

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2013/204652

Zaaknummer: 13.0776.32

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 het overtreden van de transparantieverplichting ex 6a.9 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 het tijdelijke actieaanbod voor de dienst WBA CM¹ over FttC² (hierna: de dienst) in strijd hebben gehandeld de transparantieverplichting ex artikel 6a.9 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Deze verplichting is uit hoofde van artikel 6a.2 Tw in het Marktanalysebesluit wholesale-breedbandtoegang³ (hierna: Marktanalysebesluit) aan KPN opgelegd. De overtreding bestaat eruit dat KPN de desbetreffende dienst niet minimaal twee maanden voor de ingangsdatum aan afnemers bekend heeft gemaakt.
2. Ten aanzien van deze overtredingen legt ACM aan KPN een boete op van € 222.685 voor het overtreden van de transparantieverplichting.
3. 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 Het betreft hier diensten gebaseerd op 'wholesale broadband access' (ook wel 'wholesale breedband toegang' genoemd) die zijn bedoeld voor de consumentenmarkt.

² Bij FttC (Fiber to the Curb) is de verbinding vanuit het KPN netwerk tot de straatkast een glasvezelverbinding. De verbinding van de straatkast tot de eindgebruiker is nog wel een koperen verbinding. Omdat het grootste deel van de verbinding uit glasvezel bestaat kunnen er hogere snelheden worden behaald (op basis van VDSL).

³ Besluit van ACM van 19 december 2008 met kenmerk: OPTA/AM/2008/202717.

Besluit Openbaar

2/23

2 Achtergrond en verloop van de procedure

4. 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 5 tot en met 12 een weergave van het verloop van de procedure vanaf het moment van uitbrengen van het concept onderzoeksrapport.
5. Toezichthoudend ambtenaren van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit – de rechtsvoorganger van de Autoriteit Consument en Markt⁴ - 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).
6. Bij brief van 28 september 2012⁵ is KPN in de gelegenheid gesteld te reageren op het feitencomplex uit het concept onderzoeksrapport.
7. Bij brief van 11 oktober 2012⁶ heeft KPN op het toegezonden feitencomplex gereageerd.
8. Bij brief van 18 oktober 2012⁷ heeft ACM KPN naar aanleiding van haar reactie op het feitencomplex om aanvullende gegevens gevraagd.
9. Bij brief van 25 oktober 2012⁸ heeft KPN de aanvullende gegevens aan ACM toegezonden.
10. Op 7 december 2012 is het onderzoeksrapport door toezichthoudend ambtenaren van ACM uitgebracht. Bij brief van dezelfde datum⁹ is dit onderzoeksrapport aan KPN toegezonden.
11. Bij brief van 20 december 2012¹⁰ heeft ACM KPN uitgenodigd voor een hoorzitting op 21 januari 2013.

⁴ 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.

⁵ Met kenmerk OPTA/AM/2012/202240, d.d. 28 september 2012.

⁶ Met kenmerk CLR-2011-13209, d.d. 11 oktober 2012.

⁷ Met kenmerk OPTA/AM/2012/202698, d.d. 18 oktober 2012.

⁸ Met kenmerk CLR-2011-13209, d.d. 25 oktober 2012.

⁹ Met kenmerk OPTA/AM/2012/203133, d.d. 7 december 2012.

¹⁰ Met kenmerk OPTA/AM/2012/203256, d.d. 20 december 2012.

Besluit Openbaar

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

3 Het onderzoeksrapport

13. 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, het tijdelijke actieaanbod inzake WBA CM over FttC, wordt in het onderzoeksrapport aangeduid als dienst B. De bevindingen uit het onderzoeksrapport met betrekking tot deze dienst zullen in paragraaf 3.1 worden beschreven.

