

VOORLOPIGE BEOORDELING VAN NMA EN OPTA INZAKE DENDA  
e.a / KPN

INHOUDSOPGAVE

- I. INLEIDING
- II. PARTIJEN
  - A. Klagers
  - B. Beklaagde
- III. PROCEDURE
- IV. FEITEN
  - Civiele procedures tussen partijen
  - Contacten tussen KPN en Denda i.v.m. een licentie
  - De markt voor telefonie
- V. WETTELIJK EN REGELGEVEND KADER
  - Telecommunicatiewetgeving
  - Kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen
  - Kader van de Telecommunicatiewet
  - Mededingingswetgeving
  - Privacyregelgeving
  - Wet op de persoonsregistratie
  - Wetvoorstel Wet bescherming persoonsgegevens
  - Auteurswetgeving
  - Auteurswet
  - Databankrichtlijn
- VI. GRIEVEN EN VERZOEK VAN KLAGER
- VII. VERWEER BEKLAAGDE
- VIII. RAPPORT NERA
- IX. REACTIES VAN PARTIJEN OP HET RAPPORT VAN NERA
  - Reactie van Denda
  - Reactie KPN
- X. JURIDISCHE EN ECONOMISCHE BEOORDELING
  - Wet op de telecommunicatievoorzieningen
  - Telecommunicatiewet
  - Mededingingswet
  - Onderneming
  - Relevante markt
  - Relevante productmarkt
  - Relevante geografische markt
  - Economische machtspositie
  - Misbruik
  - Leveringsplicht voor KPN?
  - Voorwaarden levering gegevens
  - Bepaling van prijs waartegen door KPN geleverd moet worden
    - i. upstreamkosten
    - ii. downstreamkosten
    - iii. vergelijking met integrale kosten
    - iv. wijze van prijsstelling
    - v. redelijkheid gevraagde prijs
    - vi. conclusie met betrekking tot prijsstelling

Overige voorwaarden bij verstrekken gegevens
11. CONCLUSIE

VOORLOPIGE BEOORDELING

Voorlopige beoordeling van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit

Betreft: Denda c.s. versus KPN

## I INLEIDING

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "NMa") en het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: "OPTA") hebben deze voorlopige beoordeling opgemaakt in het kader van een onderzoek naar aanleiding van klachten van Denda international v.o.f. te Oldenzaal en Topware CD-Service AG te Mannheim (hierna: "Denda") tegen Koninklijke PTT Nederland NV en PTT Telecom B.V. (hierna: "KPN").
2. Denda heeft op 11 december 1997 een klacht ingediend bij OPTA. Daarin is OPTA gevraagd om aan KPN een aanwijzing ex art. 43 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: "Wtv") te geven.
3. Op 8 januari 1998 heeft NMa een klacht van gelijke strekking van Denda ontvangen. Denda verzocht NMa te onderzoeken of KPN misbruik maakt van een economische machtspositie en/of het verbod van mededingingsbeperkende afspraken overtreedt en om, als dit zo is, een last op te leggen als bedoeld in art. 56 Mededingingswet (hierna: "Mw").
4. Met betrekking tot de terbeschikkingstelling van lijsten van abonnees op de spraaktelefoon dienst voor het door Denda beoogde gebruik heeft Denda aan NMa en OPTA meer specifiek het volgende gevraagd:  
Primair, dat KPN met Denda in onderhandeling treedt om te komen tot een licentieovereenkomst, waarbij de licentievergoeding wordt gesteld op [.....]% van de opbrengst van door Denda verkochte CD Roms met aansluitgegevens uit het 8008-bestand (op basis van zgn "netto uitgevers omzet"), althans op een zodanig percentage als NMa en OPTA redelijk en billijk zullen oordelen;  
Subsidiair, met Denda in onderhandeling te treden om te komen tot een licentieovereenkomst, waarbij de licentievergoeding wordt gesteld op de door NMa en OPTA vast te stellen prijs per aansluitgegeven die NMa en OPTA als redelijk en billijk beschouwen.
5. Het dispuut tussen Denda en KPN draait om de verstrekking van gegevens van telefoonabonnees. KPN vraagt voor de verstrekking van deze gegevens een vaste prijs van f 0,85 per gegeven. Voor alle gegevens van telefoonabonnees van KPN komt dit voor Denda neer op een bedrag van circa f 6 miljoen gulden. Denda is van mening dat deze prijsstelling misbruikelijk van aard is en heeft KPN aangeboden een vergoeding te betalen die is gebaseerd op de opbrengst van de door Denda verkochte CD Roms.
6. Toezicht op het gebied van telecommunicatieregelgeving is aan OPTA toebedeeld, terwijl algemeen mededingingstoezicht aan NMa is toebedeeld. De bij OPTA en de bij NMa ingediende klachten hebben betrekking op eenzelfde gedraging van KPN. De klachten hebben betrekking op een onderwerp dat tot de bevoegdheid van beide toezichtshouders behoort.
7. De verschillende wetten voorzien niet in een materiële invulling, noch in een procedurele uitwerking van de wijze waarop moet worden samengewerkt. Wel is voorzien in de mogelijkheid om gegevens uit te wisselen. Omdat er sprake is van "overlappende bevoegdheden" hebben NMa en OPTA besloten gezamenlijk onderzoek te verrichten in het kader van deze klachten, met inachtneming van eenieders wettelijk kader en bevoegdheden. Teneinde de administratieve

lasten van partijen te verlichten is gekozen voor één penvoerder, NMa. Alle correspondentie is mede namens OPTA gevoerd. Partijen hebben tegen deze praktische werkwijze geen bezwaren geuit. Alle stukken die door partijen aan NMa zijn gezonden, zijn in afschrift aan OPTA (door)gezonden.

8. Dit document is door NMa en OPTA gezamenlijk opgesteld. Het betreft een gezamenlijke voorlopige beoordeling van de klachten van Denda op grond van het door NMa en OPTA uitgevoerde onderzoek.

## II PARTIJEN

### A. Klagers

9. Denda International v.o.f. te Oldenzaal is een onderneming die zich bezig houdt met het verkopen van zogenoemde "yellow pages", bedrijfs-directories, adresbestanden, handelsinformatie en databases. Denda heeft diverse CD Roms op de markt gebracht, waarop genoemde informatie per land (o.a. UK, Canada, Italië, Duitsland en België) is vervat.
10. Topware CD-Service AG te Mannheim is een onderneming die in Duitsland eveneens dergelijke CD Roms op de markt brengt. Topware is degene die de CD Rom die Denda op de markt wil brengen met gegevens van Nederlandse telefoonabonnees (NL-Info genaamd), zal produceren.
11. De klacht is ingediend door Denda en Topware gezamenlijk. Partijen worden, zoals gezegd, in het navolgende aangeduid als "Denda".

### B. Beklaagde

12. De klacht van Denda is gericht tegen KPN. Na indiening van de klacht heeft een wijziging plaatsgevonden in de structuur van KPN. KPN is nu de holdingmaatschappij (moedermaatschappij) van KPN Telecom. Volgens de Machtigingswet is KPN concessiehouder voor de vaste telefonie in Nederland. Tot voor enige jaren was KPN (PTT Telecom) de enige aanbieder van telefoondiensten in Nederland. Op dit moment zijn er meer aanbieders van telefoondiensten op de Nederlandse markt.

## III PROCEDURE

13. Op 5 februari 1998 heeft - op verzoek van Denda- een gesprek plaatsgevonden met NMa en OPTA waarin Denda haar klacht nader heeft toegelicht.
14. Op 6 maart 1998 heeft Denda - conform een verzoek, gedaan tijdens voornoemde bespreking - aan NMa een afschrift verstrekt van de volgende stukken: de processtukken van het hoger beroep van de kort geding procedure tussen Denda en KPN bij het Gerechtshof te Arnhem, de processtukken van de bodemprocedure die nog aanhangig is bij de Rechtbank te Almelo en van de correspondentie tussen Denda en KPN.
15. Op 19 februari 1998 heeft NMa schriftelijk vragen gesteld aan KPN. Op 20 maart 1998 zijn de antwoorden van KPN ontvangen.
16. Op 29 april 1998 heeft NMa externe expertise ingehuurd. Zij heeft het onderzoeksbureau NERA gevraagd een conceptueel kader te ontwikkelen voor de prijsstelling van abonneegegevens. Op 22 juli 1998 heeft NERA een rapport opgeleverd.

17. Op 22 mei 1998 heeft Denda ter nadere feitelijke onderbouwing van haar klacht aanvullende informatie aan NMa en OPTA verstrekt.
18. Op 11 juni 1998 is door KPN de concept-licentieovereenkomst, die zij op 16 april 1998 aan Denda had voorgelegd, aan NMa gestuurd.
19. Op 16, 24 en 30 juli 1998 is door Denda nog nadere informatie verstrekt aan NMa en OPTA ter verdere onderbouwing van haar klacht.
20. Op 18 augustus 1998 heeft NMa het rapport van NERA aan beide partijen gestuurd. Daarbij heeft NMa aangegeven bezig te zijn zich een oordeel te vormen over de prijsstelling van de gegevens. Zij heeft aangegeven wat haar voorlopig oordeel is omtrent de basis voor de prijsstelling van dergelijke gegevens. KPN en Denda zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het rapport en er zijn tevens aanvullende vragen aan beide partijen gesteld.
21. Op 9 september 1998 heeft KPN een voorlopige reactie op het rapport van NERA gegeven en een aantal van de gestelde vragen beantwoord. KPN heeft aangegeven zelf een tegenonderzoek te willen uitvoeren en heeft NMa gevraagd haar definitief oordeel op te schorten totdat het tegenonderzoek zou zijn afgerond. KPN heeft aangegeven dat het onderzoek enkele maanden in beslag zou nemen. Tevens heeft KPN gevraagd om een substantieel uitstel voor de beantwoording van de vragen die te maken hebben met het verkrijgen van inzicht in de kosten van KPN voor het verstrekken van gegevens aan Denda en de kosten die gemoeid zijn met het op de markt brengen van haar eigen CD Rom, CD-Foongids geheten.
22. Bij faxbericht van 15 september 1998 heeft NMa aan KPN een uitstel van drie weken verleend voor de beantwoording van een aantal bij brief van 18 augustus 1998 gestelde vragen.
23. Bij fax van 9 september 1998 heeft Denda aangegeven enig uitstel nodig te hebben voor het geven van de door NMa en OPTA gevraagde reactie op het rapport van NERA.
24. Bij fax van 15 september is door NMa en OPTA aan Denda een uitstel verleend tot 30 september 1998.
25. NMa heeft bij brief van 28 september 1998 aan KPN laten weten haar oordeel niet op te schorten totdat KPN een tegenonderzoek heeft laten verrichten. Daarbij heeft zij als reden aangevoerd dat het dossier zich in de onderzoeksfase naar aanleiding van een klacht bevindt. Indien de klacht zou leiden tot het opmaken van een rapport in de zin van artikel 56 Mededingingswet, is er in de verdere procedure (artikel 60 Mededingingswet) voorzien in de mogelijkheid om te reageren op de bevindingen van de NMa. Daarbij heeft NMa overigens aangegeven dat het KPN vrijstaat om nadere informatie ter hand te stellen.
26. Op 30 september 1998 werd de bij brief van 18 augustus 1998 gevraagde informatie van Denda ontvangen.
27. Op 6 oktober 1998 werd de aanvullende informatie van KPN ontvangen.
28. Op 15 oktober 1998 is aan Denda verzocht om te reageren op de door KPN in april 1998 aan Denda gezonden concept-licentieovereenkomst, welke door KPN in afschrift aan NMa was gezonden.
29. Op 29 oktober 1998 heeft Denda haar reactie op de concept-licentieovereenkomst aan NMa doen toekomen.

