

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2013/204651

Zaaknummer: 13.0775.32

Datum: 29 oktober 2013

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen ter zake van overtreding van de non-discriminatieverplichting ex artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet.

1 Inleiding

1. In dit besluit stelt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vast dat Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen (hierna tezamen: KPN) ten aanzien van de introductie van de dienst VDSL over MDF in strijd hebben gehandeld met de non-discriminatieverplichting ex artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Deze verplichting is uit hoofde van artikel 6a.2 Tw in het Marktanalysebesluit wholesale-breedbandtoegang¹ (hierna: Marktanalysebesluit) aan KPN opgelegd. De overtreding bestaat eruit dat KPN voorafgaand aan en tijdens de aankondigingstermijn van een nieuwe dienst de desbetreffende wholesaledienst in retailproposities heeft aangeboden. Ten aanzien van deze overtreding legt ACM aan KPN een boete op van € 20.604.
2. Dit besluit is als volgt opgebouwd. Allereerst beschrijft ACM de achtergrond van de zaak en het verloop van de procedure (hoofdstuk 2) en geeft zij een samenvatting van het onderzoeksrapport (hoofdstuk 3). Daarna volgen de omstandigheden van feitelijke aard (hoofdstuk 4). Vervolgens geeft ACM een samenvatting van de zienswijze van KPN (hoofdstuk 5) en volgt zij met een juridisch kader (hoofdstuk 6). Daarop worden de overwegingen van ACM met betrekking tot de vaststelling van de overtreding uiteengezet (hoofdstuk 7). Vervolgens stelt ACM de hoogte van de boete vast (hoofdstuk 8), neemt zij een beslissing over de publicatie van het besluit (hoofdstuk 9) en eindigt zij met het dictum van dit besluit (hoofdstuk 10).

¹ Besluit van ACM van 19 december 2008 met kenmerk: OPTA/AM/2008/202717.

Besluit Openbaar

2/26

2 Achtergrond en verloop van de procedure

3. De procedure tot aan het uitbrengen van het onderzoeksrapport is beschreven in hoofdstuk 2 van het onderzoeksrapport. Daar is tevens een overzicht gegeven van de bronnen die zijn gebruikt in het aan dit besluit ten grondslag liggende onderzoek. Hierna volgt in de randnummers 4 tot en met 11 een weergave van het verloop van de procedure vanaf het moment van uitbrengen van het concept onderzoeksrapport.
4. Toezichthoudend ambtenaren van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit – de rechtsvoorganger van de Autoriteit Consument en Markt² – hebben in deze zaak een concept opgemaakt van een rapport, zoals bedoeld in artikel 5:48 jo. artikel 5:53, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).
5. Bij brief van 28 september 2012³ is KPN in de gelegenheid gesteld te reageren op het feitencomplex uit het concept onderzoeksrapport.
6. Bij brief van 11 oktober 2012⁴ heeft KPN op het toegezonden feitencomplex gereageerd.
7. Bij brief van 18 oktober 2012⁵ heeft ACM KPN naar aanleiding van haar reactie op het feitencomplex om aanvullende gegevens gevraagd.
8. Bij brief van 25 oktober 2012⁶ heeft KPN de aanvullende gegevens aan ACM toegezonden.
9. Op 7 december 2012 is het onderzoeksrapport door toezichthoudend ambtenaren van ACM uitgebracht. Bij brief van dezelfde datum⁷ is dit onderzoeksrapport aan KPN toegezonden.
10. Bij brief van 20 december 2012⁸ heeft ACM KPN uitgenodigd voor een hoorzitting op 21 januari 2013.

² Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit. Voor het gemak wordt in het vervolg van dit besluit gesproken over ACM, ook daar waar strikt genomen OPTA nog het bestuursorgaan was.

³ Met kenmerk OPTA/AM/2012/202240, d.d. 28 september 2012.

⁴ Met kenmerk CLR-2011-13209, d.d. 11 oktober 2012.

⁵ Met kenmerk OPTA/AM/2012/202698, d.d. 18 oktober 2012.

⁶ Met kenmerk CLR-2011-13209, d.d. 25 oktober 2012.

⁷ Met kenmerk OPTA/AM/2012/203133, d.d. 7 december 2012.

⁸ Met kenmerk OPTA/AM/2012/203256, d.d. 20 december 2012.

Besluit Openbaar

11. Op 21 januari 2013 heeft KPN haar zienswijze tijdens een hoorzitting mondeling toegelicht.

3 Het onderzoeksrapport

12. Onderstaand geeft ACM een samenvatting van het onderzoeksrapport. In het onderzoeksrapport worden vier diensten beschreven (respectievelijk dienst A, B, C en D). ACM heeft besloten elk van deze diensten in een afzonderlijk besluit te behandelen. De onderhavige dienst, de introductie van VDSL over MDF, wordt in het onderzoeksrapport aangeduid als dienst A. De bevindingen uit het onderzoeksrapport met betrekking tot deze dienst zullen in paragraaf 3.1 worden beschreven.

3.1 Non-discriminatieverplichting

13. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat KPN Retail VDSL over MDF circa tweeënhalve maand voordat de dienst aan wholesale-afnemers is aangekondigd in retailproposities heeft aangeboden. Dat betekent dat de wholesaledienst al voorafgaand aan de aankondigingstermijn aan eindgebruikers werd aangeboden. Dit is in strijd met de in het Marktanalysebesluit opgelegde non-discriminatieverplichting. Zoals in randnummer 35 van het rapport is vermeld, kan dit bovendien alleen zijn veroorzaakt doordat de dienst door KPN Wholesale eerder aan KPN Retail bekend was gemaakt dan aan andere wholesale-afnemers. Dat betekent dat KPN, in strijd met het Marktanalysebesluit, op discriminatoire wijze informatie heeft verstrekt ten aanzien van gereguleerde diensten.
14. Toezichthoudend ambtenaren van ACM concluderen dat KPN met de introductie van VDSL over MDF de op haar rustende non-discriminatieverplichting heeft overtreden zoals die op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 Tw is opgelegd in het Marktanalysebesluit.

4 Omstandigheden van feitelijke aard

15. In het kader van de introductie van VDSL over MDF⁹ heeft KPN bij [VERTROUWELIJK] klanten in Renkum en Den Haag gratis een modem geleverd en geïnstalleerd dat sneller

⁹ VDSL (Very-high-bitrate Digital Subscriber Line) is de opvolger van ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line). MDF (Main Distribution Frame) is de benaming voor de KPN centrale. Met VDSL over MDF kunnen vanuit de centrale van KPN hogere snelheden worden behaald dan met ADSL.

