

## Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/200003

Zaaknummer: 09.0188.07

Datum:

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

### 1. Samenvatting van het besluit

1. Het college constateert dat Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) in overeenkomsten (zogenaamde KlantPartnerProgramma's ofwel KPP's) met de **[VERTROUWELIJK]**, **VERTROUWELIJK** en het **[VERTROUWELIJK]** voor zichzelf een recht op het doen van een last bid en een preferred suppliership heeft bedongen. Daarmee heeft KPN in strijd gehandeld met de non-discriminatieverplichting, en de ter invulling daarvan opgelegde gedragsregels ter zake van selectieve prijsopbodding en loyaliteitskortingen, die aan haar zijn opgelegd in het marktanalysebesluit “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” van 21 december 2005 (hierna: het retailbesluit) en het marktanalysebesluit “Marktanalyse vaste telefonie” van 19 december 2008 (hierna: het vaste telefoniebesluit). Ook heeft KPN deze afwijkende afspraken in strijd met de op haar rustende meldingsplicht niet aan het college gemeld. Het college legt vanwege deze overtredingen met dit besluit aan KPN een boete op. Door toezichthoudend ambtenaren als bedoeld in artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) is vastgesteld dat Koninklijke KPN N.V. deze verplichtingen heeft overtreden. Voor zover de door de toezichthoudend ambtenaren 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. Verloop van de procedure

2. Een volledig overzicht van het verloop van de procedure is opgenomen in Bijlage A bij het boeterapport. Deze bijlage fungeert tevens als overzicht van de bronnen die geraadpleegd zijn voor het aan dit besluit ten grondslag liggende onderzoek.

## **Besluit Openbaar**

3. Naar aanleiding van het feit dat KPN op 3 maart 2008 haar vuistregels voor het gecombineerd aanbieden van gereguleerde en ongereguleerde diensten definitief heeft gemaakt, heeft KPN de zogenoemde KPP's onderzocht op mogelijke strijdigheid met de verplichtingen uit het Retailbesluit. KPN heeft dit interne onderzoek naar de KPP's op verzoek van het college, conform het Compliance Handvest, op 8 april 2008 aan het college gemeld<sup>1</sup>. KPN heeft dit onderzoek gemeld zijnde een 'interne scan'.
4. In vervolg op deze melding heeft de toezichthoudende ambtenaar KPN bij brief van 15 mei 2008 verzocht hem nader te informeren over de resultaten van deze interne scan.
5. Bij brief van 28 mei 2008 heeft KPN op het verzoek gereageerd. KPN heeft de resultaten van het interne onderzoek meegedeeld. In het onderzoeksrapport van KPN wordt geadviseerd om bij vier van de negen overeengekomen KPP's actie te ondernemen om te verduidelijken dat gereguleerde dienstverlening onafhankelijk wordt aangeboden van ongereguleerde dienstverlening. (*"Klant nog een keer specifiek wijzen op het feit dat hij vrij is zijn gereguleerd portfolio op elk moment conform de voorwaarden van de overeenkomst te beëindigen"*). Bij deze interne rapportage zijn delen van de KPP-overeenkomsten met deze vier klanten verstrekt inclusief brieven en de aanpassingen van deze overeenkomsten.
6. KPN heeft met enige vertraging de complete dossiers aan het college overgelegd, waaronder de bij de KPP-overeenkomst behorende deelovereenkomsten. Achterliggende reden van de vertraging was dat KPN zich in eerste instantie niet kon verenigen met het door de toezichthoudende ambtenaar gedane schriftelijke informatieverzoek, dat volgens KPN niet zou passen binnen het met het college overeengekomen Compliance Handvest.
7. Naar aanleiding van de onvolledige dossiers die waren aangeleverd, heeft er op 4 augustus 2008 een bespreking plaatsgevonden tussen OPTA en KPN. Daar is afgesproken dat KPN alsnog de volledige dossiers van de 9 afgesloten KPP's zou opleveren.
8. KPN is deze afspraak ook nagekomen. Bij brief van 16 augustus 2008 heeft KPN de aanvullende dossiers van de 9 KPP's aangeleverd. KPN heeft echter aangegeven dat er nog 2 (deel)overeenkomsten ontbraken. Op 7 oktober 2008 is de laatste ontbrekende (deel)overeenkomst opgeleverd.

---

<sup>1</sup> 20080506 HV 03 Issuelijst KPN geheim.xls

## **Besluit Openbaar**

9. Op 4 maart 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar zijn voorlopige standpunt inzake de KPP's kenbaar gemaakt aan KPN. OPTA is van mening dat KPN met de preferred supplier- en last bid afspraken, voor zover deze betrekking hebben op gereguleerde diensten, in strijd handelt met de non-discriminatieverplichting, de transparantieplichting en de meldingsplicht. Verder heeft de toezichthoudend ambtenaar gesignaleerd dat de door KPN beoogde ontbundeling als resultaat van haar eigen interne onderzoek niet goed is uitgevoerd en dat daardoor een aantal afspraken zijn gemaakt die mogelijk tot het (opnieuw) overtreden van de non-discriminatieverplichting zouden kunnen leiden.
10. Op 19 maart 2009 heeft KPN concept-beëindigingbrieven inzake de KPP's overgelegd. Voorts heeft KPN op 19 maart 2009 een brief met haar voorlopige standpunt over de rechtmatigheid van de KPP's toegezonden.
11. Op 27 maart 2009 heeft KPN een tweede reactie op het conceptstandpunt toegezonden.
12. Op 3 april 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar bevestigd dat de concept beëindigingbrieven in orde zijn.
13. Op 13 mei 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar een e-mail van KPN ontvangen met door twee relevante afnemers ondertekende beëindigingbrieven. Ten aanzien van één afnemer heeft KPN op 28 mei 2008 verklaard dat deze klant geen gereguleerde diensten meer van KPN afneemt.
14. Op 28 juli 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar het feitencomplex, bestaande uit hoofdstuk 4 en bijlage A van het boeterapport, aan KPN toegezonden.
15. Op 24 augustus 2009 heeft KPN daarop een reactie gegeven.
16. Naar aanleiding van deze reactie is op 15 en 17 september 2009 per e-mail informatie verzocht omtrent een mantelovereenkomst met een der partijen en de omzetopgave van KPN ten aanzien van een der partijen.
17. Op 17 september heeft KPN per e-mail op het informatieverzoek omtrent de mantelovereenkomst gereageerd.
18. Op 21 september 2009 heeft KPN per e-mail op het informatieverzoek omtrent de omzetgegevens gereageerd.
19. Op 25 september 2009 heeft de toezichthoudend ambtenaar een vervolgvraag om informatie omtrent de op 21 september 2009 door KPN opgegeven informatie gedaan.
20. Op 7 oktober 2009 heeft KPN per e-mail inhoudelijk op het vervolgvraag gereageerd.

## **Besluit Openbaar**

21. Op 14 oktober 2009 is ten aanzien van KPN een rapport in de zin van artikel 15.8 Tw (hierna: het rapport) opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college. Dit rapport is bij brief van 15 oktober 2009 aan KPN toegezonden. Het college heeft KPN in de gelegenheid gesteld mondeling of schriftelijk haar zienswijze op het rapport te geven.
22. KPN heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt door op 5 november 2009 een schriftelijke zienswijze in te dienen.
23. Bij email van 10 november 2009 heeft het college aan KPN verzocht aan te geven of zij in aanvulling daarop ook een mondelinge zienswijze wenste te geven. Bij email van 10 november 2009 heeft KPN aangegeven dat zij op haar bereidheid om een mondelinge toelichting te geven heeft gewezen om aan te geven dat zij, als OPTA daar behoefte aan zou hebben, beschikbaar is voor het geven van een mondelinge toelichting of het beantwoorden van vragen.

### **3. Samenvatting van het onderzoeksrapport**

24. In het onderzoeksrapport is geconstateerd dat KPN met het aanbieden en overeenkomen van preferred supplier- en last bid-afspraken met de [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting, de transparantieverplichting en de meldingsplicht die op grond van artikel 6a.12, onder a, artikel 6a.12, onder c en artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw aan KPN zijn opgelegd in het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit.

### **4. Feiten**

25. In dit hoofdstuk zal een beschrijving worden gegeven van de relevante feiten zoals die door de toezichthoudend ambtenaar tijdens het onderzoek naar de KPP's zijn vastgesteld. De in dit hoofdstuk beschreven feiten in combinatie met de in bijlage A bij het rapport opgesomde stukken vormen de basis van de door de toezichthoudend ambtenaar geconstateerde overtredingen inzake drie KPP's. De feiten zullen per KPP uiteen worden gezet.

#### **4.1 Feiten [VERTROUWELIJK]**

26. De overeenkomst<sup>2</sup> tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is ingegaan op 1 mei 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

---

<sup>2</sup> Partnership Overeenkomst [VERTROUWELIJK] en KPN B.V., 15 mei 2007 en kenmerk/versie SR1-091224/91

**Besluit  
Openbaar**

**4.1.1 Reikwijdte**

27. Voor het onderzoek naar de vraag of de overeenkomst zich mede uitstrekt tot gereguleerde diensten is de reikwijdte van de overeenkomst van belang. Over de reikwijdte van de overeenkomst is in artikel 2.1 van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** het volgende bepaald:

*“Deze Overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de in Bijlage 1 genoemde telecommunicatiediensten en –producten (hierna: “Diensten”). Specifieke overeenkomsten voor de in Bijlage 1 genoemde Diensten worden een Deelovereenkomst bij deze Partnership Overeenkomst.”*

28. In Bijlage 1 staat het volgende vermeld:

*“De Deelovereenkomsten van de onderstaande diensten vallen onder deze Partnership Overeenkomst;*

<i>Dienst</i>	<i>Kenmerk</i>	<i>Einddatum lopend Contract</i>	<i>Einddatum nieuw contract</i>
<i>Vaste telefonie</i>	<i>Intentieverklaring</i>		
<i>Vaste telefonie</i>	<i>SR1-091224/108</i>		
<i>Mobiele Telefonie</i>	<i>SR1-091224/104</i>		
<i>Internet Access</i>	<i>SR1-091224/85</i>		

29. In de tabel in Bijlage 1 bij de overeenkomst zijn onder meer de diensten Vaste telefonie opgenomen. Daaruit blijkt dat de reikwijdte van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** tevens gereguleerde diensten betreft, namelijk vaste telefoniediensten.

## **Besluit Openbaar**

### **4.1.2 Aanvang en duur overeenkomst**

30. In artikel 5.1 van de Overeenkomst met de **[VERTROUWELIJK]** is het volgende vermeld:

*“Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf (5) jaar, ingaande per 1 mei 2007. Indien niet uiterlijk zes (6) maanden voor het verstrijken van deze Overeenkomst door een der Partijen schriftelijk is opgezegd, wordt de Overeenkomst van rechtswege telkens met één jaar verlengd. Iedere Partij kan de Partnership Overeenkomst vervolgens beëindigen door schriftelijke opzegging tegen het einde van de verlengingstermijn met inachtneming van een termijn van negentig (90) kalenderdagen.”*

31. In artikel 5.3 is voor de gereguleerde dienstverlening een uitzondering opgenomen met betrekking tot de duur van de overeenkomst:

*“Op het moment van ondertekening van deze Overeenkomst worden alle onderliggende Deelovereenkomsten met betrekking tot de Diensten verlengd tot 1 mei 2012, behoudens indien en voor zover de Diensten betrekking hebben op gereguleerd portfolio, waaronder vaste telefonie.”*

32. De Overeenkomst is ingegaan op 1 mei 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar. De duur van Deelovereenkomsten welke onder deze Partnership overeenkomst vallen, zijn gelijkgesteld met de duur van de Partnership overeenkomst. De deelovereenkomsten welke gereguleerde dienstverlening bevatten zijn daarvan uitgezonderd. Deze hebben een minimale duur zoals nader in de desbetreffende Deelovereenkomsten is bepaald.

### **4.1.3 Afspraken preferred supplier**

33. KPN heeft met **[VERTROUWELIJK]** een “preferred supplier” afspraak gemaakt. Deze is vastgelegd in een aantal artikelen van de Overeenkomst. In artikel 1.9 is bepaald:

*“Preferred Supplier:  
**[VERTROUWELIJK]** ziet KPN als voorkeursleverancier voor de levering van ICT en Telecommunicatiediensten.”*

34. In artikel 2.2 is bepaald:

*“KPN is “preferred supplier” van **[VERTROUWELIJK]** voor alle Diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dit zijn in ieder geval de diensten zoals vermeld in Bijlage 1.”*

## **Besluit Openbaar**

35. KPN is voor **[VERTROUWELIJK]** preferred supplier voor alle diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dat zijn in ieder geval die diensten die in de in bijlage 1 genoemde Deelovereenkomsten zijn opgenomen. Gelet op het feit dat bijlage 1 mede gereguleerde diensten omvat, heeft de preferred supplier afspraak daarom ook betrekking op de Deelovereenkomst waarin gereguleerde dienstverlening is opgenomen, meer specifiek vaste telefonie.

