

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2008/202273

Zaaknummer: 08.0205.37

Datum: 10 oktober 2008

1. Inleiding

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) jo. artikel 15 Wet Onafhankelijke post en telecommunicatie autoriteit (Wet OPTA) belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen in de Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde regelgeving en besluiten. Drie van de verplichtingen die in dat kader op Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen rusten zijn de meldingsplicht, de transparantieverplichting en de non-discriminatieverplichting die op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw, artikel 6a.12, onder c, van de Tw en artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw in het besluit "De retailmarkten voor vaste telefonie; besluit betreffende het opleggen van verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet" (hierna: het retailbesluit) zijn opgelegd. Door een toezichthoudend ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, derde lid, van de Tw is vastgesteld dat Koninklijke KPN N.V. deze verplichtingen heeft overtreden. Voor zover de door de toezichthoudend ambtenaar vastgestelde gedragingen mede zijn verricht door KPN Telecom B.V., een 100% dochter van Koninklijke KPN N.V., dienen deze gedragingen vanwege de beslissende invloed van Koninklijke KPN N.V. daarop aan Koninklijke KPN N.V. te worden toegerekend. Koninklijke KPN N.V. (hierna KPN) wordt daarom als overtreder van de verplichtingen aangemerkt.
2. De vaststellingen van de toezichthoudend ambtenaar in het rapport als bedoeld in artikel 15.8 van de Tw (hierna: het boeterapport), hebben betrekking op twee soorten gedragingen die zich hebben voorgedaan ten aanzien van de kortingsregeling Corporate Voice Nationaal (hierna: CVN). De eerste categorie gedragingen bestaat eruit dat KPN, alhoewel in haar algemene voorwaarden is opgenomen dat een kortingsregeling eerst ingaat op het moment dat het formele contract is ondertekend, in een aantal gevallen de kortingsregeling reeds eerder heeft laten ingaan. De toezichthoudend ambtenaar heeft vastgesteld dat daarin een overtreding van de meldingsplicht, de transparantieverplichting en de non-discriminatieverplichting is gelegen. Het college constateert op basis van het boeterapport dat sprake is van overtreding van deze verplichtingen, waarvoor op grond van artikel 15.4 van de Tw aan KPN een boete opgelegd kan worden. Mede op grond van het feit dat KPN aan andere aanbieders een vergoeding voor door hen geleden schade als gevolg van onder meer deze overtredingen zal betalen, komt het college in dit geval niet tot het opleggen van een boete maar volstaat hij met het geven van een waarschuwing aan KPN ter zake van deze overtredingen.
3. De tweede categorie gedragingen bestaat eruit dat KPN de jaarlijkse verrekening en eventuele bijstelling van het verleende kortingspercentage ten opzichte van het kortingspercentage waarop

Besluit Openbaar

de klant op basis van zijn gebruik recht heeft, vertraagd en eerst zeer laat heeft uitgevoerd. De toezichthoudend ambtenaar heeft vastgesteld dat daarin overtredingen van de meldingsplicht, de non-discriminatieverplichting en de transparantieplichting zijn gelegen. Het college komt evenwel tot de conclusie dat hij op basis van de in het boeterapport weergegeven feiten en omstandigheden geen overtreding van deze verplichtingen kan vaststellen. Niettemin constateert het college dat met het verlaat verrekenen van de daadwerkelijke kortingen in het kader van CVN aanzienlijke rentevoordelen voor de afnemers daarvan kunnen zijn gemoeid. Het college is daarom van oordeel dat KPN er in toekomstige gevallen voor zorg dient te dragen dat verrekening binnen zes maanden na afloop van elke 6 volledige verbruiksperioden heeft plaatsgevonden. Voor zover dat niet het geval is, zal het college dit aanmerken als overtreding van de verplichtingen uit het retailbesluit.

4. Hieronder wordt nader op deze twee categorieën gedragingen en de daaraan door het college verbonden conclusies ingegaan.

2. Juridisch kader

5. Op 21 december 2005 heeft het college in het retailbesluit KPN op grond van artikel 6a.1 juncto 6a.2 van de Tw, aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) op de nationale markt voor vaste openbare telefonie.
6. Als gevolg van deze aanwijzing dient KPN onder meer te voldoen aan de verplichtingen die haar zijn opgelegd op grond van hoofdstuk 6A van de Tw. Voor de verplichtingen op eindgebruikersniveau geldt dat deze betrekking hebben op de levering van eindgebruikersdiensten.
7. In de eerste plaats is de meldingsplicht voor KPN van belang. Op grond van artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw kan het college op de niet concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie nadere voorschriften verbinden aan de verplichtingen op basis van artikel 6a.13, eerste en tweede lid, van de Tw die nodig zijn voor een goede uitvoering van die verplichtingen.
8. Artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw luidt als volgt:

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

9. In het retailbesluit heeft het college de volgende aanvullende verplichting opgelegd aan KPN:¹

“- KPN meldt iedere twee weken schriftelijk aan het college:

¹ Zie onderdeel xiv van het dictum.

Besluit Openbaar

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

10. In randnummer 38 van annex F bij het retailbesluit is bepaald dat in de melding per dienst de informatie dient te staan die in het kader van de transparantieplichting² openbaar gemaakt moet worden. Daarnaast is in dit randnummer ook bepaald dat deze informatie bij inwerkingtreding van het retailbesluit voor alle bestaande diensten moet worden gemeld.
11. In randnummer 3 van annex F bij het retailbesluit is aangegeven wat het begrip 'dienst' inhoudt. Diensten onderscheiden zich van elkaar indien deze de eindgebruiker een andere toegevoegde waarde bieden. De toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit en/of leveringsvoorwaarden.
12. In de tweede plaats is de non-discrimatieplichting op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw van belang.

Artikel 6a.12, onder a, van de Tw bepaalt:

"Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om:
a. bij de levering van door het college te bepalen eindgebruikersdiensten, de eindgebruikers van die diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen;"

13. In het retailbesluit is door het college aan KPN op grond van artikel 6a.2 juncto 6a.12, onder a, van de Tw de verplichting tot non-discriminatie opgelegd. De non-discrimatieplichting, zoals opgenomen in punt vii van het dictum van het retailbesluit, verplicht KPN om bij levering van haar diensten op de niet-concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie eindgebruikers in gelijke gevallen gelijk te behandelen. Als integraal onderdeel van deze non-discrimatieplichting zijn aan KPN, eveneens in punt vii van het dictum van het retailbesluit, de volgende aanvullende gedragsregels opgelegd:

"- verbod op selectieve prijsonderbieding. KPN mag dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar

² Zie onderdeel viii van het dictum.

Besluit Openbaar

vraagprofiel. KPN mag geen aanbod doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt;

- verbod op loyaliteitskortingen. KPN mag geen kortingen geven die gericht zijn op afname van alle diensten door een eindgebruiker bij één aanbieder. Daarnaast mag KPN geen kortingen geven die gebaseerd zijn op het historisch koopgedrag van de eindgebruiker. Daarnaast mag KPN geen aanbiedingen doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels;*
- indien gedifferentieerd wordt op basis van het vraagprofiel, moet de differentiatie 1) op objectieve criteria gebaseerd zijn, 2) logisch en consistent opgebouwd zijn en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke eindgebruikers, maar gericht op een voldoende grote groep eindgebruikers;*
- indien differentiatie gebaseerd is op aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is differentiatie geoorloofd. Differentiatie in de retailtarieven voor verkeer van KPN naar de verschillende off net aanbieders mag alleen als deze differentiatie voldoet aan de hiervoor genoemde voorwaarden.”*

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

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

*“Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om:
(..) c. door het college te bepalen informatie aan door het college te bepalen categorieën van eindgebruikers op een door het college te bepalen wijze bekend te maken.”*

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

- de naam en het adres van vestiging van de aanbieder;*
- de naam en een beschrijving van de dienst;*
- de invoeringsdatum of datum van wijziging van de dienst;*
- de levertijd van een telefonieaansluiting;*
- het kwaliteitsniveau van de diensten;*
- de soorten onderhoudsdiensten;*
- de geldende tariefstructuur, de belangrijkste tarieven en de wijze waarop informatie verkregen kan worden over de geldende tarieven en onderhoudskosten;*
- de duur van een overeenkomst alsmede de voorwaarden waaronder de overeenkomst, of onderdelen daarvan, kan worden verlengd of beëindigd;*

³ Zie onderdeel viii van het dictum.