Besluit Openbaar

internet mogelijk maakt dan met het oudere (ADSL/ADSL2+) modem. Met de hogere snelheid kunnen ook bijvoorbeeld digitale televisiediensten (HDTV) beter worden aangeboden.

16. Op 4 november 2009 heeft KPN een op VDSL over MDF gebaseerde retaildienst per brief aangekondigd bij reeds bestaande klanten in Renkum en Den Haag. Van half november 2009 tot half december 2009 heeft KPN deze dienst telefonisch aan deze klanten aangeboden. Van de benaderde klanten hebben er **[VERTROUWELIJK]** met het aanbod ingestemd. Vanaf 3 januari 2010 hebben deze klanten het modem ontvangen.
17. Op 21 januari 2010 heeft KPN haar wholesale-afnemers per brief laten weten dat zij hun klanten met ingang van april 2010 sneller internet en televisie kunnen bieden op basis van VDSL. Daarnaast heeft KPN de wholesale-afnemers in deze brief uitgenodigd om per direct in de klanttest in Renkum en Den Haag te participeren, indien zij in de betreffende gebieden retailklanten hebben.
18. De omzet die KPN op basis van de introductie van VDSL over MDF gemaakt heeft in de periode van 4 november 2009 tot medio december 2009 (de duur van de overtreding van de non-discriminatieverplichting) bedraagt € **[VERTROUWELIJK]**.

5 Zienswijze

19. In dit hoofdstuk geeft ACM een zakelijke weergave van de zienswijze die KPN heeft gegeven op het onderzoeksrapport. Alvorens in te gaan op de desbetreffende dienst heeft KPN eerst haar zienswijze gegeven op de wijze waarop volgens haar de non-discriminatieverplichting uitgelegd dient te worden. Afsluitend gaat KPN in op de ernst, duur, verwijtbaarheid, compliancemaatregelen en recidive.

5.1 Non-discriminatieverplichting

20. Ten aanzien van de non-discriminatieverplichting stelt KPN zich op het standpunt dat de in het onderzoeksrapport aangehouden uitleg hiervan niet volgt uit het Marktanalysebesluit.
21. Voorts stelt KPN zich op het standpunt dat ook in geval van de introductie van een nieuwe wholesaledienst de regel dat tijdens de aankondigingstermijn door KPN geen

Besluit Openbaar

retailproposities mogen worden aangeboden niet op voorhand gerechtvaardigd is. Daarbij denkt KPN bijvoorbeeld aan de omstandigheid dat (actieve) wholesalediensten reeds bij andere aanbieders kunnen worden afgenomen. In dit geval beschikken partijen reeds over een voorsprongpositie, waardoor toepassing van de non-discriminatieverplichting zou leiden tot het onnodig op achterstand zetten van KPN.

5.2 Introductie VDSL over MDF

22. Ten aanzien van de introductie van VDSL over MDF stelt KPN dat concurrerende aanbieders van WBT reeds ruimschoots de mogelijkheid hadden om op VDSL gebaseerde diensten aan te bieden. In dit verband wijst zij erop dat de ten opzichte van WBT stroomopwaarts gelegen gereguleerde wholesaledienst MDF access is. Op dit niveau bood KPN Wholesale al sinds 1 januari 2009 de mogelijkheid om VDSL in te zetten.
23. De DSLAMs¹⁰ en klantmodems van KPN voldeden niet aan de specificaties voor VDSL, waardoor zij zich genoodzaakt zag nieuwe apparatuur aan te schaffen. In dit verband heeft KPN in Renkum en Den Haag de samenwerking tussen DSLAM en klantmodem getest. Het betrof in totaal **[VERTROUWELIJK]** klanten, die geïnformeerd zijn over de door KPN voorgenomen vervanging van hun modem. Van een nieuw retailaanbod is aldus KPN geen sprake. De desbetreffende klanten hadden al een contract met KPN Retail en aan de in die contracten overeengekomen dienstspecificaties en tarieven is niets gewijzigd. Van het afsluiten van nieuwe contracten in de periode, dan wel het leveren van een nieuwe dienst aan retailklanten is geen sprake geweest.
24. Voorts merkt KPN op dat er ten aanzien van de dienst VDSL over MDF slechts sprake was van het in het kader van een technische test vervangen van het klantmodem ('onder de motorkap') zonder dat de dienstverlening aan de betrokken klanten werd gewijzigd. Daarnaast betrof het een zeer beperkte groep van **[VERTROUWELIJK]** klanten.

6 Juridisch Kader

25. ACM geeft in dit hoofdstuk een overzicht van het relevante juridisch kader. In paragraaf 6.1

¹⁰ Digital Subscriber Line Access Multiplexers. Het dataverkeer van eindgebruikers komt samen in de DSLAM. De DSLAM verzamelt dit verkeer en stuurt dit vervolgens door naar het netwerk van de aanbieder en vice versa.

Besluit Openbaar

wordt daarbij ingegaan op de overtreding en paragraaf 6.2 behandelt het kader met betrekking tot de bevoegdheid van ACM om een boete op te leggen.

6.1 Ten aanzien van de overtreding

6.1.1 Marktanalysebesluit

26. Op 19 december 2008 heeft ACM het Marktanalysebesluit genomen.
27. In dit besluit heeft ACM, op grond van artikel 6a.1, eerste lid, Tw, onderzocht welke markten overeenkomen met de in de aanbeveling van de Commissie vermelde markt voor wholesale-breedbandtoegang (hierna: WBT).
28. ACM heeft geconcludeerd dat zowel de markt voor hoge kwaliteit WBT als de markt voor lage kwaliteit WBT niet daadwerkelijk concurrerend is. ACM heeft vastgesteld dat KPN, voor zover zij actief is op deze markten als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten, beschikt over AMM.
29. Gelet op het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie op de markt voor hoge kwaliteit WBT en de markt voor lage kwaliteit WBT en de AMM-positie van KPN op deze markten, heeft ACM op grond van artikel 6a.2 Tw verplichtingen aan KPN opgelegd op de markten voor hoge kwaliteit en lage kwaliteit WBT.

6.1.2 Non-discriminatieverplichting

30. In de eerste plaats is de non-discriminatieverplichting op grond van artikel 6a.8 Tw van belang.
31. Artikel 6a.8 Tw bepaalt:

“De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door de Autoriteit Consument en Markt te bepalen vormen van toegang de verplichting opleggen om deze toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat de onderneming gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen.”