36. De preferred supplier afspraak hebben partijen verder uitgewerkt in artikel 3.2 bij de overeenkomst:

*“KPN wordt actief betrokken bij vernieuwingen en bij de **[VERTROUWELIJK]**-strategie op ICT- en telecommunicatiegebied.  
KPN wordt derhalve beschouwd als preferred supplier en als zodanig uitgenodigd deel te nemen aan RFP's op ICT gebied. In het geval dat na een RFI of RFP er sprake is van gelijklopende aanbiedingen door een of meer leveranciers van **[VERTROUWELIJK]**, zal **[VERTROUWELIJK]** haar keus laten vallen op de preferred supplier voor die diensten. ....”*

37. KPN krijgt als gevolg van deze preferred supplier-bepaling de gelegenheid geboden het bod van de concurrentie te evenaren, ook als dergelijke aanbiedingen gereguleerde dienstverlening betreft. Gedurende de duur van de Partnership Overeenkomst is KPN preferred supplier, ook voor gereguleerde diensten die in korter lopende Deelovereenkomsten zijn opgenomen. De preferred supplier afspraak is van toepassing op alle deelovereenkomsten.

### ***Innerlijke tegenstrijdigheid in de overeenkomst***

38. Naast bovenvermelde preferred suppliership-afspraken bevat de overeenkomst ook een Management Summary. In deze samenvatting is het volgende bepaald:

*“**[VERTROUWELIJK]** zal KPN beschouwen als preferred supplier en middels het partnership agreement ook een commitment geven voor afname van diensten door KPN (met uitzondering van gereguleerd portfolio, waaronder vaste telefonie).”*

39. Volgens deze bovenstaande samenvatting is dit commitment dus niet van toepassing op gereguleerd portfolio.

## Besluit Openbaar

40. Uit het feitencomplex zoals hiervoor beschreven, blijkt echter dat de Partnership Overeenkomst tussen KPN en **[VERTROUWELIJK]** afspraken bevat die afwijken van en strijdig zijn met hetgeen in de Management Summary is bepaald. Deze specifieke preferred suppliership-bepalingen uit deze overeenkomst hebben betrekking op gereguleerde diensten. Daarmee zijn deze bepalingen uit de overeenkomst dus strijdig met de strekking van de Management Summary. Deze specifieke bepalingen dienen te prevaleren boven de Management Summary.

### 4.1.4 Afspraken last bid

41. In datzelfde artikel 3.2 van de overeenkomst is het volgende bepaald:

*“... In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze Overeenkomst, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van ‘last bid’.”*

42. In artikel 1.12 is het begrip last bid als volgt omschreven:

*“Last Bid:  
Indien na een RFP beantwoording van KPN aan **[VERTROUWELIJK]**, op basis van prijs de voorkeur uitgaat naar een andere leverancier dan KPN dan wordt KPN in de gelegenheid gesteld het prijsniveau te evenaren. Bij gelijke pricing zal **[VERTROUWELIJK]** kiezen voor KPN.”*

43. Als gevolg van deze bepaling is KPN in een biedingsproces, specifiek ten aanzien van gereguleerde dienstverlening voor de duur van de Partnership Overeenkomst, altijd in staat te reageren op de biedingen van haar concurrenten en desgewenst haar eigen aanbod hierop aan te passen.

## **Besluit Openbaar**

### **4.1.5 Beëindiging preferred supplier en last bid afspraken**

44. KPN is op 21 april 2009 een addendum<sup>3</sup> bij de Partnership Overeenkomst overeengekomen. In dit addendum bepaalt KPN het volgende:

*“In (...) bijlage 1 is opgenomen de dienst vaste telefonie. Vaste Telefonie is een dienst waarvoor KPN gereguleerd is op basis van de telecommunicatiewet. KPN kan de dienst Vaste Telefonie als gereguleerde dienst uitsluitend tegen de gereguleerde tarieven en onder KPN's voorwaarden in aparte overeenkomsten aanbieden. Er mag geen relatie bestaan tussen de afname van gereguleerde diensten enerzijds en de afname van eventuele overige diensten anderzijds.*

*Op basis van de tekst van de Overeenkomst kan [VERTROUWELIJK] van mening zijn dat de voordelen opgenomen in de Overeenkomst alleen gelden tussen partijen indien [VERTROUWELIJK] ook Vaste Telefonie van KPN blijft afnemen. Dit is niet het geval.*

*Partijen (hebben) middels het ondertekenen van een addendum in 2008 de hierboven genoemde omissie in de Overeenkomst (...) gecorrigeerd.*

*Partijen (wensen) thans dit artikel (...) aan te passen middels het ondertekenen van een tweede addendum dat het eerste addendum volledig vervangt.”*

45. De preferred supplier afspraak is door ondertekening van dit tweede addendum niet meer van toepassing op gereguleerde dienstverlening en het recht op het geven van een last bid is geschrapt.

### **4.1.6 Omzet gegevens**

46. Uit opgave van KPN blijken de volgende omzet gegevens voor [VERTROUWELIJK]:

- in 2007 bedroeg de totale omzet € [VERTROUWELIJK] waarvan € [VERTROUWELIJK] aan vaste telefonie
- in 2008 bedroeg de totale omzet € [VERTROUWELIJK] waarvan € [VERTROUWELIJK] aan vaste telefonie

---

<sup>3</sup> Bijlage bij e-mail van 13 mei 2009; brief van KPN aan [VERTROUWELIJK] d.d. 17 april 2009 met kenmerk R/09/U038 met daarbij de bijlage met het op 21 april overeengekomen vernieuwd addendum

**Besluit  
Openbaar**

**4.2 Feiten [VERTROUWELIJK]**

47. De KPP-overeenkomst<sup>4</sup> tussen KPN en [VERTROUWELIJK] is ingegaan op 1 juli 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

**4.2.1 Reikwijdte**

48. Over de reikwijdte van de overeenkomst is in artikel 2.1 van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] het volgende bepaald:

*“Deze Overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de in Bijlage 1 genoemde telecommunicatiediensten en –producten (hierna: “Diensten”). Specifieke overeenkomsten voor de in Bijlage 1 genoemde Diensten worden een Deelovereenkomst of intentieverklaring bij deze Partnership Overeenkomst.”*

49. In Bijlage 1 staat het volgende vermeld:

*“De intentieverklaringen van de onderstaande diensten vallen onder deze Partnership Overeenkomst;*

<i>Dienst</i>	<i>Kenmerk</i>	<i>Getekend d.d.</i>	<i>Einddatum</i>
<i>Vaste telefonie</i>	<i>Intentieverklaring</i>	<i>Juni 2007</i>	<i>1 juli 2012</i>
<i>Alarmering over IP &amp; Alarmgateway</i>	<i>Intentieverklaring</i>	<i>8 mei 2007</i>	<i>nvt</i>
<i>In Beeld</i>	<i>Intentieverklaring</i>	<i>8 mei 2007</i>	<i>nvt</i>

50. De reikwijdte van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] betreft dus tevens gereguleerde diensten, meer specifiek die diensten opgesomd in de tabel bij Bijlage 1 die tot de diensten vaste telefonie behoren.

<sup>4</sup> Partnership Overeenkomst [VERTROUWELIJK] en KPN B.V. van 25 juni 2007 met kenmerk/versie SR1-024584/133

## **Besluit Openbaar**

### **4.2.2 Aanvang en duur overeenkomst**

51. In artikel 5.1 van de Overeenkomst met de **[VERTROUWELIJK]** is het volgende vermeld:

*“Deze Overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf (5) jaar, ingaande per 1 juli 2007. Indien niet uiterlijk zes (6) maanden voor het verstrijken van deze Overeenkomst door een der Partijen schriftelijk is opgezegd, wordt de Overeenkomst van rechtswege telkens met één jaar verlengd. Iedere Partij kan de Partnership Overeenkomst vervolgens beëindigen door schriftelijke opzegging tegen het einde van de verlengingstermijn met inachtneming van een termijn van negentig (90) kalenderdagen.”*

52. De Overeenkomst is ingegaan op 1 juli 2007 en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

### **4.2.3 Afspraken preferred supplier**

53. KPN heeft met **[VERTROUWELIJK]** een “preferred supplier” afspraak gemaakt. Deze is vastgelegd in een aantal artikelen van de Overeenkomst. In artikel 1.9 is bepaald:

*“Preferred Supplier:  
**[VERTROUWELIJK]** ziet KPN als voorkeursleverancier voor de levering van Telecommunicatiediensten.”*

54. In artikel 2.2 is bepaald:

*“KPN is “preferred supplier” van **[VERTROUWELIJK]** voor alle diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dit zijn in ieder geval de diensten zoals vermeld in bijlage 1.”*

55. KPN is voor **[VERTROUWELIJK]** preferred supplier voor alle diensten die KPN als haar core business beschouwt. Dat zijn in ieder geval die diensten die in de in bijlage 1 genoemde Intentieverklaringen zijn opgenomen. Gelet op het feit dat bijlage 1 mede gereguleerde diensten omvat, heeft de preferred supplier- afspraak daarom ook betrekking op de uiteindelijke deelovereenkomst waarin gereguleerde dienstverlening, meer specifiek vaste telefonie, is opgenomen.

## Besluit Openbaar

56. De preferred supplier-afspraken heeft KPN verder uitgewerkt in artikel 3.2 van de overeenkomst:

*“KPN wordt actief betrokken bij vernieuwingen en bij de [VERTROUWELIJK] -strategie op telecommunicatiegebied.*

*KPN wordt derhalve beschouwd als preferred supplier en als zodanig uitgenodigd deel te nemen aan RFP's op telecommunicatie gebied. In het geval dat na een RFI of RFP er sprake is van gelijklopende aanbiedingen door een of meer leveranciers van [VERTROUWELIJK], zal [VERTROUWELIJK] haar keus laten vallen op de preferred supplier voor die diensten. ....”*

57. KPN krijgt als gevolg van deze preferred supplier-bepaling de gelegenheid geboden het bod van de concurrentie te evenaren, ook als dergelijke aanbiedingen gereguleerde dienstverlening betreft. De preferred supplier afspraak is van toepassing op alle deelovereenkomsten. Gedurende de duur van de Partnership Overeenkomst is KPN preferred supplier ook voor gereguleerde diensten, in casu vaste telefonie, welke in korter lopende deelovereenkomsten zijn opgenomen.

### ***Innerlijke tegenstrijdigheid van de overeenkomst***

58. De overeenkomst bevat een Management Summary. In deze samenvatting is het volgende bepaald:

*“[VERTROUWELIJK] zal KPN beschouwen als preferred supplier en middels het partnership agreement ook een commitment geven voor afname van diensten door KPN (met uitzondering van gereguleerd portfolio, waaronder vaste telefonie).”*

59. Volgens deze bovenstaande samenvatting is dit commitment dus niet van toepassing op gereguleerd portfolio.
60. Uit het feitencomplex, zoals hiervoor beschreven, blijkt echter dat de Partnership Overeenkomst tussen KPN en [VERTROUWELIJK] afspraken bevat die afwijken en strijdig zijn met hetgeen in de Management Summary is bepaald. Deze specifieke preferred suppliership-bepalingen uit deze overeenkomst hebben betrekking op gereguleerde diensten. Daarmee zijn deze bepalingen uit de overeenkomst dus strijdig met de strekking van de Management Summary. De toezichthoudend ambtenaar is van mening dat deze specifieke bepalingen dienen te prevaleren boven de Management Summary.

## **Besluit Openbaar**

### **4.2.4 Afspraken last bid**

61. In datzelfde artikel 3.2 van de overeenkomst is het volgende bepaald:

*“... In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze Overeenkomst, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van ‘last bid’.”*

62. In artikel 1.12 van de overeenkomst is het begrip last bid als volgt omschreven:

*“Last Bid:  
Indien na een RFP beantwoording van KPN aan **[VERTROUWELIJK]**, op basis van prijs de voorkeur uitgaat naar een andere leverancier dan KPN dan wordt KPN in de gelegenheid gesteld het prijsniveau te evenaren. Bij gelijke pricing zal **[VERTROUWELIJK]** kiezen voor KPN.”*

63. Als gevolg van deze bepaling is KPN in een biedingsproces, specifiek ten aanzien van gereguleerde dienstverlening voor de duur van de Partnership Overeenkomst, altijd in staat te reageren op de biedingen van haar concurrenten en desgewenst haar eigen aanbod hierop aan te passen.

