

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/202520

Zaaknummer: 11.0007.37

Datum: 16 december 2011

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 overtreding van de verplichtingen die uit hoofde van artikel 6a.12, onder a en onder c en artikel 6a.13, vijfde lid, van de Telecommunicatiewet in het Marktanalysebesluit 'De retailmarkten voor vaste telefonie' respectievelijk het Marktanalysebesluit Vaste Telefonie zijn opgelegd.

1 Samenvatting van het besluit

1. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) vast dat Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) met haar aanbieding in het kader van de openbare Europese Aanbesteding van de Staat inzake Overheidstelefonie 2006 (hierna: OT2006) in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting, en meer in het bijzonder met het verbod op selectieve prijsonderbieding, die aan haar is opgelegd op grond van het Marktanalysebesluit 'De retailmarkten voor vaste telefonie' van 21 december 2005 (hierna: het Retailbesluit)¹ en – voor de periode van 1 januari 2009 tot 1 januari 2010 – op grond van het Marktanalysebesluit Vaste telefonie. KPN heeft hiermee tevens in strijd gehandeld met de op grond van diezelfde besluiten voor haar geldende meldingsplicht en de transparantieplichting. Het college legt KPN vanwege deze overtredingen een boete op van € 1.440.000,--.
2. In het besluit geeft het college achtereenvolgens het verloop van de procedure (§2), de samenvatting van het onderzoeksrapport (§3) en het juridisch kader (§4) weer. Hierna volgen een weergave van de relevante feiten (§5), een samenvatting van de zienswijze van KPN (§6), en de overwegingen van het college met betrekking tot de vaststelling van de overtreding (§7). Ten slotte stelt het college in §8 de hoogte van de boete vast.

2 Verloop van de procedure

3. De procedure staat beschreven in §3 van het boeterapport OT2006, waarbij tevens een overzicht is gegeven van de bronnen die zijn gebruikt in het aan dit besluit ten grondslag liggende onderzoek.² Hierna volgt in randnummers 4 tot en met 33 een integrale weergave van de beschrijving van de procedure.

¹ Besluit van 21 december 2005, OPTA/TN/2005/203468.

² Rapport van 11 januari 2011, OPTA/AM/2011/200037, p. 12 tot en met 15.

Besluit Openbaar

4. Op 20 juli 2006 heeft KPN het college via haar tweewekelijkse melding in het kader van het stoplichtmodel per e-mail geïnformeerd over het feit dat zij een bod heeft uitgebracht voor vaste telefonie in het kader van OT2006. De offerte is door KPN op 14 juli 2006 aan de Staat uitgebracht.
5. Op verzoek van OPTA heeft KPN het college op 26 juli 2006 per e-mail voorzien van een deel van de door KPN ingevulde tarievenstheet uit haar OT2006-offerte voor vaste telefonie, in het rapportageformat zoals dat door de Staat was voorgeschreven.
6. Op 25 september 2006 heeft KPN het college verzocht om aan te geven of het aanbod van KPN inzake OT2006, gelet op de vernietiging van de MTA-besluiten door het CBb op 29 augustus 2006, (nog wel) voldoet aan de verplichtingen uit het Retailbesluit. Bij brief van 27 september 2006 (kenmerk: OPTA/TN/2006/202757) heeft het college hierop gereageerd door KPN er onder andere op te wijzen dat gestanddoening van het aanbod inzake OT2006 ertoe leidt dat de dienst waarop KPN haar aanbod (initieel) heeft gebaseerd (zijnde CVN 300.000) wordt gewijzigd en dat dit uit hoofde van de op KPN rustende non-discriminatieverplichting gevolgen heeft voor (bestaande) afnemers met een vergelijkbaar vraagprofiel.
7. In reactie hierop heeft KPN OPTA op 12 oktober 2006, door middel van haar tweewekelijkse melding, laten weten dat zij haar bestaande kortingsregeling CVN heeft uitgebreid met een nieuwe staffel (CVN 500.000) die een hogere korting geeft op vast-mobiel verkeer. Naast OT2006 zouden volgens KPN nog ongeveer vier van haar bestaande CVN-klanten voor deze staffel in aanmerking komen.
8. In de tweewekelijkse melding van 10 mei 2007 heeft KPN het college geïnformeerd over de op 1 mei 2007 doorgevoerde verhoging (met de inflatie) van de generieke BelBasis-tarieven met 1,1%.
9. In het kader van een breder onderzoek van het college naar grootzakelijke (vaste telefonie) contracten van KPN heeft KPN het college, naar aanleiding van vragen over de Nadere Overeenkomst met de **[VERTROUWELIJK]**, bij brief van 28 juni 2007 (kenmerk: 2007-U-020-01D) voorzien van de met de Staat op 6 oktober 2006 gesloten Raamovereenkomst OT2006 (Cluster Vast, Perceel Retail). Tevens bevat de brief een reactie van KPN op de vraag van het college op welke wijze KPN de voorwaarden van haar CVN-kortingsregeling heeft doorvertaald in haar OT2006-aanbod. KPN benadrukt daarbij dat ten aanzien van de presentatiewijze van de tarieven (in de vorm van netto-tarieven) overleg is geweest met OPTA.
10. Bij brief van 6 juli 2007 (kenmerk: R/07/U/084) heeft KPN het college meer in detail geïnformeerd over de achtergrond van haar keuze voor het, specifiek in het kader van haar OT2006-aanbod, loslaten van het vereiste van medecontractantschap met hoofdelijke aansprakelijkheid binnen de CVN-kortingsregeling. Ter ondersteuning van deze keuze heeft KPN daartoe tevens een advies (d.d. 23 juni 2006) overgelegd van haar advocaat mr. **[VERTROUWELIJK]** van De Brauw Blackstone Westbroek. Tevens bevat de brief een toelichting waarom zij haar eigen (algemene)

Besluit Openbaar

voorwaarden niet van toepassing heeft verklaard op het OT2006-aanbod.

11. Per e-mail van 13 juli 2007 heeft het college KPN nadere vragen gesteld over het niet toepassen van het vereiste van medecontractantschap in het kader van het OT2006-aanbod alsmede het niet van toepassing verklaren van haar eigen (algemene) voorwaarden.
12. Bij brief van 27 juli 2007 (kenmerk: CVXL) heeft KPN de Staat geïnformeerd over de vervanging van enkele kortingsregelingen (CVA en CVF) die ten grondslag liggen aan het OT2006-aanbod door een nieuwe kortingsregeling genaamd Corporate Voice XL (CVXL). KPN geeft daarbij aan dat dit geen invloed heeft op de Raamovereenkomst OT2006 en de onderliggende tarieven.
13. Per brief van 30 augustus 2007 (kenmerk: R/07/U/106) heeft KPN een reactie gestuurd op de nadere vragen van het college van 13 juli 2007.
14. Op 5 september 2007 heeft het college KPN per brief (kenmerk: OPTA/TN/2007/201670) geïnformeerd over haar standpunten inzake het loslaten van het vereiste van medecontractantschap en de afwijking van de (algemene) voorwaarden specifiek in het geval van OT2006. In diezelfde brief verzoekt het college KPN om hem onder andere te informeren over de wijze waarop zij de BelBasis-tariefverhoging (met 1,1%) van 1 mei 2007 heeft doorgevoerd in haar overeenkomst met de Staat inzake OT2006.
15. Bij brief van 12 september 2007 (kenmerk: R/07/U/118) heeft KPN het college onder andere geïnformeerd over de wijze waarop zij de impact van de BelBasis-tariefverhogingen per 1 mei 2007 aan haar klanten heeft gecommuniceerd. Zij geeft daarbij aan de tariefverhoging ook te hebben doorgevoerd voor OT2006 in overeenstemming met de non-discriminatieverplichting.
16. In de tweewekelijkse melding van 27 september 2007 heeft KPN het college geïnformeerd over het feit dat zij gestart is met de invoering van de betaalde acceptgiro.
17. In de tweewekelijkse melding van 13 maart 2008 heeft KPN het college geïnformeerd over de op 1 maart 2008 doorgevoerde verhoging (met de inflatie) van de generieke BelBasis-tarieven met 1,6%.
18. Per 1 februari 2009 heeft KPN een inflatiecorrectie doorgevoerd hetgeen heeft geleid tot een verhoging van de generieke BelBasis-tarieven met 2,5%.
19. Naar aanleiding van klachten van de Staat – in het eerste kwartaal van 2009 – over de tariefverhogingen van KPN heeft OPTA onderzoek gedaan naar de Raamovereenkomst OT2006. In de zogenoemde ‘stuurgroep issuelijst’ van 12 maart 2009 is KPN geïnformeerd over het concept standpunt van het college (overtreding non-discriminatieverplichting in verband met (o.a.) vaste tarieven voor vaste telefonie).

Besluit Openbaar

20. Per e-mail van 20 maart 2009 heeft KPN het college haar zienswijze gestuurd op het concept standpunt van het college.
21. Op 2 april 2009 heeft OPTA KPN geïnformeerd over het herziene concept standpunt van het college (met betrekking tot de overtreding van de transparantieverplichting). Het college heeft toentertijd geoordeeld dat er, gelet op KPN's handelswijze in de praktijk, geen sprake was van overtreding van de non-discriminatieverplichting.
22. Op 2 april 2009 heeft KPN OPTA telefonisch gemeld dat het KPN bevreemdtd dat de Staat zich heeft beklaagd bij OPTA over een zuiver verbintenisrechtelijk dispuut inzake de uitleg van de overeenkomst.
23. Per e-mail van 5 april 2009 heeft KPN het college haar zienswijze gestuurd op het herziene concept standpunt van het college.
24. Op 3 november 2009 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan in het kort geding dat de Staat in het kader van OT2006 tegen KPN had aangespannen (zaak- / rolnummer: 347365 / KG ZA 09-1217). De voorzieningenrechter heeft de Staat volledig in het gelijkgesteld en onder andere geoordeeld dat KPN niet gerechtigd was haar prijzen te verhogen gedurende de looptijd van het contract.
25. Bij brief van 14 december 2009 (kenmerk: OPTA/AM/2009/203582) heeft het college KPN een informatieverzoek gestuurd met betrekking tot alle stukken die ten grondslag hebben gelegen aan KPN's inschrijving voor OT2006 (Cluster Vast) alsmede alle stukken die KPN heeft ingebracht in de procedure tegen de Staat. Tevens heeft het college KPN verzocht om hem te informeren over de wijze waarop KPN al dan niet gevolg zal geven aan het vonnis in kort geding en de gevolgen die dit heeft gelet op de van toepassing zijnde retailregulering op vaste telefonie in de periode van 14 juli 2006 (offertedatum) tot 1 januari 2010 (datum intrekking retailregulering).
26. Op 15 december 2009 heeft KPN onder nummer 103 melding gemaakt van issue "OT2006" op de meldingenlijst in het kader van het Compliance Handvest tussen KPN en OPTA.
27. Per e-mail van 4 januari 2010, later aangevuld bij brief van 15 januari 2010 (kenmerk: R/10/U/007), heeft KPN de informatie opgeleverd zoals door het college verzocht in zijn informatieverzoek van 14 december 2009.
28. Op 21 april 2010 en 18 mei 2010 hebben gesprekken plaatsgevonden tussen toezichthoudend ambtenaren van OPTA en medewerkers van KPN. In beide gesprekken stond centraal de gang van zaken rondom de aanbesteding inzake OT2006 alsmede de keuzes die KPN heeft gemaakt naar aanleiding van het vonnis in kort geding van 3 november 2009. In beide gesprekken is door toezichthoudend ambtenaren uitgesproken dat sprake is van een (ernstig) vermoeden van overtreding en is de cautie gesteld.