Besluit Openbaar

32. In het Marktanalysebesluit heeft ACM onder dictumonderdeel iv, op grond van artikel 6a.2 Tw juncto artikel 6a.8, Tw, aan KPN de verplichting opgelegd om lage kwaliteit WBT over koper en hoge kwaliteit WBT over koper en glas en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN gelijke voorwaarden toepast bij levering aan externen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochtermaatschappijen of haar partnerondernemingen. De verplichting heeft betrekking op alle voorwaarden, derhalve ook op tariefvoorwaarden.

33. In paragraaf 11.5.1 van het Marktanalysebesluit heeft ACM een nadere invulling gegeven van de non-discrimatieverplichting. ACM heeft in deze paragraaf ten aanzien van de non-discrimatieverplichting onder andere bepaald dat de non-discrimatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

“het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten. Voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe diensten mag de betreffende wholesaledienst nog niet in retailproposities worden aangeboden;”

34. De in het voorgaande randnummer weergegeven verplichting is ook opgenomen in dictumonderdeel v van het Marktanalysebesluit dat luidt:

“KPN dient, in het kader van haar All-IP plannen, haar koperen aansluitnetwerk voor dienstverlening aan andere partijen ter beschikking te stellen, zolang zij hiervan zelf gebruikt maakt voor haar eigen dienstverlening.

- *De beschikbaarheid van de diensten en netwerken;*
- *De onderhoudsperioden;*
- *De hersteltijden in geval van storingen;*
- *Het proces van ordering en levering;*
- *Het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten;*
- *Het proces van informatieverstrekking.”*

6.1.3 Transparantieverplichting, referentieaanbod

35. In de tweede plaats is de transparantieverplichting en de verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod, op grond van artikel 6a.9 Tw, van belang.

Besluit Openbaar

8/26

36. Artikel 6a.9 Tw bepaalt:

“1. De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om door de Autoriteit Consument en Markt nader te bepalen informatie met betrekking tot door de Autoriteit Consument en Markt te bepalen vormen van toegang bekend te maken. Deze informatie kan onder meer betrekking hebben op:

- a. tarieven en andere voorwaarden die bij het verlenen van toegang worden gehanteerd;*
- b. technische kenmerken en andere eigenschappen van het netwerk.*

2. De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om een referentieaanbod bekend te maken waarin een omschrijving is opgenomen van door de Autoriteit Consument en Markt te bepalen vormen van toegang. Het referentieaanbod is opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang en de daarbij gehanteerde tarieven en andere voorwaarden.

3. Indien aan een onderneming waaraan een verplichting als bedoeld in het tweede lid is opgelegd tevens een verplichting is opgelegd als bedoeld in artikel 6a.6 die betrekking heeft op ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, voldoet het referentieaanbod van de onderneming in elk geval aan bijlage II van richtlijn nr. 2002/19/EG.

4. Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat het referentieaanbod niet in overeenstemming is met de op grond van dit hoofdstuk opgelegde verplichtingen, geeft het de onderneming aanwijzingen met betrekking tot de aan te brengen wijzigingen.

5. Aan een verplichting als bedoeld in het eerste en tweede lid kan de Autoriteit Consument en Markt voorschriften verbinden met betrekking tot de mate van detaillering en de wijze van bekendmaking.”

37. In dictumonderdeel ix van het Marktanalysebesluit heeft ACM, op grond van artikel 6a.2 Tw juncto artikel 6a.9, eerste en tweede lid, Tw, aan KPN de verplichting opgelegd om binnen dertig dagen na inwerkingtreding van het Marktanalysebesluit een referentieaanbod met betrekking tot lage kwaliteit WBT over koper en hoge kwaliteit WBT over koper en glas en bijbehorende faciliteiten bekend te maken en regelmatig bij te werken. Het referentieaanbod dient te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang tot lage kwaliteit WBT

Besluit Openbaar

over koper en hoge kwaliteit WBT over koper en glas en bevat ten minste de in het Marktanalysebesluit opgesomde punten en een beschrijving van de verschillende onderdelen en respectieve voorwaarden en tarieven.

38. In dictumonderdeel ix, paragraaf D sub 4, van het Marktanalysebesluit, heeft ACM aan KPN de verplichting opgelegd dat wholesale-afnemers (zowel intern als extern) tijdig en op non-discriminatoire wijze geïnformeerd dienen te worden ten aanzien van tarieven en voorwaarden.
39. In dictumonderdeel x van het Marktanalysebesluit heeft ACM, op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, Tw, de volgende voorschriften verbonden ten aanzien van de wijze van bekendmaking van het referentieaanbod:
- *“KPN dient het referentieaanbod op elektronische wijze bekend te maken op haar website;*
 - *KPN dient wijzigingen in haar wholesale-aanbod tijdig op te nemen en haar afnemers hiervan op de hoogte te stellen. Het gaat hierbij zowel om wijzigingen in de bestaande dienstverlening als introductie van nieuwe dienstverlening;*
 - *KPN dient een afschrift van het referentieaanbod en elke wijziging hiervan aan het college [ACM] te verstrekken;*
 - *KPN dient nieuwe of gewijzigde diensten binnen een redelijke termijn van in beginsel minimaal 2 maanden van te voren aan afnemers bekend te maken.”*

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

40. 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 de Autoriteit Consument en Markt 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 en voor zover Onze Minister de geadresseerde is.”

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

Besluit Openbaar

“De Autoriteit Consument en Markt 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;”

42. Artikel 5:48, eerste lid, van de Algemene Wet Bestuursrecht luidt:

“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

7 Overwegingen van ACM

43. Onderstaand zal ACM beoordelen of KPN met haar gedragingen de non-discriminatieverplichting heeft overtreden. In dit kader zal in paragraaf 7.1 eerst in zijn algemeenheid worden ingegaan op de non-discriminatieverplichting. Voorts zal in paragraaf 7.2 worden besproken of KPN met de introductie van VDSL over MDF de non-discriminatieverplichting heeft overtreden.

7.1 De non-discriminatieverplichting

44. ACM is van oordeel dat het uitgangspunt dient te zijn dat, zolang KPN zelf gebruik maakt van het koperen aansluitnetwerk voor haar eigen dienstverlening, zij de op koper gebaseerde dienstverlening ook aan andere partijen ter beschikking dient te stellen.¹¹

45. Ten aanzien van de voorwaarden anders dan tarieven betekent de non-discriminatieverplichting dat afnemers de diensten en bijbehorende faciliteiten voor lage kwaliteit WBT over koper en hoge kwaliteit WBT over koper tegen dezelfde voorwaarden moeten kunnen afnemen als KPN's retailbedrijf. Wholesale-afnemers moeten bovendien op basis van de inkoop van lage kwaliteit WBT over koper en hoge kwaliteit WBT over koper dezelfde kwaliteitsniveaus aan eindgebruikers kunnen afgeven als KPN.