Besluit Openbaar

- *de schadevergoedingsregeling of terugbetalingsregeling die geldt indien de overeenkomst, voor zover het kwaliteitsniveau van de geleverde dienst betreft, niet wordt nagekomen; en*
- *de wijze waarop gebruik kan worden gemaakt van de geschillencommissie, bedoeld in artikel 12.1 van de Tw of van de procedure, bedoeld in artikel 12.9 van de Tw.”*

17. Naast deze verplichtingen zijn aan KPN in het retailbesluit de volgende verplichtingen opgelegd op de niet concurrerende retailmarkten voor vaste telefonie (punt viii t/m xiv van het dictum):
- de verplichting tot tariefregulering, ondergrens op basis van een combinatorische prijsstreefzettest (artikel 6a.13 van de Tw);
 - het verbod op het hanteren van excessieve tarieven (artikel 6a.13 van de Tw);
 - het hanteren van een door het college goedgekeurd kostentoerekeningsstreefzettest (artikel 6a.13, tweede lid, van de Tw);
 - de verplichting om tarieven die niet aan de combinatorische prijsstreefzettest voldoen eerst door het college goed te laten keuren, alvorens ze in de markt te zetten (artikel 6a.14 van de Tw);
18. Het college is op grond van artikel 15.1, derde lid, juncto 15.4, tweede lid onder a, Tw belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen opgenomen in hoofdstuk 6A van de Tw.
19. Het college is op grond van artikel 15.10, eerste lid, van de Tw bevoegd om bij beschikking een boete op te leggen voor overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, van de Tw. In de beschikking dient in elk geval te worden vermeld:
- de overtreding ter zake waarvan zij is gegeven, alsmede het overtreden wettelijk voorschrift;
 - indien een boete wordt opgelegd de te betalen geldsom, alsmede een toelichting op de hoogte daarvan.
20. De beschikking dient voorts te worden gegeven binnen twaalf weken nadat het rapport, bedoeld in artikel 15.8, eerste lid, van de Tw is opgemaakt, tenzij binnen deze termijn het rapport aan het openbaar ministerie is gezonden.
- de overtreding ter zake waarvan zij is gegeven, alsmede het overtreden wettelijk voorschrift;
 - indien een boete wordt opgelegd de te betalen geldsom, alsmede een toelichting op de hoogte daarvan.

3. De gevolgde procedure

Aanleiding

21. KPN heeft de kortingsregeling CVN op 16 maart 2006 aan het college voorgelegd. Dit product is aangeboden op een voor het toezicht belangrijke markt: de Groot Zakelijke Markt. In deze markt zijn in het verleden eerder onrechtmatige kortingen verleend.

Besluit Openbaar

Onderzoek naar CVN uitvoering

22. Omdat de juiste uitvoering van de CVN-kortingsregeling mede afhankelijk is van de jaarlijks uit te voeren verrekeningen tussen KPN en de klant, heeft het onderzoek een aanvang genomen op het moment dat de jaarlijkse verrekeningen zouden aanvangen, namelijk een jaar na introductie van de regeling.
23. Doel van het onderzoek was om vast te stellen of KPN zich met de uitvoering van de CVN-overeenkomsten houdt aan de in het marktanalysebesluit opgelegde retailverplichtingen (meldingsplicht, non-discriminatie en transparantie). De markt waar het hier om gaat betreft een belangrijke markt, namelijk die met de allergrootste telefoniekanten. Daarbij was voor OPTA relevant dat het product CVN op de Groot Zakelijke Markt onder meer is aangeboden aan klanten waaraan reeds eerder onrechtmatige kortingen zijn verleend op dezelfde markt.

Onderzoek feitencomplex CVN

24. In bijlage 2 bij het boeterapport is een overzicht van de communicatie tussen OPTA en KPN tijdens het onderzoek opgenomen. Deze communicatie is op te delen in de volgende stappen:
- Opvragen van schriftelijke informatie bij KPN (21 en 26 maart, 20 april 2007)
 - Gesprek met KPN over voortgang CVN-implementatie (5 september 2007)
 - Ontvangst processchema voor de CVN-jaarevaluaties van KPN (18 oktober 2007)
 - Overleg met KPN over de noodzaak van het snel in overeenstemming brengen van de dienstverlening met de aangemelde dienst (8 november 2007)
 - Ontvangst planning inhalen “achterstand bij jaarverrekeningen” van KPN (16 november 2007).

Afbakening van het onderzoek

25. Bij de uitvoering van het onderzoek is in een aantal gevallen een aanname gedaan met betrekking tot de feiten. Hiermee is het uitvoeren van nader onderzoek naar feiten beperkt zonder dat het vaststellen van de overtreding is beïnvloed. Deze aannames hebben betrekking op de periode waarover het onderzoek zich uitstrekt, de juistheid van de door KPN overgelegde gegevens en de materialiteit van de gedragingen.

Onderzochte periode

26. Het onderzoek had betrekking op de wijze waarop KPN de CVN kortingsregeling heeft uitgevoerd tot en met november 2007. In deze periode heeft de toezichthoudend ambtenaar twee soorten gedragingen vastgesteld op grond waarvan de toezichthoudend ambtenaar tot de vaststelling is gekomen dat overtredingen hebben plaatsgevonden.

27. **[VERTROUWELIJK]**

Besluit Openbaar

28. Bij de uitvoering van de CVN kortingsregeling is gebleken dat de wijze waarop KPN deze kortingsregeling heeft ingericht een langdurig verrekeningsproces tot gevolg heeft, mede in verband met de afstemming hierover met de klant. Dit levert grote verschillen in doorlooptijd op.

Juistheid van door KPN overgelegde gegevens

29. KPN heeft in het kader van dit onderzoek gegevens overgelegd. Deze gegevens zijn door de toezichthoudend ambtenaar niet geverifieerd. De reden hiervoor is dat op basis van de door KPN overgelegde gegevens twee gedragingen kunnen worden vastgesteld welke als overtreding van de telecommunicatiewet en –regelgeving moeten worden beschouwd.
30. De toezichthoudend ambtenaar heeft in paragraaf 3.3.1 van het boeterapport op basis van de door KPN overgelegde informatie vastgesteld dat voor **[VERTROUWELIJK]** klanten de ingangsdatum van de CVN kortingsregeling ligt vóór de ondertekening van het CVN contract. Deze informatie is niet gevalideerd. De reden hiervoor is dat de aard, duur, ernst en verwijtbaarheid van de overtreding voldoende duidelijk uit de **[VERTROUWELIJK]** gevallen blijkt.
31. In paragraaf 3.3.2 van het boeterapport is op basis van de door KPN overgelegde informatie vastgesteld dat de uitvoering van de jaarlijkse verrekening voor geen enkele klant is gestart vóór 3 september 2007. Deze informatie is niet gevalideerd. De reden hiervoor is dat de aard, duur, ernst en verwijtbaarheid van de overtreding voldoende duidelijk uit de door KPN overgelegde informatie blijkt en dat KPN op verzoek van OPTA regelmatig informatie verstrekt over de planning van de jaarlijkse verrekeningen.

