

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/TN/2006/203208

Zaaknummer: JBOE06001

OPENBARE VERSIE: bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden aangeduid als [VERTROUWELIJK]

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet inhoudende het opleggen van een boete ter handhaving van het bepaalde in artikel 34, eerste lid onder d en onder e, artikel 35, eerste lid, artikel 36, eerste lid en artikel 38, eerste lid, van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie.

I Inleiding

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid van de Telecommunicatiewet (hierna ook: Tw). De in dit besluit aangeduide boetes worden opgelegd aan KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) voor overtredingen begaan door SNT Connect B.V. (hierna: SNT). SNT was tijdens het begaan van de overtredingen een zelfstandige rechtspersoon die behoorde tot de groepsmaatschappij van Koninklijke KPN N.V. SNT is door een juridische fusie later opgegaan in KPN, waarbij alle rechten en verplichtingen van SNT zijn overgegaan op KPN. Hiermee dient KPN te worden aangemerkt als de rechtsopvolger van SNT.
2. Aanleiding voor de boetes vormen de overtredingen, zoals vastgesteld in het rapport van een toezichthoudend ambtenaar van het college van 20 september 2006 (hierna: het boeterapport).¹ In dit besluit wordt eerst ingegaan op de feiten en het verloop van de procedure. Vervolgens wordt ingegaan op het juridisch kader en de zienswijze van KPN. In onderdeel VI wordt tenslotte ingegaan op de hoogte van de boete.

II Feiten/verloop van de procedure

3. In de periode eind 2004, medio 2005 hebben toezichthoudende ambtenaren van het college onderzoek gedaan naar onrechtmatige kortingen die KPN had verstrekt bij vaste telefoondiensten en gereguleerde huurlijnen aan (groot)zakelijke klanten (hierna ook nader aangeduid als "het kortingenonderzoek").
4. Naar aanleiding van dit kortingenonderzoek heeft KPN op 21 februari 2005 in een gesprek gemeld dat mogelijk ook bij 0800/090x-dienstverlening onrechtmatige kortingen zijn verleend door SNT, een groepsmaatschappij van KPN. Het gaat hier om overtredingen van verplichtingen

¹ Kenmerk JBOE06001, vastgesteld op 20 september 2006.

Besluit Openbaar

uit het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (hierna: Boht) begaan door SNT. De verplichtingen uit het Boht gelden voor KPN en haar groepsmaatschappijen, zoals bepaald in het Besluit aanwijzing van Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen.²

5. Vanwege de grote omvang van het kortingonderzoek is besloten dat de toezichthoudende ambtenaren van het college de overtredingen begaan door SNT, separaat van het bedoelde kortingonderzoek zouden onderzoeken.
6. KPN heeft haar groepsmaatschappij SNT opdracht gegeven een intern onderzoek te starten naar onrechtmatige kortingen bij 0800/090x-diensten.
7. In de eerste schriftelijke melding van SNT van 17 maart 2005 ("Eerste Meldingslijst") noemt SNT vijftientig gevallen waarbij onrechtmatige kortingen zijn verleend op 0800/090x-dienstverlening. SNT heeft daarbij gesteld dat dit aantal op basis van haar eigen onderzoek compleet is, maar dat het mogelijk is dat naar aanleiding van nader onderzoek nog gevallen zullen worden toegevoegd. Deze lijst is als bijlage opgenomen in het boeterapport.
8. Vervolgens heeft het college vragen gesteld die er met name op waren gericht om inzicht te verkrijgen in het onderzoek dat was uitgevoerd, de wijze waarop de kortingen zijn gegeven en of het geven van onrechtmatige kortingen was gestopt.
9. Op 1 juli 2005 heeft KPN de Eerste Meldingslijst aangevuld met één zaak. De reden hiervoor was volgens KPN dat een evaluatie van de complete rapportage over bijzondere kortingen over 2003 een extra geval had opgeleverd. Hiermee is het totaal aantal meldingen van door KPN zelf gemelde gevallen op zesentwintig gevallen gekomen. Op 4 januari 2006 heeft KPN een definitieve melding gedaan van zesentwintig overtredingen.
10. Toezichthoudende ambtenaren van het college hebben de meldingen van KPN onderzocht. Door dit onderzoek zijn de door KPN gemelde feiten gevalideerd. In de loop van het onderzoek hebben de toezichthoudende ambtenaren, op basis van de door KPN verstrekte informatie en nader onderzoek, vier andere gevallen geconstateerd. Hieruit volgt dat het totaal aantal gevallen dertig bedraagt.
11. Op 5 juli 2006 heeft de toezichthoudend ambtenaar het tot dat moment vastgestelde feitencomplex, zoals verwoord in hoofdstuk 4 van het boeterapport, verzonden aan KPN met het verzoek feitelijke onjuistheden onderbouwd aan het college door te geven. KPN heeft op 11 augustus 2006 op dit verzoek geantwoord. Naar aanleiding van de reactie van KPN is de tekst van het boeterapport op onderdelen aangepast. KPN heeft van de dertig geconstateerde overtredingen uit het boeterapport één geval betwist, namelijk ten aanzien van **[VERTROUWELIJK]**. Dit is in het boeterapport niet aangepast.