30. Op 11 november 1998 heeft KPN een afschrift gezonden van het in haar opdracht uitgevoerde tegenonderzoek door PricewaterhouseCoopers ("The pricing of directory data, a response to NERA's advice to NMA, november 1998) in het reactie op het rapport van NERA.
31. Op 8 december heeft Denda laten weten dat de civiele bodemprocedure tussen partijen bij de Rechtbank te Almelo verwezen is naar de rolzitting van 24 maart 1999.
32. Op 9 december heeft Denda, ter aanvulling op haar brief van 29 oktober 1998, een nadere reactie gestuurd met betrekking tot de concept-licentieovereenkomst die door KPN aan haar is aangeboden. Daarbij heeft Denda tevens een brief van 2 november 1998 overlegd aan de raadsman van KPN inzake de licentie.

#### IV FEITEN

##### Civiele procedures tussen partijen

33. Denda heeft eind 1996 een CD Rom (NL-info genaamd) uitgebracht met een vrijwel volledige verzameling abonneegegevens van telefoonaansluitingen in Nederland. De gegevens die daarvoor gebruikt zijn, zijn afkomstig uit de verzamelde telefoongidsen en - volgens Denda - handmatig overgetypt in China en opgeslagen in een elektronisch bestand.
34. KPN heeft in kort geding procedure een verbod gevraagd op de verspreiding van de CD Rom van Denda op grond van bescherming van de telefoongidsen als onpersoonlijk geschrift op grond van artikel 10 lid 1 onder 1 Auteurswet.
35. Bij vonnis van de President van de Rechtbank te Almelo is KPN in het gelijk gesteld en heeft de rechter een verbod gelast voor Denda ten aanzien van de verspreiding van de door Denda op de markt gebrachte CD Rom, NL-Info genaamd.
36. Denda heeft in rechte een tegenvordering ingesteld die betrekking heeft op het door KPN in onderhandeling treden met Denda over een juiste prijs voor de gegevens.
37. Het vonnis van de President van de Rechtbank te Almelo is in hoger beroep in stand gebleven. De rechter heeft echter geen uitspraak gedaan over eventuele strijdigheid met de Mededingingswet en over de prijsstelling van de gegevens van telefoonabonnees.
38. De bodemprocedure tussen partijen over het voornoemde is nog aanhangig bij de Rechtbank te Almelo. Daarbij is ook het mededingingsrecht aan de orde. Denda meent - met verwijzing naar de zaak Magill - dat KPN misbruik maakt van een economische machtspositie. Door partijen zijn de schriftelijke stukken in de eerste ronde gewisseld (conclusie van eis en de conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in reconventie). De civiele procedure ligt sinds 13 augustus 1997 stil. KPN heeft enkele malen uitstel verzocht voor het indienen van de conclusie van repliek in conventie, tevens antwoord in reconventie. De zaak is verwezen naar de (rol)zitting van 24 maart 1999.

##### Contacten tussen KPN en Denda in verband met een licentie

39. Denda heeft KPN reeds diverse malen verzocht om een licentie. Voor het eerst is dat gebeurd in oktober 1996. Van de zijde van KPN is toen aangegeven dat aan een licentie de volgende beperkende

- voorwaarden gesteld zouden worden: "omgekeerd zoeken" zou niet worden toegestaan en het downloaden van gegevens zou niet mogelijk moeten zijn. Tevens werd van de zijde van KPN aangegeven dat het niet mogelijk was om over een eventuele licentieverlening voor Kerstmis 1996 een besluit te nemen.
40. Begin 1997 heeft Denda opnieuw een verzoek tot licentie gedaan bij KPN. KPN heeft daarop geantwoord met een uitnodiging aan Denda om zelf met een voorstel te komen. Denda heeft daarop in februari 1997 het voorstel gedaan om tot ter beschikking stelling van het zogenoemde 8008-bestand van KPN te komen tegen een licentievergoeding van [.....]% van de door Denda te realiseren verkopen (i.e. netto uitgevers omzet). Denda heeft daarbij aan KPN gevraagd te reageren voorafgaand aan het pleidooi van Denda in de procedure in hoger beroep tegen het eerdergenoemde vonnis van de President van de Rechtbank te Almelo, aan welk verzoek door KPN geen gehoor werd gegeven.
  41. In de loop van maart 1997 heeft KPN aangegeven bereid te zijn tot het verlenen van een licentie op basis van f 0,95 per aansluitgegeven of f 0,85 voor de kale basisgegevens per aansluiting. Uitgaande van f 0,85 per gegeven betekent dit een totaalbedrag van ongeveer 6 miljoen gulden.
  42. Na afloop van de kort geding procedures heeft Denda besloten te onderzoeken of het mogelijk was om op basis van het door KPN genoemde bedrag per gegeven te komen tot een rendabele exploitatie van een CD Rom. Denda heeft daartoe op 12 augustus 1997 aan KPN gevraagd welke bijkomende voorwaarden aan een licentie gesteld zouden worden. KPN heeft volgens Denda niet binnen een aanvaardbare termijn voldoende duidelijkheid verschaft over de voorwaarden en bleek niet bereid of in staat om een concept-overeenkomst ter verdere bespreking voor te leggen. Tussen partijen is gecorrespondeerd over het al dan niet zinnig zijn van een gesprek zonder dat vooraf door KPN een concept-licentievereenkomst was overlegd. KPN wilde eerst praten, terwijl Denda zich op het standpunt stelde dat dit na het voorafgaande weinig zinvol zou zijn als er niet een concrete concept-licentievereenkomst zou liggen waarover gepraat zou kunnen worden.
  43. Op 11 december 1997 heeft Denda een klacht ingediend bij OPTA en op 8 januari 1998 heeft Denda een vrijwel gelijklopende klacht ingediend bij NMa.
  44. Op 16 april 1998 is door KPN aan Denda een concept-licentievereenkomst voorgelegd. Op 11 juni heeft KPN een afschrift hiervan aan NMa doen toekomen. Denda heeft richting KPN niet gereageerd op de door KPN aangeboden concept-licentievereenkomst, omdat de zaak inmiddels bij NMa aanhangig was en zij het oordeel van NMa wenste af te wachten.
  45. Op 2 november 1998 heeft Denda een brief gezonden aan de raadsman van KPN met betrekking tot de licentieverlening.
- De markt voor telefonie
46. Op de telefoniemarkt in Nederland kan een onderscheid gemaakt worden tussen vaste telefonie en mobiele telefonie.
  47. KPN was volgens de Machtigingswet tot 15 december 1998 de houder van de concessie voor de vaste telefonie in Nederland. In die hoedanigheid beschikt KPN over de aansluitgegevens van alle abonnees die een vaste telefoonaansluiting van KPN hebben. Tot enige jaren geleden was KPN de enige aanbieder van

telefoon diensten in Nederland. Sinds de liberalisering zijn er inmiddels naast KPN ook andere aanbieders van vaste telefonie. Op dit moment is KPN, met ongeveer [.....] abonnees de grootste speler op deze markt. Het marktaandeel van KPN op de markt voor vaste telefonie bedraagt meer dan 90%.

48. Op de markt voor mobiele telefonie zijn meerdere aanbieders, ook wel "providers" genoemd, actief. Op dit moment zijn KPN en Libertel de twee grootste aanbieders van mobiele telefonie in Nederland. Zij hebben respectievelijk ongeveer [.....] en [.....] abonnees. In termen van marktaandelen (gemeten naar abonnees) heeft KPN ongeveer 60% en Libertel ongeveer 40% van de markt in handen.

## V WETTELIJK EN REGELGEVEND KADER

49. Voor de beoordeling van deze zaak is de regelgeving met betrekking tot telecommunicatie, mededinging, privacy en auteursrecht van belang. Daartoe behoort naast de Nederlandse wet- en regelgeving ook de Europese regelgeving. Deze zal hieronder, voor zover relevant voor deze zaak, besproken worden.

### Telecommunicatiewetgeving

50. In onderstaande beschrijving van het wettelijk kader is een onderscheid gemaakt tussen het wettelijk kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en het wettelijk kader van de Telecommunicatiewet. Het eerstgenoemde is het kader dat gold ten tijde van de indiening van de klacht en het daarop volgende onderzoek door NMa en OPTA. Omdat dit kader op 15 december 1998 deels vervangen wordt door het kader van de Telecommunicatiewet wordt ook aandacht besteed aan het kader van de Telecommunicatiewet.

### Kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen

51. De houder van de concessie was op grond van artikel 4 eerste lid van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv), in het belang van het algemeen maatschappelijk en economisch verkeer, verplicht bij algemene maatregel van bestuur te omschrijven diensten welke betrekking hebben op het directe transport van gegevens van en naar netwerkaansluitpunten, te verzorgen en een ieder tegen vergoeding het gebruik daarvan ter beschikking te stellen.
52. In het Besluit opgedragen telecommunicatiediensten (hierna: "Bot") van 1 december 1988 was in artikel 1 van dit besluit aan de houder van de concessie opgedragen de telefoondienst, de telexdienst en de telegraafdienst. Artikel 10 onder c Bot bepaalde dat 'het beheren van de gegevens van de aansluitingen (gidsen)' ook tot de opgedragen diensten behoort.
53. In het Besluit vergunningen mobiele telecommunicatie van 4 augustus 1994 werd in artikel 15 lid 3 bepaald dat de houder van een vergunning verplicht is inlichtingen te verstrekken over de nummers van zijn gebruikers.
54. Krachtens artikel 8 Wtv gaf de Minister van Verkeer en Waterstaat aan de houder van de concessie algemene richtlijnen ter uitvoering van artikel 4 Wtv. Gelet op artikel 8 Wtv had de Minister van Verkeer en Waterstaat bij besluit van 16 december 1988 vastgesteld het Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie (hierna: "Bart").
55. Op grond van artikel 2a.1 Bart was de houder van de concessie verplicht, onverminderd het bij of krachtens de Wet

persoonregistraties bepaalde, op verzoek tegen redelijke en billijke en niet-discriminerende voorwaarden bijgewerkte openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoondienst in een geschikte vorm ter beschikking te stellen. Blijkens de Toelichting bij het besluit Wijziging Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie van 30 juni 1997 was deze bepaling in het Bart opgenomen om uitvoering te geven aan artikel 16 onderdeel c, van richtlijn 95/62/EG. Artikel 16 onderdeel c van richtlijn 95/62/EG bepaalt dat de Lid-Staten er voor zorg dienen te dragen dat telecommunicatieorganisaties, op aanvraag, openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoondienst tegen vooraf gepubliceerde en billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking stellen. Deze richtlijn is inmiddels vervangen door richtlijn 98/10/EG. Deze richtlijn gaat uit van het ter beschikking stellen van abonneegegevens tegen billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden. Deze richtlijn had op 30 juni 1998 omgezet moeten zijn in nationale regelgeving. Het Bart is echter - vanwege de op handen zijnde nieuwe Tw - niet aangepast.