Materialiteit van de gedragingen

32. In paragraaf 4.2.1.1 van het boeterapport is aangegeven dat geen vergelijking is gemaakt met de niet-aangemelde kortingsregeling met de ondergrenstariefregulering. De reden hiervoor is dat de overtreding die in die paragraaf aan de orde wordt gesteld het overtreden van de meldingsplicht is. Het al dan niet overtreden van de ondergrenstariefregulering is bij het vaststellen van de overtreding buiten beschouwing gelaten.
33. Overigens liggen de bedragen die aan **[VERTROUWELIJK]** klanten zijn gecrediteerd ter verrekening van het laten ingaan van de kortingsregeling op een datum voordat het contract is getekend, zoals beschreven in paragraaf 5.1 van het boeterapport, tussen **[VERTROUWELIJK]** en **[VERTROUWELIJK]**.
34. De jaarlijkse verrekeningen, zoals deze tot en met mei 2008 door het college zijn ontvangen, hebben als hoogste door KPN te betalen bedrag **[VERTROUWELIJK]** en als hoogste door een klant te betalen bedrag **[VERTROUWELIJK]**.

Besluit Openbaar

Controle door KPN van het feitencomplex

35. Op 25 april 2008 is het feitencomplex, bestaande uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 van het boeterapport en de op dat moment bij die hoofdstukken behorende bijlagen 1, 3, 4, 5, 6 en 7 aan KPN gezonden.
36. KPN heeft daarop op 14 mei 2008 gereageerd. In haar reactie heeft zij enerzijds gereageerd op de feiten uit de hierboven genoemde hoofdstukken en bijlagen en anderzijds heeft KPN er op aangedrongen deze procedure met onmiddellijke ingang stop te zetten. De reactie van KPN op het feitencomplex is als bijlage 7 opgenomen in het boeterapport.
37. In het rapport zijn ten gevolge van de reactie van KPN met betrekking tot de feiten de volgende aanpassingen doorgevoerd. De nadere uitleg die de toezichthoudend ambtenaar in dat verband in het boeterapport heeft gegeven, is de volgende, waarbij de nummering uit de reactie van KPN is gevolgd:

(1). De tekst in de derde alinea van paragraaf 3.3.2 is gewijzigd van “Voor **[VERTROUWELIJK]** klanten is het contract op of voor 1 april 2006 gesloten.” naar “Voor **[VERTROUWELIJK]** klanten is de kortingsregeling op of voor 1 april 2006 ingegaan.” In het boeterapport is aangegeven dat zowel het interne als het externe toezicht zou worden gehinderd indien het argument van KPN zou worden gevolgd dat al eerder met deze klanten overeenstemming bestond over het CVN contract dan het moment van ondertekening van het contract.

[VERTROUWELIJK].

Daarnaast heeft KPN in artikel 7.1 van haar Algemene Voorwaarden Voordeelregeling Vaste Telefonie (zie bijlage 8 bij het boeterapport) het volgende opgenomen: “De Overeenkomst Voordeelregelingen Vaste Telefonie treedt in werking op de eerst volgende dag van de kalender volgend op de dag van ondertekening en loopt tot en met de laatste dag van de periode waarover afwijkende afspraken ten aanzien van tarieven zijn gemaakt. De toepassing van een Voordeelregeling Vaste Telefonie vangt uiterlijk aan op de eerste volledige periode waarop vergoedingen in rekening worden gebracht, mits de door Contractant ondertekende overeenkomst 14 dagen voor aanvang van deze periode door KPN is ontvangen, tenzij in de brochure van de desbetreffende Voordeelregeling Vaste Telefonie anders is bepaald.” In artikel 28 van de gebruiksvoorwaarden van CVN kortingsregeling (zie bijlage 3 bij het boeterapport) is een vergelijkbare clausule opgenomen, namelijk: “Het Contract voor Corporate Voice Nationaal treedt in werking vanaf de factuurperiode na ondertekening van het Contract en wordt aangegaan voor onbepaalde tijd.” In zowel de algemene als de specifieke voorwaarden wordt door KPN gesteld dat een contract niet eerder in werking kan treden dan de ondertekening van dat contract.

De door KPN in haar brief van 4 mei 2007 geschetste argumentatie om met klanten een

Besluit Openbaar

afpraak te maken over de afname van de CVN dienst vóór ondertekening van het contract kan door de toezichthoudend ambtenaar niet worden gevolgd.

Indien KPN hierin zou worden gevolgd zouden de aan haar opgelegde verplichtingen, uit bijvoorbeeld het Retailbesluit, immers moeilijk te controleren en te handhaven zijn en ruimte aan KPN kunnen bieden om de heldere voorwaarden uit de algemene en specifieke voorwaarden van de CVN kortingsregeling te vervangen door een willekeurig en nauwelijks nog te toetsen maatstaf.

(2). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

(3). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

Het feit dat KPN deze kortingsregeling zo heeft ingericht dat dit een langdurig verrekeningsproces tot gevolg heeft, mede in verband met de gewenste overeenstemming hierover met de klant, neemt niet weg dat KPN verplicht is tijdig met de verrekening te beginnen. De toezichthoudend ambtenaar verwacht niet dat het proces van de verrekening kan worden afgerond voor het einde van factuurperiode 7, maar wel dat na afloop van factuurperiode 6 het proces wordt gestart. De toezichthoudend ambtenaar stelt vast dat voor **[VERTROUWELIJK]** klanten waarvoor de kortingsregeling op of voor 1 april 2006 in werking is getreden de eerste stap in het verrekeningsproces pas op 3 september 2007 door KPN gezet is, ruim vijf maanden na het einde van factuurperiode 6.

In hoofdstuk 5.2 van het boeterapport is voor de verrekeningen die in 2007 zijn gestart grafisch aangegeven wat de relatie is tussen de ingangsdatum, het starten en het afronden van het verrekeningsproces.

(4). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

(5). Geen wijziging; dit punt heeft betrekking op de materialiteit van de gedragingen. Deze materialiteit is in het boeterapport buiten beschouwing gelaten.

(6). Geen wijziging; in paragraaf 3.2.2 is aangegeven dat de gebruiksvoorwaarden, zoals deze in het rapport worden gebruikt, afkomstig zijn van www.kpn.com en stammen uit maart 2007. Daarnaast is vermeld dat er inmiddels nieuwe gebruiksvoorwaarden zijn, die ook hoogste staffel (**[VERTROUWELIJK]**) bevatten. Daarnaast zijn door een andere opbouw van de gebruiksvoorwaarden de artikelnummers gewijzigd. In het boeterapport wordt in paragraaf 3.2.3 verwezen naar artikel 26. In de door KPN bij haar reactie meegestuurde gebruiksvoorwaarden is dit artikel 34 geworden. In dit nieuwe artikel is tevens de terminologie

Besluit Openbaar

aangepast maar dit heeft geen invloed op de geconstateerde gedragingen⁴.

De hierboven onder punt 1 genoemde verwijzing naar artikel 28 van de gebruiksvoorwaarden is afkomstig uit de versie van maart 2007. In de door KPN ter beschikking gestelde aangepaste gebruiksvoorwaarden is deze clausule opgenomen als artikel 36 en luidt als volgt: "Het contract treedt per aansluiting in werking vanaf de eerstvolgende Verbruiksperiode na ondertekening van het Contract, mits dit minimaal 15 werkdagen voor het begin van de Verbruiksperiode is, en wordt aangegaan voor onbepaalde tijd".

(7). Aan de derde alinea van 3.3.1 van het boeterapport is de volgende zin ter verduidelijking toegevoegd: "Het betreft hier dus niet de jaarlijkse verrekening".

(8). In de vijfde alinea van paragraaf 3.3.2 van het boeterapport is de volgende tekst opgenomen: "KPN heeft aangegeven dat zij in mei 2007 met [VERTROUWELIJK] heeft gesproken over de jaarafrekening en dat zij daarmee is gestart in de eerste helft van juni 2007."

(9). De laatste zin van de vijfde alinea van paragraaf 3.3.2 van het boeterapport is omwille van de leesbaarheid herschreven.

(10). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

(11). De zesde alinea van paragraaf 3.3.2 van het boeterapport is verwijderd.

(12). De achtste (nu zevende) alinea van paragraaf 3.3.2 van het boeterapport is herschreven om onduidelijkheid over de datum van de bijeenkomst en de datum van het toezenden van de informatie te voorkomen.