Besluit Openbaar

29. Bij brief van 21 juni 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/201602) heeft het college KPN een aanvullend informatieverzoek gestuurd gericht op de completering van het feitencomplex (waaronder het aantal contracten en de betrokken omzet). KPN is daarbij ook verzocht om het college te voorzien van alle documentatie die ten grondslag heeft gelegen aan KPN's beslissing om volledig uitvoering te geven aan het vonnis in kort geding van 3 november 2009 en daartegen geen beroep in te stellen.
30. Per e-mail van 23 juni 2010 heeft KPN OPTA verzocht om verlenging van de reactietermijn tot uiterlijk 2 augustus 2010. Per e-mail van 24 juni 2010 heeft OPTA daarmee ingestemd.
31. Per e-mail van 28 juli 2010 heeft KPN informatie opgeleverd in het kader van het aanvullend informatieverzoek van het college van 21 juni 2010. Op 10 augustus 2010 heeft OPTA KPN per e-mail geïnformeerd dat de opgeleverde informatie onvolledig is, omdat KPN geen antwoord heeft gegeven op vraag 1c uit het aanvullend informatieverzoek. Per e-mail van 12 augustus 2010 heeft KPN alsnog de informatie uit hoofde van vraag 1c opgeleverd.
32. Bij brief van 1 december 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/203396) heeft het college KPN het feitencomplex van het concept rapport ter verificatie voorgelegd. Op 12 december 2010 heeft KPN per e-mail een reactie gegeven op dit feitencomplex. Op 20 en 21 december 2010 heeft KPN per e-mail nog een tweetal zaken (her)bevestigd ten aanzien van het feitencomplex.
33. Bij brief van 11 januari 2011 is aan KPN het boeterapport OT2006 toegezonden. KPN heeft op 25 februari 2011 schriftelijk haar zienswijze ingediend op het boeterapport. Eerder had KPN aangegeven af te zien van de mogelijkheid haar zienswijze mondeling in te brengen.

3 Samenvatting van het onderzoeksrapport

34. In het onderzoeksrapport concluderen de onderzoekers dat KPN met haar aanbod voor vaste telefonie inzake OT2006 alsmede met de op basis hiervan gesloten Raamovereenkomst OT2006 en onderliggende Nadere overeenkomsten (hierna tezamen ook: de overeenkomst) in strijd heeft gehandeld met het verbod op selectieve prijsontbinding, althans het verbod op discriminatie, zoals aan KPN is opgelegd in het Retailbesluit op grond van artikel 6a12, onder a, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).
35. Dit aanbod behelst namelijk dat de Staat (en de Deelnemers aan OT2006) voor een periode van vier jaar (ingaaende 1 oktober 2006) vaste telefoniediensten mag (mogen) afnemen tegen vaste tarieven. Afnemers van KPN met een vergelijkbaar vraag- of belprofiel, waaronder in dit geval de afnemers van de dienst Corporate Voice, hebben dit aanbod met vaste tarieven voor vaste telefonie niet gekregen. Om die reden kwalificeert dit handelen als een overtreding van het verbod op selectieve prijsontbinding, althans een overtreding van de non-discriminatieverplichting,

Besluit Openbaar

aldus de onderzoekers.

36. Daarnaast concluderen de onderzoekers dat KPN hiermee tevens in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende (tweewekelijkse) meldingsplicht (krachtens artikel 6a.12, onder c, van de Tw) en de transparantieplichting (artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw). Dit volgt uit het feit dat KPN tarieven, tariefstructuur en voorwaarden voor het hiervoor bedoelde met de Staat overeengekomen aanbod van vaste telefoniediensten inzake OT2006 niet bij het college heeft gemeld en evenmin heeft gepubliceerd op haar website.

4 Juridisch kader

4.1 Ten aanzien van de overtreding

37. Op 21 december 2005 heeft het college in het Retailbesluit KPN op grond van artikel 6a.1 juncto 6a.2 van de Tw aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) op de nationale markt voor vaste openbare telefonie.
38. Als gevolg van deze aanwijzing dient KPN onder meer te voldoen aan de verplichtingen die haar zijn opgelegd op grond van hoofdstuk 6A van de Tw. Voor de verplichtingen op eindgebruikersniveau geldt dat deze betrekking hebben op de levering van eindgebruikersdiensten. De verplichtingen die aan KPN in verband hiermee zijn opgelegd zijn, voor zover van belang voor dit besluit, de volgende:
- de non-discriminatieplichting met aanvullende gedragsregels (artikel 6a.12, onder a, van de Tw);
 - de transparantieplichting (artikel 6a.12, onder c, van de Tw);
 - de meldingsplicht voor alle nieuwe diensten en tarieven (artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw).

De non-discriminatieplichting

39. De non-discriminatieplichting op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw luidt:

“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;”

40. 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-discriminatieplichting, 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-discriminatieplichting zijn aan KPN, eveneens in punt vii van het dictum van het Retailbesluit, een aantal aanvullende

Besluit Openbaar

gedragsregels opgelegd, waaronder:

“- verbod op selectieve prijsontbinding. 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; (...).”

De meldingsplicht

41. Op grond van artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw kan het college op de niet-concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie nadere voorschriften aan de verplichtingen op basis van artikel 6a.13, eerste en tweede lid, van de Tw, opleggen. Dit artikel luidt als volgt:

“5. Aan de verplichtingen, bedoeld in het eerste en tweede lid, kunnen door het college nadere voorschriften worden verbonden die nodig zijn voor een goede uitvoering van die verplichtingen.”

42. In het Retailbesluit heeft het college in dictumpunt xiv aan de hier bedoelde verplichtingen de volgende nadere voorschriften verbonden (hierna: de meldingsplicht):

“- KPN meldt iedere twee weken schriftelijk aan het college
a. 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
b. welke nieuwe diensten, waarvoor niet uit te sluiten is dat ze tot de relevante retailmarkten behoren waarvoor bovengrenstariefregulering geldt, in de voorgaande twee weken door haar zijn ingevoerd, en levert daarbij op verzoek van het college de onderbouwing, waaruit het tarief aan alle relevante verplichtingen getoetst wordt.
- KPN overlegt vervolgens periodiek aan het college de resultaten van de invoering van deze nieuwe of gewijzigde tarieven. Het college deelt aan KPN mede welke gegevens periodiek moeten worden overlegd.”

43. De meldingsplicht houdt verband met de ondergrensregulering. In annex F bij het Retailbesluit is deze nader uitgewerkt. Daarin wordt tevens ingegaan op het onderhavige voorschrift:

“37. Om te komen tot een goede uitvoering van de ondergrenstariefregulering zijn aan KPN nadere voorschriften opgelegd om periodiek informatie over nieuwe of gewijzigde diensten aan het college te overleggen.

38. Allereerst meldt KPN tweewekelijks de invoering van nieuwe of gewijzigde diensten. In deze melding staat per dienst de informatie die in het kader van de transparantieverplichting openbaar gemaakt moet worden. Bij de inwerkingtreding van het marktanalysebesluit moet deze informatie

Besluit Openbaar

voor alle bestaande diensten worden aangemeld.”

Uit dictumonderdeel xiv en annex F in onderling verband gezien volgt dat KPN nieuwe tarieven, waaronder ook moet worden begrepen nieuwe diensten, bij het college moet melden.

44. In annex F wordt ook gedefinieerd wat onder het begrip ‘dienst’ moet worden verstaan:

“3. 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, tarief, structuur, kwaliteit (voetnoot: bijvoorbeeld service of storingsbehandeling) en/of leveringsvoorwaarden (voetnoot: bijvoorbeeld contractduur of opzegmogelijkheden).

4. Uit het voorgaande vloeit bijvoorbeeld voort dat iedere staffel binnen kortingsregeling is aan te merken als aparte dienst. Van een eindgebruiker mag immers worden verwacht dat hij vooraf in afdoende mate een inschatting kan maken van zijn verbruiksvolume, en dat hij de daaruit volgende prijsstelling zal gebruiken bij de keuze 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 die van de dienst waarop de korting wordt gegeven.”

KPN is uit hoofde van deze verplichting reeds vanaf 1 januari 2006 verplicht om bestaande diensten te melden.

De transparantieverplichting

45. Op grond van artikel 6a.12, onder c, van de Tw heeft het college aan KPN op de niet-concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie de verplichting tot transparantie opgelegd.³ Deze verplichting ziet onder andere op de geldende tariefstructuur en de belangrijkste tarieven die gelden voor haar diensten.

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.”*

46. Op grond van deze verplichting dient KPN de volgende informatie over haar diensten aan alle zakelijke en particuliere eindgebruikers bekend te maken door middel van publicatie van deze informatie op haar website:

³ Zie onderdeel viii van het dictum.

Besluit Openbaar

- *“de naam en het adres van de 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 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.”*

47. Het college heeft in het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie van 19 december 2008⁴, dat op 1 januari 2009 van kracht werd, in dictumonderdeel Ixix vastgesteld dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is, maar in dictumonderdeel Ixxi geconcludeerd dat handhaving van de retailregulering gedurende de gehele reguleringsperiode niet langer passend is. In dictumonderdeel Ixxii van dit besluit 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.
48. Dit betekent dat de hiervoor beschreven verplichtingen voor KPN tot 1 januari 2009 van kracht waren krachtens het Retailbesluit en voor de periode vanaf 1 januari 2009 tot 1 januari 2010 krachtens het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie.

4.1 Ten aanzien van de bevoegdheid

49. 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.”

⁴ Kenmerk OPTA/AM/2008/202721.

Besluit Openbaar

50. 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 (...);”

4.2 Ten aanzien van de openbaarmaking

51. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verschaft het college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

52. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

53. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

54. Op grond van artikel 18.7, zesde lid, van de Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van de Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob wordt geen mededeling gedaan.

5 Relevante feiten

5.1 Inhoud van het aanbod OT2006 en de uitvoering van de CVN/CVXL-regeling in het kader daarvan

55. KPN heeft op 14 juli 2006 een offerte uitgebracht voor het Cluster Vast in het kader van de door de Staat georganiseerde Europese aanbesteding 'OverheidsTelecom 2006'. KPN heeft het college hierover op 20 juli 2006 via de tweewekelijkse melding geïnformeerd en daarbij aangegeven op welke bij het college reeds bekende kortingsregelingen dit aanbod was gebaseerd, te weten CVA, CVF en CVN. Op 26 juli 2006 heeft KPN deze tarieven per e-mail aan

Besluit Openbaar

het college nader toegelicht en daarbij aangegeven dat zij geheel in lijn zijn met de eerder gemelde kortingsregelingen die door KPN in de markt (zullen) worden aangeboden.