¹¹ Zie onder meer randnummer 700 en dictumonderdeel v van het Marktanalysebesluit.

Besluit Openbaar

46. Voor het onderhavige besluit is van belang dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval ziet op:¹²
- a. het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten: voorafgaand aan en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe diensten mag de betreffende wholesaledienst nog niet door KPN in retailproposities worden aangeboden;
 - b. het proces van informatieverstrekking: hiermee doelt het ACM op gelijke behandeling van interne en externe afnemers met betrekking tot tijdige bekendmaking van (wijzigingen in) tarieven (waaronder mede begrepen eenmalige tarieven, actietarieven en kortingen) en alle voorwaarden (waaronder mede begrepen locaties waar de dienst beschikbaar is, dienstbeschrijving, order- en leveringsvoorwaarden).
47. Daarnaast geldt dat de verplichting tot non-discriminatie betrekking heeft op alle voorwaarden waaronder een dienst aangeboden, besteld en/of geleverd kan worden.

7.2 Overtreding

48. ACM stelt vast dat KPN vanaf 4 november 2009 met het leveren van diensten over de vervangen klantmodems en DSLAMs een (nieuwe) retaildienst heeft aangeboden. Het betoog van KPN dat er in dit geval geen sprake zou zijn van een nieuwe retailpropositie volgt ACM niet. Zoals KPN in haar reactie zelf heeft aangegeven voldeed het klantmodem – alsmede de DSLAMs in het netwerk – niet aan de specificaties voor het aanbieden van op VDSL gebaseerde diensten. Door de vervanging van het klantmodem konden de klanten van KPN daarna wel gebruikmaken van diensten die op VDSL-techniek gebaseerd zijn. Dat dit voor eindgebruikers voordeel biedt, blijkt ook uit de brief waarin KPN het aanbod aan haar retailklanten heeft gedaan. Daarin is opgenomen dat eindgebruikers door de vervanging van het klantmodem nog beter gebruik kunnen maken van KPN-diensten zoals bellen, internetten en tv-kijken. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat de dienst de retailklant geen extra toegevoegde waarde biedt. Gelet op het vorenstaande is er naar het oordeel van ACM wel degelijk sprake van een nieuwe retaildienst.
49. Gelet op het feit dat het leveren van diensten over de vervangen klantmodems en DSLAMs een (nieuwe) retaildienst behelst, concludeert ACM dat KPN de dienst VDSL over MDF

¹² Zie tevens randnummer 827 van het Marktanalysebesluit.

Besluit Openbaar

vanaf 4 november 2009 heeft aangeboden in retailproposities. Dit betekent dat deze wholesaledienst voorafgaand aan het informeren van de gehele markt over deze dienst op 21 januari 2010 door KPN in retailproposities is aangeboden.

50. Voorts stelt ACM vast dat andere wholesale-afnemers voor het eerst op 21 januari 2010 de mogelijkheid hadden de dienst af te nemen en daarmee hun eindgebruikers te bedienen, terwijl KPN Retail reeds vanaf 4 november 2009 haar retailklanten met een op VDSL over MDF gebaseerde retaildienst heeft benaderd en op 3 januari 2010 de desbetreffende retaildienst geleverd heeft door de klantmodems te vervangen.
51. ACM is van oordeel dat de in het Marktanalysebesluit aan KPN opgelegde non-discriminatieverplichting KPN verbiedt om, voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe diensten, de betreffende wholesaledienst in retailproposities aan te bieden. Door voorafgaand aan het transparant maken van de nieuwe dienst aan de gehele markt alvast over te gaan tot het aanbieden van deze dienst aan retailklanten heeft KPN in strijd gehandeld met de non-discriminatieverplichting. Tevens kan vastgesteld worden dat KPN Retail eerder dan externe wholesale-afnemers is geïnformeerd over de dienst, zodat ook in het kader van het proces van informatieverstrekking de non-discriminatieverplichting is overtreden.
52. In haar zienswijze stelt KPN zich op het standpunt dat concurrerende aanbieders reeds de mogelijkheid hadden om op VDSL gebaseerde diensten aan te bieden, aangezien voor het stroomopwaarts gelegen MDF access de mogelijkheid van VDSL al beschikbaar was.
53. De redenering dat concurrerende aanbieders reeds de mogelijkheid hadden om op VDSL gebaseerde diensten aan te bieden, volgt ACM niet. In de eerste plaats dient voor de non-discriminatieverplichting gekeken te worden naar de onderliggende wholesaledienst. In dit geval betreft dat de dienst klanttest voor de introductie van de 'actieve dienst' VDSL over MDF. Dit betreft een nieuwe wholesaledienst en derhalve had KPN deze dienst met de gebruikelijke aankondigingstermijn van minimaal twee maanden dienen aan te kondigen. Dat concurrenten van KPN Retail mogelijk op andere wijze – via andere wholesalepartijen die MDF access bij KPN inkopen – gebruik hadden kunnen maken van op VDSL gebaseerde diensten doet niet af aan de verplichting van KPN om voorafgaand aan de introductie van nieuwe diensten deze dienst niet in retailproposities aan te bieden.
54. Voorts stelt ACM vast dat KPN eveneens in strijd met de non-discriminatieverplichting heeft gehandeld doordat KPN Retail als enige geïnformeerd is over de mogelijkheid om de dienst

Besluit Openbaar

VDSL over MDF af te nemen. Hierdoor was zij in staat reeds een retailaanbod in de markt te zetten toen andere wholesale-afnemers nog niet op de hoogte waren van het bestaan van de wholesaledienst.

55. ACM oordeelt dat KPN door het aanbieden van de dienst VDSL over MDF in retailproposities, voordat deze dienst überhaupt is aangekondigd aan de gehele markt, de non-discriminatieverplichting heeft overtreden.

8 Vaststelling van de hoogte van de boete

8.1 Boetebeleidsregels OPTA 2008

56. De geconstateerde overtreding is begaan gedurende een periode die in het geheel wordt bestreken door de Boetebeleidsregels OPTA 2008 (hierna ook: de Boetebeleidsregels).¹³ Volgens deze beleidsregels wordt de ernst van de overtreding bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto vast te stellen. Op grond van paragraaf 3.2 van de Boetebeleidsregels kan een overtreding daarbij worden ondergebracht in een van de volgende categorieën: zeer zwaar, zwaar en minder zwaar. Vervolgens wordt de ernst van de overtreding in concreto gezien in het licht van de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval.¹⁴
57. Voor zover het gaat om overtredingen in de zin van artikel 15.4, tweede lid, Tw wordt daarbij de hoogte van de boete vastgesteld met toepassing van de volgende formule:¹⁵

boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden

58. Daarbij wordt de boetegrondslag gebaseerd op de betrokken omzet. In de betrokken omzet komt de weerslag op de economie die de overtreding mogelijk kan hebben tot uitdrukking waaronder het in het algemeen mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). ACM hanteert een boetegrondslag van 10 procent van de betrokken omzet.
59. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor:

¹³ Staatscourant 2008, nr. 50.