(13). Geen wijziging; de toezichthoudend ambtenaar beschouwt een regeling met en een regeling zonder de mogelijkheid om deze in te laten gaan voordat het bijbehorende contract is getekend als verschillende regelingen.

(14). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

(15). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

⁴ Deze aanpassingen zijn: Uitkering van de korting -> Verrekening van de korting
 factuurperiode -> Verbruiksperiode
 Na elke 6 factuurperioden -> Na elke 6 volledige Verbruiksperioden

Besluit Openbaar

(16). Geen wijziging; het betreft hier geen correctie van of aanvulling op de feiten.

(17). De vierde alinea van paragraaf 5.2 van het boeterapport is zodanig aangepast dat duidelijk is dat het gaat om de uitleg van de regeling door de toezichthoudend ambtenaar.

(18). Geen wijziging; het betreft hier naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar een verschil van interpretatie en geen correctie van of aanvulling op de feiten.

(19). Geen wijziging; als relevante omzet is de omzet over 2006 genomen.

(20). De tabel in bijlage 1 bij het boeterapport is aangepast en alle daarvan in de tekst afgeleide bedragen zijn op basis van deze nieuwe tabel opnieuw berekend.

38. Bij brief van 18 juli 2008 is het boeterapport aan KPN gezonden.

39. KPN heeft bij brief van 29 augustus 2008 schriftelijk haar zienswijze op het boeterapport gegeven.

40. Tijdens een hoorzitting op 3 september 2008 heeft KPN mondeling haar zienswijze op het boeterapport nader toegelicht.

4. Relevante feiten

Corporate Voice Nationaal kortingsregeling

Inleiding

41. In dit hoofdstuk wordt de CVN kortingsregeling beschreven alsmede de bij deze regeling behorende gebruiksvoorwaarden. Daarnaast wordt beschreven op welke wijze KPN uitvoering heeft gegeven aan deze kortingsregeling.

Kenmerken van de CVN kortingsregeling

Kortingsstructuur

42. De onderstaande kortingsstructuur is van toepassing voor klanten die CVN afnemen. Deze structuur is afkomstig van de website van KPN op 8 februari 2007⁵.

⁵ Zie www.kpn.com. Voor raadpleging is een wachtwoord nodig.

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK]

43. Het product CVN kende ten tijde van de aanmelding [VERTROUWELIJK] verschillende CVN-diensten (elke kortingsstaffel is als afzonderlijke dienst beoordeeld) en is door KPN op 16 maart 2006 bekendgemaakt in haar tweewekelijkse melding met betrekking tot de ondergrensregulering. In het onderbouwings-spreadsheet van 24 maart 2006 is voor de staffels [VERTROUWELIJK] een berekening van de squeeze-marge op basis van de Combinatorische Prijs Squeeze Toets (hierna: CPST) uitgevoerd. Op 30 oktober 2006 is de onderbouwing voor de nieuwe dienst "CVN staffel vanaf [VERTROUWELIJK]" aangeleverd. Het college heeft deze onderbouwing gecontroleerd. In de periodieke "rapportage stoplichtmodel" is het resultaat van de controle en het proces gecommuniceerd.
44. De nationale gesprekskosten die een klant moet maken om voor de CVN-kortingsregeling in aanmerking te komen, bedragen minimaal [VERTROUWELIJK] per jaar. Voor de hoogste korting bedragen deze ten minste [VERTROUWELIJK] per jaar. Deze kortingsregeling is bedoeld voor grote ondernemingen.

Voorwaarden

45. De volledige voorwaarden van de CVN kortingsregeling zijn opgenomen in bijlage 3 bij het boeterapport. Deze gegevens zijn ook afkomstig van www.kpn.com. In deze gebruiksvoorwaarden was de hoogste staffel ([VERTROUWELIJK]) in maart 2007 nog niet opgenomen; in de gebruiksvoorwaarden zijn thans wel alle kortingstaffels opgenomen.
46. De gebruiksvoorwaarden hebben betrekking op de (on)mogelijkheid om CVN met andere kortingsregelingen te combineren, de eisen ten aanzien van de lijnen waarvan het verkeer meetelt voor de regeling, de berekening van de korting en de jaarlijkse verrekening van te veel of te weinig ontvangen korting.

Bijstelling en verrekening

47. In artikel 26 van de gebruiksvoorwaarden is aangegeven op welke wijze de relatie wordt gelegd tussen de genoten korting (op basis van een schatting vooraf) en het werkelijke verkeersvolume.
48. Uitkering van de korting gebeurt om administratieve redenen in 2 fasen. [VERTROUWELIJK].

Uitvoering van de regeling

49. Ten aanzien van de uitvoering van de regeling worden hieronder twee aspecten nader toegelicht. Het betreft enerzijds de ingangsdatum van het CVN-contract met in een aantal gevallen een verrekening voor een aantal klanten aan het begin van het CVN-contract en anderzijds de

Besluit Openbaar

jaarlijkse verrekening waarbij de genoten korting zo nodig wordt verrekend met de korting waarop de klant daadwerkelijk recht heeft.

Ingangsdatum en verrekening (gedraging A)

50. Uit de door KPN overgelegde gegevens is gebleken dat voor **[VERTROUWELIJK]** klanten de ingangsdatum van de CVN kortingsregeling ligt vóór de ondertekening van het CVN contract⁶. Dit blijkt uit de tabel die door KPN op 5 september 2007 is verstrekt (bijlage 4 bij het boeterapport).

51. Over het bovenstaande heeft het college bij brief van 20 april 2007 de volgende vraag gesteld.

“Bij verschillende contracten ligt de ingangsdatum van het contract vóór de ondertekeningdatum van het contract. Het college verzoekt KPN dit nader te verklaren.”

52. KPN heeft deze vraag op 4 mei 2007 als volgt beantwoord.

“Op 1 maart 2006 was CVN als propositie beschikbaar. De definitieve contracten waren op dat moment nog niet beschikbaar. Een aantal klanten wilde CVN direct afnemen. Met deze klanten is overeengekomen dat CVN op de door hen gewenste datum kon worden afgenomen en dat het contract zou worden ondertekend zodra dit beschikbaar was. Een voorbeeld van een op deze wijze overeengekomen ingangsdatum is opgenomen in bijlage 7.”

53. Het door KPN in bijlage 7 van haar brief opgenomen voorbeeld betreft een e-mail waarin **[VERTROUWELIJK]** aangeeft met ingang van 5 juli 2006, de datum van de e-mail, de dienst CVN te willen afnemen. Overigens is volgens de door KPN ter beschikking gestelde informatie de ingangsdatum van de CVN regeling voor **[VERTROUWELIJK]** 22 januari 2007.

54. Op basis van de door KPN ter beschikking gestelde informatie is vastgesteld dat het eerste CVN contract reeds op 27 februari 2006 (voor **[VERTROUWELIJK]**) is ondertekend. De door KPN in haar brief van 4 mei 2007 geschetste redenering dat het niet beschikbaar zijn van een contract ertoe heeft geleid dat met klanten afspraken zijn gemaakt over de afname van de CVN dienst is daarmee niet in overeenstemming.

55. KPN heeft het college op 6 april 2007 informatie gezonden waaruit voor vijf van de bovengenoemde elf klanten (**[VERTROUWELIJK]**) is vast komen te staan dat zij een factuur hebben ontvangen waarmee een verrekening vanaf de ingangsdatum is gecrediteerd. Tenminste voor deze klanten heeft KPN de korting over de periode vóór ondertekening daadwerkelijk

⁶ Voor **[VERTROUWELIJK]** klanten (**[VERTROUWELIJK]**) is de ingangsdatum de eerste dag van de maand waarin het contract is gesloten en voor **[VERTROUWELIJK]** klanten (**[VERTROUWELIJK]**) is de ingangsdatum tot acht maanden voor de contractdatum.

Besluit Openbaar

uitgekeerd. Het betreft hier dus niet de jaarlijkse verrekening. De creditfacturen zijn als bijlage 5 bij het boeterapport opgenomen.