² Kenmerk OPTA/EGM/2000/202722.

Besluit Openbaar

12. Het college heeft op 25 september 2006 het boeterapport aan Koninklijke KPN N.V. toegezonden. Op 30 oktober 2006 heeft Koninklijke KPN N.V. tijdens een hoorzitting mondeling en schriftelijk middels een pleitnota haar zienswijze op het boeterapport gegeven. Koninklijke KPN N.V. legt zich neer bij de constatering uit het boeterapport omtrent de toepassing van de kortingsregelingen door SNT. Enkel één geval wordt betwist.
13. KPN heeft – nadat zij haar zienswijze op het boeterapport heeft ingebracht – het college bij brief van 14 december 2006 alsnog verzocht om versnelde afdoening van dit boetetraject, waarbij zij heeft aangegeven in casu geen rechtsmiddelen in te stellen tegen een besluit tot oplegging van een boete door het college. Daarbij heeft KPN het college voorts verzocht de boetes op te leggen aan KPN Telecom B.V. als rechtsopvolgster van SNT Connect B.V.

III Juridisch kader

14. KPN en haar groepsmaatschappijen zijn bij besluit van 15 november 2000 (kenmerk: OPTA/EGM/2000/202722) op grond van artikel 6.4 van de Telecommunicatiewet 1998 (hierna: Tw (oud)) aangewezen als een aanbieder van vaste telefonie die beschikt over een aanmerkelijke macht (hierna: AMM) op de relevante markt. Bij besluit van 19 december 2002 (kenmerk: OPTA/EGM/2002/203803) is deze aanwijzing gecontinueerd.
15. Op 19 mei 2004 is de gewijzigde Tw in werking getreden. Uit artikel 19.5, eerste lid, van de Tw volgt dat aanbieders van vaste openbare telefoondiensten die op 19 mei 2004 door het college waren aangewezen op grond van artikel 6.4, eerste lid, Tw (oud), de aan deze aanwijzing verbonden verplichtingen behouden tot de inwerkingtreding van de besluiten, bedoeld in artikel 19.4, eerste lid Tw. Hiermee worden de besluiten bedoeld waarin, op basis van de uitkomsten van de marktanalyse, zal worden besloten tot handhaving, wijziging of intrekking van de bestaande aanmerkelijke marktmacht verplichtingen.
16. Op 20 december 2005 heeft het college het in dit kader relevante marktanalysebesluit voor de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken verzorgd op een vaste locatie van 21 december 2005 (kenmerk: OPTA/TN/2005/203466, hierna: marktanalysebesluit wholesale gespreksafgifte) genomen waardoor krachtens het hierboven beschreven overgangsrecht de AMM-verplichtingen van artikel 6.4, eerste lid, Tw (oud) met ingang van 1 januari 2006 zijn komen te vervallen (zijnde de datum van inwerkingtreding van het genoemde marktanalysebesluit). Tot die tijd waren op grond van de eerder genoemde besluiten van 15 december 2000 en 19 december 2002 de volgende verplichtingen op KPN en haar groepsmaatschappijen van toepassing.

Besluit Openbaar

17. Onder het oude recht was het Boht van toepassing op KPN en haar groepsmaatschappijen, zoals bepaald in het eerder genoemde aanwijzingsbesluit.³ Artikel 34, eerste lid, onder d, Boht bepaalt:

*“d. de tarieven zijn niet discriminerend en moeten gelijkheid van behandeling waarborgen;
e. de in onderdeel a bedoelde tarieven worden op genoegzame wijze bekendgemaakt”*

18. Deze bepalingen worden ook wel aangeduid met het beginsel van non-discriminatie (d) en het transparantiebeginsel (e).

19. Artikel 35, eerste lid Boht luidt als volgt:

“1. Een aanbieder van een vaste openbare telefoondienst, die krachtens artikel 6.4, eerste lid van de wet door het college is aangewezen, stelt kostengeoriënteerde tarieven vast voor het gebruik van het vaste openbare telefoonnetwerk en de vaste openbare telefoondienst.”

20. Artikel 36, tweede lid, Boht bepaalt het volgende:

“De aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk en van een vaste openbare telefoondienst bedoeld in artikel 35, eerste lid, voert een voorgenomen tariefwijziging niet in dan nadat het college de voorgenomen tariefwijziging heeft goedgekeurd.”