56. Op 6 oktober 2006 hebben KPN en de Staat op grond van de eerder ingediende offerte de Raamovereenkomst OT2006 (Cluster vast, Perceel Retail) gesloten. Deze overeenkomst heeft een looptijd van vier jaar en eindigt van rechtswege op 1 oktober 2010. In de offerte noch in deze overeenkomst zijn verwijzingen opgenomen naar de kortingsregelingen c.q. onderliggende diensten zelf (zoals CVN) of de werking daarvan.
57. Op 28 juni 2007 heeft KPN in het kader van een breder onderzoek van het college naar grootzakelijke (vaste telefonie) contracten van KPN de Raamovereenkomst OT2006 op CDROM aan het college overgelegd. Daarnaast heeft zij in de bijbehorende brief een toelichting gegeven op de wijze waarop de CVN-voorwaarden zijn doorvertaald in het OT2006-aanbod. Zij is daarbij onder meer ingegaan op het buiten toepassing laten van de algemene voorwaarden van KPN en op het loslaten van het vereiste van medecontractantschap.
58. Op 27 juli 2007 heeft KPN de kortingsregelingen uit de overeenkomst gecombineerd tot één kortingsregeling genaamd Corporate Voice XL (CVXL). KPN heeft de Staat hierover per brief geïnformeerd en heeft daarbij tevens aangegeven dat dit voor de Raamovereenkomst OT2006 en de onderliggende tarieven geen consequenties heeft. De regeling CVXL is op 27 juli 2007 aan het college gemeld.
59. CVXL is een regeling waarbij de klant meer korting ontvangt naarmate zijn verbruik (omzet) hoger is. Meer concreet biedt CVXL korting op nationaal en vast-mobiel verkeer, laagcapacitaire aansluitingen en faciliteiten afhankelijk van de hoeveelheid gesprekskosten per twee maanden op het totaal van deze vier categorieën. Afnemers van CVXL ontvangen deze kortingen ten opzichte van de generieke ongekorte (BelBasis-)tarieven. In feite is CVXL een bundel van de afzonderlijke regelingen CVN, CVA en CVF. Van deze drie kortingsregelingen is alleen CVN sinds de introductie van CVXL nog als aparte regeling verkrijgbaar. De hoogste omzetstaffel ("Omzet vanaf € 750.000") is de dienst⁵ die volgens KPN ten grondslag ligt aan het aanbod voor gereguleerde vaste telefonie inzake OT2006. Het aantal klanten in de hoogste omzetstaffel van CVXL heeft in 2008 en 2009 gevarieerd van vijf tot acht.⁶
60. Gedurende de looptijd van de met de Staat gesloten Raamovereenkomst OT2006 heeft KPN in de periode tot en met 31 december 2009 haar generieke BelBasis-tarieven op verschillende momenten verhoogd, namelijk op:
 - 1 mei 2007 met 1,1%;
 - 1 maart 2008 met 1,6%;

⁵ Dienst als bedoeld in randnummer 3 van Annex F van het Retailbesluit.

⁶ Bron: CPST kwartaalrapportages van KPN.

Besluit Openbaar

- 1 februari 2009 met 2,5%.

In totaal komt dit neer op een cumulatieve verhoging van de BelBasis-tarieven van circa 5,2% ten opzichte van de BelBasis-tarieven die golden op het moment dat de Raamovereenkomst OT2006 werd gesloten. Daarnaast heeft KPN op 20 september 2007 de betaalde acceptgiro ingevoerd (€ 1,25 per stuk).

61. Bij brief van 5 september 2007 heeft het college KPN verzocht om hem te informeren over de wijze waarop zij de verhoging met 1,1% van de generieke BelBasis-tarieven per 1 mei 2007 heeft doorgevoerd in haar overeenkomst met de Staat. Bij brief van 12 september 2007 heeft KPN het college laten weten dat de tarieven voor onder andere nationaal verkeer per 1 mei 2007 voor alle klanten, waaronder OT2006, zijn gewijzigd.
62. In 2007, meer in het bijzonder bij schrijven van 6 juli 2007 en 30 augustus 2007, heeft KPN het college nader geïnformeerd over het OT2006-aanbod. Daarbij heeft zij een nadere toelichting gegeven op het niet van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden van KPN op deze overeenkomst en op het loslaten van het vereiste van medecontractantschap binnen de regeling.
63. In haar tweewekelijkse melding van 13 maart 2008 heeft KPN het college geïnformeerd over de hiervoor genoemde wijziging van 1 maart 2008. Per 1 februari 2009 heeft zij de laatste hiervoor genoemde inflatiecorrectie doorgevoerd.

5.2 Klachten over de tariefverhogingen in het kader van OT2006 en onderzoek door het college

64. Op 12 maart 2009 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen afgevaardigden van de Staat inzake OT2006 en toezichthoudend ambtenaren van het college. Aanleiding voor dit gesprek was de tariefverhoging die KPN per 1 februari 2009 had doorgevoerd.
65. De Staat heeft daarbij aangegeven dat deze tariefverhoging volgens hem in strijd is met de Raamovereenkomst OT2006 waarin vaste tarieven zijn overeengekomen. De enige uitzondering op deze regel die is opgenomen in de overeenkomst is een verhoging van de tarieven uit hoofde van wet- en regelgeving, waaronder met name genoemd de verplichtingen opgelegd door het college. Van de zijde van het college is in dit gesprek een toelichting gegeven op de (werking van de) retailverplichtingen waaraan KPN bij de levering van (zakelijke) vaste telefoniediensten is gehouden. Hierbij is benadrukt dat het college de tarieven van KPN voor vaste telefonie niet (vooraf) goedkeurt, maar dat KPN (conform het stoplichtmodel) zelfstandig beoordeelt of haar tarieven in overeenstemming zijn met de regels. In dit gesprek gaf de Staat voorts aan niet bekend te zijn met de kortingsregeling CVXL noch met de werking daarvan, en dat dit ook niet is terug te vinden in de afspraken en overeenkomsten.
66. Eveneens op 12 maart 2009 heeft het college KPN tijdens een stuurgroepvergadering

Besluit Openbaar

geïnfomeerd over haar bevindingen in het kader van het zogenaamde Top 500-onderzoek. Een deel van deze bevindingen had betrekking op het aanbod van KPN inzake OT2006. Het college heeft hierin onder meer aangegeven dat sprake lijkt te zijn van een vaste prijsafspraken voor gereguleerde vaste telefoniediensten, gelet op (a) de formulering in de Raamovereenkomst OT2006, (b) het ontbreken daarin of in een Nadere Overeenkomst van een verwijzing naar de betreffende kortingsregelingen (eerst CVN e.a., later CVXL) en (c) de recente klachten van de Staat over de tariefverhogingen van KPN per 1 februari 2009.

67. KPN heeft hierop per e-mail van 20 maart 2009 haar zienswijze gegeven. Op 2 april 2009 heeft het college KPN per e-mail geïnfomeerd dat hij zijn conceptstandpunt inzake non-discriminatie heeft heroverwogen. Het college is in deze heroverweging tot de conclusie gekomen dat er geen sprake is van een overtreding van de non-discriminatieverplichting ten aanzien van de vaste tariefafspraken. Een belangrijke afweging is hierbij geweest dat KPN vanaf de dag van ondertekening van de overeenkomst in de praktijk Corporate Voice (eerst CVN en later CVXL) heeft toegepast. In dezelfde e-mail heeft het college KPN in samenhang daarmee zijn herziene conceptstandpunt gemeld dat naar zijn oordeel niet is voldaan aan de transparantieplichting, omdat KPN bij haar aanbod inzake OT2006 de voorwaarden van CVN (en later CVXL) onvoldoende duidelijk heeft gemaakt aan de klant. Op 5 april 2009 heeft KPN hierop per e-mail haar zienswijze verstrekt. Het college heeft hierover op dat moment geen definitief standpunt ingenomen.
68. Op 3 november 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in een door de Staat aangespannen civiel kort geding bepaald dat KPN op grond van de Raamovereenkomst OT2006 niet gerechtigd was om de tarieven gedurende de looptijd van de overeenkomst te verhogen, omdat hierin vaste tarieven waren overeengekomen. KPN heeft eind november 2009 besloten niet tegen dit vonnis in beroep te gaan.
69. Op 14 december 2009 heeft het college KPN per brief geïnfomeerd over het feit dat hij enkele weken daarvoor kennis had genomen van het vonnis in kort geding en dat dit voor het college een ander licht werpt op het aanbod voor vaste telefonie dat KPN inzake OT2006 heeft gedaan. Het college geeft hierbij aan dat dit voor hem aanleiding is om het onderzoek naar OT2006 te heropenen en verzoekt KPN in dat kader hem te informeren over de wijze waarop KPN gevolg zal geven aan het vonnis en verzoekt KPN tevens hem daartoe nader genoemde informatie te verstrekken, waaronder vooral ook informatie met betrekking tot de gang van zaken rond de inschrijving voor OT2006 in 2006. In deze brief heeft het college tevens aangegeven dat KPN het college niet uit eigen beweging heeft geïnfomeerd over (1) het conflict tussen de Staat en KPN, (2) het kort geding zelf en (3) het uiteindelijke vonnis.
70. Op 15 december 2009 heeft KPN de kwestie OT2006 als potentiële overtreding gemeld op de zogeheten meldingenlijst die door haar tweewekelijks wordt opgeleverd uit hoofde van het tussen KPN en OPTA overeengekomen 'Compliance Handvest KPN en OPTA' (hierna ook: het Handvest). In deze melding geeft KPN aan dat zij inmiddels besloten heeft uitvoering te gaan

Besluit Openbaar

geven aan het vonnis en daarmee discriminatoir dreigt te handelen, daartoe door de rechter gedwongen.

71. Uit de tijdens het onderzoek naar het aanbod van KPN inzake OT2006 en haar uitvoering van de overeenkomst opgevraagde informatie komt onder meer naar voren dat in het kader van de Raamovereenkomst OT2006 in totaal **[VERTROUWELIJK]** deelnemers voor hun vaste telefoniediensten een Nadere Overeenkomst met KPN hebben gesloten en dat in de periode tot en met 31 december 2009 deze deelnemers tezamen voor KPN een omzet hebben gegenereerd van € **[VERTROUWELIJK]**.
72. Op 11 januari 2011 heeft het college een rapport uitgebracht, waarin hij heeft geconcludeerd dat KPN met haar aanbod en overeenkomst inzake OT2006 in strijd heeft gehandeld met de eerder genoemde verplichting tot non-discriminatie (en meer in het bijzonder met het daarin opgenomen verbod op selectieve prijsontbinding), met de meldingsplicht en met de verplichting tot transparantie.

6 Zienswijze van KPN

73. In haar zienswijze stelt KPN dat de gedragingen die OPTA haar in verband met de Raamovereenkomst OT2006 verwijt niet in strijd zijn met de op haar rustende verplichtingen zoals die voortvloeien uit de Tw en het Retailbesluit. Zij stelt daarbij dat deze regelgeving is gericht op het remediëren van mededingingsbeperkend gedrag en dat van dergelijk gedrag geen sprake is.
74. Volgens KPN menen de onderzoeksambtenaren dat het vonnis van de civiele voorzieningenrechter te Den Haag van 3 november 2009, alsmede de uitvoering die KPN aan dat vonnis heeft gegeven, ertoe leiden dat KPN met het afsluiten van de Raamovereenkomst OT2006 de Tw en het Retailbesluit heeft overtreden.
75. KPN licht in haar zienswijze toe hoe in 2006 de offerte OT2006 aan de Staat is uitgebracht en vervolgens aan OPTA is gemeld en nader toegelicht. Zij geeft aan dat OPTA nauw betrokken is geweest bij de offerte en de overeenstemming daarvan met de op KPN van toepassing zijnde regelgeving. Zij verwijst daarbij naar nadere toelichtingen op de kortingsregelingen CVN en CVXL en op het buiten toepassing laten van de algemene voorwaarden van KPN.
76. KPN gaat voorts in op het vereiste van het hanteren van vaste tarieven gedurende de looptijd van de overeenkomst, zoals dat als 'knock out'-criterium was vastgelegd in het bestek. Zij geeft daarbij aan niet te kunnen voldoen aan dit vereiste als gevolg van het Retailbesluit dat haar verhinderde om diensten discriminatoir aan te bieden. Daarnaast mocht zij, conform de gebruiksvoorwaarden van de CVN-kortingsregeling, haar tarieven voor vaste (gereguleerde) telefonie verhogen.⁷ De

⁷ Randnummer 14 van de zienswijze.

Besluit Openbaar

grondslag voor deze mogelijkheid tot tariefverhoging in afwijking van de eis tot het hanteren van vaste tarieven is artikel 24, lid 7, van de Raamovereenkomst, aldus KPN. Zij leidt uit dit artikel af dat gereguleerde diensten, zoals in casu vaste telefonie, niet zijn onderworpen aan het verbod van tariefverhoging. Zij geeft daarbij aan dat de tariefverhogingen in 2007, 2008 en 2009 conform de van toepassing zijnde regulering non-discriminatoir zijn doorgevoerd.