Jaarlijkse verrekening (gedraging B)

56. Aangezien de eerste klanten vanaf 1 maart 2006 gebruik hebben gemaakt van de CVN-kortingsregeling kan op basis van de gebruiksvoorwaarden die in paragraaf 3.2.3 van het boeterapport zijn genoemd, worden vastgesteld dat deze klanten vanaf maart 2007 een verrekening zouden moeten ontvangen.
57. Het college heeft naar aanleiding hiervan in maart 2007 de eerste vragen gesteld over de uitvoering van de regeling. Bij de beantwoording daarvan heeft KPN in mei 2007 aangegeven dat de jaarlijkse verrekening in de praktijk pas kan plaatsvinden na 7 factuurperiodes in verband met de data die hiervoor door het factureringssysteem moet worden geleverd⁷.
58. Voor **[VERTROUWELIJK]** klanten is de kortingsregeling op of voor 1 april 2006 ingegaan. De jaarverrekening van deze klanten had op basis van de aangemelde regeling uiterlijk in april 2007 moeten aanvangen. In de brief van KPN van 4 mei 2007 heeft KPN aangegeven dat de eerste credit- of debetfacturen in mei 2007 worden verstuurd en dat OPTA een afschrift van de aan de klant gezonden brief ontvangt binnen 10 werkdagen na het einde van de maand waarin de klant de brief heeft ontvangen.
59. OPTA heeft medio juni 2007 bij KPN geïnformeerd naar het toezenden van de afschriften van de brieven. KPN heeft hierop aangegeven dat in mei 2007 geen (jaarverrekenings)brieven zijn verzonden en dat de eerste brieven in juni 2007 aan de klanten zouden worden verstuurd.
60. Op 16 juli 2007 heeft het college een afschrift ontvangen van de jaarverrekening ten behoeve van de klant **[VERTROUWELIJK]**⁸. KPN heeft daarbij aangegeven dat deze verrekening op dat moment de enige uitgevoerde jaarverrekening was. KPN heeft aangegeven dat zij in mei 2007 met **[VERTROUWELIJK]** heeft gesproken over de jaarverrekening en dat zij daarmee is gestart in de eerste helft van juni 2007.
61. Tijdens het gesprek tussen KPN en OPTA van 5 september 2007 is gebleken dat deze jaarverrekening onjuist was. Het proces om de jaarverrekening uit te voeren werkte nog niet.
62. In juli 2007 heeft het college geen andere jaarverrekeningen ontvangen. Daarop heeft het college KPN in de laatste week van juli 2007 uitgenodigd voor een gesprek. Tijdens deze bijeenkomst op 5 september 2007 heeft KPN inzicht verschaft in de processen voor orderintake en voor de

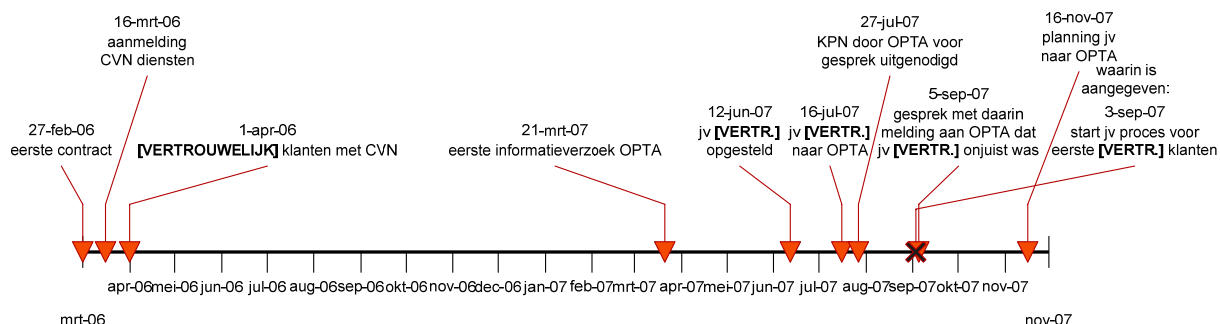
⁷ Uit de gegevens die KPN op 16 november 2007 beschikbaar heeft gesteld blijkt de start van de jaarverrekening eerder dan na 7 factuurperiodes te kunnen beginnen.

⁸ Deze klant komt in de tabel van bijlage 1 voor als **[VERTROUWELIJK]**.

Besluit Openbaar

jaarevaluatie.

63. Op basis van planning die het college op 16 november 2007 naar aanleiding van deze bijeenkomst van KPN heeft ontvangen, is gebleken dat op 3 september 2007 voor de eerste **[VERTROUWELIJK]** klanten de jaarverrekening conform de gebruiksvoorwaarden was gestart.
64. Hieronder is schematisch aangegeven hoe de verschillende data zich tot elkaar verhouden.



Betrokken omzet⁹ en duur van de gedragingen

Gedraging A

65. Gedraging A bestaat uit het laten ingaan van de kortingsregeling op een datum voordat het contract is getekend, gekoppeld aan de afspraak om met betrekking tot deze periode tot verrekening over te gaan.
66. De start van overtreding in het kader van gedraging A is de datum waarop het eerste contract werd getekend met bijbehorende afspraak het contract te laten ingaan op een datum vóór ondertekening. Het einde van deze overtreding is de datum waarop het laatste contract werd ondertekend met deze bijbehorende afspraak.
67. Deze periode waarin gedraging A plaatsvindt, duurt van 24-03-2006 (ondertekening contract **[VERTROUWELIJK]**) tot en met 24-11-2006 (ondertekening contract **[VERTROUWELIJK]**). In totaal duurt gedraging A dus 8 maanden en 1 dag.
68. In deze periode heeft deze gedraging plaatsgevonden ten aanzien van **[VERTROUWELIJK]** verschillende klanten, te weten: **[VERTROUWELIJK]**.

⁹ Met "omzet" de omzet voor verkeer binnen basisgebied (biba), buiten basisgebied (buba) en vast naar mobiel (vamo) bedoeld.

Besluit Openbaar

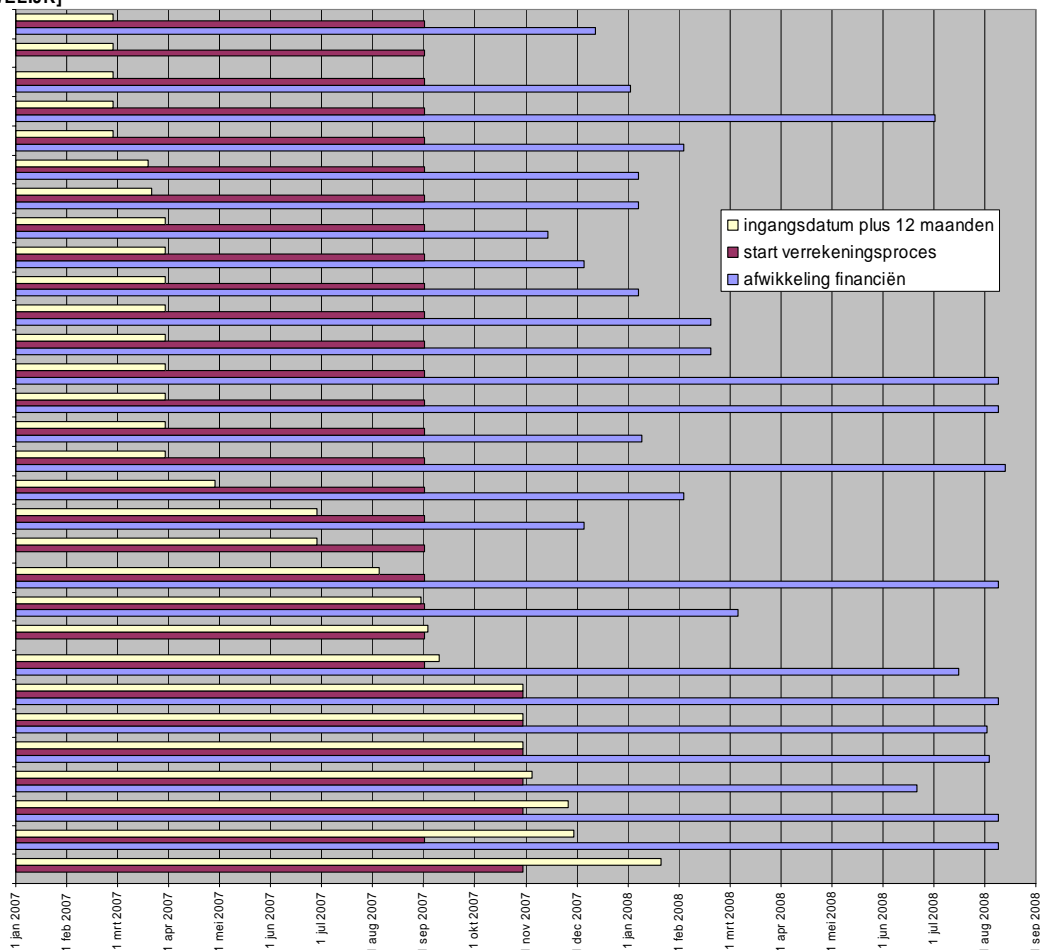
69. De omzet over 2006 van [VERTROUWELIJK] is in totaal bijna [VERTROUWELIJK].
70. KPN heeft het college op 6 april 2007 informatie gezonden waaruit voor [VERTROUWELIJK] van de [VERTROUWELIJK] bovengenoemde klanten [VERTROUWELIJK] is vast komen te staan dat zij een factuur hebben ontvangen waarmee een verrekening vanaf de ingangsdatum is gecrediteerd. Tenminste voor deze klanten heeft KPN de korting over de periode vóór ondertekening daadwerkelijk uitgekeerd. De omzet over 2006 van deze [VERTROUWELIJK] klanten is in totaal ruim [VERTROUWELIJK].