21. Op grond van artikel 38, eerste lid, Boht is KPN als aanbieder met AMM gerechtigd kortingen toe te passen, voor zover die transparant en niet-discriminerend zijn. Artikel 38, eerste lid, Boht bepaalt:

“1. Een aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk en van een vaste openbare telefoondienst bedoeld in artikel 35, eerste lid, is slechts gerechtigd kortingsregelingen toe te passen, indien deze kortingsregelingen transparant en niet discriminerend zijn. Deze kortingsregelingen behoeven de voorafgaande toestemming van het college. Aan een toestemming kunnen voorschriften worden verbonden. Een toestemming kan onder beperkingen worden verleend.”

22. Op 2 september 1998 heeft het college voor de beoordeling van de kostenoriëntatie van de telefoontarieven van KPN een beoordelingskader voor kortingen (hierna: het kortingenkader) vastgesteld voor de periode 1998-2002. Onderdeel van dit kortingenkader is dat per deelmarkt wordt aangegeven in welke mate KPN korting mag geven (hierna: forfaitaire kortingsruimte), afhankelijk van de feitelijke concurrentie op de betreffende deelmarkt.

³ Bijvoorbeeld het besluit OPTA/EGM/2000/202722.

Besluit Openbaar

23. In de jaren daarna heeft het college ieder jaar de forfaitaire kortingsruimte per deelmarkt beoordeeld en – indien dat, gelet op de ontwikkelingen in de markt, noodzakelijk was - de kortingsruimte per deelmarkt aangepast. In zowel 2002 als 2004 is bezien of er aanleiding bestond het kortingenkader als zodanig te wijzigen. Het college heeft daartoe, op grond van onderzoek naar de verhoudingen binnen de markt, niet besloten. Het kortingenkader was van kracht tot de inwerkingtreding van de marktanalysebesluiten.
24. Op grond van artikel 15.4, vierde lid, juncto artikel 15.10, eerste lid, onder b, Tw kan het college een boete van ten hoogste € 450.000 opleggen in geval van overtreding van de in artikel 15.1, derde lid, Tw bedoelde voorschriften. Hiermee worden de hierboven genoemde verplichtingen uit het Boht bedoeld.
25. Op 17 november 2004 heeft het college de Boetebeleidsregels OPTA (“Boetebeleidsregels”) vastgesteld. Met deze Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw (oud) en wordt inzicht verschaft in de factoren die de hoogte van de boete bepalen.

IV Zienswijze KPN

26. KPN heeft naar aanleiding van de toezending van het boeterapport mondeling en schriftelijk middels een pleitnota haar zienswijze gegeven. Deze zienswijze houdt – op hoofdlijnen - het volgende in:
27. KPN legt zich neer bij de constatering in het boeterapport dat SNT kortingen heeft toegepast die niet door het college zijn goedgekeurd. Zij heeft 26 van deze regelingen zelf bij het college gemeld. Enkel de geconstateerde overtreding ten aanzien van **[VERTROUWELIJK]** wordt betwist.
28. KPN heeft bezwaren tegen de manier waarop in het boeterapport met de geconstateerde feiten wordt omgegaan. Met name gaat het KPN om de inhoud en toonzetting van hoofdstuk 6. KPN noemt daarbij de onnauwkeurigheid en het in een kwaad daglicht stellen van KPN. KPN stelt dat haar concurrentiepositie is verzwakt en wijst op het gegeven dat het college in het marktanalysebesluit wholesale gespreksafgifte de markt voor gespreksafgifte 0800/090x-nummers niet heeft gereguleerd. KPN stelt geen voordeel gehad te hebben omdat de kortingsregelingen ook geld hebben gekost. KPN stelt verder dat de nadelige effecten voor de concurrentie onvoldoende empirisch zijn onderzocht. Volgens KPN is niet bewezen dat concurrenten als gevolg van de verleende kortingen lagere tarieven hebben moeten hanteren om klanten te werven. Ook is onduidelijk volgens KPN wat het college met "eindgebruikers" bedoelt en waar de nadelen voor deze groep uit bestaan. KPN stelt geen kortingen aan eindgebruikers te hebben verstrekt maar aan klanten die 0800/090x-nummers exploiteren en dat het hier niet om eindgebruikers maar om een wholesalemarkt gaat. KPN stelt dat de genoemde punten aantonen dat het economisch effect van de overtredingen onvoldoende is aangetoond en dat dit mee moet wegen in het uiteindelijke boetebesluit.

Besluit Openbaar

29. Verder ontkent KPN dat sprake zou zijn geweest van getrouwheidskortingen. Ten aanzien van de medewerking stelt KPN dat de weergave hierover in het boeterapport eenzijdig is. Er wordt volgens KPN weinig rekening gehouden met het gegeven dat KPN de overtredingen zelf heeft gemeld bij het college en er wordt teveel de nadruk gelegd op dingen die verkeerd zijn gelopen tijdens het onderzoek. KPN stelt verder dat de constatering dat onvoldoende maatregelen zijn genomen om toekomstige overtredingen te voorkomen onjuist zijn.