77. KPN verwijst in haar zienswijze naar het zelfstandig onderzoek dat het college in 2009 heeft verricht naar de Raamovereenkomst OT2006. Daarbij heeft het college volgens KPN op 2 april 2009 ondubbelzinnig vastgesteld dat van overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake was en dat een “belangrijke overweging van OPTA daarbij was dat KPN vanaf de dag van ondertekenen van de nadere Overeenkomsten in de praktijk de CVN/CVXL-regeling had toegepast.”⁸ KPN voegt daaraan toe dat het college deze conclusie niet afhankelijk heeft gesteld van het oordeel van een civiele rechter over de Raamovereenkomst OT2006.
78. KPN geeft aan dat dit onderzoek los staat van het geschil met de Staat dat uiteindelijk heeft geleid tot de eerder genoemde uitspraak van de civiele voorzieningenrechter en stelt dat de onderzoeksambtenaren het voldoen aan dit vonnis ten onrechte opvatten als een overtreding van de Tw en het Retailbesluit. Zij geeft daarbij aan dat geen sprake is van een afwijkende aanbieding of levering onder de Raamovereenkomst, omdat altijd non-discriminatoir conform de CVN/CVXL-regeling, inclusief de bijbehorende tariefverhogingen, is geleverd. Volgens KPN was bij het uitbrengen van haar offerte – dus op het moment dat de concurrentie om de Raamovereenkomst OT2006 tussen KPN en haar concurrenten plaatsvond – evenmin sprake van een discriminatoir aanbod met betrekking tot de tarieven en voorwaarden. Ten slotte acht KPN de constatering dat KPN in strijd heeft gehandeld met de meldingsplicht en de transparantieverplichting onjuist, nu zij de offerte en de Raamovereenkomst OT2006 meerdere malen aan OPTA heeft gemeld en de onderliggende kortingsregelingen (CVN/CVXL) op de website van KPN heeft bekendgemaakt.
79. KPN onderbouwt in haar zienswijze dat de uitspraak van de civiele voorzieningenrechter geen gevolgen heeft voor de mededingingsrechtelijke gedragingen van KPN. Zij wijst er daarbij op dat beoordeeld moet worden of KPN zich op het moment dat de concurrentie plaatsvindt, oftewel het moment van de aanbieding, mededingingsbeperkend heeft gedragen en dat voor die beoordeling gekeken moet worden naar de inhoud van de aanbieding van KPN. Zij stelt dat deze niet in strijd is met de op haar rustende verplichtingen en dat zij met de Staat geen vaste tarieven ter zake van gereguleerde diensten is overeengekomen. Het vonnis van de voorzieningenrechter kan daarbij niet met terugwerkende kracht verandering brengen in het gedrag van KPN ten tijde van de aanbieding. De conclusies die het college op basis van haar eigen onderzoek in 2009 heeft getrokken kunnen dan ook niet anders luiden als gevolg van dit vonnis, aldus KPN.
80. In haar zienswijze onderbouwt KPN vervolgens waarom volgens haar van een verstoring van de mededinging als gevolg van haar handelwijze geen sprake kan zijn en benadrukt zij dat de

⁸ Randnummers 20, 29 en 30 van de zienswijze.

Besluit Openbaar

onderzoeksambtenaren niet hebben aangetoond dat het gedrag van KPN enig effect op de mededinging heeft gehad. Evenmin hebben de onderzoeksambtenaren volgens haar aangetoond dat KPN selectief lagere prijzen of gunstiger voorwaarden zou hebben aangeboden aan de Staat, die zouden hebben geleid tot beperking van de mededinging. Volgens KPN lijkt het college een overtreding aan te nemen uitsluitend op basis van de lezing van de voorzieningenrechter van de Raamovereenkomst OT2006.

81. KPN meent gerechtvaardigd te hebben kunnen vertrouwen op de e-mail van het college van 2 april 2009 dat van een overtreding van de non-discrimatieverplichting geen sprake was. De Raamovereenkomst is volgens haar door het college beoordeeld in 2007 en in 2009 en is inhoudelijk nadien niet gewijzigd. Het vonnis van de civiele rechter kan volgens haar niet tot een ander oordeel leiden en is geen nieuw feit of nieuwe omstandigheid. Het college handelt met dit onderzoek dan ook in strijd met het vertrouwensbeginsel en het beginsel van ne bis in idem, aldus de zienswijze.
82. Van recidive is volgens KPN evenmin sprake, ten eerste, omdat de verwijzing naar gelijksoortige overtredingen volgens haar niet opgaat, en ten tweede vanwege het hiervoor genoemde gerechtvaardigd vertrouwen van KPN op de eerdere beoordelingen van het college.
83. Ten slotte, zo stelt de zienswijze, is de duur van de overtreding in het onderzoeksrapport onvoldoende gemotiveerd en heeft deze, zo al sprake zou zijn van een overtreding, uitsluitend plaatsgevonden van 1 maart 2008 tot 1 januari 2010, omdat de tariefverhoging van 1 maart 2008 de eerste tariefverhoging was die KPN vanwege het vonnis van de voorzieningenrechter gehouden was terug te draaien.

7 Overwegingen inzake de overtredingen en inzake het onderzoek door het college

84. In het onderzoek van de toezichthoudend ambtenaren is komen vast te staan dat het aanbod inzake OT2006, en de op basis hiervan op 6 oktober 2006 gesloten overeenkomst, een aanbod betreft tegen vaste tarieven en dat dit aanbod daarmee afwijkt van het aanbod CVN/CVXL, dat een jaarlijkse tariefverhoging kent. Dit aanbod tegen vaste tarieven is niet aangeboden aan andere afnemers met een vergelijkbaar vraag- of belprofiel en de dienst is daarmee discriminatoir aangeboden. Voorts is dit aanbod niet bij OPTA gemeld en evenmin is het gepubliceerd op de website van KPN.
85. Het college stelt dan ook vast dat KPN met dit aanbod in strijd heeft gehandeld met de verplichting tot non-discriminatie, en meer in het bijzonder met het verbod op selectieve prijsonderbieding, zoals aan KPN is opgelegd in het Retailbesluit op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw, alsmede met de op haar rustende (tweewekelijkse) meldingsplicht opgelegd krachtens artikel 6a.12, onder c, van de Tw en de transparantieplichting op grond van artikel

Besluit Openbaar

6a.13, vijfde lid, van de Tw. Hij licht dit hierna onder 7.1 toe voor de verschillende overtredingen.

86. Voor de beoordeling of sprake is van deze overtredingen is uitsluitend relevant het aanbod op 14 juli 2006 (dat ook later is neergelegd in de overeenkomst). Daartoe is van belang dat met ingang van 1 januari 2006 in het Retailbesluit ook expliciet 'het aanbod' onder het dienstbegrip uit dit besluit, en daarmee binnen de reikwijdte van de relevante verplichtingen, is gebracht.⁹
87. Niet relevant voor de vaststelling van de overtreding zijn de beoordeling van de wijze waarop de aangeboden dienst vervolgens daadwerkelijk is geleverd, respectievelijk uitvoering is gegeven aan de betreffende overeenkomsten,¹⁰ en het feit dat het college pas in een later stadium een onderzoek is gestart naar een mogelijke overtreding.
88. In dit hoofdstuk licht het college dan ook allereerst toe waarom hier naar zijn oordeel sprake is van de hiervoor genoemde overtredingen. In het tweede deel van dit hoofdstuk zal hij kort ingaan op zijn eigen onderzoek en de zienswijze van KPN hierop. De weging van de in het vorige randnummer genoemde elementen zal plaatsvinden in hoofdstuk 8 van dit besluit. In dat hoofdstuk komen tevens de elementen uit de zienswijze van KPN aan de orde die raken aan de verwijtbaarheid, de mededingingsbeperkende effecten van het aanbod en de duur van de overtreding. Deze elementen spelen immers evenmin een rol bij de vaststelling van de overtreding zelf, maar wel bij het bepalen van (de hoogte van) een (eventueel) op te leggen boete.

7.1 De overtredingen

De non-discriminatieverplichting

89. In het Retailbesluit, dat sinds 1 januari 2006 van kracht is, is ondergrensregulering opgelegd in de vorm van een zogenaamde combinatorische prijsqueeze-toets (CPST) op dienst- en marktniveau. Deze toets bewerkstelligt 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.
90. Deze ondergrensregulering vormde een versoepeling ten opzichte van de regulering voorafgaand aan 1 januari 2006. Om te voorkomen dat KPN met deze soepeler 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

⁹ Zie randnummer 44 van dit besluit.

¹⁰ Zie vergelijkbaar ook de uitspraak van de Rb. Rotterdam van 17 augustus 2005, KPN vs. OPTA, TELECOM 04/1720-HRK (r.o. 2.4.2.).

Besluit Openbaar

moest worden voorkomen 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-discriminatieverplichting is één van deze flankerende verplichtingen. Deze heeft tot doel er voor te zorgen dat KPN niet slechts aan één of enkele klanten een heel gunstig aanbod doet, waarmee de ondergrensregulering zou worden ondergraven.¹¹

91. Het verbod op selectieve prijsontbinding is een onderdeel van de non-discriminatieverplichting. 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). Dit verbod heeft tot doel te bewerkstelligen dat de concurrenten van KPN om specifieke, vaak grootzakelijke, eindgebruikers de concurrentie met KPN kunnen aangaan door te voorkomen dat KPN deze eindgebruikers door de mogelijkheid van gerichte aanbiedingen op onredelijke wijze aan zich bindt. Daarbij zijn de voordelen van de AMM-positie van KPN door middel van deze aan haar opgelegde verplichtingen ingeperkt en wordt een gelijke(re) uitgangspositie van KPN en haar concurrenten bereikt.
92. In het onderzoek is vastgesteld dat op 14 juli 2006 een aanbod is gedaan dat tevens is vastgelegd in de daarna gesloten overeenkomst, en waarin vaste tarieven zijn aangeboden gedurende de looptijd van de overeenkomst, dat wil zeggen voor een periode van vier jaar. De dienst waarop dit aanbod is gebaseerd is de CVN/CVXL-dienst, die deze vaste tarieven niet kent, maar daarentegen een jaarlijkse tariefverhoging.
93. Dat bij het aanbod en in de overeenkomst sprake is van vaste tarieven is tevens door de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 3 november 2009 geconcludeerd en gemotiveerd. 12 Het college onderschrijft deze conclusie en analyse van de overeenkomst volledig en komt dan ook tot de conclusie dat het aanbod van 14 juli 2006 niet tegen dezelfde voorwaarden en tarieven is gedaan aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel als OT2006. Daarmee is naar het oordeel van het college komen vast te staan dat KPN in strijd heeft gehandeld met de verplichting tot non-discriminatie, en meer in het bijzonder met het verbod op selectieve prijsontbinding.
94. Van de levering van de aangeboden dienst – de uitvoering van de overeenkomst – is in het rapport niet vastgesteld dat deze in strijd was met de betreffende verplichtingen, omdat deze voor alle eindgebruikers, inclusief OT2006, in eerste instantie non-discriminair is geweest. Dat in het kader van de uitvoering die KPN aan het vonnis van 3 november 2009 heeft gegeven later alsnog

¹¹ Zie hierover CBb 14 mei 2007, LJN: BA 4935, r.o. 8.7.10 waarin het CBb heeft bevestigd dat de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting ten aanzien van grootzakelijke gebruikers – waarvan in dit concrete geval ook sprake is – passende verplichtingen zijn.

¹² Vonnis in kort geding van de rechtbank 's-Gravenhage van 3 november 2009, Staat vs. KPN, rolnr. 347365/ KG ZA 09-1217.