#### Kader van de Telecommunicatiewet

56. Artikel 7.5 van de Telecommunicatiewet (hierna: "Tw") bepaalt dat de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde regels ter uitvoering van de diverse ONP-richtlijnen tevens betrekking hebben op het aan derden ter beschikking stellen van bij die regels aan te wijzen categorieën van nummers met bijbehorende gegevens ten behoeve van de beschikbaarheid van telefoongidsen en van een abonnee-informatiedienst.
57. Uit artikel 42 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie blijkt dat als categorieën van nummers als bedoeld in artikel 7.5 Tw worden aangewezen de categorie nummers van de vaste openbare telefoondienst, die van de mobiele openbare telefoondienst en die van de persoonlijke nummerdienst. In artikel 43 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie wordt bepaald dat degene die voornoemde nummers in gebruik geeft op verzoek in een overeengekomen formaat, op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar stelt ten behoeve van telefoondiensten en de abonnee-informatiedienst.
58. In de Nota van toelichting bij het Besluit ONP huurlijnen en telefonie is aangegeven dat de artikelen 42 en 43 tot doel hebben uitvoering te geven aan richtlijn 98/10/EG. In overweging (7) van richtlijn 98/10/EG wordt overwogen dat de levering van gidsdiensten een aan concurrentie onderworpen activiteit is, waarbij rekening dient te worden gehouden met het in richtlijn 95/46/EG en richtlijn 97/66/EG bepaalde. Artikel 6 lid 3 van richtlijn 98/10/EG bepaalt dat de Lid-Staten ervoor dienen te zorgen dat alle organisaties die telefoonnummers toewijzen aan abonnees alle redelijke verzoeken honoreren om de relevante informatie in een overeengekomen formaat beschikbaar te stellen op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden.
59. Richtlijn 98/10 EG moest - zoals gemeld in overweging 55 - op 30 juni 1998 omgezet zijn in nationale wetgeving. Dit is pas gebeurd bij het Besluit ONP huurlijnen en telefonie, dat gebaseerd is op de Tw en dat op 15 december 1998 in werking treedt.

#### Mededingingswetgeving

60. Op 1 januari 1998 is een nieuwe Mededingingswet (hierna: "Mw") in werking getreden. Op basis van artikel 24 Mw is het ondernemen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.



61. Voor de uitleg van deze bepaling wordt blijkens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, aangesloten bij de Europese jurisprudentie en beschikkingspraktijk.
62. Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een inbreuk op artikel 24 Mw moet bepaald worden wat de relevante markt is, of de betreffende onderneming een economische machtspositie op deze markt heeft en of zij misbruik maakt van deze machtspositie.

#### Privacyregelgeving

63. Artikel 11.6 lid 1 Tw - opgenomen ter uitvoering van richtlijn 97/66/EG - verplicht kort gezegd eenieder die een algemeen beschikbare telefoongids uitgeeft of een algemeen beschikbare abonnee-informatiedienst verzorgt, er voor zorg te dragen dat slechts die gegevens worden opgenomen die noodzakelijk zijn om een abonnee te kunnen identificeren. Hiervan kan alleen worden afgeweken indien de abonnee ondubbelzinnig heeft aangegeven dat er bijkomende gegevens mogen worden opgenomen. Verder wordt bepaald dat ervoor dient te worden zorg gedragen dat op verzoek van de abonnee persoonsgegevens niet of niet meer worden opgenomen in de telefoongidsen, gebruikt worden voor de abonnee-informatiedienst of ter beschikking worden gesteld voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden. Ook dient de abonnee de mogelijkheid te hebben aan te kunnen geven dat bij bedoeld gebruik van zijn persoonsgegevens bijvoorbeeld zijn adres niet volledig wordt vermeld.

#### Wet op de persoonsregistratie

64. De Wet persoonsregistraties (Wpr) legt verplichtingen op aan de houder van een persoonsregistratie. De houder is degene die zeggenschap heeft over een persoonsregistratie. Op grond van art. 9 Wpr kan een natuurlijk persoon die schade lijdt doordat ten opzichte van hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften ter bescherming van de belangen van de geregistreerde of te registreren personen, de houder van een persoonsregistratie aansprakelijk stellen. Art. 14 Wpr geeft regels omtrent het verstrekken van gegevens aan derden. Krachtens dit artikel kunnen NAW-gegevens en soortgelijke voor communicatie benodigde gegevens verstrekt worden aan derden, zonder dat dat voortvloeit uit het doel van de registratie. Verder worden in het artikel een aantal voorwaarden gesteld omtrent verstrekking.

#### Wetsvoorstel Wet bescherming persoonsgegevens

65. De Wet persoonsregistraties wordt binnenkort vervangen door de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Op grond van artikel 9 Wbp kunnen alleen gegevens aan derden worden verstrekt indien deze verstrekking niet onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verkregen.

#### Auteurswetgeving

#### Auteurswet

66. Artikel 1 van de Auteurswet 1912 bepaalt dat het auteursrecht het uitsluitend recht is van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtsverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens beperkingen, bij wet gesteld. De rechtspraak kent voorts de zogenaamde geschriftenbescherming, welke geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter beschermt tegen ontlening. Ontlening is de overneming (ook wel omschreven als "eenvoudige herhaling" of "nadrukking") van een gepubliceerd (c.q. voor publicatie bestemd)

geschrift zonder toestemming van de rechthebbende.

#### Databankrichtlijn

67. Op basis van deze richtlijn wordt onder bepaalde voorwaarden een bescherming gegeven aan databanken. Een databank wordt door het auteursrecht beschermd indien de databank door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt (art. 3). Aan de fabrikant van een databank die aan deze eisen voldoet, komt het recht toe om de opvraging en/of hergebruik van het geheel of een substantieel deel van de inhoud te verbieden, wanneer de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud ervan in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering (art. 7). Deze richtlijn had op 1 januari 1998 geïmplementeerd moeten zijn. Op dit moment ligt een wetsvoorstel voor in de Tweede Kamer dat voorziet in implementatie.

#### VI GRIEVEN EN VERZOEK VAN KLAGER

68. De argumenten van Denda zijn - voor wat betreft de telecommunicatiewetgeving - gebaseerd op de op het moment van indiening van de klacht geldende wettelijke kader, de Wtv. Denda is van mening dat KPN op grond van de Wtv verplicht is de gegevens ter beschikking te stellen.
69. Denda meent tevens dat KPN een economische machtspositie in de zin van de Mw heeft ten aanzien van abonneegegevens (van Nederlandse telefoonabonnees). KPN is het enige bedrijf dat jarenlang dit soort gegevens heeft verzameld en een centraal databestand heeft onderhouden.
70. Denda stelt zich op het standpunt dat KPN inbreuk maakt op de Wtv en op de Mw. Zij voert daarvoor de volgende redenen aan.
71. Allereerst stelt zij dat het tarief c.q. de voorwaarden waarvoor KPN de gegevens aan Denda ter beschikking zou willen stellen niet redelijk en billijk is. Volgens Denda volgt uit de telecommunicatieregelgeving dat KPN dergelijke gegevens op redelijke en billijke en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking moet stellen aan eenieder die daarom verzoekt.
72. Denda meent dat de prijs die door KPN gevraagd is onredelijk is omdat deze niet op kosten gebaseerd is, maar volgens zeggen van KPN tijdens de gerechtelijke procedures, historisch gegroeid. Volgens Denda zijn door KPN tijdens de tussen partijen gevoerde gerechtelijke procedures, verschillende bedragen genoemd in verband met de kosten voor instandhouding van het bestand waarin de door Denda gevraagde gegevens zijn opgeslagen.
73. Denda verwijst verder naar de verschillende exploitatievormen van het bestand, zoals telefonische inlichtingendiensten, de telefoongids en verkoop van gegevens aan derden, waardoor tegenover de kosten diverse inkomsten staan.
74. Zij meent dat het tarief een onoverkomelijke barrière is voor een "nieuw product waar vraag naar is". Zij baseert zich hierbij op de in het arrest Magill ontwikkelde doctrine. Indien er een markt is voor bepaalde nieuwe, nog niet verkrijgbare producten en voor het maken van die producten de NAW- en telefoonnummergegevens nodig zijn die alleen met toestemming van KPN kunnen worden verkregen, mag KPN haar feitelijke machtspositie niet gebruiken op een manier die het beschikbaar komen van dit nieuwe product verhindert, aldus Denda.  
Op basis van een inschatting van het aantal te verkopen CD Roms

door Denda meent zij dat het door KPN gevraagde tarief prohibitief is en de introductie op de markt van een nieuw en concurrerend product tegen gaat. Denda pleit dan ook voor een omzet-gerelateerde royalty in plaats van een vaste prijs.

75. Tenslotte meent Denda dat het tarief discriminerend is. Zij stelt dat andere ondernemingen, waaronder Libertel, de betreffende gegevens tegen een aanmerkelijk lagere prijs krijgen dan de prijs van f 0,85 die KPN aan Denda heeft aangeboden.
76. Denda heeft, ter ondersteuning van haar pleidooi dat een vergoeding voor de gegevens aan KPN op basis van een omzet-gerelateerde royalty zou moeten plaatsvinden, aanvullende informatie verstrekt in de vorm van contracten. Daaruit blijkt volgens Denda dat het, in tegenstelling tot wat KPN beweerd heeft, niet ongebruikelijk is om bij verstrekking van data, zoals postcodes, cartografische- of straatnaamgegevens of soortgelijke gegevens als Denda vraagt, een licentie op basis van een royalty te verstrekken.

## VII VERWEER BEKLAAGDE

77. KPN heeft aangevoerd dat rekening moet worden gehouden met de veranderingen in de markt. Oorspronkelijk was zij de enige aanbieder van telefoondiensten, maar dat is nu niet meer het geval. Ten aanzien van de aan afzonderlijke activiteiten toe te rekenen kosten en opbrengsten was er tot voor kort geen aanleiding om alle afzonderlijke middelen, systemen en vormen van beschikbaarstelling te onderscheiden.
78. KPN heeft aangegeven dat zij nooit een algemeen aanbod voor het ter beschikking stellen van gegevens van telefoonabonnees heeft gedefinieerd. Reden hiervoor is dat dat niet nodig was, omdat er nauwelijks vraag naar was. Verzoeken om gegevens werden altijd individueel afgehandeld.
79. KPN heeft ter vergelijking van de door haar aan Denda voorgestelde prijs van f 0,85 per basisvermelding de tarieven voor vergelijkbare gegevens in diverse landen genoemd.
80. KPN heeft aangegeven dat een situatie waarin er meerdere aanbieders van telefoondiensten zijn, reden voor haar is de interne processen en systemen waarin klantgegevens zijn opgeslagen, aan te passen. KPN zal daarbij een duidelijk onderscheid maken tussen een primair klantensysteem en een systeem voor basisvermeldingen. Volgens KPN wordt intern ook f 0,85 afgerekend voor de verkrijging van basisvermeldingsgegevens.
81. KPN heeft vervolgens aangegeven hoe de huidige situatie is in verband met de processen en systemen waarin gegevens van telefoonabonnees zijn opgenomen en hoe het toekomstige systeem er uit zal zien.
82. KPN heeft aangegeven dat zij basisvermeldingsgegevens van haar contractanten tegen dezelfde tarieven aan derden ter beschikking zal stellen als dat intern zal worden verrekend. KPN stelt dat de afnemers van dergelijke bestanden met andere aanbieders van telefoondiensten vergelijkbare overeenkomsten moeten sluiten om een volledig bestand te krijgen. Het is echter ook mogelijk een gebruiksrecht te krijgen op het bestand van KPN waarin gegevens van andere aanbieders van de telefoondienst zijn opgenomen. De voorwaarden en tarieven waartegen dat kan geschieden zijn echter nog niet bekend, omdat op dit moment een dergelijk systeem gebouwd wordt, hierin gegevens van andere aanbieders zijn opgenomen en nog niet duidelijk is hoeveel afnemers een dergelijk

gebruiksrecht wensen.