Gedraging B

71. Gedraging B bestaat uit het verraagd uitvoeren van de jaarlijkse verrekening en eventuele bijstelling van het verleende kortingspercentage ten opzichte van het kortingspercentage waarop de klant op basis van zijn gebruik recht heeft.
71. Op basis van de door KPN op 5 september 2007 opgeleverde informatie zijn er [VERTROUWELIJK] klanten waarvoor de kortingsregeling op of voor 1 april 2006 in werking is getreden, te weten: [VERTROUWELIJK].
72. In de bij het college aangemelde kortingsregeling staat:
[VERTROUWELIJK]
73. In de onderstaande figuur is voor de hierboven genoemde [VERTROUWELIJK] klanten alsmede voor [VERTROUWELIJK] andere klanten waarvoor het proces in 2007 is gestart, weergegeven wat de doorlooptijden zijn geweest. Deze gegevens zijn afgeleid uit de planning van KPN, zoals deze op 19 juni 2008 door OPTA is ontvangen.
74. Voor deze klanten geeft telkens de bovenste (gele) balk de ingangsdatum van de CVN contract plus 6 factuurperioden weer, de middelste (rode) balk geeft de eerste stap uit het verrekeningsproces weer en de onderste (blauwe) balk geeft de afwikkeling door financiën binnen KPN weer.
75. Voor [VERTROUWELIJK] klanten ([VERTROUWELIJK]) heeft KPN een eerder afgegeven planning voor het uitvoeren van de verrekening uit de aan OPTA gerapporteerde planning verwijderd. Hierdoor is onduidelijk wanneer deze verrekeningen zullen worden afgerond. KPN heeft in het begeleidende schrijven bij de planning op 19 juni 2008 door OPTA is ontvangen aangegeven dat dit het gevolg is van onduidelijkheid over accountstructuur. Deze onduidelijkheid bestaat volgens KPN ook voor de klanten [VERTROUWELIJK], maar deze zijn in de onderstaande grafiek niet opgenomen omdat de verrekening voor deze klanten pas in 2008 is gestart.

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK]



76. Voor [VERTROUWELIJK] geldt dat het verrekeningsproces wel eerder in gang is gezet. Op 16 juli 2007 heeft het college een afschrift ontvangen van de jaarverrekening ten behoeve van de klant. Deze klant komt in de tabel van bijlage 1 bij het boeterapport en in de bovenstaande figuur voor als [VERTROUWELIJK] en KPN heeft deze verrekening op 12 juli 2007 opgesteld.

77. In tegenstelling tot hetgeen KPN heeft aangegeven bij de aanmelding van de dienst en bij de

Besluit Openbaar

communicatie daarover tijdens het onderzoek in mei en juni 2007, zijn tot 3 september 2007 geen jaarverrekeningen uitgevoerd conform de gebruiksvoorwaarden van CVN. Op 5 september 2007 is tijdens het gesprek met KPN gebleken dat op dat moment nog geen enkele jaarverrekening op de juiste wijze was uitgevoerd.

78. Op basis van de planning van de jaarverrekeningen die het college op 16 november 2007 van KPN heeft ontvangen is gebleken dat op 3 september 2007 voor geen enkel contract de jaarverrekening was gestart. Deze planning is bijgevoegd als bijlage 6 bij het boeterapport. Op zowel 4 december 2007 als op 11 januari 2008 heeft het college voor **[VERTROUWELIJK]** klanten de afschriften van de jaarverrekening ontvangen.
79. De periode waarin gedraging B plaatsvindt, duurt van 1 juni 2007 (het begin van factuurperiode 7) tot 3 september 2007 (de eerste stap in het verrekeningsproces). In totaal duurt gedraging B dus 3 maanden en 2 dagen.
80. In deze periode heeft deze gedraging plaats ten aanzien van **[VERTROUWELIJK]** verschillende klanten.
81. Zoals in bijlage 1 bij het boeterapport is aangegeven bedraagt de gezamenlijke omzet over 2006 van deze **[VERTROUWELIJK]** klanten ruim **[VERTROUWELIJK]**.
82. De omzet over 2006 van alle klanten die gebruik maken van de CVN kortingsregeling is in totaal ruim **[VERTROUWELIJK]**.

5. Zienswijze KPN

83. KPN stelt zich op het standpunt dat de gedragingen die in het boeterapport aan KPN zijn verweten, niet in strijd zijn met de op KPN rustende verplichtingen. KPN brengt daartoe samengevat het volgende naar voren:
 - De verweten gedragingen beperken de mededinging niet, omdat het gedragingen ten aanzien van omstandigheden betreft waarop marktpartijen niet met elkaar (kunnen) concurreren;
 - Het niet-handhaven van de schriftelijkheidsbepaling is geen overtreding van de meldingsplicht, omdat de geleverde diensten niet afwijken van de diensten die KPN in andere gevallen in het kader van CVN levert;
 - Het niet-handhaven van de schriftelijkheidsbepaling is geen overtreding van de non-discriminatieverplichting, omdat KPN ten aanzien van iedere klant waarmee overeenstemming bestaat de kortingsregeling toepast en eventuele verschillen die zich in dit opzicht hebben voorgedaan, niet relevant zijn in het licht van de non-discriminatieverplichting. Het moment waarop overeenstemming is bereikt is niet een parameter waarop partijen met elkaar concurreren en KPN verstrekt hiermee geen lagere kortingspercentages, zodat de mededinging op de markt daardoor niet wordt beperkt.

Besluit Openbaar

- Het niet-handhaven van de transparantieplichting is geen overtreding van de transparantieplicht, omdat het dictum van het retailbesluit KPN niet verplicht om te publiceren of zij uitvoering aan een overeenkomst geeft voordat deze schriftelijk is bevestigd en omdat de mededinging hierdoor niet wordt geschaad.
- Het niet direct beginnen met verrekenen is geen overtreding van de verplichtingen uit het retailbesluit.
- Ten aanzien van de vaststelling van een eventuele boete merkt KPN op dat zij alle medewerking aan het college heeft verleend en dat voorts rekening gehouden zou moeten worden met het gegeven dat de gedragingen KPN niet kunnen worden verweten.