3.1 Transparantieverplichting

14. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat KPN op 21 januari 2010 heeft aangekondigd dat haar wholesale-afnemers vanaf die dag (21 januari 2010) gebruik konden maken van de dienst. Het desbetreffende actieaanbod gold tot 31 maart 2010. Dit betekent dat KPN in strijd met de in het Marktanalysebesluit neergelegde transparantieverplichting geen aankondigingstermijn heeft aangehouden.
15. Toezichthoudend ambtenaren van ACM concluderen dat KPN met de introductie van de dienst de op haar rustende transparantieverplichting heeft overtreden zoals die op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.9 Tw is opgelegd in het Marktanalysebesluit.

4 Omstandigheden van feitelijke aard

16. De dienst betreft een tijdelijk actieaanbod inzake de dienst WBA CM over FttC. Het actieaanbod houdt in dat wholesale-afnemers tijdelijk bij elke WBA CM-aansluiting via FttC de aansluiting gratis ontvangen. Dit houdt in dat er *de facto* een korting wordt gegeven van € 25 op het aansluittarief.
17. Bij brief van 21 januari 2010 heeft KPN haar wholesale-afnemers laten weten dat zij van 21 januari 2010 tot en met 31 maart 2010 gebruik kunnen maken van het actieaanbod.

Besluit Openbaar

5 Zienswijze

18. 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 transparantieplichting uitgelegd dient te worden. Afsluitend gaat KPN in op de ernst, duur, verwijtbaarheid, compliancemaatregelen en recidive.

5.1 Transparantieplichting

19. Ten aanzien van de transparantieplichting stelt KPN zich op het standpunt dat de in het onderzoeksrapport aangehouden uitleg hiervan niet volgt uit het Marktanalysebesluit.
20. KPN stelt dat de hoofdregel is dat zij in het geval van nieuwe of gewijzigde diensten een redelijke aankondigingstermijn in acht dient te nemen. Het begrip redelijk heeft, aldus KPN, geen vaste betekenis, zodat voor de beoordeling of een aankondigingstermijn redelijk is gekeken dient te worden naar de concrete omstandigheden van het geval. ACM heeft ook geen minimum termijn van twee maanden voorgeschreven, nu de tekst van de transparantieplichting de toevoeging 'in beginsel' bevat. De termijn die KPN in acht dient te nemen moet lang genoeg zijn om een *equal time to market* te waarborgen, maar mag niet langer zijn dan strikt noodzakelijk om te voorkomen dat KPN onnodig lang dient te wachten. Van een redelijke termijn is sprake als aan beide voorgaande voorwaarden is voldaan.

5.2 Introductie actieaanbod WBA CM over FttC

21. Ten aanzien van de introductie van de dienst stelt KPN in haar zienswijze dat de dienst uitsluitend bedoeld was voor externe wholesale-afnemers, en niet door KPN Retail is afgenomen. KPN stelt dat de bij de dienst betrokken omzet daarom 'nihil' is, en dat de betrokken omzet uit het onderzoeksrapport is vastgesteld op basis van de omzet die is gemaakt op retailcontracten voor soortgelijke WBT-diensten.
22. KPN wijst ACM erop dat de dienst alleen betrekking heeft op de gratis aansluiting en niet op de gratis randapparatuur. De gratis randapparatuur heeft betrekking op WBA CM op basis

Besluit Openbaar

van ODF access¹¹ (FttH) en dient derhalve in het kader van het onderhavige boetebesluit buiten beschouwing te blijven.

23. Daarnaast is KPN van mening dat de minimale aankondigingstermijn van twee maanden in het geval van de dienst niet noodzakelijk was, omdat het actieaanbod slechts een korting van € 25 op de aansluiting inhield. KPN meent dat dit niet iets is waarvoor wholesale-afnemers hun business case aan hoeven te passen.

6 Juridisch Kader

24. ACM geeft in dit hoofdstuk een overzicht van het relevante juridisch kader. In paragraaf 6.1 wordt daarbij ingegaan op de overtredingen 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

25. Op 19 december 2008 heeft ACM het Marktanalysebesluit genomen.
26. 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).
27. 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.
28. 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.