¹⁴ Zie hoofdstuk 3 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008.

¹⁵ Zie hoofdstuk 5 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008.

Besluit Openbaar

- a. bij een minder ernstige overtreding wordt de factor gesteld op een waarde van ten hoogste 1;
 - b. bij een ernstige overtreding wordt de factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2;
 - c. bij een zeer ernstige overtreding wordt de factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3.
60. Voorts kan ACM op grond van de Boetebeleidsregels bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of -verlagende omstandigheden betrekken.¹⁶
61. Tevens kan ACM op grond van artikel 5.10 van de Boetebeleidsregels uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking het verkregen resultaat aanpassen in verband met het gewicht van de onderneming. Dit kan leiden tot een verveelvoudiging van de hoogte van de boete.
62. Uit artikel 5:46 van de Awb volgt tot slot dat ACM de boete niet alleen dient af te stemmen op de ernst van de overtreding, maar ook op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Paragraaf 6.2 van de Boetebeleidsregels bepaalt in dit verband dat ACM geen boete oplegt indien de overtreder aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

8.2 Ernst van de overtreding

8.2.1 Voordelen KPN, nadelen concurrentie in abstracto

63. ACM wijst erop dat reeds in het Marktanalysebesluit is geconstateerd dat KPN een verticaal geïntegreerde aanbieder van telecommunicatiediensten is, waardoor er een aanzienlijk risico bestaat dat KPN Retail al eerder dan externe wholesale-afnemers informatie heeft over de nog te verwachten introducties van nieuwe of gewijzigde gereguleerde diensten.¹⁷ Dit risico van discriminatoire informatieverstrekking wordt versterkt doordat KPN Retail de grootste wholesale-afnemer is van KPN Wholesale en daarom in de praktijk vaker wholesale dienstintroductions zullen plaatsvinden op basis van de behoefte en concrete verzoeken van KPN Retail.

¹⁶ Zie hoofdstuk 7 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008.

¹⁷ Zie ook randnummer 15 waaruit blijkt dat dit risico zich concreet voordoet.

Besluit Openbaar

64. KPN Retail heeft in die gevallen dat zij al eerder op de hoogte is (gebracht) minder of geen tijd meer nodig om na het moment van aankondiging in te spelen op de nieuwe of gewijzigde wholesalediensten. Anderzijds krijgen andere wholesale-afnemers niet eerder dan bij de openbare aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten de relevante informatie. Vanaf dat moment zullen externe afnemers nog tijd nodig hebben voor bijvoorbeeld de doorwerking van prijswijzigingen in hun retailaanbod en/of de technische implementatie van de nieuwe wholesalediensten.
65. Het risico dat KPN Retail op voorsprong kan worden gezet ten opzichte van andere wholesale-afnemers is groter indien KPN Retail al gedurende de aankondigingstermijn van minimaal twee maanden de betreffende wholesalediensten in retailproposities zou aanbieden. KPN Retail zou in dat geval voor de daadwerkelijke afname van diensten weliswaar de aankondigingstermijn van minimaal twee maanden in acht kunnen nemen, maar zij zou dan bijvoorbeeld per direct of op zeer korte termijn de dienst alvast aan retailklanten kunnen bieden op haar website of in offertes.¹⁸ Ook hierbij wordt uitgegaan van het risico dat KPN Retail als verticaal geïntegreerde partij en grootste wholesale-afnemer al eerder op de hoogte is van dienstintroductions dan andere wholesale-afnemers. Dit terwijl externe wholesale-afnemers zich eerst nog zullen moeten beraden op de aangekondigde dienstintroduction, zoals besproken onder randnummer 64.
66. Ten slotte zou ook de discriminatoire levering van wholesalediensten aan KPN Retail de concurrentie kunnen benadelen. Indien KPN Retail eerder dan andere wholesale-afnemers diensten door KPN Wholesale geleverd krijgt, kunnen externe wholesale-afnemers hun retailklanten niet op hetzelfde moment als KPN Retail een concurrerende dienst leveren.

8.2.2 Voordelen KPN, nadelen concurrentie in concreto

67. ACM wijst erop dat reeds in het Marktanalysebesluit is geconstateerd dat de non-discriminatieverplichting noodzakelijk is om mededingingsbeperkend gedrag te voorkomen. Bij overtreding van de non-discriminatieverplichting dient er daarom vanuit te worden gegaan dat de concurrentie is benadeeld en de mededinging is beperkt ten nadele van de retailklanten. De Rechtbank Rotterdam heeft deze redenering bevestigd in haar uitspraak van 19 juli 2012. De rechtbank stelt daarbij het volgende:¹⁹

¹⁸ Zie ook onderzoeksrapport Tabel 4 kolom (i) waaruit blijkt dat dit risico zich concreet voordoet.

¹⁹ Uitspraak Rechtbank Rotterdam, zaaknummer: AWB 11/2688, 19 juli 2012, randnummer 16.1 en 16.3.

Besluit Openbaar

“Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat de betrokken verplichtingen in het Retailbesluit aan KPN zijn opgelegd om mededingingsbeperkend gedrag te voorkomen. Zodra sprake is van overtredingen van de verplichtingen, dient ervan te worden uitgegaan dat als gevolg daarvan de mededinging is beperkt.

[...]

Het voert naar het oordeel van de rechtbank te ver om van verweerder [ACM] te verlangen dat hij gaat onderzoeken of dit alles [verstoring van het commerciële proces bij de concurrentie] zich ook heeft voorgedaan.”

68. ACM stelt daarom voorop dat ervan moet worden uitgegaan dat KPN Retail op voorsprong is gezet in de retailmarkten. Zoals uit paragraaf 7.2 blijkt kon KPN Retail op eerdere tijdstippen dan andere wholesale-afnemers (haar concurrenten) de nieuwe diensten aan retailklanten verkopen en/of leveren.²⁰ De andere wholesale-afnemers hadden daardoor voorafgaand aan de introductie van de nieuwe en gewijzigde wholesalediensten geen tijd om hun business case aan te passen en het aanbod van KPN Retail te evenaren. Deze achterstand heeft voor concurrenten van KPN Retail waarschijnlijk tot omzetsderving geleid. Dit vermoeden wordt versterkt door het gegeven dat KPN Retail in de relevante periode op basis van de betreffende wholesalediensten een omzet heeft gegenereerd.
69. ACM is van oordeel dat de bij deze dienst betrokken omzet van € [VERTROUWELIJK] voor de non-discriminatieverplichting, meegewogen dient te worden om de ernst van de overtreding in concreto vast te stellen. Dit is de omzet die behaald is bij de levering van retaildiensten op basis van de wholesaledienst VDSL over MDF.