6. Overtredingen (in laten gaan van de kortingsregeling voordat het formele contract is gesloten; gedraging A)

Ingangsdatum

84. KPN heeft bij **[VERTROUWELIJK]** klanten de CVN kortingsregeling laten ingaan op een datum die ligt voor de ondertekening van het contract. In de gebruiksvoorwaarden van CVN is echter opgenomen dat kortingen voor CVN eerst in werking treden vanaf een factuurperiode die minimaal 15 werkdagen ligt nadat de betrokken aansluitingen onder CVN zijn gebracht door ondertekening van het formele contract met KPN en/of opname van de aansluiting in een door KPN en de afnemer ondertekend overzicht van de aansluitingen of een amendement daarop.

Zie: gebruiksvoorwaarden Corporate Voice Nationaal (bijlage 3 bij het boeterapport), en in het bijzonder onderdeel 7 en 8:

[VERTROUWELIJK]

Zie: Algemene Voorwaarden Voordeelregeling Vaste Telefoonie (bijlage 8 bij het boeterapport), en in het bijzonder artikel 7.1:

“De Overeenkomst Voordeelregelingen Vaste Telefoonie treedt in werking op de eerst volgende dag van de kalender volgend op de dag van ondertekening en loopt tot en met de laatste dag van de periode waarover afwijkende afspraken ten aanzien van tarieven zijn gemaakt. De toepassing van een Voordeelregeling Vaste Telefoonie vangt uiterlijk aan op de eerste volledige periode waarop vergoedingen in rekening worden gebracht, mits de door Contractant ondertekende overeenkomst 14 dagen voor aanvang van deze periode door KPN is ontvangen, tenzij in de brochure van de desbetreffende Voordeelregeling Vaste Telefoonie anders is bepaald.”

85. Deze handelwijze houdt een overtreding in van de volgende verplichtingen:

- Meldingsplicht;
- Non-discriminatie en

Besluit Openbaar

- Transparantie.

Meldingsplicht

86. De meldingsplicht verplicht KPN om iedere twee weken aan het college te melden welke nieuwe of gewijzigde tarieven door haar zijn ingevoerd. De CVN kortingsregeling is op 16 maart 2006 bij het college aangemeld. Hiermee heeft KPN deze kortingsregeling, die op 1 maart 2006 is geïntroduceerd, binnen de afspraken in het kader van het 'stoplichtmodel' tijdig aangemeld.
87. Bij de CVN kortingsregeling horen gebruiksvoorwaarden. Deze gebruiksvoorwaarden voorzien niet in de mogelijkheid om de kortingsregeling in te laten gaan voordat het bijbehorende contract is getekend. Een kortingsregeling waarbij wél de mogelijkheid wordt geboden om deze in te laten gaan voordat het bijbehorende contract is getekend, is niet bij het college aangemeld. Dat had wel moeten.
88. Anders dan KPN in haar zienswijze aanvoert, is het verschil dat ten aanzien van de voorwaarden door KPN is gemaakt, relevant. Dit verschil schept de mogelijkheid ten aanzien van bepaalde klanten soepeler om te gaan met de gebruiksvoorwaarden dan bij andere klanten. Voor de betrokken afnemers heeft dit tot gevolg dat zij eerder van de kortingsregeling gebruik kunnen maken dan afnemers die de formele vastlegging van het contract moeten afwachten. Het college merkt op dat het er daarbij niet uitsluitend om gaat dat meer korting zou kunnen worden verstrekt, maar met name om de omstandigheden over welke periode – en dus op basis van welk volume – korting wordt verstrekt.
89. Anders dan KPN aanvoert, geeft dat KPN ook ruimte zich ten aanzien van bepaalde, voor haar interessantere, afnemers anders op te stellen dan ten aanzien van andere afnemers. Daarvoor kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan als de betrokken afnemer genegen is met een concurrent van KPN in zee te gaan. De ruimte die in dat verband ten opzichte van de standaardvoorwaarden kan worden genomen, kan daarmee ook gevolgen voor de mededinging hebben.
90. Voorts is het, anders dan uit de zienswijze van KPN lijkt te volgen, bepaald van belang een verschil in gebruiksvoorwaarden in het kader van de meldingsplicht aan OPTA voor te leggen. Als dat niet zo zou zijn, zou het aan KPN zelf worden overgelaten te bepalen wat een belangrijk (en daarmee mogelijk ongeoorloofd) verschil in de gebruiksvoorwaarden betreft. De meldingsplicht is echter juist aan KPN opgelegd om het college in staat te stellen die beoordeling uit te voeren. Dat betekent dat KPN een verschil als het onderhavige in het kader van de meldingsplicht aan het college had moeten voorleggen.
91. Dat is te meer van belang omdat het college bij het beoordelen van een dienst en bij het beoordelen van bijvoorbeeld een korting die aan een afnemer wordt aangeboden, de volledige klantrelatie in ogenschouw zal moeten kunnen nemen om te kunnen vaststellen of KPN zich houdt aan de materiële vereisten uit het retailbesluit, waaronder de ondergrenstariefregulering en de

Besluit Openbaar

verplichting tot non-discriminatie. Simpel gezegd: of KPN niet teveel korting verstrekt of discrimineert ten aanzien van bepaalde klanten binnen de kortingsregeling. Het is daarbij van belang dat er geen onduidelijkheid bestaat over de vraag op welke periode een korting betrekking heeft en op welk verkeersvolume de korting is gebaseerd. Als dan voor verschillende afnemers verschillende voorwaarden worden toegepast ten aanzien van de ingangsdatum van de korting, valt dat niet goed na te gaan. Anders dan KPN aanvoert, is een melding van een dienst, waarbij andere gebruiksvoorwaarden worden toegepast dan normaal gesproken, dus nodig voor een goede uitvoering van de materiële verplichtingen die in het retailbesluit aan KPN zijn opgelegd.

92. Het college stelt vast dat KPN de meldingsplicht in de beschreven **[VERTROUWELIJK]** gevallen heeft overtreden.

Non-discriminatie

93. Op KPN rust de non-discriminatieverplichting. KPN mag dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. Uit hetgeen ten aanzien van de meldingsplicht is opgemerkt, volgt dat KPN dat wel heeft gedaan. Aan sommige afnemers is de mogelijkheid geboden de kortingsregeling eerder in te laten gaan dan op grond van de gebruiksvoorwaarden mogelijk was; ten aanzien van andere afnemers is strikt de hand aan de gebruiksvoorwaarden gehouden. Het gevolg daarvan is dat sommige afnemers over een langere periode, of een periode die eerder is ingegaan, van de voordelen van de kortingen van CVN gebruik hebben kunnen maken en andere afnemers niet. Daarmee heeft KPN tussen afnemers gediscrimineerd.
94. Anders dan KPN in haar zienswijze (punt 44) lijkt te veronderstellen, bestaat de geconstateerde overtreding van de non-discriminatieverplichting er niet uit dat KPN aan de afnemers waarmee zij overeenstemming heeft bereikt, korting heeft verstrekt. Het gaat erom dat ten aanzien van sommige afnemers soepeler met de gebruiksvoorwaarden is omgegaan, in die zin dat in hun voordeel van de gebruiksvoorwaarden is afgeweken en de kortingsregeling eerder is ingegaan. Andere afnemers hebben dat voordeel niet gekregen: ook aan hen is uiteindelijk korting verstrekt, maar overeenkomstig de gebruiksvoorwaarden van KPN eerst nadat alle contracten formeel waren ondertekend. Ten aanzien van de meldingsplicht is reeds uiteengezet dat van het in bepaalde gevallen soepeler toepassen en/of afwijken van de gebruikelijke gebruiksvoorwaarden een beperking op de mededinging kan uitgaan, omdat het KPN mogelijk maakt om voor haar interessantere klanten op een andere manier te benaderen. Voorts is van belang dat de non-discriminatieverplichting ook ter bescherming van de eindgebruikersbelangen is opgelegd. Het nadeel dat andere afnemers ten opzichte van de bevoordeelde afnemers hebben geleden doordat ten aanzien van hen wel streng de hand aan de gebruiksvoorwaarden is gehouden, is voor de constatering dat van een overtreding van de non-discriminatieverplichting sprake is, dus evenzeer relevant.