83. KPN betwist niet dat zij een "zekere machtspositie" heeft op de markt voor telefoongegevens van alle telefoonaansluitingen in Nederland, maar tekent daarbij aan dat zij sedert enige tijd niet meer de enige aanbieder van telefondiensten in Nederland is. KPN stelt dat zij tegenover andere aanbieders zelf in een afhankelijke positie verkeert.
84. KPN betwist de opvatting van het Hof (in het hoger beroep van het kort geding) dat de CD Rom die Denda op de markt wil brengen (NL-Info genaamd) als een nieuw product in de zin van het arrest Magill moet worden beschouwd. De functionaliteit van omgekeerd zoeken en de mogelijkheid om grote aantallen gegevens te transporteren zijn inderdaad nieuw, maar zouden volgens KPN niet moeten worden toegestaan. Zij ondersteunt dit met argumenten die gebaseerd zijn op privacy voor de klanten.
85. Het primaire doel van het bestand met gegevens van telefoonabonnees is - zo heeft KPN aangegeven - het kunnen genereren van nummerinformatie. KPN heeft daarnaast aangevoerd dat het stellen van voorwaarden aan het verstrekken van gegevens, zoals een verbod op omgekeerd zoeken nodig is om te voorkomen dat genoemd doel in gevaar komt. Volgens KPN zullen abonnees wanneer omgekeerd zoeken wel mogelijk is, massaal gaan besluiten een geheim nummer te nemen.
86. KPN heeft met betrekking tot de prijs voor het verstrekken van de gegevens aan Denda opgemerkt dat de prijs een minder dan evenredig deel van de kosten beslaat. KPN meent dat het, gezien de levenscyclus van een product vrijwel nooit mogelijk is de prijs een rechtstreeks verband te laten hebben met de onderliggende kosten. Volgens KPN kan dat alleen als er sprake is van constante kosten en constante opbrengsten. Daarnaast verwijst KPN naar de hoge kosten die gemoeid zijn met de eerder aangehaalde interne aanpassing van de systemen waarin dergelijke gegevens zijn opgenomen.

## VIII RAPPORT NERA

87. NMa heeft, zoals hiervoor aangegeven, aan NERA gevraagd een conceptueel kader te ontwikkelen voor de prijsbepaling van abonneegegevens zoals gevraagd in onderhavige zaak.
88. Binnen het gevraagde conceptuele kader heeft NERA de volgende, deels overlappende toetsingselementen geformuleerd en gehanteerd voor de beoordeling van methoden van prijsbepaling van abonneegegevens:
  - efficiëntie van de prijsvorming (allocatieve efficiëntie)
  - dynamische efficiëntie / stimulering van toetreding tot de markt
  - "revenue sufficiency" (fairness)
  - praktische toepasbaarheid (gemak van implementatie)
  - "ONP-proof" (transparant, kostengeoriënteerd en non-discriminatoir).
89. NERA is met betrekking tot het conceptuele kader uitgegaan van de volgende (product)karakteristieken:

Bijproduct

De gegevens waar het om gaat, althans die Denda wil hebben, zijn voor het gebruiksdoel van Denda te kwalificeren als een zuiver bijproduct van de primaire taak van KPN, het aanbieden van een telefondienst. Volgens NERA zou KPN doorgaan met het verzamelen en up to date houden van de database, zelfs als zij geen inkomsten zou krijgen door bijvoorbeeld de verkoop van de CD-

Foongids. Deze gegevens worden immers verzameld in het kader van het aanbieden van telefoondiensten en de daarmee onlosmakelijk verbonden facturering aan abonnees.

Non-rivaliteit

De database is "non-rival" als het gaat om raadpleegbaarheid. Het feit dat een bepaalde klant gebruik maakt van de database betekent niet dat een ander daarvan is uitgesloten.

Onderscheid upstream- en downstream-activiteiten van KPN  
KPN is een verticaal geïntegreerde onderneming. Upstream beheert KPN telefoongegevens en downstream produceert en distribueert KPN CD Roms.

90. NERA kwalificeert de gegevens van KPN waar het in casu om gaat als een essential facility: de data-set van KPN is onmisbaar voor ondernemingen die op de markt willen komen met "public directories". Upstream beschikt KPN dus over essentiële input voor een concurrent downstream.
91. NERA komt tot de conclusie dat de prijs die Denda aan KPN zou moeten betalen uit twee componenten dient te bestaan. De eerste component is een vergoeding voor de upstream-activiteit van KPN, namelijk voor het feit dat de markttoetreders op de markt van CD Roms gegevens van KPN als telefoondienstenaanbieder gebruikt. De tweede component is een vergoeding voor de downstream-activiteit van KPN, namelijk voor het feit dat KPN door markttoetreding op de markt van CD Roms bepaalde kosten niet kan terugverdienen.
92. Met betrekking tot de vergoeding voor de upstream-activiteit is NERA van mening dat dit moet geschieden op basis van marginale kosten. Dit verklaart NERA met verwijzing naar de karakteristieken van het product waar het om gaat. Bij een zuiver bijproduct is er, aldus NERA, geen enkele kosten-allocatie-regel die ten aanzien van toerekening van kosten van de dataverzameling aan telefoondiensten en CD Rom-activiteiten, enige economische betekenis heeft.
93. De downstream-vergoeding moet, aldus NERA, verzekeren dat de toetreding efficiënt is. Dit wil zeggen dat de kosten van de toetreders lager moeten zijn dan de kosten die KPN uitspaart in geval van een geringere verkoop van haar CD-Foongids. NERA meent dat als er een downstream-compensatie betaald moet worden, dit moet gebeuren op basis van de methode van Efficient Component Pricing (ECP). De ECP-methode schrijft voor dat de prijs die de toetreders als compensatie voor afzetverlies van KPN aan KPN moet betalen onder bepaalde voorwaarden gelijk is aan de gemiddelde kosten van KPN voor haar downstream-activiteiten minus de incrementele kosten van de downstream-activiteit van KPN, berekend per CD Rom. Het zo berekende bedrag dient het verlies aan niet-compenseerbare kosten, ontstaan door toetreding, te compenseren.
94. Als het product van de toetreders geen perfect substituuut is van het product van de "zittende" onderneming dan dient de compensatie die op grond van de ECP-methode door de toetreders aan KPN betaald moet worden, lager te zijn. Ingeval er helemaal geen sprake is van substitutie, dan is de compensatie nul. KPN's downstream activiteit wordt dan immers niet beïnvloed door een nieuwe toetreders.
95. Naast de methode van prijsstelling is er de implementatie van de methode. Met betrekking tot de wijze van implementatie concludeert NERA dat een royalty (een bedrag dat afhankelijk is van het aantal verkochte CD Roms) te verkiezen is boven een fixed fee (een vast bedrag). Immers, bij een vast bedrag zijn de barrières om tot de markt toe te treden in het algemeen groter dan bij een royalty.

96. NERA stelt voor de royalty te bepalen per verkochte CD Rom en niet als percentage van de prijs van de CD Rom. Immers, als de royalty betaald zou worden als percentage van de prijs van een CD Rom dan zou het bedrag dat KPN ontvangt, mede afhankelijk zijn van de extra (of lagere) toegevoegde waarde van de CD Rom van de nieuwkomer.

#### **IX REACTIES VAN PARTIJEN OP HET RAPPORT VAN NERA**

97. Door NMa is het rapport van NERA aan beide partijen voorgelegd. Daarbij heeft NMa aangegeven bezig te zijn zich een oordeel te vormen over de prijsstelling. NMa heeft aangegeven als voorlopige visie de opvatting van NERA te delen dat met betrekking tot de upstream-activiteiten de prijsstelling op basis van marginale kosten moet geschieden.

##### Reactie Denda

98. Denda heeft in reactie op het rapport van NERA laten weten de visie van NERA te delen dat de dataset van telefoonabonnees van KPN een essentiële faciliteit is. Ook deelt zij de visie van NERA dat de gegevens van telefoonabonnees waar Denda om vraagt, een zuiver bijproduct zijn van de hoofdactiviteit van KPN, het verrichten van de telefoondienst.
99. Denda is het eens met de opvatting dat voor de upstream-activiteiten een marginale kostenbenadering moet worden gehanteerd. Op dit punt refereert Denda ook nog eens aan de praktijk in Denemarken waar - volgens Denda - "kostengeoriënteerd" wordt uitgelegd als zijnde de extractiekosten voor het ter beschikking stellen van de gegevens aan derden.
100. Denda is het niet eens met NERA waar het gaat om een vergoeding die gerelateerd is aan de downstream-zijde van de markt. Denda meent dat - als het uitgangspunt is dat het aanbieden van gidsproducten en gidsdiensten een activiteit is die door eenieder in vrije concurrentie mag worden ondernomen en dat KPN aan eenieder op verzoek de daarvoor benodigde gegevens ter beschikking moet stellen - er geen aanleiding is om de partij die dit soort producten of diensten als eerste is gaan leveren (in casu KPN) te compenseren voor het feit dat er meer aanbieders op de markt komen.

##### Reactie KPN

101. KPN is het niet eens met het rapport van NERA en meer in het bijzonder niet met de conclusie van NERA als het gaat om het bepalen van een prijs voor de onderhavige gegevens van telefoonabonnees.
102. KPN heeft aangegeven nog geen goede inhoudelijke reactie op het rapport van NERA te kunnen geven. KPN meent dat aan de theoretische modellen en conclusies van NERA slechts betrekkelijk weinig waarde toekomt. Zij zal zelf een (tegen)onderzoek laten verrichten. Vooruitlopend op haar definitieve oordeel heeft KPN wel een aantal punten aangedragen die naar haar oordeel niet buiten beschouwing hadden mogen worden gelaten.
103. Zo meent KPN dat NERA te veel aannames doet die onvoldoende gemotiveerd zijn. Bijvoorbeeld het feit dat NERA "aanneemt" dat er sprake is van een essential facility. Ook is de constatering dat CD Rom-uitgaven een bijproduct van de telefoondienst zijn, nauwelijks gemotiveerd. KPN verwijst opnieuw naar het feit dat de databestanden die daarvoor gebruikt worden qua gegevens en

bedrijfsproces niet gelijk zijn. KPN verwijst ook naar het feit dat de markt niet eenvormig is en dat KPN zelf ook van andere aanbieders afhankelijk is om een compleet bestand van basisvermeldingen te kunnen bieden. Ook verwijst KPN naar internationale aspecten. Tenslotte meent KPN dat ongelimiteerde toegankelijkheid tot de gegevens ertoe zal leiden dat meer telefoongebruikers van vermelding afzien en een geheim nummer wensen. KPN verwijst naar privacy-aspecten.