Besluit Openbaar

ook de uitvoering van de overeenkomst in strijd is gekomen met de non-discriminatieverplichting, is niet van invloed op de conclusie ten aanzien van het aanbod en is in het onderzoeksrapport ook niet als overtreding vastgesteld.

De meldingsplicht

95. Met het voorgaande is tevens vastgesteld dat KPN in het kader van OT2006 een nieuwe dienst als bedoeld in de randnummers 3 en 4 van Annex F bij het Retailbesluit heeft aangeboden.¹³ Nu KPN deze dienst niet aan het college heeft gemeld overeenkomstig haar verplichting hiertoe, heeft zij in strijd gehandeld met haar (tweewekelijkse) meldingsplicht.

De transparantieplichting

96. Ten slotte is in het rapport een overtreding van de transparantieplichting vastgesteld. Deze verplichting is in het Retailbesluit opgelegd en ingevuld, waarbij is bepaald welke informatie KPN op haar website moet publiceren om aan de transparantieplichting te voldoen. Met het voorgaande is dan ook tevens komen vast te staan dat hier sprake is van een overtreding door KPN van de transparantieplichting.

7.2 Het onderzoek door het college en de zienswijze van KPN

97. KPN heeft het college op 20 juli 2006 in het kader van haar tweewekelijkse melding geïnformeerd over het feit dat zij een bod had uitgebracht op het Cluster Vaste Telefoon in de aanbesteding OT2006. Daarbij heeft zij aangegeven dat de tarieven in dit verband de bij het college bekende tarieven van onder meer de CVN-kortingsregeling behelsden. Bijna een jaar later, op 28 juni 2007, heeft zij de Raamovereenkomst OT2006 voor het eerst aan het college overgelegd (in het kader van een breed onderzoek naar grootzakelijke contracten, waarvan OT2006 er één was). In maart 2009 brengt de Staat een aantal klachten van deelnemers aan OT2006 over tariefverhogingen onder de aandacht van het college en stelt het college KPN nadere vragen over onder meer de formulering in de Raamovereenkomst en deze klachten van de Staat.
98. In de periode na het uitbrengen van het aanbod en het sluiten van de overeenkomst in 2006 tot begin 2009 hebben KPN en medewerkers van het college meerdere keren contact gehad over onderdelen van het aanbod c.q. de overeenkomst, zoals onder meer de betekenis van de introductie van de dienst CVXL (een bundel van de oorspronkelijke kortingsregelingen uit het OT2006-aanbod zoals dat op 26 juli 2006 aan het college was gepresenteerd), het buiten toepassing laten van de algemene voorwaarden van KPN en het loslaten van het vereiste van medecontractantschap binnen de regeling.
99. Relevant in het kader van het onderzoek naar de hier aan de orde zijnde overtreding is echter dat

¹³ Zie randnummer 44 van dit besluit.

Besluit Openbaar

KPN in de periode rond het uitbrengen van het bod en het sluiten van de Raamovereenkomst, en ook daarna, het college *niet* heeft geïnformeerd over de overeenkomst zelf. Evenmin is zij met het college in overleg getreden over de bepaling uit de overeenkomst waarin het vereiste van vaste tarieven werd gesteld en waarin voor een mogelijke uitzondering op dit vereiste expliciet naar de regulering van OPTA werd verwezen (artikel 24, lid 7, van de Raamovereenkomst)¹⁴, en ook het gegeven dat het aanbieden van vaste tarieven binnen de aanbestedingsprocedure als een ‘knock out’-criterium gold is niet met het college besproken. En dit was ondanks het feit dat deze onderdelen destijds door KPN expliciet in het kader van het risicomanagement van het OT2006-aanbod aan de orde zijn geweest.

100. Op basis van hetgeen KPN in die periode aan informatie leverde en meldde, ging het college er tot 2009 van uit dat in het kader van de OT2006-aanbieding sprake was van de CVN-regeling (en later de CVXL-regeling). Deze regeling kent een jaarlijkse tariefverhoging. KPN voerde deze verhogingen ook door en maakte hiervan melding aan het college. Nu de uitvoering – anders dan het aanbod uit 2006 – volledig in overeenstemming was met CVN (CVXL), was er voor het college in die periode geen directe aanleiding om meer specifiek naar de onderliggende overeenkomst te kijken.

101. Dit laatste is wel aan de orde gekomen in het kader van het zogenaamde Top 500-onderzoek, dat in de tijd samenviel met het binnenkomen van de klachten van de Staat over deze overeenkomst. De bevindingen van dit onderzoek ten aanzien van het OT2006-aanbod zijn in het kader van de bijeenkomsten die KPN en het college periodiek voeren in de context van het ‘Compliance Handvest KPN en OPTA’ besproken en in dat kader heeft OPTA verschillende conceptstandpunten geformuleerd waarop KPN haar zienswijze heeft gegeven.¹⁵ In het eerste conceptstandpunt ging het college uit van het bestaan van een vaste prijsafspraken zoals vastgelegd in de overeenkomst, in het tweede (herziene) conceptstandpunt van 2 april 2009 ging het college uit van de uitvoeringspraktijk overeenkomstig CVXL (in overeenstemming met de regelgeving, in het bijzonder met de non-discriminatieverplichting), maar tekende daarbij aan dat mogelijk niet voldaan was aan de transparantieplichting, nu de voorwaarden van CVXL onvoldoende duidelijk waren gemaakt in het aanbod. Het college heeft aan dit onderzoek uiteindelijk geen vervolg gegeven.

102. Bij het college was niet bekend dat in die periode de Staat over de uitleg van de overeenkomst een kort geding had aangespannen tegen KPN. Dit kort geding heeft geresulteerd in de uitspraak

¹⁴ Artikel 24, lid 7, van de Raamovereenkomst: Opdrachtnemer is niet gerechtigd de in de Bijlage 2 opgenomen tarieven gedurende de looptijd te wijzigen, tenzij er sprake is van:

- levering van gereguleerde Telecommunicatiediensten waarvoor de van toepassing zijnde tarieven zoals goedgekeurd door OPTA gelden. In dat geval worden de Tarieven in Bijlage 2 en Nadere Overeenkomsten terzake van de levering van die diensten aangepast conform goedkeuring van de OPTA; (...).

¹⁵ Dit zijn de eerder genoemde conceptstandpunten van het college van 12 maart 2009, de zienswijze van KPN daarop van 20 maart 2009, het herziene conceptstandpunt van het college van 2 april 2009 en de zienswijze van KPN daarop van 5 april 2009.

Besluit Openbaar

van 3 november 2009 waarin de voorzieningenrechter tot de conclusie komt dat KPN in haar overeenkomst wel degelijk vaste tarieven is overeengekomen met de Staat. Nadat het college van deze uitspraak kennis had genomen, is hij een nader onderzoek gestart naar de precieze gang van zaken rond de aanbesteding in 2006 en naar de inhoud van het toenmalige aanbod. De conclusies van dit onderzoek hebben geresulteerd in het onderhavige besluit.

103. Anders dan KPN in haar zienswijze heeft gesteld, is het dus niet zo dat volgens de toezichthoudend ambtenaren het civiele vonnis zelf en de uitvoering die KPN daaraan heeft gegeven ertoe hebben geleid dat KPN alsnog, met terugwerkende kracht, de betreffende bepalingen van de Tw zou hebben overtreden. De overtreding had reeds in 2006 plaatsgevonden, maar het college heeft in zijn onderzoek daarnaar pas in 2009 de overtreding vastgesteld. Het onderzoek en de uitspraak van de voorzieningenrechter zijn voor dit eigen onderzoek ondersteunend geweest, maar zijn niet dragend voor de uitkomsten daarvan.
104. Gegeven het voorgaande is duidelijk dat van een gerechtvaardigd vertrouwen van KPN op een oordeel van het college inhoudende dat geen sprake zou zijn van een overtreding van de non-discriminatieverplichting geen sprake kan zijn. Dit geldt voor de periode rond de start van de overtreding zelf, in 2006, waarin het college zich op geen enkele wijze over de relevante onderdelen van de Raamovereenkomst OT2006 heeft uitgesproken en ook niet uit heeft kunnen spreken, omdat hij daarover destijds niet beschikte. In die periode is dan ook in het geheel geen sprake geweest van uitlatingen van het college inzake de beoordeling van het aanbod waarop KPN gerechtvaardigd had kunnen vertrouwen. Met betrekking tot de latere uitlatingen van het college inzake de overeenkomst, dus van na de totstandkoming van de overeenkomst, geldt hetzelfde. Van een expliciete formele vaststelling dat het aanbod en/of de uitvoering ervan volledig in overeenstemming waren met de relevante regelgeving is ook in 2009 geen sprake geweest. En evenmin heeft het college naar aanleiding van de verschillende conceptstandpunten uit maart en april van dat jaar een onderzoek naar een mogelijke overtreding formeel beëindigd. Naar het oordeel van het college is hier dan ook geen sprake van schending van gerechtvaardigd vertrouwen en evenmin van schending van het *ne bis in idem*-beginsel.
105. Dit neemt niet weg dat het college ook reeds voorafgaand aan de kennisname van het vonnis van de voorzieningenrechter eerder in 2009 zijn eigen onderzoek had kunnen starten. Op de vraag wat dit voor het onderhavige besluit betekent, komt het college hierna in hoofdstuk 8 terug. Voor de vaststelling van de overtreding zelf en voor de mogelijkheid van het college om voor de hier vastgestelde overtreding een boete op te leggen heeft het voorgaande geen gevolgen.

8 Boete

8.1 De Boetebeleidsregels 2005

106. De geconstateerde overtredingen zijn begaan gedurende een periode die gedeeltelijk door de

Besluit Openbaar

Boetebeleidsregels 2008¹⁶ 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).¹⁷ Bij de vraag welke boetebeleidsregels dienen te worden toegepast, heeft het college, indachtig het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, onderzocht of toepassing van de Boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden dan toepassing van de Boetebeleidsregels 2008. Omdat in dit geval toepassing van de Boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden, heeft hij voor de bepaling van de hoogte van de boete in dit besluit aangesloten bij die boetebeleidsregels.

107. Volgens de Boetebeleidsregels 2005 wordt de ernst van de overtreding bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto vast te stellen en deze vervolgens te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden en met de concrete gevolgen van de overtreding.
108. De hoogte van de boete is afhankelijk van de ernst van de overtreding. De Boetebeleidsregels 2005 onderscheiden drie boetecategorieën:
 - 1) In geval van een minder ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal € 100.000,-;
 - 2) In geval van een ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal € 300.000,-;
 - 3) In geval van een zeer ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal € 450.000,- of, indien dat meer is, maximaal 10% van de relevante omzet.
109. Nadat de ernst van de overtreding en de bijbehorende boetecategorie zijn vastgesteld, wordt het boetebedrag binnen de bandbreedte van deze categorie vastgesteld. De duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder bepalen uiteindelijk de hoogte van de boete binnen de vastgestelde bandbreedte.
110. Ten slotte kan het college bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden betrekken.
111. Het college stelt in het navolgende in §8.2 de ernst van de overtreding vast. Vervolgens bepaalt het college in §8.3 de hoogte van de boete en behandelt hij in §8.4 de boeteverhogende of – verlagende omstandigheden. In §8.5 volgt zijn conclusie met betrekking tot de boetehoogte.

¹⁶ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), Stcrt. 11 maart 2008, nr. 50, p. 27.

¹⁷ Stcrt. 29 juli 2005, nr. 145, p. 10.