### **4.2.5 Beëindiging preferred supplier en last bid afspraken**

64. KPN is op 13 februari 2008 een addendum met **[VERTROUWELIJK]**<sup>5</sup> overeengekomen. In dit addendum bepaalt KPN het volgende:

*“De dienst vaste telefonie wordt door KPN B.V. te allen tijde onafhankelijk van andere diensten in deze Partnership Overeenkomst aan **[VERTROUWELIJK]** geleverd uitsluitend onder de voor deze dienst geldende Algemene Voorwaarden van KPN en tegen gereguleerde tarieven. Deze tarieven staan derhalve vast.*

*De voor **[VERTROUWELIJK]** geldende tarieven en voorwaarden waaronder niet gereguleerde diensten worden afgenomen van KPN gelden geheel onafhankelijk van de eventuele afname door **[VERTROUWELIJK]** van gereguleerde diensten van KPN B.V.*

*Mocht enige bepaling in de Partnership Overeenkomst strijdig zijn met hetgeen in dit Addendum is bepaald, dan verliest de desbetreffende bepaling in de Partnership Overeenkomst zijn geldigheid en zal de inhoud van de Partnership Overeenkomst overeenkomstig hetgeen in dit addendum is overeengekomen worden aangepast.”*

---

<sup>5</sup> Bijlage bij brief van KPN aan het college d.d. 15 september 2008 met kenmerk R/08/U/125. Het betreft het addendum dat op 13 februari 2008 getekend is door **[VERTROUWELIJK]** en dat bij de overeenkomst als bijlage aan het college is opgeleverd

## **Besluit Openbaar**

65. In dit addendum heeft KPN de afname van gereguleerde diensten onder Partnership Overeenkomst onafhankelijk gemaakt van de afname van gereguleerde diensten. Daarmee zijn naar de mening van de toezichthoudend ambtenaar echter nog niet de specifieke bepalingen ten aanzien van preferred supplier en last bid afspraken ten aanzien van gereguleerde diensten beëindigd.

66. Op 17 april 2009 verklaart KPN<sup>6</sup> de laatste alinea van het addendum van 13 februari 2008 expliciet van toepassing op de artikelen 2.2 en 3.2:

*“De bepaling opgenomen in de laatste alinea van het addendum van 13 februari 2008 is voor zover nodig op artikelen 2.2 en 3.2 van toepassing voor zover deze artikelen betrekking zouden hebben op gereguleerd portfolio. KPN beschouwt deze artikelen als strijdig met hetgeen in het Addendum is bepaald waardoor artikelen 2.2 en 3.2 voor zover het gereguleerd portfolio betreft niet geldig en tussen partijen niet van toepassing zijn.”*

67. De preferred supplier- en last bid-afspraken zijn als gevolg van dit laatste addendum niet langer van toepassing op gereguleerde dienstverlening.

### **4.2.6 Omzet gegevens**

68. Met deze Partnership Overeenkomst is volgens bijlage 3 jaarlijks een omzet gemoeid van **[VERTROUWELIJK]** euro. Uit deze bijlage blijkt dat hiervan jaarlijks € **[VERTROUWELIJK]** betrekking heeft op de gereguleerde dienstverlening vaste telefonie.

69. Op 24 augustus 2009 stuurt KPN een reactie op het feitencomplex. In bijlage B van het rapport is deze reactie weergegeven<sup>7</sup>. KPN geeft in deze reactie de volgende gerealiseerde omzetgegevens op voor **[VERTROUWELIJK]**:

- in 2007 bedroeg de totale omzet € **[VERTROUWELIJK]** waarvan € **[VERTROUWELIJK]** aan vaste telefonie
- in 2008 bedroeg de totale omzet € **[VERTROUWELIJK]** waarvan € **[VERTROUWELIJK]** aan vaste telefonie.

70. Het verschil tussen de omzetgegevens zoals opgenomen in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst en de opgave van KPN in haar reactie van 24 augustus 2009 is significant. Het verschil tussen de inschatting in bijlage 3 en de opgave van KPN bedraagt ruim € **[VERTROUWELIJK]** in 2007. In 2008 bedraagt dit verschil ruim € **[VERTROUWELIJK]**. De toezichthoudend ambtenaar heeft KPN verzocht om deze significante afwijkingen te

<sup>6</sup> Bij brief met kenmerk R/09/U/308 aan **[VERTROUWELIJK]** d.d. 17 april 2009, opgeleverd aan het college op 13 mei 2009

<sup>7</sup> In bijlage B van het boeterapport zijn tevens de wijzigingen in het feitencomplex toegelicht naar aanleiding van deze reactie van KPN. Deze wijzigingen beperken zich in casu tot een correctie op de gehanteerde omzetgegevens.

## Besluit Openbaar

verklaren<sup>8</sup>.

71. In reactie op dit verzoek heeft KPN aangegeven dat dit verschil is ontstaan door de overstap van **[VERTROUWELIJK]** naar een andere dienstverlening van KPN, de zogenaamde One dienstverlening. Ook met deze One dienstverlening wordt telefonie aangeboden, middels een breedbandaansluiting.
72. Deze wijziging in dienstverlening verklaart onvoldoende het significante verschil in de prognose en de door KPN opgegeven omzet. Immers, niet duidelijk is op grond waarvan de overstap naar de andere dienstverlening tot een forse daling van het telefonieverkeer zou leiden. De toezichthoudend ambtenaar heeft op grond daarvan om een nadere verklaring verzocht.
73. KPN heeft vervolgens erkend dat haar eerdere verklaring tekort schiet. KPN heeft vervolgens verklaard dat er wijzigingen zijn doorgevoerd in de organisatiestructuur rondom **[VERTROUWELIJK]**. Zo geeft KPN aan dat groepsmaatschappijen die al dan niet deelnamen aan de Partnership Overeenkomst zijn samengevoegd. Uiteindelijk is **[VERTROUWELIJK]** samengevoegd met de **[VERTROUWELIJK]**. **[VERTROUWELIJK]** zou echter tot eind 2008 als zelfstandige groepsmaatschappij gehandhaafd zijn.
74. KPN heeft verder verklaard dat zij in de accountstructuur binnen haar administratieve systemen afwijkende namen en indelingen heeft gebruikt ten opzichte van de werkelijke organisatiestructuur. Verder heeft KPN toegelicht dat de in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst genoemde omzetgegevens alleen betrekking hebben op de groepsmaatschappij **[VERTROUWELIJK]**. De verwachte omzetgegevens van andere groepsmaatschappijen ontbreken in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst. Bijlage 3 strekt zich volgens KPN dus niet uit tot de verwachte omzet van andere aan de Partnership Overeenkomst deelnemende groepsmaatschappijen.
75. Kennelijk heeft deze onjuiste administratieve werkwijze van KPN significante invloed op de registratie van de omzetgegevens die gemoeid zijn met de uitvoering van de onderhavige Partnership Overeenkomst. KPN heeft in de accountstructuur in haar systemen andere indelingen gehanteerd en niet de actualiteit gevolgd. Dit heeft gevolgen gehad voor de juiste registratie van de gerealiseerde omzetten met betrekking tot de uitvoering van de Partnership Overeenkomst. De juiste omzet lijkt daarom niet meer te achterhalen. Omdat daarnaast KPN geen plausibele verklaring heeft voor het significante verschil tussen de prognose van de omzet en bijlage 3 en de door haar opgegeven omzet over 2007 en 2008, is er aanleiding om af te wijken van deze laatste (lagere) opgave.
76. Voor de relevante omzetgegevens met betrekking tot de partnership Overeenkomst met

---

<sup>8</sup> Dit verzoek en de daarop volgende correspondentie is weergegeven in bijlage C van het boeterapport

## Besluit Openbaar

**[VERTROUWELIJK]** hanteert het college de prognose van de omzetgegevens zoals vermeld in bijlage 3 bij de Partnership Overeenkomst.

77. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de nadere informatie van KPN waar in de voorafgaande alinea's naar is verwezen, zou kunnen betekenen dat de Partnership Overeenkomst betrekking heeft op **[VERTROUWELIJK]** en haar niet nader gespecificeerde groepsmaatschappijen. De omzetgegevens in bijlage 3 van de Partnership Overeenkomst hebben alleen betrekking heeft op de groepsmaatschappij **[VERTROUWELIJK]**. Daarmee is niet uitgesloten dat door deze structuurwijzigingen de omzetgegevens uit bijlage 3 significant te laag zijn ingeschat. Het is dus niet onaannemelijker dat de gerealiseerde omzet met betrekking tot de overtredingsperiode inzake de Partnership Overeenkomst hoger zou moeten zijn dan de ingeschatte omzetgegevens in bijlage 3.
78. Hieruit volgt dat voor **[VERTROUWELIJK]** de betrokken omzet gedurende de duur van de overtredingen ongeveer € **[VERTROUWELIJK]** bedraagt. Het deel in deze omzet voor vaste telefonie bedraagt ongeveer € **[VERTROUWELIJK]**.

### 4.3 Feiten **[VERTROUWELIJK]**

79. De KPP-overeenkomst die KPN met **[VERTROUWELIJK]**<sup>9</sup> is overeengekomen is per 1 januari 2007 ingegaan en heeft een duur van tenminste vijf jaar.

#### 4.3.1 Reikwijdte

80. Over de reikwijdte van de overeenkomst is in artikel 2.1 van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** het volgende bepaald:

*“Deze Overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de in Bijlage 1 genoemde telecommunicatiediensten en –producten (hierna: “Diensten”). Specifieke overeenkomsten voor de in Bijlage 1 genoemde Diensten worden een Deelovereenkomst bij deze Partnership Overeenkomst.”*

81. In Bijlage 1 staan geen gereguleerde diensten vermeld.

---

<sup>9</sup> Partnership Overeenkomst **[VERTROUWELIJK]** en KPN B.V. van 18 december 2006 met kenmerk/versie SR4-023273/0279

**Besluit**  
**Openbaar**

82. De Overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** bevat als bijlage 3 een “Omzet specificatie **[VERTROUWELIJK]**” op basis van afnamevolumes 2006 die gereguleerde dienstverlening omvat:

*“Omzet specificatie **[VERTROUWELIJK]***

*Afname volumes 2006 (Geprognosticeerd op basis van werkelijke omzetcijfers t/m november 2006)*

<i>Mobiele telefonie</i>	<i>EUR</i>	<b>[VERTROUWELIJK]</b>
<i>EnterCom</i>	<i>EUR</i>	<b>[VERTROUWELIJK]</b>
<i>Netwerk Services</i>	<i>EUR</i>	<b>[VERTROUWELIJK]</b>
<i>Vaste Telefonie</i>	<i>EUR</i>	<b>[VERTROUWELIJK]</b>
<i>Totaal</i>	<i>EUR</i>	<b>[VERTROUWELIJK]”</b>

83. In artikel 2.3 is een intentieverklaring opgenomen om een zo groot mogelijke kostenbesparing te realiseren voor **[VERTROUWELIJK]**. Die kostenbesparing wordt deels gerealiseerd door de in bijlage 2 opgenomen kortingen op ongereguleerde dienstverlening. In deze bijlage 2 wordt verwezen naar bijlage 3 voor de grondslagen van de kortingen. De diensten in bijlage 3 zijn derhalve een onderdeel van de in de Overeenkomst.
84. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat bijlage 3 betrekking heeft op de omzetvolumes in 2006. Strikt genomen kan hieruit niet worden afgeleid dat vanaf 1 januari 2007 gereguleerde diensten zijn afgenomen door **[VERTROUWELIJK]** op basis van deze overeenkomst. Dit is echter wel een sterke indicatie. Hiernaast heeft KPN tijdens het onderzoek geen enkele keer aangegeven dat, na november 2006, **[VERTROUWELIJK]** geen vaste telefonie meer van KPN afneemt.
85. Voorts is in artikel 4.4 van de overeenkomst het volgende bepaald:

*“KPN en **[VERTROUWELIJK]** zullen tenminste een aantal nieuwe en innovatieve diensten onderzoeken om te bekijken of deze een verdere bijdrage kunnen leveren aan de doelstellingen van **[VERTROUWELIJK]**. Verdere specificatie hiervan vindt plaats in Bijlage 4.”*

## Besluit Openbaar

86. In de voornoemde bijlage 4 staat ondermeer vermeld:

*“Dit contract beoogt middels een partnership formule onder meer inhoud te geven aan de optimalisatie van de ICT TCO van [VERTROUWELIJK]. Hiertoe worden concrete financiële afspraken gemaakt op korte en langere termijn. Deze zijn gebaseerd op bestaande dienstenafname van [VERTROUWELIJK] bij KPN. (...).*

*Het vaststellen van de doelen van [VERTROUWELIJK] en de ICT-behoefte die daaruit volgen is een taak van het accountteam dat binnen KPN Sales voor [VERTROUWELIJK] is ingericht. Dit accountteam bestaat uit:*

- [VERTROUWELIJK], sales manager Relatieverkoop
- [VERTROUWELIJK], account manager
- [VERTROUWELIJK], specialist data
- [VERTROUWELIJK], specialist Enterprise networks
- [VERTROUWELIJK], specialist mobiel voice.
- [VERTROUWELIJK], specialist mobiel data
- [VERTROUWELIJK], specialist vaste telefonie
- [VERTROUWELIJK], sales support”

87. Bijlage 4 maakt, net zoals Bijlage 3, een onlosmakelijk onderdeel uit van de overeenkomst met [VERTROUWELIJK]. KPN stelt in Bijlage 4 een accountteam beschikbaar ten einde haar diensten, waaronder vaste telefonie, te kunnen optimaliseren. De gereguleerde dienst vaste telefonie is daarmee op grond van bijlage 4 onderdeel van deze overeenkomst.

