁴⁶ De bijzondere verantwoordelijkheid van KPN is onder andere besproken in de presentatie van het college van 16 maart 2006 over het stoplichtmodel.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld de vooraankondiging last onder dwangsom CVN (kenmerk: OPTA/TN/2006/201552).

⁴⁸ Zie hoofdstuk 4 en 5 van dit rapport.

Besluit Openbaar

van deze TCO's. Immers, KPN heeft hiermee willens en wetens het risico genomen dat de uitvoering van de TCO-contracten mogelijk zou leiden tot het hanteren van afwijkende voorwaarden bij het aanbieden van gereguleerde diensten, zonder dat dit wordt gerechtvaardigd door een afwijkend vraagprofiel van de afnemer.

345. In de praktijk zou er immers in de uitvoering al snel onderlinge verschillen kunnen ontstaan tussen de voorwaarden waaronder de diensten uit hoofde van de TCO-contracten aan de respectievelijke afnemers zijn aangeboden en geleverd. Dit risico op afwijkende voorwaarden geldt uiteraard nog sterker voor enerzijds TCO-afnemers en anderzijds alle andere afnemers van (gereguleerde) diensten. KPN had dit reeds op voorhand kunnen weten, en op basis van het bovenstaande ook moeten hebben geweten. In de praktijk is deze verwachting ook uitgekomen; de realisaties zijn op meerdere punten anders uitpakend dan KPN vooraf had aangenomen. KPN heeft de overeenkomsten echter, tegen beter weten in, toch afgesloten

7.3.5 Conclusie

346. Naar het oordeel van het college leiden de feiten ten aanzien van de duur en de verwijtbaarheid ertoe dat binnen de bandbreedte de maximale boete per overtreding moet worden opgelegd.

347. Dit leidt tot de volgende boetes:

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting voortvloeiend uit de besparingsgarantie: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting voortvloeiend uit de last bid-bepaling: € 300.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting: € 300.000,-.

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting: € 300.000,-.

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting: € 450.000,-.

**Besluit
Openbaar**

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting: € 300.000,-.

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discrimatieplichting: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting: € 300.000,-.

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discrimatieplichting voortvloeiend uit de besparingsgarantie: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de non-discrimatieplichting voortvloeiend uit de benchmarkclausule: € 300.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting: € 300.000,-.

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discrimatieplichting: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht: € 450.000,-.

Ten aanzien van de overtredingen van de transparantieplichting: € 300.000,-.

7.4 Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

348. Het college kan bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden betrekken. De toepasselijkheid van een boeteverhogende of -verlagende omstandigheid kan leiden tot overschrijding van de bandbreedte van de toepasselijke boetecategorie in geval onverkorte handhaving van de boetemaxima onvoldoende recht doet aan het gewicht van de betrokken omstandigheid.

Besluit Openbaar

7.4.1 Recidive

349. Aan KPN is in het recente verleden meermalen een boete opgelegd voor overtredingen van de non-discriminatieverplichting, de meldingsplicht en de transparantieplichting. Het betreft de volgende boetebesluiten:

- Besluit van het college van 6 januari 2005 inzake BelZakelijk⁴⁹.
- Besluit van het college van 28 november 2005 inzake individuele kortingen en BasicLine⁵⁰.
- Besluit van het college van 15 december 2006 inzake [VERTROUWELIJK]⁵¹.
- Besluit van het college van 9 juli 2007 inzake [VERTROUWELIJK] en WorldLine XL⁵².
- Besluit van het college van 8 oktober 2007 inzake [VERTROUWELIJK]⁵³.
- Besluit van het college van 10 oktober 2008 inzake BVI⁵⁴.
- Besluit van het college van 30 december 2009 inzake AI⁵⁵.
- Besluit van het college van 5 januari 2010 inzake KPP⁵⁶.