Besluit Openbaar

8.2 Ernst van de overtredingen

8.2.1 Zwaarte van de overtredingen in abstracto

112. Zoals hiervoor aangegeven, is de eerste stap bij het bepalen van de ernst van de overtreding het vaststellen van de zwaarte van de overtreding in abstracto. In de Boetebeleidsregels 2005 is een groot aantal overtredingen bij wijze van voorbeeld genoemd en onderverdeeld in een drietal categorieën: zeer zwaar, zwaar en minder zwaar. Van de hier aan de orde zijnde overtredingen is alleen de overtreding van artikel 6a.12, aanhef en onder a, van de Tw (de non-discriminatieverplichting) genoemd binnen de categorie 'zeer zware overtredingen'. De overtreding van de meldingsplicht en die van de transparantieplichting zijn in de Boetebeleidsregels 2005 niet expliciet benoemd. Het college beschouwt in dit besluit de overtreding van de meldingsplicht eveneens als een 'zeer zware overtreding' en de overtreding van de transparantieplichting als een 'zware overtreding'. Hij licht dit hierna nader toe.
113. De non-discriminatieverplichting is gebaseerd op artikel 6a.12, aanhef en onder a, van de Tw. Overtreding van deze verplichting belemmert de concurrentie in aanzienlijke mate, zoals ook aangegeven in de Boetebeleidsregels 2005. Het college verwijst ter nadere onderbouwing daarvan naar de achtergrond van deze verplichting die in het Retailbesluit uiteen is gezet en die hierna in het kader van de bespreking van de ernst van de overtreding nader wordt toegelicht. Zoals aangegeven gaat het hier om een 'zeer zware overtreding' in de zin van de Boetebeleidsregels 2005.
114. De meldingsplicht is aan KPN opgelegd op grond van artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw. Zoals aangegeven in hoofdstuk 4 van dit besluit gaat het hier om een nader voorschrift voor een goede uitvoering van de in het Retailbesluit opgelegde retailverplichtingen. De meldingsplicht houdt verband met de ondergrenstariefregulering. Zoals elders in dit besluit nader gemotiveerd, raakt het belang van de naleving van deze verplichting direct aan de mogelijkheid voor het college om een direct en adequaat toezicht te kunnen houden op de wijze waarop KPN in de praktijk de haar opgelegde verplichtingen naleeft. Niet-naleving van deze verplichting merkt het college dan ook aan als een 'zeer zware overtreding' in de zin van de Boetebeleidsregels 2005.¹⁸
115. De transparantieplichting is aan KPN opgelegd op grond van artikel 6a.12, onder c, van de Tw. Het college beschouwt deze overtreding als een overtreding waardoor weliswaar de concurrentie wordt belemmerd en de belangen van de eindgebruiker worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zeer zware overtreding kan worden aangemerkt. Dit sluit aan bij de beoordeling van soortgelijke verplichtingen die het college evenals deze overtreding dan ook kwalificeert als 'zware overtreding' in de zin van de Boetebeleidsregels 2005.

8.2.2 Ernst van de overtredingen in concreto: economische context en concrete gevolgen van

¹⁸ Deze overtreding van artikel 6a.13 van de Tw is overigens in de Boetebeleidsregels 2008, waarin meer voorbeelden per categorie worden opgesomd, ook expliciet opgenomen als voorbeeld van een 'zeer zware overtreding'.

Besluit Openbaar

de overtreding

De onderliggende regelgeving en het belang daarvan in het kader van het OT2006-aanbod

116. In het Retailbesluit zijn verplichtingen opgelegd op de niet-concurrerende retailmarkten, welke in het Vaste Telefoniebesluit na 1 januari 2009 in stand zijn gehouden tot 1 januari 2010. Het college heeft deze verplichtingen opgelegd uit hoofde van zijn bevoegdheden op grond van de Tw, op grond waarvan hij onder meer tot taak heeft markten in de elektronische communicatiesector te onderzoeken en op deze markten, indien zij niet daadwerkelijk concurrerend zijn, passende verplichtingen op te leggen aan de ondernemingen met AMM. De in dergelijke besluiten opgelegde verplichtingen aan ondernemingen met AMM dienen bij te dragen aan de bevordering van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en de bevordering van belangen van eindgebruikers.
117. In de in het Retailbesluit uitgevoerde marktanalyse is vastgesteld dat KPN beschikt over AMM op alle retailmarkten voor vaste telefonie (aansluitingen en verkeer), met uitzondering van de markt voor internationaal verkeer.¹⁹ KPN heeft op deze markten in aanwezigheid van wholesaleregulering en gedurende de gehele looptijd van de reguleringsperiode marktaandeel van ruim boven de 50%, wat reeds een sterke aanwijzing is voor AMM.²⁰ Ondanks het bestaan van wholesaleregulering ondervindt KPN een geringe prijsdruk, waardoor zij haar tarieven en andere voorwaarden 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 technologische voorsprong of superioriteit, schaalvoordelen en verticale integratie. Ten slotte zijn er toetredingsdrempels die onder meer voortvloeien uit de inertie van een historische groep meer prijsongevoelige eindgebruikers, waardoor concurrenten van KPN slechts met beperkte snelheid en tegen relatief hoge kosten marktaandeel kunnen winnen. Na analyse van deze factoren is in het Retailbesluit vastgesteld dat KPN beschikt over AMM.
118. In het Retailbesluit is vastgesteld dat KPN zonder regulering de mogelijkheid en de (economische) prikkels heeft tot de volgende mededingingsbeperkende gedragingen: marge-uitholling, buitensporig hoge prijzen, prijsdiscriminatie, koppelverkoop en contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen.²¹

119. De concurrentieslag vindt vooral plaats om de prijsgevoelige eindgebruikers. KPN kan lagere

¹⁹ Zie par. 8.2 van het Retailbesluit.

²⁰ Zie par. 8.1.2 van het Retailbesluit. In 2005 was ingeschat dat KPN eind 2008 het volgende marktaandeel zou hebben: 55-75% voor laagcapacitaire aansluitingen, 65-85% voor hoogcapacitaire aansluitingen, 55-70% voor lokaal en nationaal verkeer, 50-60% voor vast-mobiel verkeer, 75-85% voor smalbandig dataverkeer, 70-80% voor verkeer naar informatienummers en 70-80% voor verkeer naar persoonlijke assistentdiensten.

²¹ Zie par. 8.3 van het Retailbesluit.

Besluit Openbaar

prijzen in het prijsgevoelige deel van de markt compenseren door hogere prijzen voor minder prijsgevoelige eindgebruikers. Om dit gedrag te beperken, is een prijssqueeze-toets 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 bepaalde klanten (heel) lage prijzen te bieden, om op die manier deze klanten te binden, terwijl andere vergelijkbare (maar minder prijsgevoelige) klanten hiervan niet profiteren. Vanuit KPN's optiek is een dergelijke strategie van prijsdiscriminatie overigens begrijpelijk. Het is immers goedkoper om niet generiek, maar alleen aan die klanten die actief (en met succes) zijn of worden benaderd door de concurrentie, lagere tarieven te rekenen. 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 ernstig kan worden belemmerd. Daarom is in het Retailbesluit de ondergrensregeling versterkt met een non-discriminatieverplichting, die KPN verplicht om eindgebruikers in gelijke gevallen diensten te leveren tegen gelijke voorwaarden en tarieven.²² In het Retailbesluit heeft het college de meest in het oog springende vormen van discriminatie benoemd, waaronder het eerder beschreven verbod op selectieve prijsopbieding.²³

120. In het Retailbesluit is aan KPN voorts 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.²⁴ Deze verantwoordelijkheid is gekoppeld aan een toegenomen vrijheid, waarvan het stoplichtmodel een centraal element is. KPN hoeft met de invoering 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 daarbij van groot belang dat zij alle diensten bij het college meldt, want alleen met een compleet overzicht van alle gereguleerde vaste telefoniediensten is het college 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 deze verplichtingen niet mogelijk, of wordt dit in ieder geval in belangrijke mate bemoeilijkt.
121. De transparantieplichting beoogt dat KPN vooraf inzicht in de informatie per dienst verstrekt (o.a. door publicatie op haar website). Dit maakt het voor afnemers 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 transparantieplichting is daarmee ondersteunend aan de verplichting tot non-discriminatie.²⁵

²² De werking van deze verplichting is reeds toegelicht in de hoofdstukken 4 en 7 van dit besluit.

²³ Zie randnummer 668 van het Retailbesluit en randnummer 87 van dit besluit.

²⁴ Zie randnummer 653 van het Retailbesluit.

²⁵ Zie randnummers 674 en 679 van het Retailbesluit.

Besluit Openbaar

122. Blijkens het voorgaande geeft het Retailbesluit weer waarom de opgelegde en door KPN overtreden verplichtingen proportioneel zijn en dat het niet-opleggen dan wel het niet-naleven van deze verplichtingen kan leiden tot mededingingsproblemen.
123. De Raamovereenkomst 2006 valt – gelet op de omvang – binnen het grootzakelijke marktsegment. Binnen de onderscheiden retailmarkten is het grootzakelijke marktsegment als relatief prijsgevoelig te typeren. Dat dit zo is, heeft KPN geïllustreerd door de toegenomen tariefvrijheid en -ruimte onder het hiervoor beschreven reguleringskader voornamelijk in te zetten in dit grootzakelijk marktsegment. De kortingsregeling CVN, waarop ook de tariefhoogte van het OT2006-aanbod was gebaseerd, met kortingen die een veelvoud zijn van de kortingen aan bijvoorbeeld consumenten of kleine bedrijven, is hiervan een goed voorbeeld. CVN is een geoorloofde kortingsregeling die aan alle verplichtingen uit het Retailbesluit voldoet, waaronder de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting. Met de introductie door KPN van deze regeling wordt het bestaan van een economische prikkel om in het grootzakelijke segment specifieke klanten te binden door middel van lagere prijzen dan geboden aan vergelijkbare klanten nader onderbouwd. Aan het specifieke aanbod in het kader van de aanbesteding van OT2006, dat naast deze scherpe kortingsregeling tevens een vast tarief voor een periode van vier jaar kent, ligt eenzelfde prikkel ten grondslag. Zoals hiervoor aangegeven, kunnen met een dergelijke strategie bepaalde concurrenten uit de markt worden geweerd, waardoor de ontwikkeling van de concurrentie ernstig kan worden belemmerd.²⁶
124. Het gegeven dat het hier gaat om een aanbestedingsprocedure – van aanzienlijke omvang –, waarin het in eerste instantie gaat om de concurrentie om de markt en waarbij voor een langere periode een opdracht wordt gegund, betekent dat het niet-naleven van de relevante verplichtingen in dit geval zal leiden tot een belangrijke beperking van de concurrentie.
125. De strekking van de hiervoor beschreven meldingsplicht is dat, in het licht van de toegenomen vrijheid voor KPN met betrekking tot de te hanteren tarieven, het college voldoende in staat wordt gesteld om effectief toezicht te houden op de naleving van de aan KPN op grond van het Retailbesluit opgelegde verplichtingen. De (toelichting op de) melding die KPN inzake het OT2006-aanbod heeft gedaan, betrof een verwijzing naar de CVN-kortingsregeling, maar bevatte niet de cruciale tariefvoorwaarde van de vaste tarieven. In het feitencomplex in hoofdstuk 5 van dit besluit is beschreven dat als gevolg hiervan het college uiteindelijk pas drie jaar na het sluiten van de overeenkomst kennis heeft gekregen van die voorwaarde. Hiermee is het cruciale belang van de naleving van deze verplichting gegeven.
126. De naleving van de in het Retailbesluit opgelegde transparantieplichting had er met betrekking tot het OT2006-aanbod ten eerste toe kunnen leiden dat de Staat (en de Deelnemers aan OT2006) zelf beter inzicht had(den) gehad in de bestaande discrepantie tussen het aanbod zoals

²⁶ Zie par. 7.1 van dit besluit.