V Beoordeling

30. Het college gaat hieronder eerst in op de geconstateerde overtredingen en op de bevoegdheid van het college om ter zake van deze overtredingen van de Tw (oud) boetes op te leggen. Vervolgens worden de overtredingen weergegeven en wordt ingegaan op de toerekening van de overtredingen aan KPN.

Geconstateerde overtredingen

31. Onbetwist wordt vastgesteld dat SNT in de periode 2003-2005 negenentwintig maal overtredingen heeft begaan door (onrechtmatige) individuele, aanvullende kortingen (korthedshalve ook "individuele kortingen") te verstrekken op 0800/090x-diensten aan grootzakelijke klanten.
32. Bij het aanbieden en overeenkomen van individuele kortingen paste SNT een per individueel geval variërende (onrechtmatige) korting toe op de tarieven van de genoemde 0800/090x-diensten met het oog op het behouden van een (groot)zakelijke klant die dreigde SNT te verlaten. Het betrof hier extra of aanvullende kortingen, wat wil zeggen dat de kortingen werden verstrekt in aanvulling op andere toegestane kortingen. De negenentwintig overtredingen worden nader beschreven in een bijlage bij dit besluit.
33. De gevallen in de Eerste Meldingslijst en de aanvulling daarop zijn naar soort afgegeven onrechtmatige korting gerubriceerd. Zij geeft daarin zelf de volgende rubricering aan:
- (loyaliteits) bonus; (aanvullende) (eenmalige) (extra) korting;
 - minuuttarief; afwijkend tarief;
 - vooruitlopen op de door OPTA goedgekeurde tarieven.
34. De toepassing van de individuele kortingsregelingen door SNT behelzen het volgende:
- SNT heeft tegen beter weten in onrechtmatige kortingen verstrekt voor 0800/090x-diensten aan (groot)zakelijke klanten, [**VERTROUWELIJK**]. Dit kon bijvoorbeeld een vooraf afgesproken bedrag of percentage korting zijn op het door de klant verbruikte verkeer;

Besluit Openbaar

- SNT heeft tegen beter weten in afwijkende tarieven gehanteerd voor 0800/090x-diensten aan (groot)zakelijke klanten. Hierbij kan gedacht worden aan een verlaging van een tarief voor een bepaalde klant van € 0,054, welke door het college was goedgekeurd, naar € 0,04. Dit laatste tarief was niet door het college goedgekeurd;
 - SNT heeft tegen beter weten in tarieven voor 0800/090x-diensten gehanteerd alvorens deze door het college waren goedgekeurd. Het betreft hier tarieven die uiteindelijk wel door het college zijn goedgekeurd, maar die door SNT zonder voorafgaande goedkeuring door het college zijn ingevoerd.
35. De beoordeling van deze toegepaste kortingsregelingen levert de volgende 29 overtredingen op:
- SNT heeft de toepassing van kortingsregelingen voor 0800/090x-dienstverlening, c.q. tariefwijzigingen niet ter goedkeuring voorgelegd aan het college. Dit is een overtreding van de artikelen 36, eerste lid en 38, eerste lid, Boht;
 - SNT heeft kortingsregelingen voor 0800/090x-dienstverlening, c.q. tariefwijzigingen individueel toegepast. Dit is een overtreding van de non-discrimatieverplichting (artikelen 34, eerste lid, onder d en 38 Boht);
 - SNT heeft de toepassing van kortingsregelingen voor 0800/090x-dienstverlening, c.q. tariefwijzigingen niet bekend gemaakt. Dit is een overtreding van de transparantieplichting (artikelen 34, eerste lid, onder e en 38 Boht).
36. Ten aanzien van [**VERTROUWELIJK**] geldt het volgende:
KPN stelt zich op het standpunt dat bij dit geval de korting niet is verstrekt op 0800/090x-dienstverlening, maar op een ongereguleerde routeringsfaciliteit, namelijk MenuRoutes. Het college overweegt dat uit de feiten ten aanzien van dit geval onvoldoende is gebleken dat hier sprake is van een overtreding. Dit geval wordt dan ook in het navolgende buiten beschouwing gelaten.

Bevoegdheid overtredingen onder oud recht te beboeten

37. Zoals hiervoor uiteen werd gezet, volgt uit het boeterapport dat de geconstateerde gedragingen gekwalificeerd worden als overtredingen onder het oude recht, in het bijzonder van de artikelen 34, 36, en 38 van het Boht. De verplichtingen die voortvloeien uit deze bepalingen gelden voor een partij die krachtens artikel 6.4, eerste lid, Tw (oud) destijds als aanbieder met AMM op de markt voor vaste telefonie was aangewezen. Uit de aanwijzingsbesluiten volgt dat deze aanwijzing gold voor KPN en haar groepsmaatschappijen. Als gevolg van de inwerkingtreding van het marktanalysebesluit wholesale gespreksafgifte zijn (onder meer) de hiervoor genoemde verplichtingen uit het Boht voor 0800/090x-diensten van KPN komen te vervallen.⁴

⁴ Dit volgt uit artikel 19.5, eerste lid juncto artikel 19.4, eerste lid, Tw.