Besluit Openbaar

95. Het college merkt voorts op dat, anders dan KPN in punt 45 van haar zienswijze lijkt te veronderstellen, de gedragsregels die in het retailbesluit zijn opgenomen, een nadere invulling van de non-discriminatieverplichting betreffen. Zij sluiten echter niet uit dat ook in andere gevallen gelijke gevallen ongelijk worden behandeld en dus van overtreding van de non-discriminatieverplichting sprake is.
96. Het college stelt vast dat in **[VERTROUWELIJK]** gevallen van overtreding van de non-discriminatieverplichting sprake is.

Transparantie

97. De verplichting met betrekking tot transparantie houdt onder andere in dat KPN op haar website melding moet maken van de bij de kortingsregeling behorende tariefstructuur. KPN heeft de CVN kortingsregeling, zoals deze ook bij OPTA is aangemeld, op haar website gepubliceerd.
98. De bij CVN behorende gebruiksvoorwaarden, zoals deze op de website zijn gepresenteerd, voorzien niet in de mogelijkheid om de kortingsregeling in te laten gaan voordat het bijbehorende contract is getekend. Een kortingsregeling waarbij wél de mogelijkheid wordt geboden om deze in te laten gaan voordat het bijbehorende contract is getekend, is niet transparant gemaakt. Hiermee is de verplichting tot transparantie niet nagekomen.
99. Door het niet transparant maken van het aanbod, waarbij de mogelijkheid wordt geboden om deze in te laten gaan voordat het bijbehorende contract is getekend, is het voor eindgebruikers niet mogelijk om de propositie van KPN te vergelijken met de propositie van andere aanbieders en zijn de eindgebruikers niet in staat geweest om optimaal te kiezen. Hiermee is de marktwerking negatief beïnvloed.
100. Anders dan KPN in haar zienswijze veronderstelt, is daarin niet de enige rechtvaardiging voor de transparantieverplichting gelegen. Deze verplichting dient er, in het kader van de bescherming van de belangen van de eindgebruiker, eveneens toe dat de eindgebruiker kan nagaan of hij wel van dezelfde voordelen gebruik kan maken die KPN aan andere eindgebruikers biedt. Ook dat is immers voor de keuze van de eindgebruiker van belang. Uit de op de website van KPN gepubliceerde gegevens, valt door een eindgebruiker echter niet af te leiden dat aan sommige andere eindgebruikers een afwijking van de gebruiksvoorwaarden is toegestaan door de kortingsregeling voor hen eerder te laten ingaan. Juist bij de Groot Zakelijke klanten waar het hier om gaat, kan daar een groot bedrag mee gemoeid zijn.
101. Het college stelt vast dat er in **[VERTROUWELIJK]** gevallen sprake is van overtreding van de transparantieverplichting.
102. Het college constateert op basis van het boeterapport dat sprake is van overtreding van de meldingsplicht, de transparantieverplichting en de non-discriminatieverplichting, waarvoor op grond

Besluit Openbaar

van artikel 15.4 van de Tw aan KPN een boete opgelegd kan worden. Mede op grond van het feit dat KPN aan andere aanbieders een vergoeding voor door hen geleden schade als gevolg van onder meer deze overtredingen zal betalen, komt het college in dit geval niet tot het opleggen van een boete maar volstaat hij met het geven van een waarschuwing aan KPN ter zake van deze overtredingen.

103. Het college merkt op dat hij van KPN verwacht dat zij in de toekomst haar gebruiksvoorwaarden voor al haar afnemers gelijkelijk toepast. Het college verwacht daarbij onder andere van KPN dat zij, overeenkomstig haar gebruiksvoorwaarden, steeds de betrokken afspraken eerst in een formeel contract zal vastleggen voordat zij een kortingsregeling zal laten ingaan.
104. Mocht in de toekomst opnieuw een overtreding van de betrokken verplichtingen plaatsvinden, dan is van belang dat KPN er vanaf dit traject van op de hoogte is hoe naar het oordeel van het college de transparantie-, de non-discriminatie- en de meldingsverplichting moeten worden toegepast.
105. Gezien het gegeven dat geen boete wordt opgelegd, behoeven de punten die KPN ten aanzien van de hoogte van een eventuele boete naar voren heeft gebracht, geen bespreking meer.

7. Geen overtredingen (vertraagde en verlate verrekening)

106. KPN dient in het kader van CVN de reeds verstrekte korting op basis van een ingeschatte afname te verrekenen met de daadwerkelijke afname en de daadwerkelijke korting waar de afnemer op grond daarvan aanspraak kan maken.
107. Het college constateert dat in de gebruiksvoorwaarden van CVN is opgenomen dat deze verrekening na zes factuurperiodes, dat wil zeggen na een periode van een jaar, dient plaats te vinden. In het boeterapport is vastgesteld dat de verrekening bepaald niet voortvarend en met wisselende snelheid door KPN gestalte is gegeven. Het college constateert echter voorts dat in de gebruiksvoorwaarden van CVN niet is opgenomen binnen welke periode de verrekening dient plaats te vinden.
108. Voorts is van belang dat sprake kan zijn van aanzienlijke rentevoordelen voor afnemers als hen wordt toegestaan mogelijk ten onrechte ontvangen kortingen eerst veel later terug te betalen aan KPN. In het bewerkstelligen van dergelijke rentevoordelen kan een overtreding van de verplichtingen uit het retailbesluit zijn gelegen. Op het moment dat KPN met de verrekeningen bezig is geweest, was het echter naar het oordeel van het college voor KPN nog onvoldoende duidelijk, wanneer van een zodanig late verrekening sprake is dat zich overtredingen voordoen.
109. Het college komt tot de conclusie dat hij op basis van de in het boeterapport weergegeven feiten en omstandigheden geen overtreding van deze verplichtingen kan vaststellen.

Besluit Openbaar

8. Conclusie

110. Het college constateert ten aanzien van de eerste categorie gedragingen dat sprake is van overtreding van de meldingsplicht, de transparantieplichting en de non-discriminatieplichting, waarvoor op grond van artikel 15.4 van de Tw aan KPN een boete opgelegd kan worden. Mede op grond van het feit dat KPN aan andere aanbieders een vergoeding voor door hen geleden schade als gevolg van onder meer deze overtredingen zal betalen, komt het college in dit geval niet tot het opleggen van een boete maar volstaat hij met het geven van een waarschuwing aan KPN ter zake van deze overtredingen.
111. De tweede categorie gedragingen bestaat eruit dat KPN de jaarlijkse verrekening en eventuele bijstelling van het verleende kortingspercentage ten opzichte van het kortingspercentage waarop de klant op basis van zijn gebruik recht heeft, vertraagd en eerst zeer laat heeft uitgevoerd. De toezichthoudend ambtenaar heeft vastgesteld dat daarin overtredingen van de meldingsplicht, de non-discriminatieplichting en de transparantieplichting zijn gelegen. Het college komt evenwel tot de conclusie dat hij op basis van de in het boeterapport weergegeven feiten en omstandigheden geen overtreding van deze verplichtingen kan vaststellen. Niettemin constateert het college dat met het verlaat verrekenen van de daadwerkelijke kortingen in het kader van CVN aanzienlijke rentevoordelen voor de afnemers daarvan kunnen zijn gemoeid. Het college is daarom van oordeel dat KPN er in toekomstige gevallen voor zorg dient te dragen dat verrekening binnen zes maanden na afloop van elke 6 volledige verbruiksperioden heeft plaatsgevonden. Voor zover dat niet het geval is, zal het college dit aanmerken als overtreding van de verplichtingen uit het retailbesluit.

Hoogachtend,

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

(w.g.)

Dr. M.W. de Jong, plv. voorzitter

Besluit Openbaar

Bezwaar bij het college van OPTA

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.