Besluit Openbaar

overeengekomen enerzijds en de daadwerkelijke uitvoering van de overeenkomst anderzijds. Ten tweede hadden de andere **[VERTROUWELIJK]** grootzakelijke afnemers die gebruikmaakten van de CVXL-kortingsregeling kunnen constateren dat zij hiermee, door het ontbreken van de mogelijkheid om gebruik te maken van de vaste tarieven, de dienst afnamen tegen slechtere en discriminatoire voorwaarden.

De economische impact: nadelen voor de concurrentie en voor concurrenten, voordelen voor KPN

127. De retailmarkt voor vaste telefonie is, zoals hiervoor aangegeven, ten tijde van de overtreding niet concurrerend bevonden. Om die reden was KPN op deze markt aangewezen als partij met AMM: zij werd in staat geacht om hier de mededinging te beperken en om dit te voorkomen zijn haar in het Retailbesluit verplichtingen opgelegd. Door de handelwijze van KPN inzake OT2006 is, zoals hiervoor vastgesteld, de concurrentie dan ook belemmerd.
128. Door het aanbod CVN te doen en dit aan te vullen met de vaste-tariefafpraak, heeft KPN voorkomen dat de Staat - als relatief prijsgevoelige eindgebruiker,- besloot om vaste telefonie bij een andere partij af te nemen. Het college acht het dan ook goed mogelijk dat de Staat geen overeenkomst met KPN zou hebben gesloten als KPN deze vaste prijs niet had aangeboden. In dat geval zou aan een concurrent zijn gegund.
129. KPN heeft met de overtredingen aanzienlijke omzetten behaald, doordat zij de Staat, en meer specifiek zijn Deelnemers, door middel van meerjarige overeenkomsten aan zich heeft kunnen binden. In de periode tot en met 31 december 2009 hebben de Deelnemers tezamen voor KPN een omzet gegenereerd van meer dan € **[VERTROUWELIJK]**.²⁷
130. Een belangrijk nadeel voor concurrenten is de mogelijk gederfde omzet ten aanzien van deze overeenkomst. Dit gaat in potentie dus om hetzelfde bedrag als hiervoor genoemd. Omdat voor aanbieders van zakelijke vaste telefoniediensten een groot deel van de onderliggende kosten vast is, vertaalt de gederfde 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 of minder diensten aan de Staat inzake OT2006.
131. Ten slotte heeft KPN's handelwijze mogelijkwerwijs geleid tot een verstoring van het commerciële proces bij de concurrentie. Concurrenten van KPN ontvangen met het OT2006-aanbod immers een signaal dat blijkbaar hogere kortingen c.q. lagere tarieven of scherpere voorwaarden nodig zijn om bepaalde klanten binnen te halen. Deze concurrenten moeten erop kunnen vertrouwen dat de tarieven, kortingen en voorwaarden die KPN aan klanten aanbiedt daadwerkelijk in overeenstemming zijn met de verplichtingen uit het Retailbesluit. Indien dit niet het geval is kan niet worden uitgesloten dat concurrenten in andere offertetrajecten hogere kortingen en scherpere voorwaarden bieden dan nodig. Ook op deze manier wordt dan de concurrentie belemmerd.

²⁷ Zie par. 4.10 van het boeterapport: de betrokken omzet voor het Cluster Vast betrof €**[VERTROUWELIJK]**.

Besluit Openbaar

De economische impact: nadelen voor afnemers (eindgebruikers)

132. Met het handelen in strijd met de non-discriminatieverplichting waarbij aan de Staat een gunstiger aanbod is gedaan dan aan soortgelijke afnemers heeft KPN de totstandkoming van effectieve en duurzame concurrentie afgeremd. Daarmee zijn naast de belangen van de concurrentie ook de belangen van de eindgebruikers, zeker op de lange termijn, geschaad. Meer precies hebben de vijf tot acht eindgebruikers waarnaar het boeterapport verwijst en die in ieder geval een vergelijkbaar vraagprofiel hadden als de Staat niet kunnen profiteren van een aanbod tegen dezelfde gunstige tariefvoorwaarden als de Staat.
133. Omdat voor de Staat noch voor de Deelnemers inzichtelijk was dat KPN in de uitvoering van het aanbod (en in strijd met de overeenkomst) periodiek tariefverhogingen doorvoerde, heeft bovendien ook de Staat zelf nadelen ondervonden van de overtredingen van KPN. Naast het feit dat de Staat hierdoor enkele jaren te veel heeft betaald voor de betreffende diensten, is bovendien ook het gunningsproces zelf serieus verstoord.

8.2.3 Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtredingen

134. Anders dan KPN in haar zienswijze heeft gesteld, is hiermee het nadeel voor de concurrentie, voor concurrenten en voor eindgebruikers als gevolg van een verstoring van de mededinging voldoende vastgesteld.
135. Het college is op grond van het voorgaande dan ook van oordeel dat de overtreding van de non-discriminatieverplichting (artikel 6a.12, onder a, van de Tw) en de overtreding van de meldingsplicht (artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw) moeten worden gekwalificeerd als 'zeer ernstige overtreding' en dat de overtreding van de transparantieverplichting (artikel 6a.12, onder c, van de Tw) dient te worden gekwalificeerd als een 'ernstige overtreding'.
136. Dit betekent dat overeenkomstig de Boetebeleidsregels 2005 de overtreding van de non-discriminatieverplichting en de overtreding van de meldingsplicht beide vallen in de categorie waarvoor de hoogte van de boete maximaal € 450.000,-- bedraagt en de overtreding van de transparantieverplichting valt in de categorie waarvoor maximaal een boete van € 300.000,-- kan worden opgelegd.

8.3 Hoogte van de boete

8.3.1 Duur van de overtreding

137. De overtreding van de non-discriminatieverplichting is gestart op 14 juli 2006 toen de offerte aan de Staat werd uitgebracht, en geëindigd bij het intrekken van de retailregulering op 1 januari 2010. De overtredingen van de meldingsplicht en de transparantieverplichting vonden plaats op 14 juli

Besluit Openbaar

2006 en duurden eveneens voort tot het intrekken van de retailregulering op 1 januari 2010.

138. In haar zienswijze stelt KPN dat de overtreding, zo deze al zou hebben plaatsgevonden, uitsluitend van 1 maart 2008 tot 1 januari 2010 heeft geduurd, omdat de tariefverhoging van 1 maart 2008 de eerste tariefverhoging was die KPN vanwege het vonnis van de voorzieningenrechter gehouden was terug te draaien.
139. Zoals het college hiervoor met betrekking tot de vaststelling van de overtreding reeds heeft geconstateerd, is het aanbod dat KPN op 14 juli 2006 in de vorm van de offerte in het kader van OT2006 aan de Staat heeft gedaan (en dat tevens in de daaropvolgende Raamovereenkomst is neergelegd) reeds in strijd met de op haar krachtens de Tw rustende verplichtingen. Dat als gevolg van de uitvoering die KPN later aan het vonnis van de voorzieningenrechter heeft gegeven daarnaast tevens de uitvoering van de betreffende overeenkomst in strijd is gekomen met deze regelgeving, doet aan de conclusie dat de overtreding reeds op 14 juli 2006 is gestart niet af. Dit besluit heeft bovendien ook geen betrekking op een overtreding van de uitvoering van de overeenkomst, maar ziet uitsluitend op de beoordeling van (de overtreding van) het aanbod.

8.3.2 Verwijtbaarheid van de overtreder

140. Voor het bepalen van de hoogte van de boete is voorts van belang de verwijtbaarheid van de overtreder. Om dit vast te stellen moet worden onderzocht of KPN kan worden verweten dat zij in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting, de meldingsplicht en de transparantieverplichting.

De non-discriminatieverplichting

141. KPN is bekend met de non-discriminatieverplichting. Dat volgt onder meer uit het feit dat zij zich voorafgaand aan het offrenen bewust was (blijkens een presentatie aan de Raad van Bestuur van KPN) van de risico's van het bestek en haar aanbod in het licht van de op haar rustende verplichtingen, waaronder de verplichting tot non-discriminatie.²⁸
142. KPN heeft, naar blijkt uit het onderzoek, in artikel 24.7 uit de Raamovereenkomst OT2006 een mogelijkheid gezien om de tarieven zoals initieel overeengekomen in de overeenkomst periodiek te verhogen. Dit artikel was daar echter niet voor bedoeld. De Staat heeft de Raamovereenkomst OT2006 opgesteld en hierin juist nadrukkelijk bepaald dat tarieven gedurende de looptijd van het contract niet mochten worden verhoogd. Slechts om KPN als gereguleerde partij niet op voorhand bij de aanbesteding uit te sluiten, heeft de Staat het voornoemde artikel opgenomen. KPN kreeg daardoor de ruimte haar tarieven te verhogen indien zij hiertoe als gevolg van veranderde regelgeving zou worden gedwongen.

²⁸ Zie bijlage met RvB presentatie OT2006 (laatste slide, nr. 9) van 17 mei 2006.

Besluit Openbaar

143. KPN heeft ten tijde van het offreren de mogelijkheid die zij zag om de tarieven te verhogen, volgens eigen zeggen, vanwege commerciële redenen niet expliciet willen maken. Tijdens een gesprek dat toezichthoudend ambtenaren met KPN hebben gevoerd, heeft KPN ook aangegeven ervan uit te zijn gegaan dat, indien zij ten tijde van de aanbidding expliciet de mogelijkheid tot tariefverhoging had genoemd, dit haar buiten de aanbestedingsprocedure zou hebben geplaatst, aangezien het hier om een 'knock out'-criterium ging.²⁹
144. De Raamovereenkomst OT2006 dient, zoals tevens blijkt uit het vonnis van de voorzieningenrechter, zo uitgelegd te worden dat er geen ruimte is voor de door KPN doorgevoerde tariefverhogingen. Overigens bestond voor KPN wel degelijk de mogelijkheid om vaste tarieven aan te bieden zonder dat er strijd was met regelgeving, namelijk door eenzelfde aanbod tevens voor andere afnemers dan de Staat in de markt te zetten.
145. Het college is op grond van het voorgaande dan ook van oordeel dat KPN bekend was met de non-discriminatieverplichting en bij haar aanbod welbewust een risico heeft genomen met betrekking tot mogelijke overtreding van de Tw. Daarnaast heeft haar bekendheid met de verplichting er niet toe geleid dat KPN ervoor heeft gekozen een vergelijkbare dienst met vaste tarieven non-discriminair aan te bieden. Indien zij dit wel had gedaan, zou zij zowel in overeenstemming met de vereisten van de Staat in het kader van de aanbestedingsprocedure als in overeenstemming met de telecomcommunicatieregelgeving hebben gehandeld.

De meldingsplicht

146. Bij KPN was bekend dat alle bestaande diensten op het moment van inwerkingtreding van het Retailbesluit bij het college gemeld dienden te worden en dat vervolgens tweewekelijks alle nieuwe diensten gemeld dienden te worden. Zoals aangegeven in het onderzoeksrapport is daarover veelvuldig met KPN gecorrespondeerd. Hierbij is tevens stilgestaan bij de invulling van het dienstbegrip, zodat bij KPN geen misverstand kon bestaan over de aard en inhoud van de op te leveren lijst met bestaande diensten. Ook is de eerder genoemde bijzondere verantwoordelijkheid bij KPN in het kader van het stoplichtmodel daarbij besproken, waaruit onder meer volgt dat KPN pro-actief dient te acteren met betrekking tot de op haar rustende verplichtingen. Onder het regime dat sinds 1 januari 2006 gold, heeft KPN een behoorlijke (commerciële) vrijheid gekregen. Dit mag er echter 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 dienst die zij inzake OT2006 heeft aangeboden en geleverd aan de Staat en zijn Deelnemers niet aan het college gemeld.