88. Voorts geldt, voor wat betreft de reikwijdte van de overeenkomst, dat uit artikel 4.3 van de overeenkomst blijkt dat ook gereguleerde diensten hiertoe behoren:

*“(....). In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van [VERTROUWELIJK] het recht tot het geven van ‘last bid’.”*

89. KPN verwijst in deze last bid bepaling naar ‘deze mantel’. Met de verwijzing naar ‘deze mantel’ verwijst KPN naar de onderhavige overeenkomst. Bijlagen 3 en 4 maken daarvan onlosmakelijk onderdeel uit. Gereguleerde dienstverlening maakt daarmee onderdeel uit van de overeenkomst en de last bid bepaling is daardoor ook van toepassing op gereguleerde dienstverlening.

## **Besluit Openbaar**

### **4.3.2 Aanvang en duur overeenkomst**

90. In artikel 5.1 van de Overeenkomst met de **[VERTROUWELIJK]** is het volgende vermeld:

*“Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf (5) jaar, ingaande per 1 januari 2007. Indien niet uiterlijk zes (6) maanden voor het verstrijken van deze Overeenkomst door een der Partijen rechtsgeldig is opgezegd, wordt de Overeenkomst van rechtswege telkens met één jaar verlengd. Iedere Partij kan de Partnership Overeenkomst vervolgens beëindigen door schriftelijke opzegging tegen het einde van de verlengingstermijn met inachtneming van een termijn van negentig (90) kalenderdagen.”*

91. Gedurende de minimale duur van vijf jaar voor de Partnership Overeenkomst zijn KPN en **[VERTROUWELIJK]** aan elkaar verbonden door middel van in deze Overeenkomst gemaakt afspraken. In de hierna volgende paragrafen worden de feiten opgesomd met betrekking tot de afspraak tussen partijen die specifiek betrekking heeft op gereguleerde dienstverlening, namelijk het recht tot het geven van een 'last bid'.

### **4.3.3 Afspraken last bid**

92. In artikel 4.3 van de Overeenkomst is het volgende bepaald:

*“KPN wordt derhalve beschouwd als preferred supplier en als zodanig uitgenodigd deel te nemen aan RFP's op ICT gebied. In het geval dat na een RFI of RFP er sprake is van gelijklopende aanbiedingen door een of meer leveranciers van **[VERTROUWELIJK]**, zal **[VERTROUWELIJK]** haar keus laten vallen op de preferred supplier voor die diensten. In het geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van 'last bid'.”*

93. Als gevolg van deze bepaling is KPN in een biedingsproces, specifiek ten aanzien van gereguleerde dienstverlening, zoals genoemd in Bijlage 3 van de Overeenkomst, voor de duur van de Partnership Overeenkomst altijd in staat gesteld om te reageren op de biedingen van haar concurrenten en desgewenst haar eigen aanbod hierop aan te passen.

## **Besluit Openbaar**

### **4.3.4 Beëindiging last bid afspraken**

94. KPN is op 22 april 2009 een addendum met **[VERTROUWELIJK]** overeengekomen<sup>10</sup>. In dit addendum zijn partijen de volgende wijziging overeengekomen:

*“KPN wenst dan ook artikelen 4.2 en 4.3 van de overeenkomst zodanig te wijzigen dat expliciet duidelijk wordt dat deze artikelen geen betrekking hebben op gereguleerde portfolio. KPN stelt voor deze wijziging te realiseren door het vervangen van de laatste zin in artikel 4.3: “In geval van gereguleerde diensten zoals benoemd in deze mantel, heeft KPN bij inkooptrajecten van **[VERTROUWELIJK]** het recht tot het geven van “last bid.” door de zin: “De artikelen 4.2 en 4.3 zijn uitdrukkelijk niet van toepassing op gereguleerde diensten.”*

### **4.3.5 Omzet gegevens**

95. Uit de opgave van KPN blijken de volgende omzetgegevens van **[VERTROUWELIJK]**:

- in 2007 bedroeg de totale omzet € **[VERTROUWELIJK]** waarvan € **[VERTROUWELIJK]** aan vaste telefonie
- in 2008 bedroeg de totale omzet € **[VERTROUWELIJK]** waarvan € **[VERTROUWELIJK]** aan vaste telefonie

## **5 Juridisch kader**

### **5.1 Ten aanzien van de overtreding**

96. 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.

97. 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.

98. In de eerste plaats is de non-discriminatieverplichting 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:*

---

<sup>10</sup> Brief van KPN aan **[VERTROUWELIJK]** op 16 maart 2009 met kenmerk R/09/U/038 als bijlage bij de e-mail van 13 mei 2009 aan het college verstrekt

## **Besluit Openbaar**

*a. bij de levering van door het college te bepalen eindgebruikersdiensten, de eindgebruikers van die diensten in gelijke gevallen gelijk te behandelen;”*

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

*“- verbod op selectieve prijsonderbieding. KPN mag dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. KPN mag geen aanbod doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt;*

*- verbod op loyaliteitskortingen. KPN mag geen kortingen geven die gericht zijn op afname van alle diensten door een eindgebruiker bij één aanbieder. Daarnaast mag KPN geen kortingen geven die gebaseerd zijn op het historisch koopgedrag van de eindgebruiker. Daarnaast mag KPN geen aanbiedingen doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels;*

*- indien gedifferentieerd wordt op basis van het vraagprofiel, moet de differentiatie 1) op objectieve criteria gebaseerd zijn, 2) logisch en consistent opgebouwd zijn en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke eindgebruikers, maar gericht op een voldoende grote groep eindgebruikers;*

*- indien differentiatie gebaseerd is op aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is differentiatie geoorloofd. Differentiatie in de retailtarieven voor verkeer van KPN naar de verschillende off net aanbieders mag alleen als deze differentiatie voldoet aan de hiervoor genoemde voorwaarden.”*

100. In de tweede plaats is de meldingsplicht van belang. Op grond van artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw en artikel 6a.13, eerste en tweede lid, van de Tw, heeft het college in dictumpunt xiv van het retailbesluit voor een goede uitvoering van de verplichtingen daaraan de volgende nadere voorschriften verbonden (hierna: de meldingsplicht):

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

*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.*

## **Besluit Openbaar**

*- 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."*

101. In de randnummers 3 en 4 van Annex F bij het retailbesluit is aangegeven wat onder het begrip "dienst" moet worden verstaan:

*"Onder het begrip 'dienst', als bedoeld in de CPST, wordt verstaan de aanbidding die door KPN aan een eindgebruiker wordt gedaan of reeds door een eindgebruiker wordt afgenomen. Diensten onderscheiden zich van elkaar indien deze de eindgebruiker een andere toegevoegde waarde bieden. De toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit en/of leveringsvoorwaarden. Bij een aanbidding met verschillende keuzemogelijkheden (bijvoorbeeld zelfselectieschema's) is iedere combinatie van keuzes een aparte dienst.*

*Uit het voorgaande volgt bijvoorbeeld dat iedere staffel binnen een kortingsregeling is aan te merken als een parate dienst. Van een eindgebruiker mag immers worden verwacht dat hij vooraf in afdoende mate een inschatting kan maken van zijn gebruikersvolume, en dat hij de daaruit volgende prijsstelling zal gebruiken bij de keuzes tussen verschillende aanbieders of diensten. Ook bij tijdelijke kortingen is sprake van een nieuwe (aparte) dienst; er is immers sprake van een tariefstelling die afwijkt van de dienst waarop de korting wordt gegeven."*

102. 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 transparantie (artikel 6a.12, onder c, van de Tw);
- de verplichting tot tariefregulering, ondergrens op basis van een combinatorische prijsstreefzettoets (artikel 6a.13 van de Tw);
- het verbod op het hanteren van excessieve tarieven (artikel 6a.13 van de Tw);
- het hanteren van een door het college goedgekeurd kostentoerekeningssysteem (artikel 6a.13, tweede lid, van de Tw);
- de verplichting om tarieven die niet aan de combinatorische prijsstreefzettoets voldoen eerst door het college goed te laten keuren, alvorens ze in de markt te zetten (artikel 6a.14 van de Tw).

103. In het vaste telefoniebesluit heeft het college twee relevante retailmarkten afgebakend: de residentiële retailmarkt voor vaste telefonie die bestaat uit verkeer- of aansluitingsdiensten gericht op twee of minder (gelijktijdige) gesprekken en de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie die bestaat uit verkeer- of aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken.

## Besluit Openbaar

104. Het college heeft in dictumonderdeel lxxix van het vaste telefoniebesluit vastgesteld dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is, maar in dictumonderdeel lxxi geconcludeerd dat handhaving van de retailregulering gedurende de gehele reguleringsperiode niet langer passend is. In dictumonderdeel lxxii van het vaste telefoniebesluit heeft het college daarom bepaald dat de retailverplichtingen uit het retailbesluit op 1 januari 2010 worden ingetrokken. Tot die tijd rusten de hierboven beschreven verplichtingen uit het retailbesluit dus nog op KPN.

### 5.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

105. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

*“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid en met het toezicht op de naleving van de bepalingen van de roamingverordening zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren. De vorige volzin is niet van toepassing op het bepaalde bij of krachtens de artikelen 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, tweede, derde lid, vierde en vijfde lid, 5.7, 5.13 en 5.14 van deze wet.”*

106. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt:

*“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, eerste lid, onderscheidenlijk derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”*

107. Artikel 15.4, tweede lid, Tw luidt, voor zover relevant:

*“Het college kan aan een onderneming een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland, ter zake van:*  
*a. overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften, met uitzondering van artikel 6a.20;”*

### 6. Zienswijze van KPN

108. De zienswijze van KPN op het rapport kan als volgt worden samengevat.

## **Besluit Openbaar**

109. KPN stelt voorop dat de overeenkomsten weliswaar niet steeds geheel duidelijk zijn, maar dat het niet de bedoeling is geweest om gereguleerde diensten onder de reikwijdte van de partnershipovereenkomsten te laten vallen. Uit de overeenkomsten blijkt minst genomen dat de gereguleerde diensten een bijzondere positie innemen. Ten aanzien van de overeenkomsten met de **[VERTROUWELIJK]** en **[VERTROUWELIJK]** geeft KPN aan dat uit de management summary blijkt dat gereguleerde diensten niet onder de reikwijdte van de preferred supplier-afspraken vallen. Bijlage 1 van de overeenkomst maakt dat niet anders, omdat daar slechts de diensten worden genoemd die de klant al van KPN afneemt. Uit de formulering van de last bid-bepaling blijkt dat voor gereguleerde diensten een bijzondere benadering wordt gevolgd. Voor de overeenkomst met het **[VERTROUWELIJK]** geldt dat de overeenkomst als geheel niet ziet op gereguleerde diensten.
110. In de tweede plaats geeft KPN aan dat er naar haar mening geen sprake is van gereguleerde diensten die onder afwijkende voorwaarden worden geleverd. KPN is gehouden aan de non-discriminatieverplichting, zodat een last bid-bepaling er niet toe kan leiden dat KPN een discriminatoir bod zou doen.
111. In de derde plaats bestrijdt KPN dat er sprake zou zijn van selectieve prijsonderbieding, onder meer omdat niet is aangetoond dat KPN een discriminatoir of selectief onderbiedend bod heeft uitgebracht.
112. In de vierde plaats is er volgens KPN geen sprake van loyaliteitskortingen of onredelijke overstapdrempels, onder meer omdat de klant alle ruimte heeft op andere gronden dan prijs voor een andere aanbieder te kiezen.
113. KPN geeft in de vijfde plaats aan dat er geen sprake is van overtredingen van de transparantie- en meldingsverplichtingen, omdat het slechts procedureafspraken betreft.
114. In de zesde plaats merkt KPN op dat zich geen nadelige gevolgen voor de mededinging hebben voorgedaan, omdat het KPN geen voorsprong op concurrenten geeft.
115. KPN merkt tot slot op dat geen sprake is van recidive, omdat de eerder door het college opgelegde boetes niet hetzelfde type overtreding betroffen dan waar het bij de KPP's om gaat.

## **Besluit Openbaar**

### **7. Overwegingen van het college**

#### **7.1 Overtredingen**

116. Het college stelt vast dat KPN onder de noemer KlantPartnerProgramma's (KPP's) overeenkomsten is aangegaan met de [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en het [VERTROUWELIJK].
117. In alle drie de overeenkomsten heeft KPN het recht tot het geven van een last bid bedongen. Dit recht houdt in dat als na een uitvraag de voorkeur op basis van de prijs uitgaat naar een andere aanbieder dan KPN, KPN in de gelegenheid wordt gesteld dit prijsniveau te evenaren. Bij een gelijk prijsniveau zal dan voor KPN worden gekozen.
118. In de overeenkomsten met de [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] is daarnaast separaat overeengekomen dat KPN als preferred supplier voor de levering van telecommunicatiediensten wordt aangemerkt. Dit houdt in dat KPN voor alle uitvragen zal worden uitgenodigd, en dat als sprake is van gelijklopende aanbiedingen door KPN en andere aanbieders, KPN, als preferred supplier, als aanbieder voor de betrokken diensten zal worden gekozen. De last bid-bepaling die KPN met het [VERTROUWELIJK] overeen is gekomen, houdt in dit opzicht mede een preferred supplier-afspraken in, omdat de last bid-bepaling zo is geformuleerd dat KPN bij een gelijklopende aanbieding als aanbieder voor de betrokken diensten zal worden gekozen.