104. Het door KPN uitgevoerde tegenonderzoek naar aanleiding van het rapport van NERA is inmiddels gereed. Volgens KPN wijken de conclusies van het in opdracht van haar uitgevoerde onderzoek op belangrijke punten af van de conclusies van NERA. Volgens KPN blijkt uit dat onderzoek dat de methode van marginale kosten ongeschikt is voor het bepalen van een prijs voor de abonneegegevens. Als redenen daarvoor voert zij aan dat er geen relatie wordt gelegd tussen de feitelijke kosten en de prijs, dat het economisch inefficiënt is en dat de benadering van marginale kosten onredelijk is. Volgens KPN verdienen "Ramsey-technieken" en de ECP-methode verreweg de voorkeur voor een vaststelling van de prijs.

## **X JURIDISCHE EN ECONOMISCHE BEOORDELING**

### Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv)

105. Op basis van artikel 4 Wtv was KPN verplicht o.a. de telefoondienst te verzorgen en een ieder tegen vergoeding het gebruik daarvan ter beschikking te stellen. Krachtens artikel 2a.1 Bart was KPN verplicht om op verzoek tegen redelijke en billijke en niet-discriminerende voorwaarden bijgewerkte openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoniedienst ter beschikking te stellen. Dit was ter uitvoering van richtlijn 95/62/EG, de voorloper van Richtlijn 98/10/EG, welke op 26 februari 1998 is vastgesteld.
106. Volgens vaste Europese jurisprudentie gelden de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen van de Lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook verplichtingen van de Lidstaten krachtens artikel 5 EG-Verdrag om alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lidstaten. Uit deze jurisprudentie volgt dat bij de toepassing van nationaal recht, de bepalingen van dit recht zoveel mogelijk uitgelegd moeten worden in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.
107. De genoemde richtlijnconforme interpretatie kent echter grenzen. Zij mag er niet toe leiden dat verplichtingen aan particulieren worden opgelegd en zij mag geen strijdigheid opleveren met het beginsel van rechtzekerheid en het verbod van terugwerkende kracht. Ook moet het mogelijk zijn de nationale regelgeving richtlijnconform uit te leggen (dus niet een interpretatie die contra-legem is). Als gekeken wordt naar de bewoordingen van artikel 2a.1 Bart en naar de voorwaarden van de richtlijn, kunnen de woorden "redelijk en billijk" als "kostengeoriënteerd" geïnterpreteerd worden. Wat betreft de invulling van deze voorwaarden wordt verwezen naar de overwegingen 156 en verder.

### Telecommunicatiewet (Tw)

108. Op basis van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie, zijn degenen die vaste, mobiele of persoonlijke nummers in gebruik geven, verplicht om op verzoek van derden in

een overeengekomen formaat op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar te stellen ten behoeve van telefoongidsen en abonnee-informatiediensten.

109. Op basis van de Tw en het Besluit ONP huurlijnen en telefonie moet KPN (evenals elke andere telecomoperator) haar abonneegegevens ter beschikking stellen aan Denda, met inachtneming van bovengenoemde voorwaarden. Voor wat betreft de invulling van deze voorwaarden wordt verwezen naar de overwegingen 156 en verder.

#### Mededingingswet (Mw)

110. Krachtens artikel 24 Mw is het ondernemen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.
111. Teneinde te kunnen beoordelen of er sprake is van een inbreuk op artikel 24 Mw moet achtereenvolgens bevestigd worden of de gedraging verricht is door een onderneming, wat de relevante markt is, of de betrokken onderneming op deze relevante markt een economische machtspositie heeft en of de betrokken onderneming misbruik maakt van deze economische machtspositie.

#### Onderneming

112. Krachtens artikel 1 sub f Mw is de definitie van het begrip onderneming gelijk aan het begrip onderneming in de zin van artikel 85, eerste lid EG-Verdrag. Aangezien dit ondernemingsbegrip gelijk is aan dat van artikel 86 EG geldt het ook voor artikel 24 Mw. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG is een onderneming elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm of wijze van financiering.
113. KPN is onmiskenbaar een onderneming in de zin van artikel 1 Mw. Het is een entiteit die tal van economische activiteiten verricht. In casu gaat het om het verstrekken van gegevens aan derden tegen betaling. Ook voor deze handeling kan KPN als onderneming worden aangemerkt.

#### Relevante markt

114. Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt bepaald worden. Daarbij moet zowel naar de relevante productmarkt als naar de relevante geografische markt gekeken worden.

#### Relevante productmarkt

115. De relevante productmarkt betreft de producten ten aanzien waarvan de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedraging van ondernemingen zich afspeelt. In algemene zin geldt dat de relevante productmarkt alle producten omvat die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor ze bestemd zijn, door de afnemer als onderling uitwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.
116. De gedraging van KPN die ter beoordeling staat is de prijs die zij vraagt en de voorwaarden die zij wenst op te leggen voor de verstrekking van gegevens van telefoonabonnees aan Denda. De producten waar het in deze zaak om gaat zijn derhalve de abonneenummers met bijbehorende informatie van telefoonaansluitingen van KPN. De gegevens waarom het gaat worden door KPN verzameld in het kader van het aangaan van een contract met een telefoonabonnee. De gegevens zijn nodig voor het



kunnen vervullen van de telefoondienst, zoals het uitsturen van rekeningen, het bijhouden van nummerwijzigingen, etc.

117. De productmarkt bestaat derhalve uit de gegevens zoals die door KPN worden verzameld ten behoeve van het verrichten van de telefoondienst. Partijen spreken ook wel van basisvermeldingen. Er bestaan geen substituten voor deze gegevens vanwege de geschriftenbescherming en vanwege de zeer hoge kosten om die gegevens voor eigen rekening te verzamelen.
118. Aangezien de markt voor gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen van iedere telefoonaanbieder niet onderling uitwisselbaar zijn (ieder heeft een eigen abonneebestand) vormen de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen van iedere afzonderlijke telefoonaanbieder een aparte relevante markt.
119. Concluderend kan gesteld worden dat de relevante productmarkt in casu omschreven moet worden als de actuele set van gegevens (dus inclusief wijzigingen nadien) die door KPN wordt verzameld ten behoeve van haar eigen telefoondienst bij het aangaan van een contract.
120. Behalve voor het verrichten van de telefoondienst, kunnen de producten waar het in deze zaak om gaat ook gebruikt worden voor bijvoorbeeld het vervaardigen van gidsen, CD Roms, inlichtingen, of direct marketing. Naast de relevante productmarkt (upstream; de markt voor telefoongegevens van KPN) bestaat er dus een afgeleide markt (downstream) die hier in het geding is, namelijk de markt voor aanbidding van gidsdiensten of publicatie in enigerlei vorm van abonneeoverzichten. Voor toegang tot deze markt is het beschikken over gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen onontbeerlijk.

#### Relevante geografische markt

121. In het algemeen is de geografische markt het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van de aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.
122. De geografische markt wordt gevormd door het gebied dat bestreken wordt door de gegevens van telefoonaansluitingen van KPN. KPN verzorgt telefoonaansluitingen in heel Nederland. De relevante geografische markt omvat in dit geval heel Nederland.

#### Economische machtspositie

123. Artikel 1, onderdeel i, Mw definieert het begrip economische machtspositie als een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.
124. De relevante markt bestaat uit de gegevens behorende bij nummers van telefoonabonnees van telefoonaansluitingen van KPN in Nederland. Zoals gezegd is de markt voor deze gegevens onlosmakelijk verbonden met het aanbieden van telefoondiensten door KPN. Deze gegevens worden immers verzameld in het kader van het uitoefenen van de telefoondienst.
125. Volgens het Hof van Justitie leveren aanzienlijke marktaandelen op

zichzelf reeds bewijs op van een machtspositie, behoudens uitzonderingsomstandigheden. Ondernemingen die over een monopolie beschikken kunnen te meer worden geacht een economische machtspositie in te nemen.

126. Alle aanbieders van telefoondiensten hebben een feitelijk monopolie en daarmee een economische machtspositie als het gaat om de gegevens behorende bij de nummers van de bij hen aangesloten telefoonabonnees. Zij alleen beschikken over hun eigen set gegevens.
127. Bovendien is het praktisch onmogelijk om deze gegevens te dupliceren. Er rust immers geschriftenbescherming op. Ook kunnen de gegevens van bijvoorbeeld KPN niet worden uitgewisseld met gegevens van een andere telefoonaanbieder, omdat elk abonneebestand uniek is. De gegevens die behoren bij nummers van telefoonabonnees kunnen dan ook beschouwd worden als een essentiële faciliteit om tot de afgeleide markt te kunnen toetreden.
128. Resultaat is dat derden deze gegevens alleen kunnen verkrijgen van de beschikkingsbevoegden, dat wil zeggen van de aanbieders van telefoniediensten die deze gegevens in het kader van het aanbieden van de telefoondienst hebben verkregen. Derden, zoals Denda, verkeren derhalve in een economisch afhankelijke positie ten opzichte van de telefoonaanbieders zoals KPN als het gaat om het verkrijgen van gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen in Nederland. Een dergelijke economisch afhankelijke positie is kenmerkend voor het bestaan van een economische machtspositie.
129. KPN heeft, evenals andere aanbieders van de telefoniedienst, een economische machtspositie als het gaat om de gegevens van abonnees van haar eigen vaste en mobiele telefoondienst.
130. Door deze positie is KPN in staat een daadwerkelijke mededinging op de afgeleide markt voor publicatie van die gegevens in enigerlei vorm te verhinderen. Er kan geen concurrent voor de CD-Foongids van KPN op de markt komen als deze concurrent van KPN niet de beschikking krijgt over de gegevens van de telefoonaansluitingen van KPN (zowel vast als mobiel).
131. Voor deze zaak is het met het oog op de machtspositie ook van belang de inhoud van het product (de gegevens van telefoonaansluitingen van KPN) nader te specificeren en te bepalen uit welke elementen dit product bestaat.
132. Volgens KPN bestaat een zogenoemde basisvermelding uit de volgende elementen: naam-, adres-, en telefoonnummergegevens waarmee contractanten op de telefoondienst als standaardvermelding vermeld willen worden in telefoongidsen en bij nummerinformatiediensten van KPN.
133. Uit het aanvraagformulier van KPN voor een nieuwe telefoonaansluiting blijkt het te gaan om:
  - naam en voorletters, eventueel bedrijfsnaam;
  - volledig adres waaronder de postcode;
  - een eventuele extra vermelding (tegen betaling) van het telefoonnummer onder een andere naam;
  - de vermelding of de aansluiting (uitsluitend) als faxlijn wordt gebruikt.

Uit het aanvraagformulier voor ISDN2-aansluitingen blijkt dat naast vragen omtrent de aard van de vermelding eveneens de volledige NAW-gegevens worden gevraagd (inclusief postcode en eventueel bedrijfsnaam).