De transparantieplicht

²⁹ Zie dossier, Verslag vervolgesprek tussen KPN en OPTA d.d. 18 mei 2010.

Besluit Openbaar

147. Ten slotte was het voor KPN eveneens duidelijk dat alle diensten transparant op haar website gepubliceerd dienden te worden. Ook hierover is met KPN veelvuldig contact geweest, bijvoorbeeld in het kader van de transparantie van de kortingsregeling CVN.30 KPN heeft de aan de Staat en zijn Deelnemers aangeboden en geleverde dienst inzake OT2006 echter niet transparant gemaakt op haar website.
148. Op grond van het voorgaande stelt het college dan ook vast dat KPN zonder meer verwijt kan worden gemaakt van de geconstateerde overtredingen en ziet hij met betrekking tot deze verwijtbaarheid ook geen aanleiding om de boetehoogte te matigen.

8.3.3 Conclusie boetehoogte

149. De geconstateerde overtredingen betreffen twee zeer ernstige overtredingen en één ernstige, die alle lange tijd hebben geduurd en die tevens zonder meer verwijtbaar zijn. Om die reden stelt het college de hoogte van de boetes vast op het maximum van de bandbreedtes behorend bij de verschillende overtredingen.

8.4 Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

150. 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.

8.5 Recidive

151. Ten behoeve van de beantwoording van de vraag of sprake is van recidive als boeteverhogende omstandigheid, dient te worden vastgesteld of het college eerder, voorafgaand aan de in dit besluit vastgestelde overtreding, KPN boetes heeft opgelegd ten aanzien van vergelijkbare overtredingen.
152. Het college stelt vast dat voorafgaand aan de in dit besluit geconstateerde overtredingen, met de aanvangsdatum van 14 juli 2006 en durende tot 1 januari 2010, aan KPN wegens een zelfde type overtreding boetes zijn opgelegd in de volgende besluiten:

- Besluit van het college van 6 januari 2005 inzake BelZakelijk³¹

³⁰ Zie bijvoorbeeld de vooraankondiging last onder dwangsom CVN (kenmerk: OPTA/TN/2006/201552).

³¹ Kenmerk OPTA/JUZ/2004/203882.

Besluit Openbaar

- Besluit van het college van 28 november 2005 inzake individuele kortingen en BasicLine³²
- Besluit van het college van 15 december 2006 inzake SNT³³
- Besluit van het college van 9 juli 2007 inzake Bocchi en WorldLine XL³⁴
- Besluit van het college van 8 oktober 2007 inzake KLM/Philips³⁵
- Besluit van het college van 10 oktober 2008 inzake BVI³⁶
- Besluit van het college van 30 december 2009 inzake AI³⁷

153. 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.

154. De in dit besluit geconstateerde overtredingen zijn derhalve te beschouwen als recidive in de zin van de Boetebeleidsregels 2005.³⁸ Het college weegt dit mee als boeteverhogende omstandigheid en verhoogt de boetes om die reden met 30%.

8.5.1 Medewerking onderzoek

155. KPN heeft aan de informatieverzoeken van het college voldaan. KPN heeft haar medewerking aan het onderzoek niet geweigerd en/of anderszins belemmerd. Anderzijds blijkt uit het onderzoeksrapport evenmin van een daadwerkelijk verdergaande medewerking aan het onderzoek dan waartoe zij wettelijk was gehouden. Om die reden ziet het college dan ook geen aanleiding om de mate van medewerking aan het onderzoek als een boeteverhogende dan wel boeteverlagende omstandigheid mee te nemen.

8.5.2 Vertraging start onderzoek door het college

156. Zoals op meerdere plaatsen in dit besluit is beschreven en ook door KPN in haar zienswijze is benadrukt, heeft het college begin 2009 reeds concrete aanleiding gehad om een onderzoek naar de in dit besluit aan de orde zijnde overtredingen te starten.³⁹ Nadat de Staat in maart meerdere klachten inzake de tariefverhogingen onder zijn aandacht had gebracht en het college ook zelf de verschillen tussen de Raamovereenkomst OT2006 enerzijds en de uitvoering daarvan anderzijds had vastgesteld, was dit op zichzelf voldoende aanleiding om over te gaan tot een nader

³² Kenmerk OPTA/TN/2005/203364.

³³ Kenmerk OPTA/TN/2006/203208.

³⁴ Kenmerk OPTA/TN/2007/201448.

³⁵ Kenmerk OPTA/TN/2007/202036.

³⁶ Kenmerk OPTA/TN/2008/202097.

³⁷ Kenmerk OPTA/AM/2009/203754.

³⁸ Zie par. 6.2 van de Boetebeleidsregel 2005.

³⁹ Zie met name randnummers. 96 en 97 van dit besluit.

Besluit Openbaar

onderzoek. Het college heeft dit niet gedaan. Pas na kennisname van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 3 november 2009 is hij overgegaan tot het onderzoek dat heeft geleid tot het onderhavige besluit.

157. In het voorgaande heeft het college geconcludeerd dat dit gegeven geen gevolgen kan hebben voor de vaststelling van de overtredingen en evenmin voor het recht van het college om een onderzoek hiernaar te starten. Evenmin doet dit gegeven iets af aan de conclusies van het college met betrekking tot de vaststelling van de ernst van de overtredingen. Bij de bepaling van de hoogte van de boete waarbij de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder centraal staan is evenmin plaats voor het meenemen van dit gegeven. Weliswaar zou, als gevolg van het eerdere starten van het onderzoek, mogelijk gevolgd door een eerder ongedaan maken van de overtreding de duur ervan enigszins zijn bekort, maar in dit concrete geval is dan nog altijd sprake van een overtreding die een lange tijd heeft geduurd. Het afwachten met handhavend optreden door het college kan ten slotte op geen enkele manier afbreuk doen aan de verwijtbaarheid van KPN van de overtredingen.

158. De beslissing om een ambtshalve onderzoek naar een mogelijke overtreding te starten en de keuze voor het moment waarop dit gebeurt kan naar het oordeel van het college in zijn algemeenheid evenmin aanleiding vormen voor een aanpassing van de hoogte van de boete in het kader van boeteverlagende omstandigheden. Echter, in het licht van het voorgaande heeft het college toch gemeend dat er in dit specifieke geval aanleiding is de boetes met 10% te verlagen.

8.5.3 Compliance

159. De ratio achter het Compliance Handvest dat KPN en OPTA op 24 april 2008 hebben ondertekend, is de ambitie om toe te groeien naar een professionele toezichtsrelatie die gekenmerkt wordt door vertrouwen en waarin OPTA meer op afstand toezicht kan houden. Dit laatste is slechts mogelijk als KPN ook concreet invulling geeft aan haar eigen verantwoordelijkheid om de Tw na te leven. Daartoe zijn een aantal basisafspraken in het Handvest opgenomen, waaronder de afspraak dat door KPN zelf geconstateerde overtredingen onverwijld en op eigen initiatief aan OPTA worden gemeld en beëindigd en vermoedens van overtredingen onverwijld worden gemeld. Tevens is afgesproken dat KPN interpretatie-issues over de toepassing van wet- en regelgeving ook aan OPTA meldt. Van KPN wordt, kortom, in de hier bedoelde toezichtsrelatie maximale openheid en snelheid van handelen verwacht, zeker waar het (vermoedelijke) overtredingen of interpretatie-issues betreft.

160. In de periode na de ondertekening van het Handvest hebben de toezichthoudend ambtenaren van het college op meerdere momenten moeten constateren dat van dit laatste in de context van OT2006 geen sprake is geweest. Zo heeft KPN het college niet op de hoogte gesteld van het precieze verloop omtrent het geschil met de Staat, is de uitspraak van de voorzieningenrechter van 3 november 2009 niet bij het college gemeld, en is KPN evenmin met het college in overleg getreden over de consequenties hiervan met betrekking tot de uitvoering van dit vonnis. Voorts is

Besluit Openbaar

KPN er niet toe overgegaan de gevolgen die zijn ontstaan door het uitvoering geven aan dit vonnis zo veel als mogelijk ongedaan te maken: uitsluitend aan de Staat is het te veel betaalde gerestitueerd, en niet aan de overige afnemers van CVXL die voor ditzelfde aanbod in aanmerking kwamen.

161. Het college moet dan ook constateren dat KPN haar compliance-programma in het kader van OT2006 onvoldoende in de praktijk heeft toegepast en daarmee niet in lijn met de in het Handvest gemaakte afspraken heeft gehandeld. Het Handvest vraagt een andere houding van KPN ten opzichte van OPTA. Het verlenen van voldoende medewerking aan het onderzoek doet hier niet aan af.

Nu het Handvest nog niet in werking was getreden toen in 2006 de overtreding aanving, maar pas gedurende die overtreding definitief is geworden, en bovendien de Boetebeleidsregels 2005, anders dan de meer recente Boetebeleidsregels 2008, (de werking van) compliance-programma's niet specifiek als boeteverhogende (dan wel –verlagende) omstandigheid meewegen, verbindt het college aan het voorgaande in dit geval geen concrete gevolgen voor de vaststelling van de boetheogte.

8.5.4 Conclusie boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

162. Het college ziet geen andere boeteverhogende of -verlagende omstandigheden die aanleiding geven om af te wijken van het bovengenoemde boetebedrag. 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%. Voorts neemt het college het feit dat hij zijn onderzoek is gestart na kennisname van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 3 november 2009 (en niet reeds in het eerste kwartaal van 2009) mee als een boeteverlagende omstandigheid en verlaagt de boetes om die reden met 10%.

8.6 Conclusie

163. Het voorgaande leidt tot de volgende boetes:

Ten aanzien van de overtreding van de non-discrimatieverplichting € 450.000,-- + (30% recidive minus 10% 'vertraging start onderzoek'): € 540.000,--.

Ten aanzien van de overtreding van de meldingsplicht € 450.000,-- + (30% recidive minus 10% 'vertraging start onderzoek'): € 540.000,--

Ten aanzien van de overtreding van de transparantieplichting: € 300.000,- + (30% recidive minus 10% 'vertraging start onderzoek'): € 360.000,--

9 Besluit tot publicatie

Besluit Openbaar

164. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op zijn website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 van de Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.⁴⁰ Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.⁴¹ Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.
165. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het dit besluit waarin aan KPN een boete wordt opgelegd, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van aanbieders en marktpartijen om kennis te nemen van het feit dat het college heeft vastgesteld dat KPN in strijd heeft gehandeld met de verplichting tot non-discriminatie, en meer in het bijzonder met het verbod op selectieve prijsontberging, de meldingsplicht en de transparantieplicht en dat aan KPN voor die overtredingen een sanctie is opgelegd.
166. Daarnaast acht het college het in het belang van concurrenten en afnemers om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Zij komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belangen is opgetreden. Daarnaast maakt het college door middel van deze publicatie bekend dat hij toeziet op de naleving van verplichtingen die hij in de marktanalysebesluiten heeft opgelegd en dat hij de naleving van deze verplichtingen handhaaft. Ook gaat er een preventief effect vanuit richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van KPN. Van overige belangen of omstandigheden op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

⁴⁰ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

⁴¹ www.rechtspraak.nl, LJN:BO3468; AB 2010, 319 en JB 2010, 276.

Besluit Openbaar

10 Besluit

167. Het college legt aan de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. een boete op van € 1.440.000,--, in verband met de overtredingen van de non-discriminatieverplichting, de meldingsplicht en de transparantieverplichting uit het Retailbesluit respectievelijk het Marktanalysebesluit Vaste Telefonie.

168. Het college zal dit besluit publiceren op zijn website met inachtneming van zijn publicatiebeleid.

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

w.g.
mr. C.A. Fonteijn, Voorzitter van het college

Bezwaar

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

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

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

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