Besluit Openbaar

38. De tarieven voor de betrokken 0800/090x-dienstverlening dienden volgens de oude Telecommunicatiewet en het Boht (de artikelen 34, 35, 36 en 38 van het Boht) te voldoen aan het vereiste van kostenoriëntatie. Bovendien gold de verplichting om wijziging van de tarieven dan wel voorgenomen kortingsregelingen – kort gezegd - voorafgaand aan de invoering ter goedkeuring voor te leggen aan het college. De genoemde verplichtingen uit het Boht zijn onder de huidige Tw komen te vervallen.
39. Het gegeven dat onder de huidige Tw en volgens het marktanalysebesluit wholesale gespreksafgifte de verplichtingen voor KPN zijn vervallen, staat volgens het college niet in de weg aan zijn bevoegdheid om een boete op te leggen voor de hier geconstateerde overtredingen die door SNT in het verleden zijn begaan. Uit jurisprudentie blijkt dat voor de vraag of bij het vervallen van bepalingen een boete kan worden opgelegd moet worden onderzocht of de aanpassing van de wet- of regelgeving het gevolg is van een wijziging in de marktsituatie of dat de wijziging van de wet- of regelgeving het gevolg is van een wijziging in de opvatting van de wetgever, namelijk dat de betreffende normen niet meer van belang worden geacht.⁵ Het eerste geval tast de bevoegdheid om een boete op te leggen voor een overtreding niet aan, het tweede geval in beginsel wel.
40. De huidige Tw geeft het college in hoofdstuk 6a de bevoegdheid om aan partijen met AMM verplichtingen op te leggen, zoals onder het vroegere Boht, maar schrijft voor dat het college voor het opleggen van verplichtingen eerst de markt moet analyseren alvorens verplichtingen op te leggen. De analyse van de hier betreffende markt is weergegeven in het marktanalysebesluit wholesale gespreksafgifte. De economische analyse van de markt voor de afgifte op 0800/09x-nummers gaf geen aanleiding om voor deze markt verdere verplichtingen op te leggen. Het ontbreken van een bevoegdheid om verplichtingen op te leggen aan partijen die 0800/090x-diensten aanbieden vloeit niet voort uit een wetwijziging, maar uit een economische analyse. Dit tast de bevoegdheid van het college niet aan om de reeds geconstateerde overtredingen onder de Tw (oud) en het vroeger geldende Boht te beboeten.

Compliance

41. Uit het boeterapport volgt dat gedurende de interne onderzoeken een nieuwe, tijdelijke, procuratieregeling aan de medewerkers van de voormalige SNT Group bekend is gemaakt. Deze regeling gold tot het moment dat voormalige SNT Group onderdeel is van KPN en een nieuwe procuratieregeling is opgesteld door de Raad van Bestuur van KPN.

⁵ Dit volgt onder meer uit de uitspraak van de Hoge Raad van 24 juni 1986, NJ 1987, 157.

Besluit Openbaar

42. Verder heeft KPN in een brief van 8 augustus 2005 gesteld per 1 april 2005 een auditfunctie bij de afdeling financiën te hebben ingesteld om toezicht te houden op de interne financiële processen, waaronder compliance ten aanzien van de nieuwe, tijdelijke, procuratieregeling.
43. Ten aanzien van deze maatregelen ter voorkoming van verdere overtredingen, oftewel compliance, volstaat het college hier op te merken dat hij in de afgelopen maanden onderzoek heeft gedaan naar het complianceprogramma van KPN. De bevindingen van dit onderzoek zullen op korte termijn aan KPN worden gepresenteerd.

Opleggen boetes aan KPN Telecom B.V.

44. In de hiervoor genoemde brief van 14 december 2006 heeft KPN het college verzocht de voorgenomen boetes op te leggen aan KPN Telecom B.V. Het college stelt vast dat door de juridische fusie tussen SNT Connect B.V. en KPN Telecom B.V. alle rechten en verplichtingen van SNT Connect B.V. zijn overgegaan op KPN Telecom B.V. Door deze fusie is SNT Connect B.V. voorts opgegaan in KPN Telecom B.V. De hierna te bepalen boetes worden dan ook opgelegd aan KPN Telecom B.V. als rechtsopvolger van SNT Connect B.V.⁶

Conclusie ten aanzien van de beoordeling

45. KPN heeft erkend dat SNT negenentwintig overtredingen heeft begaan die vallen onder het Boht. Deze overtredingen kunnen naar het oordeel van het college beboet worden. De hierna te formuleren boetes worden opgelegd aan KPN, zijnde de rechtsopvolger van SNT.