8.2.3 Non-discriminatieverplichting

Zwaarte van de overtreding

70. Een overtreding van de non-discriminatieverplichting geldt volgens de Boetebeleidsregels OPTA 2008 als een zeer zware overtreding.

De economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

71. In het Marktanalysebesluit heeft ACM KPN aangewezen als partij met AMM, die in afwezigheid van regulering tot verschillende mededingingsbeperkende gedragingen in staat is, zoals prijsdiscriminatie, vertragingstactieken, strategisch gebruik van informatie en

²⁰ Zie ook specifiek onderzoeksrapport Tabel 2 en Tabel 4.

Besluit Openbaar

kwaliteitsdiscriminatie. Daarom heeft ACM KPN in het Marktanalysebesluit een non-discriminatieverplichting opgelegd, die een cruciale rol vervult bij de verwezenlijking van de beoogde effecten van de aan KPN opgelegde toegangsverplichting.

72. KPN Retail heeft vanaf 4 november 2009 klanten benaderd met het aanbod om hun klantmodem te laten vervangen door een klantmodem dat geschikt was voor op VDSL gebaseerde diensten. Externe wholesale-afnemers zijn hiervan in eerste instantie in het geheel niet geïnformeerd. Eerst bij brief van 21 januari 2010 hebben externe wholesale-afnemers de mogelijkheid gekregen de dienst af te nemen.
73. Het vorenstaande heeft tot gevolg gehad dat KPN nog voor haar concurrenten dat konden in staat is geweest VDSL over MDF in retailproposities aan te bieden. Dit heeft KPN een concurrentievoordeel opgeleverd, aangezien KPN tijdelijk de enige aanbieder van op deze dienst gebaseerde retaildiensten was. De externe wholesale-afnemers hebben hier nadeel van ondervonden in de vorm van gedeerde inkomsten, nu zij niet gelijktijdig met KPN deze dienst hebben kunnen aanbieden.
74. Voorts worden door de handelswijze van KPN ook eindgebruikers geschaad. De non-discriminatieverplichting dient immers om effectieve concurrentie op retailniveau te bewerkstelligen. Een overtreding van de non-discriminatieverplichting leidt tot een verstoring van de concurrentie op de retailmarkt.
75. Ter nuancering kan worden aangevoerd dat de introductie van VDSL over een klanttest betrof waarbij een beperkte groep afnemers ([**VERTROUWELIJK**] klanten) werd benaderd, zodat een relatief beperkte omzet is behaald (€ [**VERTROUWELIJK**]). ACM stelt derhalve vast dat de economische impact relatief gering van aard is. Tevens kan worden vastgesteld dat de overtreding gedurende een relatief beperkte periode heeft plaatsgevonden (van 4 november 2009 tot medio december 2010).

Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding

76. Om te komen tot de bepaling van de ernst van de overtreding dienen de zwaarte van de overtreding en de economische context en bijzondere omstandigheden van het geval in samenhang gezien te worden. ACM betreft hierbij dat een overtreding van de non-discriminatieverplichting als zeer zwaar wordt aangemerkt en dat KPN als partij met AMM op de markt voor WBT is aangewezen. Ook betreft ACM hierbij het economisch voordeel dat KPN met de overtreding behaald heeft ten koste van wholesale-afnemers, en dat de gedraging ook de belangen van eindgebruikers heeft geschaad. Nu de economische impact

Besluit Openbaar

van de overtreding echter relatief laag is en de overtreding gedurende een relatief beperkte periode plaatsvond, kwalificeert ACM de overtreding niet als zeer ernstig, maar als ernstig.

8.3 Verwijtbaarheid

77. Uit artikel 5:46 van de Awb volgt dat ACM bij het vaststellen van de boete de hoogte daarvan dient af te stemmen op de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Paragraaf 6.2 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008 bepaalt dat ACM geen boete oplegt indien de overtreder aannemelijk weet te maken dat hem van de overtreding geen verwijt valt te maken.
78. Schuld in de zin van verwijtbaarheid is bij bestuursrechtelijke gesanctioneerde overtredingen doorgaans – evenals in het onderhavige geval – geen bestanddeel van de norm. Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Om aan het opleggen van een boete te ontkomen, zal de overtreder dan een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld en deze afwezigheid aannemelijk dienen te maken.²¹
79. ACM merkt verder op dat bij de beoordeling of aan KPN een verwijt kan worden gemaakt niet noodzakelijk is dat sprake is van opzet. Ook andere elementen spelen een rol, zoals de vraag of de overtreder in staat is geweest, dan wel zich voldoende heeft ingespannen om de overtreding te voorkomen.
80. ACM heeft de non-discriminatieverplichting in het Marktanalysebesluit aan KPN, een partij met AMM, opgelegd. KPN heeft ten aanzien van het ontwerp van dit Marktanalysebesluit haar zienswijze gegeven en was dus reeds vanaf dat moment bekend met de op haar rustende verplichting. Het is vervolgens aan de partij op wie een dergelijke verplichting rust om te waarborgen dat de betreffende verplichting wordt nageleefd.
81. ACM is van oordeel dat van een organisatie die beschikt over een complianceprogramma mag worden verwacht dat zij bij twijfel contact opneemt met ACM ter verduidelijking van een in haar ogen onduidelijke norm. In dit verband verwijst ACM naar het arrest van het

²¹ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de 4e tranche van de Awb, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 702, nr. 3, biz. 134.

Besluit Openbaar

EHRM van 28 juni 2011²², waaruit blijkt dat met name voor professionele marktdeelnemers geldt dat van hen een redelijke inspanning mag worden gevraagd om duidelijkheid te krijgen over de toelaatbaarheid van hun handelen. In het boeteonderzoek is tevens geconstateerd dat de interne procedures niet hebben voorkomen dat deze overtreding heeft plaatsgevonden.²³

82. Op grond van het vorenstaande acht ACM de overtreding van de non-discriminatieverplichting volledig verwijtbaar. ACM laat daarbij in het midden of de door haar geconstateerde overtreding al dan niet opzettelijk is begaan.