134. KPN heeft zich op het standpunt gesteld dat de gegevens die zij aan Denda dient te verstrekken uitsluitend betrekking hebben op de (gratis) standaardvermelding (zonder postcode) in de gids, en niet de (betaalde) extra vermeldingen.
135. Afgezien van het feit dat de gratis vermelding diverse extra's kan bevatten (fax, beroep, extra regels), is de stelling van KPN onjuist. Op basis van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie gaat het om alle informatie behorende bij een nummer. Het gaat dus niet alleen om de 'kale' naam-, adres-, woonplaatsgegevens en telefoonnummer (NAWT-gegevens), maar ook om alle toevoegingen die een contractant al of niet tegen betaling kan laten opnemen blijkens het aanvraagformulier.
136. Als concurrerende aanbieders van KPN op een afgeleide markt slechts de 'kale' NAWT-gegevens zouden kunnen krijgen, terwijl uitsluitend KPN over de aanvullende gegevens beschikt, dan zou KPN alleen hierom al een voorsprong kunnen hebben op haar concurrenten. Zo'n voorsprong heeft KPN dan uitsluitend te danken aan haar positie als telefonie-aanbieder en de aanbieder-klantrelatie die daaruit voortvloeit. Het is die relatie die het KPN mogelijk maakt gegevens te vragen die andere partijen niet (bijv. vermelding fax, betaalde extra vermeldingen), of alleen met relatief veel inspanning (postcode) kunnen verwerven.
137. Indien KPN aan andere aanbieders van gidsdiensten minder gegevens zou behoeven te verstrekken dan die zij zelf uit hoofde van het uitvoeren van de telefoondienst vraagt en waarover zij derhalve op de afgeleide markt kan beschikken, dan betekent dit dat KPN op de afgeleide markt een concurrentievoordeel ten opzichte van concurrenten heeft.
138. Tegen deze achtergrond is het verder niet van belang wat KPN precies verstaat onder basisgegevens. Het zijn al de hiervoor genoemde gegevens die behoren tot de inhoud van het product. Daaronder vallen ook postcodes, evenals eventuele faxvermeldingen en andere vermeldingen zoals beroep. Deze gegevens worden immers "kant en klaar" door de klant aan KPN verstrekt.

#### Misbruik

139. Uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet volgt dat de voorbeelden van misbruik genoemd in artikel 86 EG-verdrag eveneens te beschouwen zijn als voorbeelden van misbruik in de zin van artikel 24 Mededingingswet. Artikel 86 EG-verdrag, onder a, bepaalt dat misbruik met name kan bestaan in het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden. Artikel 86 EG-verdrag, onder b, bepaalt dat misbruik kan bestaan in het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling, ten nadele van de gebruikers.
140. Bij de vraag of KPN in dit geval misbruik maakt van haar machtspositie door f 0,85 per gegeven dan wel circa 6 miljoen gulden voor alle aansluitgegevens te vragen aan Denda, moet allereerst beslist worden of KPN mag weigeren deze gegevens te leveren. Hierna zal dus eerst ingegaan worden op de grond van artikel 86, onder b EG-Verdrag en vervolgens op de vraag of f 0,85 een onbillijke prijs is.

#### Leveringsplicht voor KPN?

141. De eerste vraag die beantwoord moet worden is of KPN verplicht is tot levering.

142. Zoals hiervoor is aangegeven is op grond van de telecommunicatiewetgeving iedere telecomoperator die nummers uitgeeft verplicht de bij een nummer behorende gegevens op verzoek aan een derde te verstrekken ten behoeve van informatiediensten.
143. Afgezien van de telecomwetgeving is KPN - op grond van de navolgende overwegingen - ook op grond van de mededingingswetgeving verplicht de bij een nummer behorende gegevens ter beschikking te stellen.
144. Op de gegevens van telefoonabonnees (welke zijn opgenomen in telefoongidsen) rust zogenoemde onpersoonlijke geschriftenbescherming krachtens de Auteurswet. Het bezit van een auteursrecht biedt de rechthebbende echter niet de bevoegdheid om in strijd met de wet te handelen. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in artikel 1 van de Auteurswet, in de verwijzing naar beperkingen bij de wet gesteld. De Mededingingswet is een wet als in deze bepaling bedoeld.
145. Het Hof van Justitie van de EG heeft als uitgangspunt gekozen dat het bezit van een intellectueel eigendomsrecht als zodanig niet automatisch en altijd een machtspositie in het leven roept en dat gebruik binnen het doel waarvoor het intellectueel eigendomsrecht door de nationale wetgever is gecreëerd, behoudens bijzondere omstandigheden, geen misbruik oplevert. Dit doel wordt wel aangeduid als de wezenlijke functie van het intellectuele eigendomsrecht. Uit die wezenlijke functie kan een bundel van kernbevoegdheden worden afgeleid, het zogenaamde specifieke voorwerp van het intellectuele eigendomsrecht. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG dat het bestaan van intellectuele eigendomsrechten niet kan worden aangetast, maar dat de uitoefening ervan wel geraakt kan worden door het mededingingsrecht.
146. Op grond van het bovenstaande moet nagegaan worden wat in dit geval tot het specifieke voorwerp van het recht behoort. Door de rechter in kort geding is vastgesteld, en dit is in hoger beroep bevestigd, dat telefoongidsen waarin de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen zijn opgenomen zogenoemde "andere geschriften", als bedoeld in artikel 10, onder 1 van de Auteurswet zijn. KPN kan zich ten aanzien van de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen dan ook met recht beroepen op deze zogenoemde geschriftenbescherming van artikel 10, onder 1, Auteurswet. Dit brengt mee dat aan KPN als maker van die geschriften op grond van de Auteurswet 1912 geen verder reikende bescherming toekomt dan tegen het door ontlening aan die geschriften zelf overnemen van de inhoud daarvan. Het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht van KPN is dat zij zich kan verzetten tegen ontlening.
147. Het Hof van Justitie van de EG heeft bepaald dat van misbruik in de zin van artikel 86, onder b EG-verdrag sprake kan zijn wanneer een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt, een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming(en) voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld. Dit grondbeginsel is ook terug te vinden in de richtsnoeren voor de toepassing van de mededingingsregels op de telecommunicatiesector. In de richtsnoeren stelt de Commissie dat indien levering van niet-gereserveerde diensten wordt verhinderd, dit kan leiden tot een

beperking van de productie, de afzet en vooral van de technische vooruitgang die in de telecommunicatiesector een sleutelrol speelt.

148. De weigering om aan een onderneming te leveren kan onder het verbod van artikel 86 EG-verdrag vallen, indien de geweigerde levering betrekking heeft op een product of een dienst die essentieel is voor de uitoefening van de betrokken activiteit, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel substituut voor dat product of die dienst bestaat. De eigenaar van een noodzakelijke voorziening die zijn macht op een markt gebruikt om zijn positie op een andere verwante markt te beschermen of te versterken, met name door te weigeren aan een concurrent toegang te verlenen of door toegang te verlenen onder minder gunstige voorwaarden dan die van zijn eigen diensten, waarbij de concurrent dus een concurrentienadeel wordt opgelegd, maakt inbreuk op artikel 86 EG-Verdrag. Onder bepaalde omstandigheden kan het weigeren van een licentie misbruik van een economische machtspositie inhouden. Als bijzondere omstandigheid werd in de zaak Magill genoemd het beletten van het op de markt komen van een nieuw product. Uit het arrest van het tussen partijen gevoerde geding van het Gerechtshof te Arnhem blijkt dat een nieuwe wijze aanbieden volstaat om in de Nederlandse context te kunnen spreken van een nieuw product in de zin van het arrest Magill.
149. Daargelaten wat de NMa zou oordelen omtrent de nieuwheid van het door Denda op de markt te brengen product, acht zij voor haar oordeel omtrent het gedrag van KPN vooral van belang dat - zoals hiervoor is aangegeven - de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen een essentiële faciliteit vormen en onontbeerlijk zijn voor het vervaardigen van een CD Rom die een overzicht geeft van telefoonaansluitingen in Nederland.
150. KPN (alsmede elke andere telefoonaanbieder) heeft een feitelijk monopolie ten aanzien van deze gegevens vanwege het feit dat deze gegevens onlosmakelijk verbonden zijn met het uitoefenen en het kunnen uitoefenen van de telefoondienst. KPN heeft derhalve de exclusieve beschikking over deze gegevens, die essentieel zijn voor het kunnen voortbrengen van een CD Rom. Zoals in het arrest Magill, waar bepaald is dat programma-overzichten onontbeerlijk zijn voor de productie van omroepgidsen, zijn hier gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen onontbeerlijk voor het vervaardigen van een CD Rom met dergelijke gegevens.
151. Een hoofdactiviteit van KPN is het aanbieden van telefoondiensten. In het kader van deze hoofdactiviteit worden door KPN gegevens van abonnees verzameld. Zij kan deze hoofdactiviteit niet uitvoeren zonder de genoemde gegevens te verzamelen, omdat die nodig zijn voor bijvoorbeeld het sturen van rekeningen.
152. Hoewel betwist kan worden of alle gegevens die KPN in het kader van een telefoonaansluiting van klanten verzamelt nodig zijn voor het kunnen uitoefenen van de telefoondienst, staat vast dat zij deze gegevens verzamelt in dat kader.
153. Op basis van zowel de Wtv als de Tw is KPN opgedragen een telefoongids en een abonnee-informatiedienst ter beschikking te stellen. Voor de vervaardiging daarvan maakt zij gebruik van de gegevens die zij in het kader van het aanbieden van de telefoondienst verzamelt en van gegevens die zij van andere aanbieders van telefoondiensten verkrijgt.
154. Deze nevenactiviteit kan echter ook door derden verricht worden. Dit is ook de uitdrukkelijke bedoeling van de Europese wetgever. De eerder aangehaalde Richtlijn ONP spraak gaat er namelijk vanuit dat er concurrentie op gidsdiensten ontstaat. Deze concurrentie kan er

alleen zijn als de bestaande telefoonaanbieders onderling concurrerende producten maken voor het opzoeken van gegevens van telefoonabonnees, dan wel ook anderen, zoals Denda, in staat gesteld worden dergelijke producten op de markt te brengen. In beide gevallen is daarvoor noodzakelijk dat concurrerende aanbieders en derden toegang krijgen tot de lijsten van gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen van elke aanbieder. De verplichting tot het leveren van dergelijke gegevens is opgenomen in de eerder aangehaalde telecommunicatiewetgeving.

155. Uit het bovenstaande volgt dat KPN, zowel op grond van de telecommunicatiewetgeving, als op grond van het mededingingsrecht, verplicht is de gegevens aan derden, zoals Denda, te leveren.