VI Boete

Boetebeleidsregels OPTA

46. Artikel 15.4, vierde lid, Tw (oud) bepaalt dat het college in geval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, Tw (oud) bedoelde voorschriften, waaronder overtreding van artikel 38, eerste lid, van het Boht, de overtreder een boete kan opleggen van ten hoogste € 450.000. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.

⁶ Zie in dit verband de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 16 januari 2004, AB 2004/83.

Besluit Openbaar

47. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemer(s) om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
48. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).

Zwaarte van de overtreding⁷

49. Bij de bepaling van de zwaarte van de overtredingen strekken de doelstellingen van de Tw, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, tot uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen zijn de mogelijke overtredingen in abstracto in drie categorieën te verdelen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.
50. Voorafgaande goedkeuring van kortingsregelingen c.q. tariefwijzigingen was vereist zodat het college kon toetsen of een dergelijke regeling in overeenstemming was met de wet. Voor de eindgebruikerstarieven golden namelijk de verplichtingen kostenoriëntatie, non-discriminatie en transparantie. Deze verplichtingen zijn in het leven geroepen ter bescherming van eindgebruikers. Het is dus van groot belang, met het oog op het doel van het toezicht, dat het college door het vereiste van voorafgaande goedkeuring in staat wordt gesteld het toezicht ook daadwerkelijk uit te oefenen.
51. Het college stelt vast dat de kortingsregelingen gedurende een lange periode zonder zijn voorafgaande goedkeuring zijn toegepast in de markt. Door de geconstateerde overtredingen kon het college het toezicht op de tariefverplichtingen ten behoeve van eindgebruikers, hetgeen een belangrijke peiler van het telecommunicatietoezicht is, niet uitoefenen.
52. Anders dan de rechtbank Rotterdam in zijn uitspraak van 17 augustus 2006 (LJN: AZ0128, BelZakelijk) heeft geoordeeld, merkt het college – het voorgaande in overweging nemende – de overtredingen in deze zaak aan als zware tot zeer zware overtredingen als bedoeld in de Boetebeleidsregels.

⁷ Zie paragraaf 3 van de Boetebeleidsregels OPTA.

Besluit Openbaar

Economische context en bijzondere omstandigheden

53. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband overweegt het college het volgende.
54. De ernst van de overtreding wordt mede bepaald door de mate waarin de overtreding de concurrentie of de belangen van eindgebruikers *feitelijk* heeft geschaad. Het college overweegt dat de effecten van de overtredingen beperkt zijn geweest. Hiertoe dient het volgende.
55. In het boeterapport wordt aangegeven dat het marktaandeel van KPN op de betrokken markt is gedaald van 60-70% naar 40-50% in de periode 2001-2004. In 2005 is het marktaandeel verder constant gebleven met 40-50%. Hier staat tegenover dat KPN haar marges heeft kunnen verhogen, hetgeen door KPN ook niet wordt bestreden. Dit leidt tot de conclusie dat de winstgevendheid van de 0800-090x-dienstverlening vanaf medio 2003 stijgende is, hetgeen zou kunnen wijzen op een afnemende concurrentiedruk.⁸
56. Evenwel heeft het college in het hiervoor aangehaalde marktanalysebesluit van 20 december 2006 ten aanzien van de markt voor gespreksafgifte op 0800/090x-nummers overwogen dat aanbieders van vervolgdiensten eindigend op 0800/090x-nummers al jaren kunnen kiezen tussen verschillende aanbieders die de benodigde gespreksafgifte verzorgen. Deze keuzemogelijkheid veroorzaakt concurrentiedruk op de tarieven voor gespreksafgifte op deze markt.
57. Verder heeft het college in het betreffende marktanalysebesluit geconstateerd dat het marktaandeel van KPN in het eerste kwartaal van 2004 was gedaald tot circa 35-45%, hetgeen aanzienlijk onder de 50% gelegen is. Wat betreft de ontwikkeling van het marktaandeel van KPN heeft het college vastgesteld dat dit in de afgelopen jaren gestaag is gedaald.
58. In aanvulling op het bovenstaande heeft het college in randnummer 293 van het marktanalysebesluit het volgende overwogen:

“De hoogte van het marktaandeel van KPN (OPTA: 40-50%) in combinatie met de gestage daling van het marktaandeel wijst niet onmiddellijk op een dominante positie van KPN op deze markt. De structurele kenmerken van deze markt, zoals de mogelijkheid van de aanbieders van de vervolgdiensten om over te stappen naar andere aanbieders van gespreksafgifte, de mogelijkheid van bellende eindgebruikers om vervolgdiensten die vanaf andere netwerken te bereiken zijn af te nemen, het aantal bestaande aanbieders van gespreksafgifte ten behoeve van 0800/090x-nummers en de lage toetredingsdrempels voor potentiële aanbieders van

⁸ Paragraaf 6.2.2. van het boeterapport.