8.4 Vaststelling van de hoogte van de boete

8.4.1 Non-discriminatieverplichting

Boetegrondslag

83. Op grond van paragraaf 5.4 van de Boetebeleidsregels hanteert ACM een boetegrondslag van 10 procent van de bij de overtreding betrokken omzet van de desbetreffende onderneming.

84. In het onderhavige geval bedraagt de door ACM vastgestelde betrokken omzet € [VERTROUWELIJK]. 10 procent van deze omzet bedraagt € [VERTROUWELIJK].

Ernstfactor

85. ACM is tot het oordeel gekomen dat de overtreding van de non-discriminatieverplichting met betrekking tot de dienst VDSL over MDF gekwalificeerd dient te worden als een ernstige overtreding.
86. Wat betreft de in casu te hanteren ernstfactor overweegt ACM dat de overtreding KPN een economisch voordeel heeft opgeleverd ten nadele van de wholesale-afnemers en eindgebruikers. Daarbij overweegt ACM echter ook dat de economische impact, aangezien het ging om een klanttest ten aanzien van een beperkt aantal eindgebruikers en derhalve om een relatief lage betrokken omzet, beperkt van aard is. ACM heeft, het vorenstaande in overweging nemende, met betrekking tot de ernst van de overtreding eerder al

²² AB 2012, 15 m.nt. R. Stijnen, LJN: BT 2901, JV 2011, 403, m.nt. J.S. Nan.

²³ Zie randnummer 90 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

geconcludeerd dat het hier niet gaat om een zeer ernstige overtreding maar om een ernstige overtreding. Dit alles in overweging nemende komt ACM tot een ernstfactor van **[VERTROUWELIJK]**.

Gewicht van de onderneming

87. Met de Boetebeleidsregels heeft ACM niet alleen beoogd om geconstateerde overtredingen te bestraffen, maar bovendien en juist om nieuwe overtredingen zoveel mogelijk te voorkomen. Dat blijkt (onder meer) uit paragraaf 1.2 van de Boetebeleidsregels die nadrukkelijk bepaalt dat de hoogte van de op te leggen boete toereikend moet zijn om volgende overtredingen door dezelfde overtreder te voorkomen (speciale preventie), alsmede om potentiële overtreeders te weerhouden van nieuwe, soortgelijke overtredingen (generale preventie).
88. Op grond van paragraaf 5.10 van de Boetebeleidsregels kan uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming. Dit kan leiden tot een verveelvoudiging van het resultaat dat op basis van (een berekening) van de betrokken omzet en de factor wordt bereikt. Om van de boete een voldoende preventieve werking uit te laten gaan acht ACM het, gezien het gewicht van de bij de overtreding betrokken onderneming, van belang dat deze boete de hoogte van de betrokken omzet benadert. ACM past daarom het verkregen resultaat aan met een factor **[VERTROUWELIJK]**.
89. ACM acht het in dit specifieke geval passend om een boete op te leggen waarvan de hoogte de bij de overtreding betrokken omzet benadert. ACM past daarom het verkregen resultaat aan met een factor **[VERTROUWELIJK]**.²⁴

8.5 Algemene boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

90. ACM 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.

²⁴ Zie ook randnummers 108 en 109.

Besluit Openbaar

8.5.1 Recidive

91. Ten behoeve van de beantwoording van de vraag of sprake is van recidive als boeteverhogende omstandigheid, dient te worden vastgesteld of ACM KPN voorafgaand aan de in dit besluit vastgestelde overtreding boetes heeft opgelegd ten aanzien van hetzelfde type overtreding.
92. ACM stelt vast dat aan KPN in het verleden meermaals een boete is opgelegd voor overtreding van aan KPN opgelegde non-discriminatieverplichtingen. Het gaat om de volgende besluiten:
- Besluit van ACM van 11 mei 2003 inzake informatievoorziening RA-ULL²⁵
 - Besluit van ACM van 19 december 2003 inzake kortingen ontbundelde lijnen²⁶
 - Besluit van ACM van 28 november 2005 inzake individuele kortingen en BasicLine²⁷
 - Besluit van ACM van 15 december 2006 inzake SNT²⁸
 - Besluit van ACM van 9 juli 2007 inzake Bocchi en WorldLine XL²⁹
 - Besluit van ACM van 8 oktober 2007 inzake KLM/Philips³⁰
 - Besluit van ACM van 10 oktober 2008 inzake BVI³¹
 - Besluit van ACM van 10 oktober 2008 inzake CVN³²
93. KPN stelt in haar zienswijze dat geen sprake is van recidive, aangezien geen van de bovengenoemde besluiten betrekking had op het niet in acht nemen van een minimale termijn van twee maanden vóór het aanbieden van een nieuwe of gewijzigde dienst in retailproposities. Naar het oordeel van ACM doet dit echter niets af aan de relevantie van de besluiten in het onderhavige geval. In alle gevallen is immers sprake van een overtreding van verplichtingen die aan KPN zijn opgelegd om te voorkomen dat zij door middel van discriminatoir gedrag de totstandkoming of instandhouding van effectieve concurrentie frustreert. Derhalve staat voor ACM vast dat sprake is van eenzelfde type overtreding, en daarmee van recidive.

²⁵ Kenmerk OPTA/IBT/2003/201837.

²⁶ Kenmerk OPTA/IBT/2003/204596.

²⁷ Kenmerk OPTA/TN/2005/203364.

²⁸ Kenmerk OPTA/TN/2006/203208.

²⁹ Kenmerk OPTA/TN/2007/201448.

³⁰ Kenmerk OPTA/TN/2007/202036.

³¹ Kenmerk OPTA/AM/2008/202097.

³² Kenmerk OPTA/AM/2008/202273, betreft een waarschuwing.

Besluit Openbaar

8.5.2 Medewerking onderzoek

94. Naar het oordeel van ACM heeft KPN wel haar medewerking verleend aan het onderzoek, maar is deze niet verder gegaan dan waartoe zij was gehouden. ACM weegt de wijze waarop KPN aan het onderzoek heeft meegewerkt daarom als boeteverhogende noch als boeteverlagende omstandigheid mee.