#### Voorwaarden levering gegevens

156. Nu vaststaat dat KPN de gegevens moet leveren is het vervolgens de vraag tegen welke voorwaarden dat moet gebeuren. Meer specifiek is het de vraag of de voorwaarden die KPN stelt, misbruikelijk zijn.
157. In casu heeft KPN niet geweigerd de gegevens aan Denda ter beschikking te stellen. Zij heeft echter een vergoeding van f 0,85 per gegeven gevraagd en aanvullende voorwaarden gesteld. Deze voorwaarden komen er op neer dat de CD Rom die Denda op de markt wil brengen geen mogelijkheid tot omgekeerd zoeken mag bevatten en dat het databestand beveiligd dient te zijn tegen het geheel of gedeeltelijk kopiëren door anderen (er kunnen maar een beperkt aantal records per opvraging gedownload worden). Daarnaast bestaat tussen partijen onenigheid over de inhoud van de zogenoemde basisvermeldingsgegevens. Volgens KPN behoort zelfs de postcode niet tot deze gegevens.
158. Volgens Denda zijn deze voorwaarden prohibitief en hebben zij tot gevolg dat Denda niet in staat is een CD Rom op de markt te brengen die kan concurreren met de CD-Foongids van KPN. Daar komt bij dat KPN een bedrag ineens wil krijgen en het aanbod van Denda om te praten op basis van een vergoeding gebaseerd op een royalty heeft afgewezen.
159. KPN voert in feite als verweer aan dat f 0,85 de prijs is die zij ook intern rekent en ook aan andere aanbieders van telefoondiensten betaalt voor het verkrijgen van gegevens van abonnees van die andere telefoonaanbieder. Die andere aanbieders van telefoondiensten betalen vervolgens aan KPN een vergoeding voor de opname van hun abonnees in een telefoongids of in het bestand van de inlichtingendienst.
160. Nagegaan moet worden of KPN misbruik maakt van haar machtspositie nu zij aan Denda f 0,85 vraagt voor de gegevens en tevens een aantal beperkende voorwaarden oplegt met betrekking tot het gebruik van de gegevens.
161. De vraag is of de voorwaarden (inclusief prijs) die KPN stelt, in feite niet gelijk gesteld kunnen worden met een weigering tot het verlenen van een licentie. Deze vraag kan beantwoord worden aan hand van een toets aan verplichtingen die voortvloeien uit de telecommunicatieregelgeving met betrekking tot het ter beschikking stellen van de hier aan de orde zijnde gegevens. Bij de beoordeling of sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw wordt aangesloten bij de uitleg van artikel 86 EG-Verdrag. In artikel 86 EG-Verdrag, sub a wordt als een vorm van misbruik aangemerkt het stellen van onbillijke prijzen of voorwaarden. Bij de bepaling wat onbillijk is kan aangesloten worden bij de verplichtingen van de

telecommunicatiewetgeving met betrekking tot de voorwaarden voor het verstrekken van de gegevens. Op grond van artikel 4 Wtv juncto artikel 2a.1 Bart moeten de gegevens op redelijke en billijke voorwaarden ter beschikking worden gesteld en op grond van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie moeten de gegevens tegen kostengeoriënteerde voorwaarden ter beschikking worden gesteld.

Bepaling van de prijs waartegen de gegevens door KPN geleverd moeten worden

i) upstream kosten

162. De set van gegevens van telefoonabonnees is onlosmakelijk verbonden met het kunnen uitvoeren van de telefoondienst. Immers, het gebruik van de telefoon moet op naam gesteld worden en de rekening moet op gezette tijden naar het woon-/werkadres verstuurd worden.
163. Op de markt voor telefoondiensten van KPN (upstream) ontstaat een bijproduct voor een afgeleide markt (downstream). Deze afgeleide markt is de markt voor het opzoeken van telefoonabonnees. Op deze markt kunnen meerdere aanbieders actief zijn. Dit hoeven niet uitsluitend telecomaandieners zoals KPN te zijn, maar kunnen ook anderen zijn die enkel informatiediensten aanbieden, zoals Denda.
164. De aanbieders op deze afgeleide markt zijn voor het aanbieden van hun producten afhankelijk van de telefoonaanbieders. Immers, elke aanbieder is, zoals gezegd, de enige die de beschikking heeft over de gegevens, behorende bij de nummers van de eigen telefoonabonnees. Met andere woorden, de set van gegevens van telefoonabonnees van elke aanbieder afzonderlijk is voor Denda een essentiële faciliteit om de door haar beoogde CD Rom te produceren. Zij kan die gegevens niet op een andere wijze verkrijgen, omdat op de gegevens een geschriftenbescherming rust. Immers, het overtypen van telefoonboeken van KPN wordt als inbreuk op het auteursrecht van KPN gezien.
165. KPN hoeft geen wezenlijke extra inspanningen te verrichten om de gegevens van telefoonabonnees te verstrekken. KPN verricht op de markt voor telefoondiensten (upstream) geen inspanningen anders dan de inspanningen die zij moet verrichten in het kader van het op orde (actueel) houden van haar klantenbestand voor ondermeer het versturen van rekeningen.
166. Door KPN zijn de kosten voor het bestand waarin de gegevens zijn opgenomen reeds verwerkt in de tarieven voor de telefoondienst. In dat geval is de prijs die Denda upstream aan KPN zou moeten betalen gelijk aan de marginale kosten van KPN voor het ter beschikking stellen van de gegevens, eventueel verhoogd met een redelijke winstopslag.
167. De marginale kosten voor het verstrekken van de gegevens zijn laag. Uit gegevens van KPN blijkt dat deze kosten [.....] bedragen.
168. De vraag is of deze kosten tevens de kosten zijn die KPN maximaal in rekening mag brengen. Op economische gronden zou gesteld kunnen worden dat rekening dient te worden gehouden met inkomstenderving/kosten van KPN op de downstreammarkt door teruglopende verkopen van haar CD-Foongids. Als daar geen rekening mee zou worden gehouden, is de kans groot dat er inefficiënte toetreding tot die markt plaatsvindt. In de volgende

overwegingen wordt hierop inhoudelijk nader ingegaan.

ii) downstream kosten

169. In het onderzoek betoogt NERA dat Efficient Component Pricing (ECP) gebruikt dient te worden om te verzekeren dat de toetreding die plaatsvindt efficiënt is. Efficiënt wil (grosso modo) zeggen dat de kosten die de toetreders maakt om marktaandeel te veroveren lager zijn dan de kosten die KPN bespaart doordat zij minder CD Roms verkoopt. De ECP-methode is ontwikkeld in een reeks academische publicaties en is een aanvaarde methode die zich in het bijzonder leent voor prijsbepaling en die bovendien praktisch uitvoerbaar is. De ECP-methode komt er kort gezegd op neer dat er op de downstream markt een zekere compensatie betaald wordt voor de door toetreding veroorzaakte kosten van de zittende onderneming.
170. Bij het toepassen van de ECP-methode is het ten eerste van belang dat geen compensatie gegeven wordt voor eventuele monopoliewinsten van KPN op de markt van CD Roms. In casu wordt dit probleem opgelost door uit te gaan van de gemiddelde gemaakte kosten, zodat monopoliewinsten als vanzelf buiten beschouwing blijven.
171. Toegepast op KPN is het betoog als volgt. KPN is tot nu toe de enige die zich heeft begeven op de markt voor het opzoeken van telefoongegevens via CD Rom. Zij heeft daarvoor investeringen gepleegd die mogelijk door nieuwe toetreding niet helemaal kunnen worden terugverdiend. Het is dan efficiënt om in ieder geval de "sunk-costs" oftewel verzonken kosten van KPN te compenseren. Immers, op deze manier wordt voorkomen dat er sprake is van inefficiënte toetreding, waardoor geïnvesteerd kapitaal verloren gaat.
172. Omdat de totale kosten van het maken (persen) en promoten van een CD Rom laag zijn en deze kosten nog de met het aantal CD's variërende kostenelementen bevatten, zijn de vaste kosten voor het maken van CD Roms (berekend per CD Rom en beschouwd in relatie tot de verkoopprijs) gering. Bij teruglopende verkopen dient met betrekking tot deze vaste kosten bepaald te worden, welke kosten niet terugverdiend zouden kunnen worden en dus verzonken zijn. Afgaand op de hoogte van de vaste kosten kan in casu wel geconcludeerd worden dat de verzonken kosten op een laag niveau liggen.
173. Om een indicatie te verkrijgen van de verzonken kosten wordt het verschil berekend tussen de directe kosten en de marginale kosten per CD Rom. Dit verschil bedraagt [.....]. Omdat KPN geen inzage heeft gegeven in de gemiddelde kosten is in de berekening uitgegaan van de door KPN opgegeven directe kosten. De gemiddelde kosten kunnen evenwel wat hoger zijn, maar daar staat tegenover dat de vaste kosten niet alle verzonken zullen zijn.
174. Ten tweede is het met betrekking tot de genoemde downstream compensatie van belang te bepalen in hoeverre een nieuwe CD Rom een substituuut is van de bestaande CD Foongids van KPN. In het algemeen geldt immers dat hoe minder een nieuwe CD Rom een substituuut is van de CD-Foongids, hoe minder KPN door toetreding getroffen wordt. Additioneel is het van belang om vast te stellen of hier sprake is van een zodanige groeiemarkt, dat door nieuwe toetreding het aantal CD Foongidsen van KPN helemaal niet terugloopt. In dit laatste geval hoeft in het geheel niet bepaald te worden in welke mate de CD Rom van Denda een substituuut is van de CD Foongids van KPN (er zijn dan geen verzonken kosten).
175. Om een schatting van de totale verzonken kosten te maken moet



een schatting gemaakt worden van het aantal CD Roms dat KPN minder zal verkopen als gevolg van het op de markt komen van een CD Rom van Denda.

176. Ten aanzien van de substitueerbaarheid tussen de CD Rom van KPN en de CD Rom die Denda op de markt wil brengen merkt Denda op dat er in elk geval geen sprake is van een zogenoemd perfect substituuut.
177. Uitgaande van gegevens uit het verleden over het aantal verkopen van de CD-Foongids van KPN en recente publicaties van KPN over de nieuwste CD-Foongids kan gesteld worden dat de markt nog steeds groeit. Door KPN is in de civiele procedure met Denda aangegeven dat zij in 1996 in totaal 63.000 exemplaren van de CD-Foongids heeft verkocht. In de eerste vier maanden van 1997 waren dat er 40.000, waarvan 32.000 particuliere CD-Foongidsen, 3000 netwerkversies voor bedrijven en 5000 stand alone versies voor bedrijven. Uit openbare publicaties blijkt dat de verwachte verkoop van de CD-Foongids in 1998 100.000 exemplaren bedraagt. Daarvan werden er op voorhand al 75.000 gereserveerd.
178. Denda verwacht dat zij ongeveer 50.000 exemplaren van haar CD Rom op de markt zal afzetten. Uitgaande van verkoopcijfers van 63.000 CD-Foongids in 1996 en ruim 100.000 in 1998 betekent dit een groei van het aantal CD Roms van circa 40.000 per twee jaar oftewel 20.000 per jaar. Ervan uitgaande dat Denda een niet-perfect substituuut maakt en dat de komst van Denda concurrentie brengt (hetgeen in het algemeen tot lagere prijzen en hogere verkopen leidt) mag verwacht worden dat het afzetverlies van KPN gering is. Dit betekent dat de totale verzonken kosten voor KPN gering zullen zijn. Bij een verondersteld verlies van 10.000 CD Roms voor KPN en verzonken kosten van enkele gulden per CD Rom zou de compensatie ca. [.....] gulden bedragen. Aangezien de markt sterk groeit zou na 1 jaar door KPN alweer het oorspronkelijke aantal gehaald kunnen worden, waardoor slechts gedurende korte tijd compensatie hoeft te worden gegeven (of een lager bedrag over een reeks van jaren).