#### ***Non-discriminatieverplichting***

119. Het college stelt vast dat KPN door het maken van deze afspraken de aan haar opgelegde non-discriminatieverplichting en de ter invulling van die verplichting aan KPN opgelegde gedragsregels die een verbod op selectieve prijsontbinding en het verbod op loyaliteitskortingen inhouden, waaronder een verbod op aanbiedingen die leiden tot onredelijke overstapdrempels is begrepen, heeft overtreden. Het college licht dit toe.
120. In het retailbesluit, dat sinds 1 januari 2006 van kracht is, is ondergrensregulering opgelegd in de vorm van een zogenaamde combinatorische prijsstijfheidsregulering (CPST) op dienst- en marktniveau. Deze ondergrensregulering beoogt efficiënte concurrenten van KPN te beschermen tegen een te lage retailtariefstelling van KPN met marge-onthulling en rooiprijzen als gevolg. De combinatorische prijsstijfheidsregulering dient dan ook te bewerkstelligen dat de retailtarieven van KPN niet te laag zijn. Binnen deze tweeledige toets dient KPN op het niveau van de relevante markt haar integrale kosten inclusief een redelijk rendement terug te verdienen, terwijl de toets op dienstniveau voor alle aanbiedingen van KPN voor vaste telefonie, per geval, een absolute bodem voorschrijft en zij in ieder geval de incrementele kosten dient goed te maken.
121. Deze ondergrensregulering vormde een aanzienlijke versoepeling ten opzichte van de

## **Besluit Openbaar**

regulering voorafgaand aan 1 januari 2006. Om te voorkomen dat KPN met deze soepelere regulering alsnog in bepaalde meer prijs- of concurrentiegevoelige delen van de markt, of ten aanzien van specifieke – voor haar en ook voor haar concurrenten bij uitstek interessante – eindgebruikers een (te) laag retailtarief of (te) gunstige voorwaarden zou hanteren, zijn ook flankerende verplichtingen opgelegd. Daarmee moest voorkomen worden dat KPN ten aanzien van specifieke (groepen) eindgebruikers een (te) gunstig aanbod zou doen dat concurrenten van KPN in het geheel niet zouden kunnen volgen. De non-discrimatieverplichting is één van deze flankerende verplichtingen. Deze heeft tot doel er voor te zorgen dat KPN niet slechts aan één of enkele klanten, die bijvoorbeeld dreigen over te stappen of die KPN probeert terug te winnen, een heel gunstig aanbod doet, waarmee de ondergrensregulering zou worden ondergraven.

*Vergelijk:*

*“Ten aanzien van de verplichting tot non-discriminatie heeft OPTA er in dit verband, samengevat, op gewezen dat deze verplichting niet zover gaat dat KPN niet meer in staat is om een gunstig aanbod aan grootzakelijke klanten te doen. KPN zal dit aanbod echter moeten doen aan alle eindgebruikers die in dezelfde omstandigheden verkeren. OPTA heeft uiteengezet dat de non-discriminatieverplichting voorkomt dat KPN uitsluitend één of enkele klanten, die bijvoorbeeld dreigen over te stappen of die KPN poogt terug te winnen, een zeer gunstig aanbod doet. De non-discriminatieverplichting is daarmee noodzakelijk als aanvulling op de ondergrensregulering. Dit geldt ook voor de verplichting tot transparantie, die in de eerste plaats tot doel heeft een betere vergelijking van het aanbod van KPN en de aanbiedingen van andere aanbieders mogelijk te maken, aldus OPTA. Naar het oordeel van het College rechtvaardigen de argumenten van OPTA de conclusie dat de verplichtingen tot non-discriminatie en transparantie ook ten aanzien van grootzakelijke gebruikers passend zijn. Het College overweegt hierbij dat OPTA heeft gekozen voor een vorm van ondergrensregulering die KPN relatief veel ruimte laat om goedkope aanbiedingen te doen. OPTA heeft hierbij onder ogen gezien dat de keerzijde van het bieden van een relatief grote ruimte tot scherpe prijsstelling kan zijn dat een onderneming de prikkel krijgt om enkele, gerichte, goedkope aanbiedingen te doen in situaties waarin dit de positie van concurrenten ondermijnt, terwijl in andere gevallen – waarin de concurrentiedruk minder direct is – hogere prijzen kunnen worden gevraagd. OPTA heeft in dit licht de door haar opgelegde verplichtingen passend en noodzakelijk mogen achten.”*

*CBb 14 mei 2007, LJN: BA 4935, r.o. 8.7.10.*

## **Besluit Openbaar**

122. Het verbod op selectieve prijsoponderbieding, als onderdeel van de non-discriminatieverplichting, is hier van belang. Dit verbod houdt in dat KPN dezelfde diensten niet tegen verschillende voorwaarden en tarieven mag leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. KPN mag voorts geen aanbod doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd wordt (dictumonderdeel vii van het retailbesluit, eerste gedachtestreepje).
123. Ook het verbod op loyaliteitskortingen is hier van belang. Dit verbod houdt in dat KPN geen kortingen mag geven die gericht zijn op afname van alle diensten door een eindgebruiker bij één aanbieder. Dit verbod houdt voorts in dat KPN geen aanbiedingen mag doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels (dictumonderdeel vii van het retailbesluit, tweede gedachtestreepje).
124. De combinatie van deze verplichtingen heeft tot doel te bewerkstelligen dat de concurrenten van KPN met KPN ook om specifieke, vaak grootzakelijke, eindgebruikers de concurrentie kunnen aangaan. Met dit stelsel van verplichtingen dient dan ook voorkomen te worden dat KPN eindgebruikers door de mogelijkheid van gerichte aanbiedingen, gericht op die specifieke eindgebruiker en gericht op het de pas afsnijden van concurrenten die eveneens die eindgebruiker voor zich willen winnen, op onredelijke wijze aan zich bindt. KPN en haar concurrenten moeten met andere woorden op een manier om die eindgebruiker kunnen strijden, waarbij de voordelen van de aanmerkelijke marktmachtpositie van KPN door middel van de aan haar opgelegde verplichtingen zijn ingeperkt en een gelijke(re) uitgangspositie van KPN en haar concurrenten wordt bereikt.
125. De last bid- en de preferred supplierafspraken die KPN in de onderhavige overeenkomsten heeft bedongen, doorkruisen dit stelsel. Doel is een gelijke(re) uitgangspositie als het er om gaat de betrokken eindgebruiker tot klant te maken. Met deze afspraken worden echter voordelen voor KPN gecreëerd gericht op specifieke eindgebruikers, terwijl het stelsel van non-discriminatiegedragsregels en de ondergrensregulering nu juist erop is gericht dat KPN zich uitsluitend op voldoende grote groepen eindgebruikers richt, en dus niet op het de pas afsnijden van een concurrent in een of enkele specifieke gevallen.
126. Met de preferred supplier-afspraken heeft KPN niet alleen voor zichzelf bedongen dat zij altijd zal worden uitgenodigd voor nieuwe uitvragen, maar ook dat de eindgebruiker bij gelijklopende aanbiedingen altijd voor KPN zal kiezen.
127. Met de last bidafspraken heeft KPN voor zichzelf specifiek voor gereguleerde diensten het recht bedongen om, als een concurrent van KPN een lagere prijs biedt dan KPN, van deze prijs op de hoogte gesteld te worden en de mogelijkheid te krijgen deze prijs te evenaren.

## **Besluit Openbaar**

128. De last bidafspraken versterken daarmee de preferred supplier-afspraken. Niet alleen is immers overeengekomen dat KPN bij gelijklopende aanbiedingen zal worden gekozen; KPN wordt ook op de hoogte gesteld van (de inhoud van) eventuele scherpere aanbiedingen van concurrenten, en heeft het recht bedongen die aanbiedingen direct te volgen. Zij hoeft de aanbieding van de concurrent, waar zij van op de hoogte wordt gesteld, slechts te evenaren. Op grond van de overeenkomst is de betrokken eindgebruiker vervolgens verplicht de betrokken diensten van KPN af te nemen.
129. Deze afspraken, en dan met name de last bid-bepalingen, vormen in de eerste plaats een overtreding van de gedragsregel inzake het verbod op selectieve prijsonderbieding. Die gedragsregel schrijft voor dat KPN geen aanbod aan individuele (of onvoldoende grote groepen) eindgebruikers mag doen waarbij het aanbod van de concurrentie direct wordt gevolgd. De last bid-afspraken zijn met die bepalingen in strijd, omdat KPN daarmee voor zichzelf het recht – en de mogelijkheid door onder andere de benodigde informatie te verkrijgen – heeft bedongen het aanbod van de concurrentie direct te volgen.
130. Deze afspraken vormen in de tweede plaats een overtreding van de gedragsregel inzake het verbod op loyaliteitskortingen. Deze gedragsregel houdt niet uitsluitend in dat KPN geen kortingen mag geven die erop gericht zijn dat een eindgebruiker al zijn diensten bij één aanbieder afneemt. Deze gedragsregel verbiedt ook meer algemeen dat KPN aanbiedingen aan eindgebruikers doet die leiden tot onredelijke overstapdrempels. Dat past ook in de doelstelling van de aan KPN opgelegde verplichtingen: de concurrenten van KPN moeten kort gezegd een goede kans krijgen met KPN om de betrokken eindgebruikers te concurreren. De onderhavige overeenkomsten waar de preferred supplier- en last bidafspraken onderdeel van vormen, betreffen aanbiedingen die leiden tot onredelijke overstapdrempels. Niet alleen verhinderen zij het dat concurrenten een aantrekkelijker aanbod kunnen doen dan KPN. Zij belemmeren voorts dat de betrokken eindgebruikers naar een concurrent van KPN overstappen, ook als de concurrent van KPN een net zo'n goed aanbod doet als KPN. Het contractueel uitsluiten van de mogelijkheid om bij even goede aanbiedingen voor een andere aanbieder dan KPN te kiezen vormt dus een overstapdrempel. Deze contractuele verplichtingen betreffen voorts een onredelijke overstapdrempel, omdat het de eindgebruiker ook in de situaties dat daar voor hem geen voordeel aan verbonden is, dwingt om voor KPN te kiezen.
131. De afspraken wijken ook overigens af van de voorwaarden die met andere vergelijkbare eindgebruikers overeengekomen zijn.
132. Er is dus sprake van een overtreding van de non-discrimatieverplichting, en van de gedragsregels die ter invulling aan die verplichting zijn opgelegd.

## **Besluit Openbaar**

### ***Meldingsplicht***

133. KPN heeft met het toevoegen van preferred supplier- en last bid-afspraken aan de voorwaarden van vaste telefonie, met deze overeenkomsten gereguleerde diensten onder afwijkende voorwaarden aangeboden. Daaruit volgt dat KPN nieuwe diensten heeft geïntroduceerd zoals omschreven in het Retailbesluit, Annex F, randnummers 3 en 4.
134. De last bid- en preferred supplier- voorwaarden zijn niet toegestaan. KPN had deze voorwaarden daarom niet mogen verbinden aan gereguleerde dienstverlening. Nu KPN deze voorwaarden echter wel in haar overeenkomst heeft opgenomen, had KPN deze diensten aan het college moeten melden in de twee wekelijkse meldingsplicht.
135. KPN heeft dat niet gedaan, en daarmee voorts in strijd gehandeld met de verplichting tot melding van alle bestaande en nieuwe diensten.

### ***Transparantieverplichting***

136. In het rapport is tevens een overtreding van de transparantieverplichting geconstateerd. Deze verplichting is in het retailbesluit opgelegd en ingevuld, waarbij is bepaald welke informatie KPN op haar website moet publiceren om aan de transparantieverplichting te voldoen. De last bid- en preferred supplierafspraken, zoals in dit specifieke geval overeengekomen, zijn naar de mening van het college niet te vatten onder de in het dictum van het retailbesluit opgesomde informatie. Naar het oordeel van het college is hier daarom geen sprake van een overtreding van de transparantieverplichting. Het onderhavige boetebesluit heeft dan ook geen betrekking op een overtreding van de transparantieverplichting.

## **7.2 Overwegingen naar aanleiding van de zienswijze van KPN**

137. KPN stelt zich in de eerste plaats op het standpunt dat het niet de bedoeling is geweest gereguleerde diensten onder de reikwijdte van de partnershipovereenkomsten te laten vallen en/of dat zij er niet onder vallen. Uit de overeenkomsten blijkt naar het oordeel van het college echter dat de hier aan KPN verweten afspraken in ieder geval mede betrekking hebben op gereguleerde diensten.
138. Zoals bij de beschrijving van de feiten is weergegeven, is op sommige punten van de overeenkomsten niet steeds duidelijk aangegeven wat de reikwijdte van de betrokken afspraken is. Uit de beschrijving van de feiten volgt echter naar het oordeel van het college reeds dat de betrokken afspraken mede betrekking hebben op de gereguleerde diensten.