Besluit Openbaar

gespreksafgifte wijzen eveneens in de richting van een markt met voldoende mogelijkheden tot (een verdere ontwikkeling richting) daadwerkelijke mededinging. Het college heeft in het verleden dan ook weinig tot geen klachten van marktpartijen ontvangen over beperkte concurrentie voor deze diensten.”

59. Als gevolg van de analyse in het voornoemde besluit heeft het college besloten geen verplichtingen voor gespreksafgifte op 0800/090x-nummers op te leggen.
60. Het voorgaande in overweging nemende is het college van oordeel dat het aannemelijk is dat de effecten van de overtredingen op de concurrentie beperkt zijn geweest. Immers, ten tijde van de overtredingen was de betrokken markt (al) vatbaar voor concurrentie. Er waren verschillende aanbieders voor gespreksafgifte ten behoeve van 0800/090x-nummers en dit heeft gezorgd voor concurrentiedruk. Verder is het marktaandeel van KPN steeds verder afgenomen, waardoor het niet aannemelijk is dat KPN over daadwerkelijke marktmacht beschikte om zodoende concurrenten (ernstige) schade toe te brengen.⁹
61. Ten slotte overweegt het college dat op zichzelf niet valt uit te sluiten dat klanten die een onrechtmatige korting hebben afgenomen niet snel geneigd zijn geweest om over te stappen. Hierdoor is omzet gegenereerd en in zoverre zijn de overtredingen onomkeerbaar. Dit legt echter in dit geval onvoldoende gewicht in de schaal om als verzwarende omstandigheid te worden meegenomen bij de bepaling van de ernst van de overtreding.
62. In het licht van het voorgaande is de conclusie dan ook dat de overtredingen, hoewel deze in algemene zin als zeer zwaar tot zwaar door het college gekwalificeerd worden, uiteindelijk – de relevante feiten van het geval in ogenschouw nemend – moeten worden aangemerkt als minder ernstige overtredingen.

Vaststelling van de hoogte van de boete

63. Nu het in deze zaak gaat om een complex van overtredingen, die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overtreding een boete op of in de buurt van het geldende maximum op te leggen. De Boetebeleidsregels bevatten geen maatstaf waarmee in dit soort gevallen kan worden gekomen tot een matiging van het boetebedrag per overtreding. Bij de vaststelling van de boete is het college er veronderstellenderwijs van uitgegaan dat de overtredingen zijn aan te merken als één grote, samenhangende overtreding. Redenerend vanuit die veronderstelling heeft het college een op te leggen boete voor het geheel van overtredingen berekend. Dat heeft tot het volgende geleid.

⁹ Zie in dit verband onderdeel 3.3 van de Boetebeleidsregels.

Besluit Openbaar

64. Uit de door KPN verstrekte gegevens volgt dat wanneer alle omzetgegevens worden opgeteld, de netto betrokken omzet van de overtredingen tezamen omstreeks € 9 miljoen euro bedraagt. Omdat hier sprake is van een complex van overtredingen die onderling verschillend zijn, wordt voor de bepaling van de hoogte van de boete in dit geval aansluiting gezocht bij de Boeterichtsnoeren van de NMa. Deze Boeterichtsnoeren blijken in dit geval beter toegerust om de boetemaat van een complex van onderling van elkaar verschillende overtredingen vast te stellen. Bij het berekenen van de fictieve boete voor het geheel van overtredingen is, overeenkomstig de systematiek van de Boeterichtsnoeren van de NMa, uitgegaan van 10% (= € 900.000). Dit basisbedrag wordt vermenigvuldigd met ernstfactoren. Vervolgens wordt het aldus verkregen bedrag gematigd respectievelijk verzwaard aan de hand van de volgende omstandigheden.

Boeteverhogende en/of –verlagende omstandigheden

65. Het gegeven dat SNT kortingen heeft toegepast die niet door het college zijn goedgekeurd is naar het oordeel van het college op zich voldoende aanleiding om een boete op te leggen. Het feit dat bepaalde individuele kortingen kunnen worden beschouwd als getrouwheidskortingen en dat bepaalde kortingen niet voldoen aan het kortingenkader is op zichzelf daarbij nog aan te merken als een boeteverhogende omstandigheid. Er zijn volgens het college echter ook boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen:

- KPN heeft het merendeel van de overtredingen terzake van de individuele kortingen zelf bij het college gemeld;
- KPN heeft de genoemde overtredingen vrijwillig beëindigd dan wel doen beëindigen;
- KPN heeft onderzoek gedaan en het college van de resultaten van het onderzoek in kennis gesteld;
- het feit dat de overtreden verplichtingen thans niet meer gelden;
- KPN heeft het college verzocht om te komen tot een versnelde afdoening.