350. Ten behoeve van de beantwoording van de vraag of in casu sprake is van recidive, is van belang dat het besluit alleen ziet op overtredingen gepleegd sinds de inwerkingtreding van het Retailbesluit op 1 januari 2006. Daarom moet worden onderzocht in hoeverre het college al vóór 1 januari 2006 aan KPN boetes heeft opgelegd voor vergelijkbare overtredingen. Het college stelt vast dat de besluiten van 6 januari 2005 en 28 november 2005 dateren van voor inwerkingtreding van het Retailbesluit. In deze besluiten betroffen de geconstateerde overtredingen 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 dezelfde overtreder.

351. De in dit rapport geconstateerde overtredingen zijn derhalve te beschouwen als recidive in de zin van de Boetebeleidsregels. Het college weegt dit mee als boeteverhogende omstandigheid.

7.4.2 Medewerking onderzoek

352. In verwijzing naar het feitenoverzicht zoals opgenomen in paragraaf 2.1 is van belang dat

⁴⁹ Kenmerk OPTA/JUZ/2004/203882

⁵⁰ Kenmerk OPTA/TN/2005/203364

⁵¹ Kenmerk OPTA/TN/2006/203208

⁵² Kenmerk OPTA/TN/2007/201448

⁵³ Kenmerk OPTA/TN/2007/202036

⁵⁴ Kenmerk OPTA/TN/2008/202097

⁵⁵ Kenmerk OPTA/AM/2009/203754

⁵⁶ Kenmerk OPTA/AM/2010/200003

**Besluit
Openbaar**

OPTA in 2006 informatieverzoeken heeft gericht aan KPN, waarin specifiek is verzocht om overlegging van alle relevante TCO-contracten. KPN heeft naar aanleiding van dit verzoek de gevraagde informatie in de periode van april 2007 tot juli 2007 opgeleverd. Vervolgens heeft KPN op 12 oktober 2007 nog een drietal TCO-contracten gemeld, te weten [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]. Na oplevering van deze informatie heeft KPN ook bij het verdere onderzoek haar medewerking verleend aan het onderzoek van de toezichthoudend ambtenaar.

353. Naar het oordeel van het college heeft KPN wel haar medewerking verleend aan het onderzoek, maar is deze niet verder gegaan dan waartoe zij was gehouden. Het college weegt de wijze waarop KPN aan het onderzoek heeft meegewerkt daarom noch als boeteverhogende noch als boeteverlagende omstandigheid mee.

7.4.3 Beëindiging van de overtredingen

354. Het college overweegt dat KPN niet uit eigen beweging, maar na aandringen van het college de overtredingen heeft beëindigd. Het college weegt de wijze waarop de overtredingen zijn beëindigd daarom noch als boeteverhogende noch als boeteverlagende omstandigheid mee.
355. Het college ziet geen andere boeteverhogende of verlagende omstandigheden die aanleiding geven om af te wijken van het bovengenoemde boetebedrag.

7.4.4 Conclusie

356. Het college neemt het feit dat er sprake is van recidive in aanmerking als boeteverhogende omstandigheid en verhoogt de boetes om die reden met 30 %.
357. Dit leidt tot de volgende boetes:

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting voortvloeiend uit de besparingsgarantie:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de non-discriminatieverplichting voortvloeiend uit de last bid-bepaling:

€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting:

€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

**Besluit
Openbaar****[VERTROUWELIJK]**

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting:

€ 300.000 + 30% = € 390.000,-

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting:

€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting:

€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting voortvloeiend uit de besparingsgarantie: € 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de non-discriminatieverplichting voortvloeiend uit de benchmarkclausule:

€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht:

€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting:



**Besluit
Openbaar**

€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van de overtreding van de non-discriminatieverplichting:
€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht:
€ 450.000,- + 30% = € 585.000,-

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting:
€ 300.000,- + 30% = € 390.000,-

In totaal betreft het een boete van € 10.140.000,-.

Besluit Vertrouwelijk

8. Besluit

358. Het college legt aan de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. een boete op van € 10.140.000,- in verband met overtredingen van de non-discriminatieverplichting, de meldingsplicht en de transparantieverplichting uit het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit door in de overeenkomsten met [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] een besparingsgarantie op te nemen en door in de overeenkomsten met [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] een last bid-bepaling respectievelijk een benchmarkclausule op te nemen.

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

(w.g.)

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

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:

*Het 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.