## **Besluit Openbaar**

139. Vanwege de formulering van de last bid-bepalingen kan daar naar het oordeel van het college te meer geen twijfel meer over bestaan. De last bid-bepalingen in alle drie de overeenkomsten hebben uitdrukkelijk betrekking op de gereguleerde diensten. In alle drie de overeenkomsten is voorts in de last bid-bepaling de preferred supplier-afspraken, voor zover die inhoudt dat bij gelijklopende aanbiedingen voor KPN zal worden gekozen, herhaald. Daarmee staat vast dat KPN voor de gereguleerde diensten zowel een last bid- als een preferred supplier-recht heeft bedongen.
140. Anders dan KPN aanvoert, moet er naar het oordeel van het college van worden uitgegaan dat het overeenkomen van de preferred supplier- en last bid-afspraken, omdat zij afwijken van de voorwaarden waaronder deze diensten aan andere eindgebruikers worden aangeboden, in strijd zijn met de non-discriminatieverplichting.
141. KPN geeft aan dat zij vanwege de ondergrensregulering en de non-discriminatieverplichting geen diensten onder afwijkende voorwaarden aan een specifieke eindgebruiker mag aanbieden, zodat het recht op last bid dat zij heeft bedongen, daar niet toe zou kunnen leiden. Het college wijst erop dat KPN gehouden is aan groepen vergelijkbare eindgebruikers dezelfde voorwaarden en tarieven te bieden. Dat betekent dat KPN geen lagere maar ook geen hogere tarieven aan de betrokken eindgebruiker mag bieden. Als KPN zich aan die verplichtingen houdt, zou het voor haar niet zinvol zijn ten aanzien van een specifieke eindgebruiker te weten wat een concurrent die eindgebruiker biedt. Het zou dan voorts niet zinvol zijn een recht van last bid te bedingen. KPN zou, als zij zich daadwerkelijk aan de aan haar opgelegde verplichtingen ten aanzien van tarieven houdt, immers uitsluitend aan de betrokken eindgebruiker het aanbod mogen doen dat zij ook aan vergelijkbare eindgebruikers doet. In die situatie zou er geen enkele aanleiding zijn een last bid-bepaling overeen te komen. KPN heeft dat echter wel gedaan. Het college heeft daar terecht belang aan gehecht.
142. KPN geeft aan dat het college niet heeft vastgesteld dat zij een discriminatoire aanbieding heeft gedaan in het kader van een last bid-afspraken. Het college verwijt KPN hier echter dat KPN het recht heeft bedongen het aanbod van de concurrent direct te volgen. Die afspraak is in strijd met de gedragsregel inzake selectieve prijsopbod. Daarin zijn, onder andere, de geconstateerde overtredingen gelegen.
143. Anders dan KPN, is het college voorts van oordeel dat de contractuele afspraken ter zake het last bid en het preferred suppliership onredelijke overstapdrempels vormen, omdat daarmee contractueel belemmeringen voor de overstap naar een concurrent zijn vastgelegd. Dat een eindgebruiker alsnog naar een concurrent kan overstappen als die concurrent lagere tarieven biedt, maakt dat niet anders. Het gaat erom dat als een concurrent dezelfde tarieven biedt als KPN, de betrokken contractuele afspraken eraan in de weg staan dat de eindgebruiker voor de concurrent van KPN kiest. Daarin is de onredelijkheid van de overstapdrempel gelegen.

## **Besluit Openbaar**

144. Dat in de overeenkomsten geen boetebepalingen zijn opgenomen, doet voorts niet af aan het gegeven dat de eindgebruiker een toerekenbare tekortkoming pleegt als hij, in strijd met de afspraken, bij gelijklopende aanbiedingen voor een andere aanbieder dan KPN kiest. De contractuele afspraken zelf vormen daarmee de onredelijke overstapdrempels.
145. Ten aanzien van de meldingsplicht merkt het college op dat elke nieuwe of gewijzigde voorwaarde waaronder een dienst wordt aangeboden, in de definitie van het retailbesluit een nieuwe dienst vormt en dus moet worden gemeld. Dat betreft eveneens de door KPN als procedureafspraken aangeduide last bid- en preferred supplier-afspraken die aan het verlenen van gereguleerde diensten zijn verbonden. KPN heeft die meldingsplicht dan ook overtreden.
146. Bij de vaststelling en beschrijving van de overtredingen is door het college reeds aangegeven waarom KPN door middel van de last bid- en preferred supplierafspraken de gelijke uitgangspositie voor haar en haar concurrenten, die de aan KPN opgelegde verplichtingen beogen te bewerkstelligen, teniet doet. Dat betekent dat het argument van KPN dat geen sprake zou zijn van nadelige gevolgen voor de mededinging niet door het college wordt gevolgd.
147. Het college merkt tot slot, in reactie op het standpunt van KPN dat geen sprake zou zijn van recidive, op dat KPN in het verleden reeds meerdere malen de verplichtingen die erop zijn gericht concurrenten van KPN een goede kans te bieden in de slag om de eindgebruiker heeft overtreden. In de gevallen in het verleden ging het om ongeoorloofde kortingen die op specifieke eindgebruikers waren gericht. Hier gaat het om afspraken die er eveneens op zijn gericht zich ten aanzien van enkele specifieke eindgebruikers belangrijke voordelen ten opzichte van de concurrent te verschaffen. Naar het oordeel van het college is daarom van recidive sprake.

## **8. Boete**

### **8.1 Boetebeleidsregels**

148. Het college heeft op 5 maart 2008 de Boetebeleidsregels OPTA (hierna: boetebeleidsregels 2008) gepubliceerd<sup>11</sup>, waarin hij aangeeft hoe hij met toepassing van artikel 15.4, tweede lid, Tw de hoogte van een boete bepaalt. Volgens deze boetebeleidsregels stelt het college de ernst van de overtreding vast door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden.

---

<sup>11</sup> "Boetebeleidsregels OPTA", Stcrt. nr. 50, 12 maart 2008, p. 27

## Besluit Openbaar

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

*Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/ verlaging voor bijkomende omstandigheden.*

150. Op grond van de boetebeleidsregels 2008 hanteert het college als boetegrondslag 10% van de betrokken omzet. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor.
151. Vervolgens kan het boetebedrag dan nog worden verhoogd of verlaagd vanwege bijkomende omstandigheden.
152. Zoals vermeld in de boetebeleidsregels 2008 dient de boete, behalve te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval (maatwerk), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
153. De geconstateerde overtredingen zijn begaan gedurende een periode die gedeeltelijk door de boetebeleidsregels 2008 wordt bestreken en gedeeltelijk door de daaraan voorafgaande Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (hierna: boetebeleidsregels 2005)<sup>12</sup>. Bij de vraag welke boetebeleidsregels dienen te worden toegepast, heeft het college, indachtig het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, onderzocht of toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden dan toepassing van de (nieuwe) boetebeleidsregels 2008. Omdat in dit geval toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden, heeft het college voor de bepaling van de hoogte van de boete aangesloten bij die boetebeleidsregels.

---

<sup>12</sup> "Boetebeleidsregels OPTA", Stcrt. nr. 145, 29 juli 2005, p. 10

## Besluit Openbaar

154. Op grond van de boetebeleidsregels 2005 is de hoogte van de boete net als in de boetebeleidsregels 2008 afhankelijk van de ernst van de overtreding. Anders dan in de boetebeleidsregels 2008 voor overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, van de Tw, waarvoor op grond van de hierboven weergegeven formule tot de bepaling van de hoogte van de boete wordt gekomen, dienen de overtredingen op grond van de boetebeleidsregels 2005 tot een indeling in een boetecategorie te leiden. Categorie 1 betreft minder ernstige overtredingen, met een maximale boete van € 100.000,-. Categorie 2 betreft ernstige overtredingen, met een maximale boete van € 300.000,-. Categorie 3 betreft zeer ernstige overtredingen, met een maximale boete van € 450.000,- of als dat meer is maximaal 10% van de relevante omzet.
155. Net als op grond van de boetebeleidsregels 2008 kan de boete vervolgens nog worden verlaagd of verhoogd vanwege bijkomende omstandigheden.
156. Het college stelt in het navolgende in paragraaf 8.2 de ernst van de overtreding vast. Vervolgens bepaalt het college in paragraaf 8.3 de hoogte van de boete. In paragraaf 8.4 bekijkt het college of er boeteverhogende of –verlagende omstandigheden zijn.

### 8.2 Ernst van de overtredingen

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

#### 8.2.1 Zwaarte van de overtredingen in abstracto

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

## **Besluit Openbaar**

### **8.2.2 Zwaarte van de overtredingen in concreto; economische context**

#### ***Dominantieanalyse***

160. In de in het Retailbesluit uitgevoerde marktanalyse is vastgesteld dat KPN beschikt over AMM op alle retailmarkten voor vaste telefonie (aansluitingen en verkeer), met uitzondering van de markt voor internationaal verkeer<sup>13</sup>.
161. KPN heeft op deze markten in aanwezigheid van wholesaleregulering en gedurende de gehele looptijd van de reguleringsperiode (tot ultimo 2008) marktaandelen van ruim boven de 50%, wat reeds een sterke aanwijzing is voor AMM<sup>14</sup>. Ondanks het bestaan van wholesaleregulering ondervindt KPN een geringe prijsdruk, waardoor zij haar tarieven en andere voorwaarden tot op zekere hoogte onafhankelijk van haar concurrenten kan vaststellen. Er is ook geen kopersmacht waardoor dit wordt tegengegaan. Tevens beschikt KPN over kostenvoordelen die voortkomen uit de technologische voorsprong of superioriteit, schaalvoordelen en verticale integratie. Ten slotte zijn er toetredingsdrempels die onder meer voortvloeien uit de inertie van een historische groep prijsongevoeligere eindgebruikers, waardoor concurrenten van KPN slechts met beperkte snelheid en tegen relatief hoge kosten marktaandeel kunnen winnen. Na analyse van al deze factoren is vastgesteld dat KPN beschikt over AMM.

#### ***Mededingingsproblemen***

162. Deze AMM-positie van KPN leidt tot mededingingsproblemen<sup>15</sup>. In het Retailbesluit is vastgesteld dat KPN zonder regulering in staat is om de mededingingsproblemen marge-uitholling, buitensporige prijzen, prijsdiscriminatie, koppelverkoop en contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen uit te oefenen en tevens economische prikkels heeft om dergelijke mededingingsbeperkende gedragingen daadwerkelijk toe te passen.
163. In het onderhavige besluit is vastgesteld dat KPN prijsdiscriminatie (selectieve prijsonderbieding) en contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen (met behulp van de preferred supplier en last bid bepalingen) ook daadwerkelijk toepast. Hierna wordt nader uiteengezet waarom KPN de prikkel heeft om dergelijk gedrag te vertonen.

---

<sup>13</sup> Zie paragraaf 8.2 van het Retailbesluit

<sup>14</sup> Zie paragraaf 8.1.2 van het Retailbesluit. In 2005 was ingeschat dat KPN eind 2008 het volgende marktaandeel zou hebben: 55-75% voor laagcapacitaire aansluitingen, 65-85% voor hoogcapacitaire aansluitingen, 55-70% voor lokaal en nationaal verkeer, 50-60% voor vast-mobiel verkeer, 75-85% voor smalbandig dataverkeer, 70-80% voor verkeer naar informatienummers en 70-80% voor verkeer naar persoonlijke assistentdiensten

<sup>15</sup> Zie paragraaf 8.3 van het Retailbesluit

## **Besluit Openbaar**

164. Van oudsher beschikt KPN over de groep vaste telefoniekanten die relatief prijsongevoelig zijn. Deze relatieve prijsongevoeligheid wordt veroorzaakt door immateriële zaken als bekendheid met de aanbieder en vertrouwen in de kwaliteit (imago). Concurrenten van KPN beschikken (nog) niet over een dergelijke met KPN vergelijkbare groep klanten, omdat zij pas op een later tijdstip tot de markt zijn toegetreden.
165. De concurrentieslag vindt vooral plaats om de prijsgevoelige eindgebruikers. Deze eindgebruikers zijn wel bereid om of bij KPN weg te gaan of weer naar een andere aanbieder over te stappen zoals weer naar KPN. KPN kan gedragingen uiten om dit gedrag te voorkomen (behoud van klanten) of juist te stimuleren (win-back van klanten). Zo kan KPN zowel voor behoud als win-back van klanten lagere prijzen in het prijsgevoelige deel van de markt compenseren door hogere prijzen voor minder prijsgevoelige eindgebruikers. Om dit gedrag te beperken, is een prijssqueeze-toets op dienstniveau opgelegd die aan de tarieven van KPN een absolute ondergrens stelt. Binnen de toegestane tariefruimte heeft KPN echter nog altijd de prikkel om bepaalde klanten (hele) lage prijzen te bieden, om op die manier deze klanten te binden, terwijl andere vergelijkbare (maar minder prijsgevoelige) klanten hiervan niet profiteren. Vanuit KPN's optiek is een dergelijke strategie van prijsdiscriminatie overigens begrijpelijk. Het is immers een stuk goedkoper om niet generiek, maar alleen lagere tarieven te rekenen aan die klanten welke actief (en met succes) zijn of worden benaderd door de concurrentie. KPN wordt met een dergelijke strategie in staat geacht gericht bepaalde concurrenten uit de markt te weren en/of te drukken, waardoor de ontwikkeling van de concurrentie ernstig kan worden belemmerd.
166. De preferred supplier en last bid afspraken zijn door KPN in overeenkomsten met zakelijke eindgebruikers vastgelegd. Op het moment dat afnemers van deze diensten bedreigd worden door de concurrentie heeft KPN de prikkel om hen te behouden dan wel terug te winnen door middel van lagere prijzen dan zij bereid is aan vergelijkbare eindgebruikers te bieden. Juist dit zijn immers de klanten die als relatief prijsgevoelig zijn aan te merken en dit in de praktijk (door een overstap) ook vaak al hebben bewezen.
167. KPN zal bij prijsdiscriminatiegedrag haar kosten minimaliseren door selectieve aanbiedingen te doen die gelijkwaardig zijn aan of net iets beter zijn dan de aanbiedingen van concurrenten. Met behulp van de preferred supplier en/of last bid afspraken heeft KPN deze mogelijkheid contractueel vastgelegd. Immers in het geval van de preferred supplier bepaling moet de klant bij KPN de dienst afnemen bij een gelijkwaardig aanbod. Deze bepaling zal er minstens voor zorgen dat KPN het aanbod van de concurrenten leert kennen. Met behulp van de last bid bepaling heeft KPN zelfs de mogelijkheid om als laatste met kennis van de andere biedingen een bod uit te brengen. Juist dit gedrag heeft het college geremedieerd in het Retailbesluit.