66. De melding door KPN van de kortingen voor 0800/090x-dienstverlening is als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking genomen. Zoals hiervoor al werd gesteld, zijn naar aanleiding van eigen onderzoek door toezichthoudende ambtenaren van het college daar nog vier gevallen bijgekomen¹⁰. Op zichzelf kan KPN verweten worden dat de melding dus niet volledig was. Aan de andere kant heeft het college oog voor het feit dat niet volledig kon worden uitgesloten dat naar aanleiding van verder onderzoek nog andere, vergelijkbare gevallen naar voren zouden komen, zoals KPN in haar zienswijze heeft gesteld. Hierbij merkt het college op dat SNT bij de Eerste Meldingslijst van 17 maart 2005 ook heeft gesteld dat de mogelijkheid bestond dat bij nader onderzoek nog gevallen zouden kunnen worden toegevoegd aan die selectie. Dit feit wordt dan ook niet meegenomen als verzwarende omstandigheid bij de bepaling van de hoogte van de boetes.

¹⁰ Van deze vier gevallen is, zoals uit randnummer 36 van dit besluit volgt, het geval [VERTROUWELIJK] bij de beoordeling van de overtredingen buiten beschouwing gelaten.

Besluit Openbaar

67. De vrijwillige beëindiging van de overtredingen door KPN is voorts als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking genomen.
68. Wat betreft de medewerking van KPN bij het onderzoek merkt het college het volgende op. Uit het boeterapport komt naar voren dat de medewerking van KPN in bepaalde opzichten niet vlekkeloos is verlopen, overigens heeft KPN alle relevante informatie verstrekt. Dit feit wordt dan ook niet als matigende omstandigheid in aanmerking genomen. Aan de andere kant rechtvaardigen de aangedragen feiten in de ogen van het college in dit geval ook geen verzwarende van de op te leggen boete.
69. Artikel 15, eerste lid, derde volzin van het Internationaal verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten bepaalt het volgende:
- “Indien, na het begaan van het strafbare feit de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren.”*
70. Deze regel betreft het beginsel van de toepassing van de meest gunstige bepaling en is opgenomen in het voorgestelde artikel 5.4.1.7, vierde lid van het voorontwerp.¹¹ Uit de toelichting op de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht volgt dat deze regel van toepassing is bij zwaardere bestuurlijke boetes, zoals de boetes in deze zaak¹².
71. Zoals hiervoor in onderdeel 4 van dit besluit al uiteen werd gezet, zijn de verplichtingen inzake de betrokken 0800/090x-dienstverlening door inwerkingtreding van het marktanalysebesluit wholesale gespreksafgifte komen te vervallen. Dit betekent dat de overtredingen nu geen overtredingen meer zijn. In overeenstemming met de regel van de toepassing van de meest gunstige bepaling is het college van oordeel dat dit feit moet leiden tot een substantiële matiging van de voorgenomen boetes.
72. KPN heeft het college in het betreffende boetetraject – nadat KPN haar zienswijze op het boeterapport had gegeven - alsnog verzocht om een versnelde afdoening, en daarbij aangegeven geen rechtsmiddelen in te stellen tegen een eventueel besluit van het college tot oplegging van een boete in onderhavig geval. In onderhavig besluit is een aantal omstandigheden genoemd, die in zichzelf leiden tot matiging van de voorgenomen boetes. In de context van en in samenhang met die genoemde omstandigheden en gelet op de voorgeschiedenis in deze zaak, heeft het college in dit geval aanleiding gezien in te stemmen met het verzoek van KPN. Dit heeft geleid tot verdere matiging van de voorgenomen boetes.

¹¹ Op grond van deze regel kan de overtreder niet alleen in de primaire fase en de bezwaarfase, maar ook in de fase van beroep bij de rechter profiteren van een verlaging van de bestuurlijke boete (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 83).

¹² Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 144.

Besluit Openbaar

Conclusie ten aanzien van de hoogte van de boete

73. Dit alles heeft geleid tot een vaststelling van een boetebedrag voor het totaal aan overtredingen van € 360.000.

VII Besluit

74. Op basis van de voorgaande overwegingen besluit het college aan de rechtspersoon KPN Telecom B.V. boetes op te leggen tot een totaal van € 360.000 bestaande uit een boete van telkens € 12.413,79 voor ieder van de in de bijlage bij dit besluit aangeduide negenentwintig overtredingen van de artikelen 34, eerste lid, onder d en onder e, 36, eerste en tweede lid en 38, eerste lid van het Boht door ongeoorloofde individuele kortingen te verstrekken voor 0800/090x-dienstverlening.

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

mr. C.A. Fonteijn

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.