8.5.3 Compliance

95. KPN en ACM hebben in het Compliance Handvest van 24 april 2008 een aantal basisafspraken opgenomen met betrekking tot de wijze waarop KPN daadwerkelijk en effectief invulling geeft aan haar eigen verantwoordelijkheid om de Tw na te leven. Hieronder valt mede de afspraak dat door KPN zelf geconstateerde overtredingen onverwijld en op eigen initiatief aan ACM worden gemeld en beëindigd en dat vermoedens van overtredingen onverwijld worden gemeld.
96. ACM merkt allereerst op dat compliance inhoudt dat de betreffende organisatie intern zodanig is ingericht dat de naleving van de bij en krachtens de regelgeving gestelde verplichtingen wordt bevorderd en geborgd. ACM stelt vast dat in het voorliggende geval de beheersmaatregelen van het complianceprogramma van KPN er niet toe hebben geleid dat KPN de aan haar opgelegde non-discriminatieverplichting effectief heeft nageleefd. ACM stelt verder vast dat KPN de overtreding niet zelfstandig heeft gedetecteerd.
97. Daarbij komt dat KPN, hoewel zij zich bewust was van de in het Marktanalysebesluit opgelegde non-discriminatieverplichting en de uitleg die ACM hieraan gaf, er gedurende lange tijd voor heeft gekozen een andere uitleg van de verplichtingen te hanteren. Zo gaf KPN bij brief van 17 augustus 2010 [bron nr. 8 bij het onderzoeksrapport] aan de uitleg van ACM onjuist te achten, en gaf zij bij brief van 21 januari 2011 [bron nr. 10, bij het onderzoeksrapport] zelfs aan *“niet steeds of niet precies bijgehouden [te hebben] wanneer nieuwe/gewijzigde diensten op de website zijn bekend gemaakt.”*
98. Desgevraagd heeft KPN tijdens de hoorzitting van 21 januari 2013 ten kantore van ACM aangegeven dat in de compliancemaatregelen wel degelijk uit wordt gegaan van een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden. Daarmee heeft, aldus KPN, *“de compliance office echter niet willen erkennen dat die twee maanden ook de norm was. Alleen is er voorzichtigheidshalve in de interne compliance maatregelen uitgegaan van een termijn van twee maanden. Dat wil volgens KPN niet zeggen dat het dan op alle momenten moet gelden, maar wel dat je aangeeft: dit is de gouden regel, maar daar kunnen we*

Besluit Openbaar

onderbouwd en gedocumenteerd van afwijken. Het betekent wel dat je vanuit compliance perspectief meeneemt dat die twee maanden een uitgangspunt is”.

99. Bovenstaande zienswijze van KPN is voor ACM een bevestiging van het feit dat KPN zich er bewust van was dat uit het Marktanalysebesluit voortvloeide dat het hanteren van een kortere termijn voor het aanbieden in retailproposities van nieuwe diensten dan twee maanden - behoudens de eerder genoemde uitzonderingen - niet was toegestaan.
100. Gelet op het vorenstaande ziet ACM dan ook aanleiding om de omstandigheid dat het KPN complianceprogramma onvoldoende is geïmplementeerd, dan wel onvoldoende in de praktijk is toegepast en derhalve in het voorliggende geval in onvoldoende mate effectief is gebleken, als een boeteverhogende omstandigheid mee te nemen.

Conclusie boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

101. ACM concludeert dat in het onderhavige geval sprake is van recidive, alsmede dat niet gebleken is van een effectief complianceprogramma bij KPN. Deze omstandigheden zal ACM dan ook meenemen als boeteverhogende omstandigheden. Voor het aannemen van andere boeteverhogende of -verlagende omstandigheden ziet ACM geen aanleiding.

8.6 Boete

102. Voor de overtreding van de non-discriminatieverplichting met betrekking tot de dienst VDSL over MDF heeft ACM twee boeteverhogende omstandigheden geconstateerd.
103. ACM heeft allereerst geconstateerd dat in het onderhavige geval sprake is van recidive. Op grond van paragraaf 7.2 van de Boetebeleidsregels is een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval de omstandigheid dat er sprake is van recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding. ACM acht het passend om in het onderhavige geval een verhoging wegens recidive, die onderdeel uitmaakt van een doorlopende reeks van hetzelfde type overtredingen, op te leggen. Zij verhoogt de op te leggen boete, conform het bepaalde in paragraaf 7.2 van de Boetebeleidsregels, met **[VERTROUWELIJK]** procent.
104. Daarnaast heeft ACM geconstateerd dat sprake was van een ineffectieve compliance-organisatie. Op grond van paragraaf 7.2 van de Boetebeleidsregels is een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval de omstandigheid dat er sprake is van een

Besluit Openbaar

overtreding door een overtreder, die heeft aangegeven te beschikken over een effectieve compliance-organisatie met een goed werkend complianceprogramma, maar waarvan aannemelijk is dat dit complianceprogramma weliswaar is opgezet, maar niet of onvoldoende is geïmplementeerd dan wel niet of onvoldoende in de praktijk is toegepast en derhalve niet effectief is. ACM acht het passend om in het onderhavige geval een verhoging op te leggen wegens een ineffectieve compliance-organisatie. ACM is van oordeel dat een boeteverhoging van [VERTROUWELIJK] procent redelijk is.

105. Voor de overtreding van de non-discriminatieverplichting met betrekking tot VDSL over MDF, welke naar het oordeel van ACM heeft geduurd van 4 november 2009 tot medio december 2009, heeft ACM een boetegrondslag van € [VERTROUWELIJK] vastgesteld en een ernstfactor van [VERTROUWELIJK]. Daarnaast heeft ACM uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking het verkregen resultaat aangepast. Toepassing van de Boetebeleidsregels en de daarin opgenomen formule leidt tot de volgende boete:

$$(\text{€ [VERTROUWELIJK]} \times [\text{VERTROUWELIJK}]) \times [\text{VERTROUWELIJK}] + [\text{VERTROUWELIJK}]\% = \text{€ } 20.604$$

9 Besluit tot publicatie

106. ACM publiceert sinds 1999 openbare versies van haar (handhavings-)besluiten op haar website. In de Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft ACM het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking. Verder neemt ACM in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen, mogen worden gepubliceerd. Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.
107. Op grond van het voorgaande zal ACM overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht ACM publicatie in dit concrete geval in het belang van concurrenten, afnemers en eindgebruikers om kennis te nemen van het feit dat ten

Besluit Openbaar

aanzien van KPN is vastgesteld dat deze in strijd heeft gehandeld met het in hoofdstuk 6a Tw bepaalde en dat aan haar een sanctie is opgelegd.

108. Afnemers worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van ACM zwaarder te wegen dan het belang van KPN. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is ACM niet gebleken.

10 Dictum

109. Op grond van het vorenstaande besluit ACM het navolgende:
- I. ACM legt aan de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V en haar groepsmaatschappijen een boete van € 20.604 op in verband met de overtreding van de non-discriminatieverplichting uit het Marktanalysebesluit wholesale-breedbandtoegang.
 - II. ACM zal een openbare versie van dit besluit publiceren op haar website.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

dr. F. J. H. Don
bestuurslid

Besluit Openbaar

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 de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH 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.

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

26/26