## **Besluit Openbaar**

168. Een ander economisch effect van deze preferred supplier- en last bid-afspraken ontstaat door het effect dat een klant van KPN moet aantonen aan KPN zich aan deze afspraken te houden. In het geval van de preferred suppliership aanbieding zal de klant moeten aantonen aan KPN, met meest voor de hand liggende informatie de aanbieding van de concurrentie, dat KPN niet een gelijkwaardig of beter aanbod heeft gedaan. Kiest een klant desondanks niet voor KPN dan is er sprake van een contractbreuk waarvoor KPN een schadevergoeding kan eisen. Dergelijke overstapkosten zou een klant niet hebben als KPN deze afspraak niet had gemaakt. Eenzelfde redenering gaat ook op voor de last bid bepaling indien een klant besluit dit recht niet aan KPN te verlenen. Ook deze contractuele voorwaarden vormen overstapdrempels die het college in het retailbesluit heeft willen tegengaan.

### ***Verplichtingen***

169. Om de mededingingsproblemen te remediëren zijn aan KPN op retailniveau de verplichtingen opgelegd, zoals genoemd in hoofdstuk 5 van dit besluit<sup>16</sup>.

170. De non-discriminatieverplichting is aan KPN opgelegd om de hiervoor genoemde mededingingsproblemen verbonden aan ongeoorloofde vormen van (prijs)discriminatie en/of contractuele voorwaarden, welke overstapkosten van eindgebruikers verhogen, te voorkomen. KPN krijgt met de bestaande ondergrensregulering – ook volgens het CBB<sup>17</sup> – reeds relatief veel ruimte om goedkope aanbiedingen te doen. De non-discriminatieverplichting is daarmee noodzakelijk als aanvulling op deze ondergrensregulering, omdat dit de prikkel voor KPN beperkt om enkele, gerichte, goedkope aanbiedingen te doen in situaties waarin dit de positie van concurrenten ondermijnt en contractuele voorwaarden welke overstapkosten van eindgebruikers verhogen af te spreken om prijsgevoelige klanten beter te kunnen behouden, terwijl in andere gevallen, waar de concurrentiedruk minder direct is, hogere prijzen kunnen worden gevraagd en dergelijke mededingingsbeperkende afspraken zoals in casu de preferred supplier en last bid afspraken achterwege kunnen blijven.

171. In het Retailbesluit heeft het college de meest in het oog springende vormen van discriminatie benoemd<sup>18</sup>. Zo is het KPN verboden om dezelfde diensten tegen ongelijke voorwaarden en tarieven te leveren aan eindgebruikers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel. Dit verbod op selectieve prijsontberijding betekent ook dat KPN geen aanbod mag doen aan individuele of onvoldoende grote groepen eindgebruikers, waarbij het aanbod van de concurrentie direct wordt gevolgd. Daarnaast mag KPN geen aanbiedingen doen aan eindgebruikers die leiden tot onredelijke overstapdrempels.

172. In het Retailbesluit is aan KPN een bijzondere verantwoordelijkheid toegekend ten aanzien van

---

<sup>16</sup> Zie ook hoofdstuk 9 van het Retailbesluit

<sup>17</sup> Uitspraak inzake de beroepsprocedures tegen het Retailbesluit, LJN: BA4935. In deze uitspraak overweegt het CBB dat deze gedragsregels niet bedoeld zijn als limitatieve opsomming

<sup>18</sup> Zie randnummer 668 van het Retailbesluit

## Besluit Openbaar

haar gedrag en de effecten daarvan op de concurrentie en de eindgebruikersbelangen. KPN kan ook op die verantwoordelijkheid worden aangesproken<sup>19</sup>. Deze verantwoordelijkheid is gekoppeld aan een toegenomen vrijheid, waarvan het stoplichtmodel een centraal element is. KPN hoeft met de komst van het stoplichtmodel de zogenaamde 'groene' diensten niet vooraf door het college te laten goedkeuren, maar dient deze zelf te toetsen en vervolgens alleen achteraf bij het college te melden. Daartoe is aan KPN de meldingsplicht opgelegd, die inhoudt dat KPN iedere twee weken een update geeft van de diensten die in de markt staan. Het is dus van groot belang dat zij wel alle diensten bij het college meldt, want alleen met een compleet overzicht van alle gereguleerde vaste telefoniediensten is het college immers in staat om effectief toezicht te houden op de verplichtingen uit het Retailbesluit (tariefregulering, non-discriminatie, transparantie). Als een dienst niet is gemeld, is een direct en adequaat toezicht op de naleving van de verplichtingen niet mogelijk.

173. Het Retailbesluit geeft derhalve weer waarom de opgelegde en door KPN overtreden verplichtingen proportioneel zijn en dat het niet opleggen van deze verplichtingen leidt tot mededingingsproblemen. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de economische impact van de geconstateerde overtredingen.

### ***Voordelen KPN, nadelen concurrentie***

174. Gegeven de aanwezigheid van concurrerende aanbieders die met KPN strijden om de gunst van de zakelijke eindgebruikers, is het geenszins zeker dat KPN de 3 afnemers kan behouden, zonder dat zij de band met deze afnemers met preferred supplier en last bid zou hebben versterkt.
175. KPN heeft met de geconstateerde overtredingen een voordeel behaald in termen van het aan zich binden van klanten door de gemaakte preferred supplier en last bid afspraken voor langere tijd (potentieel minimaal vijf jaar). Met de overtredingen, die vanaf januari 2007 tot en met april 2009 duurden<sup>20</sup>, was een zeer aanzienlijke omzet gemoeid.
176. KPN verschaft zich met de preferred supplier en last bid afspraken voor minimaal 5 jaar de mogelijkheid om de werking van de aanbiedingen van andere concurrenten direct te 'neutraliseren' door eenvoudigweg het aanbod van de concurrent direct te volgen. Hiermee stelt KPN haar inkomsten van de klant voor zichzelf veilig ten nadele van de concurrent.

---

<sup>19</sup> Zie randnummer 653 van het Retailbesluit

<sup>20</sup> De exacte periode van overtreding varieert enigszins per contractant

## **Besluit Openbaar**

177. Een belangrijk nadeel voor de concurrentie is dat KPN door de inzet van de preferred supplier en last bid afspraken voor de klant onredelijke overstapdrempels heeft weten op te werpen. Gegeven de aard van de instrumenten – gericht op behoud van klanten – is er gedeelde omzet (en marge) voor concurrenten voor de periode begin 2007 tot april 2009. Indien wordt aangenomen dat alle 3 afnemers óók na beëindiging van de last bid en preferred supplier bepalingen hun diensten van KPN zijn blijven afnemen, is de gedeelde omzet (en marge) voor concurrenten hoger.
178. Daarnaast leidt KPN's handelswijze tot een verstoring van het commerciële proces bij de concurrentie. Het college is van oordeel dat de concurrentie er te allen tijde op moet kunnen vertrouwen dat de tarieven en voorwaarden die KPN aan haar klanten biedt, ook daadwerkelijk in overeenstemming zijn met de geldende wet- en regelgeving. KPN heeft selectief onder de noemer van preferred supplier en last bid bepalingen afspraken gemaakt die waarborgen dat deze 3 klanten tegen minimale kosten behouden konden worden.
179. In de overeenkomsten is het recht op het uitbrengen van een laatste bod op gereuleerde dienstverlening ook nog gecombineerd met de preferred supplier afspraak op gereuleerde dienstverlening. Hierdoor was KPN niet genoodzaakt om een lagere prijs te bieden dan hun concurrenten. KPN had in deze gevallen genoeg aan een bod dat even hoog lag als dat van hun concurrenten. De combinatie van de twee afspraken verzekert KPN ervan dat ze haar kosten om deze klanten te kunnen behouden aanzienlijk kan beperken.

### ***Nadelen eindgebruikers***

180. KPN's handelswijze is ook ten nadele van eindgebruikers. Eindgebruikers zijn in het algemeen gebaat bij de ontwikkeling van een effectief en duurzaam concurrerende markt, zodat ook op langere termijn voldoende keuzevrijheid is gewaarborgd. Met het selectief afspreken van preferred supplier- en last bid-afspraken met afnemers van gereuleerde vaste telefoniediensten heeft KPN de totstandkoming van effectieve en duurzame concurrentie verstoord en afgeremd.

### ***Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding***

181. Anders dan in eerdere onderzoekstrajecten naar overtredingen, die tot de kwalificatie van zeer ernstige overtredingen hebben geleid, zijn er hier geen ongeoorloofde kortingen die door KPN aan de eindgebruikers zijn aangeboden geconstateerd. Wel is komen vast te staan dat KPN met de door haar bedongen last bid- en preferred supplierafspraken het stelsel van de aan haar opgelegde verplichtingen heeft doorkruist en voor zichzelf, in strijd met die verplichtingen, voordelen heeft gecreëerd gericht op specifieke eindgebruikers, terwijl deze verplichtingen dat nu juist beogen te voorkomen. Het college kwalificeert in dit geval daarom zowel de overtredingen van de non-discrimatieverplichting en de daarvan deel uitmakende gedragsregels alsook de overtredingen van de plicht deze voorwaarden te melden als 'ernstige' overtredingen.

## Besluit Openbaar

182. Op grond van de boetebeleidsregels leiden de geconstateerde overtredingen in concreto dan ook tot de volgende kwalificaties:
- overtredingen van de non-discriminatieverplichting (artikel 6a.12, onder a, Tw): ernstige overtreding.
  - overtredingen van de meldingsplicht (artikel 6a.13, vijfde lid, Tw): ernstige overtreding.

### 8.3 Hoogte van de boete

#### 8.3.1 Toepassing van de boetebeleidsregels 2005

183. Voor overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, Tw, zoals de onderhavige overtredingen, wordt op grond van de boetebeleidsregels 2008 de hoogte van de boete bepaald aan de hand van de formule "boetegrondslag (10% van de betrokken omzet) x ernstfactor (voor ernstige overtredingen een waarde van ten hoogste 2) + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden. Op grond van de boetebeleidsregels 2005 dienen de onderhavige overtredingen in een boetecategorie te worden ingedeeld. Ernstige overtredingen, zoals de onderhavige, vallen in boetecategorie 2 met een maximale boete van € 300.000,-. Gezien de omvang van de betrokken omzet die met de overtredingen is gemoeid, is toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 voor de overtreder gunstiger, omdat onder de oude boetebeleidsregels ernstige overtredingen tot een maximale boete van € 300.000,- leiden, eventueel vermeerderd of verminderd vanwege bijkomende omstandigheden. Indachtig het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, zal het college voor de bepaling van de hoogte van de boete daarom aansluiten bij de (oude) boetebeleidsregels 2005.

#### 8.3.2 Boetecategorie

184. De overtredingen van de non-discriminatieverplichting vallen, omdat zij als ernstige overtredingen worden aangemerkt, op grond van de boetebeleidsregels 2005 in boetecategorie 2. De hoogte van de boete bedraagt voor dergelijke overtredingen maximaal € 300.000,-.
185. De overtredingen van de meldingsplicht vallen, omdat zij eveneens als ernstige overtredingen worden aangemerkt, op grond van de boetebeleidsregels 2005 ook in boetecategorie 2, met een maximale boete van € 300.000,-.