iii) vergelijking met integrale kosten

179. Het is de vraag of de prijs die betaald moet worden in casu anders zou zijn indien zou worden gekozen voor een integrale kosten benadering. In dat geval moet in de eerste plaats een toerekening plaatsvinden van de kosten die gemaakt worden ten behoeve van de verschillende gebruiksdoeleinden. De kosten die KPN maakt voor het bestand waarin de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen zijn opgenomen moeten dus verdeeld worden over de telefoondienst en andere diensten zoals het verkopen en exploiteren van het bestand op de downstreammarkt.
180. Een kostentoedeling is in zekere zin arbitrair, maar gezien de aard van het product kan in dit geval zonder meer gezegd worden dat tenminste het leeuwendeel van de kosten (bijvoorbeeld naar rato van omzet of toegevoegde waarde van de activiteit) moet worden toegerekend aan de telefoondienst en slechts een klein deel van de kosten aan andere exploitatievormen van de gegevens, waaronder de CD-Foongids. Daarbij moet met name bij dit type non-rival product rekening worden gehouden dat KPN de gegevens op diverse manieren exploiteert, zowel op verschillende markten als voor verschillende afnemers. De kosten dienen dan verdeeld te worden over deze verschillende markten alsmede de afnemers daarop. Het zal duidelijk zijn dat ook in dat geval de kosten die Denda moet betalen laag zijn (de CD Rom markt is een markt van vele miljoenen; de telefoondienst een markt van enkele miljarden gulden).

iv) wijze van prijsstelling

181. Vanuit oogpunt van concurrentie is markttoegankelijkheid van groot belang. Met dat oogmerk verdient een wijze van prijsstelling die toetredingsbarrières zo laag mogelijk maakt, de voorkeur.
182. Een nieuwkomer treedt gemakkelijker toe tot de markt van CD Roms voor telefoongegevens wanneer hij een royalty per CD Rom moet betalen dan wanneer een vast bedrag ineens betaald moet worden. Immers, bij een royalty per CD Rom is het te betalen bedrag afhankelijk van het aantal verkochte CD Roms. Dit betekent dat een nieuwkomer bij een relatief klein aantal verkochte CD Roms al een economisch rendabele exploitatie kan hebben waardoor zijn overlevingskans groter is. Uit door Denda aangedragen voorbeelden blijkt ook dat een dergelijke wijze van afrekening zeker niet vreemd is en misschien zelfs wel gebruikelijk genoemd mag worden in licentiecontracten voor de verkrijging van databases. De royalty moet zodanig vastgesteld worden dat de kosten die KPN in rekening mag brengen, terugverdiend kunnen worden. Daarvoor moet er dus een reële inschatting gemaakt worden van de marktpotentie van de door Denda op de markt te brengen CD Rom.
183. Bij een royalty-benadering dient de royalty per verkochte CD Rom vastgesteld te worden en niet als percentage van de prijs van de CD Rom. Immers, als de royalty betaald zou worden als percentage van de prijs van een CD Rom dan zou de royalty samenhangen met het prijsniveau van de CD Rom van de nieuwkomer. Omdat het prijsniveau in het algemeen een functie van de kwaliteit van het product is, zou extra of lagere toegevoegde waarde van de CD Rom van de nieuwkomer extra dan wel minder compensatie voor KPN inhouden. Beide zijn ongewenst.
184. Indien de totale kosten voor het gegevensbestand laag zijn, beïnvloedt de wijze van prijsstelling de markttoegankelijkheid waarschijnlijk niet. In dat geval kan de prijsstelling ook anders geschieden, bijvoorbeeld via een bedrag ineens. Een royalty is dan niet noodzakelijk om concurrentie te bevorderen.

v) redelijkheid gevraagde prijs

185. Teneinde de redelijkheid van de door KPN aan Denda gevraagde prijs van f 0,85 per gegeven te kunnen beoordelen is het van belang de door KPN gevraagde prijs te vergelijken met de prijs die KPN zichzelf in rekening zou moeten brengen indien zij geen winst maar ook geen verlies op de verkoop van CD Roms maakt. Hiertoe wordt uitgegaan van de gegevens die KPN heeft verstrekt.
186. KPN vraagt Denda een bedrag van f 0,85 per gegeven (excl. btw), hetgeen neerkomt op een bedrag van ca. 6 miljoen gulden (excl. btw). Gegeven het feit dat er ca. 100.000 CD Roms verkocht worden waarvan de meest voorkomende verkoopprijs voor de consumentenversie f 79,- (incl btw) voor de consumentenversie, levert dit ca. 8 miljoen gulden (incl. btw) op aan inkomsten. KPN geeft aan dat de bruto detailhandelsmarge [.....]% bedraagt, hetgeen een inkoopwaarde voor de detailhandel van ca. [.....] gulden inhoudt. Excl. btw ca. [.....] gulden. Aangezien de directe kosten per CD volgens opgave van KPN [.....] per CD Rom en derhalve ruim [.....] gulden in totaal bedragen (excl btw), betekent dit dat KPN bij een winst van nul hooguit 2,5 miljoen gulden voor het gebruik van de gegevens betaalt. Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat wanneer wordt aangenomen dat KPN geen winst en geen verlies maakt op de verkoop van CD Roms, zij zichzelf met betrekking tot de markt voor CD Roms aanmerkelijk minder in rekening brengt dan de f 0,85 die zij aan Denda heeft gevraagd.

vi) conclusie met betrekking tot prijsstelling

187. Als KPN alleen de marginale kosten voor het ter beschikking stellen van het bestand van telefoonabonnees op de spraaktelefonie aan Denda in rekening brengt, dan zou Denda voor dit bestand, op basis van de beschikbare gegevens, een bedrag van [.....] (verhoogd met een (redelijke) winststopslag) aan KPN moeten betalen.
188. In dit bedrag zijn geen updates meegenomen. Uit gegevens van KPN blijkt dat een update in de vorm van een geheel nieuw bestand moet worden geleverd. Gesteld dat Denda 3 updates per jaar zou willen hebben, komt dit neer op een totaalbedrag van tussen de [.....] en [.....].
189. Indien op basis van de ECP-methode downstream compensatie wordt verdisconteerd, dan zou de prijs gedurende enkele jaren volgens globale berekeningen niet meer dan [.....] (minder dan de marginale kosten plus 3 updates per jaar) hoger mogen zijn.
190. Dit betekent dat KPN in z'n totaliteit minder dan f 0,005 per gegeven mag vragen.

## Overige voorwaarden bij verstrekken gegevens

191. Behalve de prijs worden er door KPN ook nadere voorwaarden gesteld aan de ter beschikkingstelling van gegevens die behoren bij nummers van telefoonabonnees. Volgens de telecomregelgeving moeten deze voorwaarden niet-discriminerend zijn. Ook bij de beoordeling van misbruik in het kader van de Mededingingswet moet van dezelfde criteria worden uitgegaan.
192. KPN stelt zich op het standpunt dat omgekeerd zoeken niet mogelijk moet zijn vanwege privacy-overwegingen. Verder stelt zij beperkingen aan de extractiemogelijkheden.
193. Eerder is het wettelijk kader met betrekking tot de privacyregelgeving uiteengezet. Zowel de Wet persoonsregistraties (Wpr) als het wetsontwerp van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) verplichten KPN niet tot het beveiligen van de gegevens tegen omgekeerd zoeken. KPN is niet verantwoordelijk voor de wijze waarop Denda met de verstrekte gegevens omgaat. Er is dus vanuit de privacy-wetgeving geen aanknopingspunt voor KPN om omgekeerd zoeken te verbieden. Degene die de gegevens openbaar maakt is zelfstandig verantwoordelijk voor de naleving van de wettelijke bepalingen.
194. Overigens zij opgemerkt dat het door middel van speciaal geschreven software ook bij de CD-Foongids van KPN mogelijk is om omgekeerd te zoeken.
195. In de door KPN verstrekte gegevens stelt KPN dat zij de gegevens behorende bij de nummers van telefoonabonnees ook aan zichzelf, KPN niet zijnde de aanbieder van de telefoondienst, verkoopt tegen dezelfde prijs die aan Denda is aangeboden, f 0,85. De eenheid die deze gegevens binnen KPN koopt wordt niet beperkt - althans volgens de beschikbare gegevens - in haar gebruiksmogelijkheden van de gegevens. Een van de voorwaarden voor het verstrekken van de gegevens aan derden is dat dit niet discriminerend mag zijn. Nu KPN de gegevens aan zichzelf verkoopt zonder enige beperking met betrekking tot het gebruik van de gegevens op te leggen, is het opleggen van beperkingen aan Denda - in de vorm van een maximaal aantal extractiemogelijkheden - in strijd met de regel van non-discriminatie.

## XI CONCLUSIE

196. KPN is op grond van artikel 4 Wtv juncto artikel 2a.1 Bart verplicht om op verzoek openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoniedienst ter beschikking te stellen. Ook onder de nieuwe telecommunicatiewetgeving (artikel 7.5. Telecommunicatiewet juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie) is KPN verplicht om de gegevens aan een derde ter beschikking te stellen.
197. KPN beschikt over een economische machtspositie in de zin van de Mw op de markt voor gegevens, behorende bij nummers van telefoonabonnees. KPN moet deze gegevens op grond van artikel 24 Mw eveneens ter beschikking stellen.
198. Deze gegevens omvatten:
- naam en voorletters, eventueel bedrijfsnaam;
  - volledig adres waaronder de postcode;
  - een eventuele extra vermelding van het telefoonnummer onder een andere naam;
  - de vermelding of de aansluiting (uitsluitend) als faxlijn wordt gebruikt.
199. Zowel op grond van de in overweging 196 genoemde artikelen van de telecommunicatiewetgeving als op grond van artikel 24 Mededingingswet moet de terbeschikkingstelling geschieden tegen kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden. Indien aan één van de voorwaarden niet is voldaan, is dit voldoende voor een inbreuk.
200. Kostengeoriënteerd wordt in dit kader uitgelegd als (voor de upstreammarkt) marginale kosten voor het daadwerkelijk ter beschikking stellen van de gegevens aan derden, eventueel gecombineerd met een vergoeding voor het omzetverlies van CD Roms van KPN op de downstreammarkt.
201. Wanneer wordt uitgegaan van de methode van marginale kosten en ook indien uitgegaan zou worden van een combinatie met ECP kan worden vastgesteld dat de prijs die KPN nu vraagt (f 0,85 per gegeven) exorbitant hoog is en derhalve misbruikelijk is. Berekeningen wijzen uit dat de prijs lager dient te zijn dan f 0,005 per gegeven.
202. Aangezien KPN aan Denda overige voorwaarden wenst op te leggen die zij - zo blijkt uit de beschikbare gegevens - niet aan zichzelf oplegt bij interne doorverkoop van de gegevens, schendt zij de verplichting om de gegevens niet-discriminatoir ter beschikking te stellen.
203. Op grond van het bovenstaande is de voorlopige beoordeling van de OPTA en NMa dat KPN een te hoge prijs voor de telefoongegevens vraagt en te beperkende voorwaarden oplegt. Concluderend menen OPTA en NMa dat KPN in strijd handelt met de telecommunicatieregelgeving (Wtv en vanaf de inwerkingtreding ook met de Tw), respectievelijk misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw (vanaf 1 januari 1998) maakt.

De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

w.g. .W. Kist

Datum: 14 december 1998

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN  
TELECOMMUNICATIEAUTORITEIT,

namens het college,  
de voorzitter,

w.g. Prof. dr. J.C. Arnbak

Datum: 14 december 1998

[terug](#)

*Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontleen.*