## Besluit Openbaar

### 8.3.3 Duur van de overtreding

186. De overtreding inzake de [VERTROUWELIJK] is gestart met het ingaan van de overeenkomst tussen KPN en de [VERTROUWELIJK] op 1 mei 2007. Door middel van een addendum op de overeenkomst van 21 april 2009 heeft KPN de overtreding beëindigd.
187. De overtreding inzake [VERTROUWELIJK] is gestart met het ingaan van de overeenkomst tussen KPN en [VERTROUWELIJK] op 1 juli 2007. Door middel van een addendum op de overeenkomst van 17 april 2009 heeft KPN de overtreding beëindigd.
188. De overtreding inzake het [VERTROUWELIJK] is gestart met het ingaan van de overeenkomst tussen KPN en het [VERTROUWELIJK] op 1 januari 2007. Door middel van een addendum op de overeenkomst van 22 april 2009 heeft KPN de overtreding beëindigd.

### 8.3.4 Verwijtbaarheid van de overtreding

#### *Verplichting tot non-discriminatieverplichting en meldingsplicht bekend bij KPN*

189. Bij KPN was bekend dat alle bestaande diensten op het moment van inwerkingtreding van het Retailbesluit bij het college gemeld dienen te worden. Daarover is veelvuldig met KPN gecorrespondeerd<sup>21</sup>. In die correspondentie is stilgestaan bij de invulling van het dienstbegrip, zodat bij KPN geen enkel misverstand kon bestaan over de aard en inhoud van de op te leveren lijst met bestaande en nieuwe diensten. Ook is met KPN besproken<sup>22</sup> dat het stoplichtmodel KPN een bijzondere verantwoordelijkheid geeft, wat onder meer inhoudt dat KPN proactief invulling dient te geven aan de op haar rustende verplichtingen. Onder het nieuwe regime (sinds 1 januari 2006) heeft KPN een behoorlijke (commerciële) vrijheid gekregen, waar zij op gepaste wijze mee om dient te gaan. Deze vrijheid mag er niet toe leiden dat bepaalde gereguleerde vaste telefoniediensten door KPN aan het zicht van het college worden onttrokken.
190. Om transparantie voor het college te waarborgen is de meldingsplicht in het Retailbesluit opgenomen. Desondanks heeft KPN de onderhavige KPP's niet gemeld. Bij twijfel over de reikwijdte van de meldingsplicht had KPN te allen tijde bij het college kunnen informeren, hetgeen ook zou passen bij de eerder genoemde bijzondere verantwoordelijkheid.
191. KPN heeft kunnen en moeten weten dat de verplichting tot non-discriminatie, en meer

---

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld de brief die aan KPN is verzonden op 14 februari 2006 (kenmerk: OPTA/TN/2006/200258) over de lijst met bestaande aanbiedingen en alle correspondentie over dit onderwerp voorafgaand aan de oplegging van de last onder dwangsom inzake de zogenaamde combi-aanbiedingen van 17 mei 2006 (kenmerk: OPTA/TN/2006/201525), opgenomen in randnummers 11 t/m 23 van dat besluit

<sup>22</sup> De bijzondere verantwoordelijkheid van KPN is onder andere besproken in de presentatie van het college van 16 maart 2006 over het stoplicht model

## **Besluit Openbaar**

specifiek het verbod op het doen van een aanbod aan een individuele of te kleine groep van eindgebruikers waarbij de concurrentie direct gevolgd wordt en het doen van aanbiedingen die leiden tot onredelijke overstapdrempels, inhoudt dat zij de onderhavige afspraken niet heeft mogen maken.

192. Daarbij is tevens van belang dat KPN deze KPP-overeenkomsten, met inbegrip van de last bid- en preferred suppliership-bepalingen, ruim na 1 januari 2006 is overeenkomen, terwijl dergelijke last bid- en preferred suppliership-bepalingen evident niet in overeenstemming zijn met de verplichting uit het Retailbesluit dat KPN geen aanbod mag doen aan eindgebruikers waarbij het aanbod van de concurrentie direct gevolgd zou worden en met de verplichting geen onredelijke overstapdrempels op te werpen.

### **8.3.5 Conclusie**

193. De geconstateerde overtredingen betreffen ernstige overtredingen, die verwijtbaar zijn, en een relatief lange periode hebben bestreken. Met de overtredingen was een zeer forse omzet gemoeid, en ook overigens acht het college de overtredingen vanwege de hiervoor beschreven omstandigheden zo zwaar dat zij dan wel niet als zeer ernstig zijn te kwalificeren, maar wel als zodanig ernstig dat een boete tot het maximum van de boetecategorie voor ernstige overtredingen gerechtvaardigd is.

194. Dit leidt tot de volgende boetes:

- Ten aanzien van de non-discriminatieverplichting: € 300.000,-.
- Ten aanzien van de transparantieverplichting: € 300.000,-.

### **8.4 Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden**

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

## **Besluit Openbaar**

### **8.4.1 Recidive**

196. Aan KPN is in het recente verleden meermalen een boete opgelegd voor overtredingen van de non-discriminatieverplichting en de meldingsplicht. Het betreft de volgende boetebesluiten:
- Besluit van het college van 6 januari 2005 inzake BelZakelijk<sup>23</sup>.
  - Besluit van het college van 28 november 2005 inzake individuele kortingen en BasicLine<sup>24</sup>.
  - Besluit van het college van 15 december 2006 inzake [VERTROUWELIJK]<sup>25</sup>.
  - Besluit van het college van 9 juli 2007 inzake [VERTROUWELIJK] en WorldLine XL<sup>26</sup>.
  - Besluit van het college van 8 oktober 2007 inzake [VERTROUWELIJK]<sup>27</sup>.
  - Besluit van het college van 10 oktober 2008 inzake BVI<sup>28</sup>.
197. De besluiten van 6 januari 2005, 28 november 2005 en 15 december 2006 dateren van vóór de onderhavige overtredingen. In al deze besluiten betrof de geconstateerde overtreding het discriminatoir aanbieden, het niet transparant aanbieden en/of het niet melden van gereguleerde diensten op de retailmarkt voor vaste telefonie. Daarmee staat vast dat sprake is van eenzelfde type overtreding door eenzelfde overtreder.
198. De in dit rapport geconstateerde overtredingen zijn derhalve te beschouwen als recidive in de zin van de boetebeleidsregels 2005<sup>29</sup>. Het college weegt dit mee als boeteverhogende omstandigheid.

### **8.4.2 Medewerking onderzoek**

199. KPN heeft naar aanleiding van de uitleg van het college in december 2007 van het bundelbegrip de KPP's zelfstandig onderzocht op strijdigheid met de verplichtingen uit het Retailbesluit. Het college heeft mondeling van KPN vernomen dat een dergelijk onderzoek had plaats gevonden. Vervolgens heeft KPN op 8 april 2008 in de vorm van een brief een korte rapportage aan OPTA doen toekomen. Het college heeft KPN verzocht dit interne onderzoek naar de KPP's vervolgens, conform het Compliance Handvest, aan het college te melden<sup>30</sup>. KPN heeft haar onderzoek vervolgens gemeld zijnde een 'interne scan'.

---

<sup>23</sup> Kenmerk OPTA/JUZ/2004/203882

<sup>24</sup> Kenmerk OPTA/TN/2005/203364

<sup>25</sup> Kenmerk OPTA/TN/2006/203208

<sup>26</sup> Kenmerk OPTA/TN/2007/201448

<sup>27</sup> Kenmerk OPTA/TN/2007/202036

<sup>28</sup> Kenmerk OPTA/TN/2008/202097

<sup>29</sup> Zie par. 6.2 van de boetebeleidsregel 2005.

<sup>30</sup> 20080506 HV 03 Issuelijst KPN geheim.xls d d. 6 mei 2008

## **Besluit Openbaar**

200. Het onderzoek dat KPN heeft gemeld betrof overigens het onderzoek naar de bundeling van gereguleerde met ongereguleerde diensten. Dit betekent dat het onderhavige onderzoek en de naar aanleiding daarvan vastgestelde feiten in dit rapport niet zien op de destijds door KPN in haar melding gemelde feiten. KPN heeft na haar eerste volledige reactie d.d. 28 mei 2008 verder meegewerkt aan het onderzoek van de toezichhoudend ambtenaar dat volgde op deze melding.
201. Ten aanzien van de gerealiseerde omzetgegevens met betrekking tot de uitvoering van de Partnership Overeenkomst zoals overeengekomen met **[VERTROUWELIJK]** is nog het volgende van belang. KPN is niet in staat tot een juiste opgave van de gerealiseerde omzet gedurende de overtredingsperiode. Dit is veroorzaakt door de onjuiste wijze waarop KPN in haar informatiesystemen de realisatie van onderhavige overeenkomst heeft geregistreerd. Door deze gebrekkige administratie is de daadwerkelijk gerealiseerde omzet niet zondermeer te reproduceren.
202. Naar het oordeel van het college heeft KPN wel haar medewerking verleend aan het onderzoek, maar is deze niet verder gegaan dan waartoe zij was gehouden. Het college weegt de wijze waarop KPN aan het onderzoek heeft meegewerkt daarom noch als boeteverhogende noch als boeteverlagende omstandigheid mee.

### **8.4.3 Beëindiging van de overtredingen**

203. Uit het procedureverloop kan het volgende worden afgeleid. KPN heeft de KPP's zelf onderzocht op mogelijke strijdigheid met de verplichtingen uit het Retailbesluit. Uit deze 'interne scan' heeft KPN de KPP's niet als strijdig met genoemde verplichtingen aangemerkt en daarom geen beëindigingacties ondernomen.
204. Na het verzoek van het college om hem nader te informeren, heeft KPN bij de presentatie van haar onderzoeksresultaten wel getracht de gereguleerde diensten te ontbundelen van de ongereguleerde dienstverlening<sup>31 32 33</sup>. KPN is er echter niet in geslaagd om de werking van de last-bid en preferred supplier afspraken ten aanzien van gereguleerd diensten te beëindigen. De eenzijdige acties van KPN om richting afnemers van KPP's schriftelijk 'te verduidelijken' dat de gereguleerde dienstverlening onafhankelijk wordt afgenomen van de ongereguleerde dienstverlening leiden niet tot de benodigde aanpassing van de KPP's. Hiervoor is een daadwerkelijke aanpassing van de KPP's noodzakelijk.

---

<sup>31</sup> Addendum bij de Partnership Overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** medio februari 2008

<sup>32</sup> Addendum bij de Partnership Overeenkomst d.d. 15 mei 2007 tussen **[VERTROUWELIJK]** en KPN B.V.

<sup>33</sup> Brief van 18 maart 2008 aan **[VERTROUWELIJK]** met kenmerk SR4 023273/0279

## **Besluit Openbaar**

205. Ten aanzien van de eerdere addenda van vóór april 2009 geldt dat deze aanvullende afspraken niet zijn bekrachtigd door een handtekening waaruit onomstotelijk blijkt dat beide partijen, zowel KPN als de afnemer, deze aanvullende bepalingen zijn overeengekomen. Hierdoor bleef de werking van de preferred supplier en last bid bepalingen ten aanzien van gereguleerde dienstverlening tot april 2009 bestaan.
206. Het college heeft bij brief van 4 maart 2009<sup>34</sup> aan KPN verzocht de in dit rapport geconstateerde overtredingen te beëindigen. KPN heeft ten slotte medio april 2009 de overtredingen beëindigd<sup>35 36 37</sup>.
207. Het college overweegt dat KPN niet uit eigen beweging, maar na aandringen van het college wel betrekkelijk snel de overtredingen heeft beëindigd. Het college weegt de wijze waarop de overtredingen zijn beëindigd daarom noch als boeteverhogende noch als boeteverlagende omstandigheid mee.
208. Het college ziet geen andere boeteverhogende of verlagende omstandigheden die aanleiding geven om af te wijken van het bovengenoemde boetebedrag.

## **Conclusie**

209. Het college neemt het feit dat er sprake is van recidive in aanmerking als boeteverhogende omstandigheid en verhoogt de boetes om die reden met 30%.
210. Dit leidt tot de volgende boetes:
- Ten aanzien van de non-discriminatieverplichting: € 300.000,- + 30% = € 390.000,-
  - Ten aanzien van de meldingsplicht: € 300.000,- + 30% = € 390.000,-
211. In totaal betreft het een boete van € 780.000,-.

---

<sup>34</sup> Brief van 4 maart 2009 met kenmerk OPTA/AM/2009/200366

<sup>35</sup> Brief van 17 april 2009 aan [VERTROUWELIJK] met kenmerk R/09/U/038

<sup>36</sup> Brief van 17 april 2009 aan [VERTROUWELIJK] met kenmerk R/09/U/038

<sup>37</sup> Brief van 16 maart 2009 aan [VERTROUWELIJK] met kenmerk R/09/U/038

## **Besluit Openbaar**

### **9. Besluit**

212. Het college legt aan de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. een boete op van € 780.000,- in verband met overtredingen van de meldingsplicht en de non-discriminatieverplichting uit het retailbesluit en het vaste telefoniebesluit door in de overeenkomsten met de **[VERTROUWELIJK]**, **[VERTROUWELIJK]** en het **[VERTROUWELIJK]** voor zichzelf een recht op het doen van een last bid en een preferred suppliership te bedingen.

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

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

### **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.