¹¹ Optical Distribution Frame. Het betreft hier ontbundelde toegang op glasvezel ten behoeve van Fiber to the home.

Besluit Openbaar

6.1.2 Transparantieplichting, referentieaanbod

29. In het kader van dit boetebesluit zijn de transparantieplichting en de verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod, op grond van artikel 6a.9 Tw, van belang.

30. 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.”

31. 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

Besluit Openbaar

bijbehorende faciliteiten bekend te maken en regelmatig bij te werken. Het referentieaanbod dient te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van lage kwaliteit WBT 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.

32. 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.
33. 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

34. 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.”

Besluit Openbaar

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

“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;”

36. 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

37. Onderstaand zal ACM beoordelen of KPN met haar gedragingen de transparantieplichting heeft overtreden. In dit kader zal in paragraaf 7.1 eerst in zijn algemeenheid worden ingegaan op de transparantieplichting. Voorts stelt ACM in paragraaf 7.2 vast dat KPN met de introductie van de dienst de transparantieplichting heeft overtreden.

7.1 De transparantieplichting

38. De functie van zowel de algemene transparantieplichting als de verplichting tot het bekendmaken van een referentiebod is primair het verschaffen van alle informatie die partijen nodig hebben bij (hun beslissing tot) het afnemen van toegang.
39. Een noodzakelijke voorwaarde voor het effectief en efficiënt gebruik van een toegangsdienst is dat de afnemer van toegang over alle voor toegang relevante informatie beschikt.
40. De transparantieplichting adresseert het potentiële mededingingsprobleem van achterhouding van informatie. De verplichting is geschikt om te bewerkstelligen dat alle voor toegang relevante informatie bekend wordt gemaakt.

Besluit Openbaar

9/23

41. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod adresseert het potentiële mededingingsprobleem van het op achterstand zetten van (potentiële) concurrenten door essentiële informatie achter te houden dan wel gedifferentieerd bekend te maken en beoogt oneigenlijke bundeling, het stellen van onbillijke voorwaarden en strategisch productontwerp te voorkomen. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod stelt partijen in staat om effectief en efficiënt gebruik te maken van dienstverlening op basis van WBT omdat op basis van deze informatie vrijwel direct een overeenkomst tot stand kan komen tussen KPN en om toegang verzoekende partijen.
42. In het geval van nieuwe of gewijzigde diensten (bijvoorbeeld een tariefwijziging of de introductie van hogere bandbreedten) of uiffaseringen is ACM van oordeel dat een dergelijke aanpassing tijdig aan afnemers van wholesalebreedbanddiensten bekend gemaakt moet worden. ACM is van oordeel dat hiervoor een redelijke aankondigingstermijn in acht moet worden genomen. In beginsel dienen aanpassingen minimaal twee maanden voor de ingangsdatum van de nieuwe of gewijzigde dienst in een specifiek gebied aan afnemers bekend te worden gemaakt.
43. Ten aanzien van het betoog van KPN dat uit de in het Marktanalysebesluit neergelegde transparantieplichting kan worden opgemaakt dat het ontbreken van een aankondigingstermijn in het onderhavige geval ook als redelijk dient te worden beoordeeld, merkt ACM het volgende op.
44. ACM heeft in eerdere discussies met KPN over de aankondigingstermijn te kennen gegeven dat onder twee voorwaarden van de aankondigingstermijn van minimaal twee maanden kan worden afgeweken. Dit is in het geval dat een wijziging van een dienst moet worden doorgevoerd op last van ACM, dan wel wanneer KPN kan aantonen dat alle marktpartijen (waaronder ook potentiële afnemers van de dienst) akkoord zijn met een snellere introductie van de dienst.¹² ACM heeft daarmee niet beoogd dat per dienst door KPN beoordeeld zou worden welke specifieke termijn redelijk zou zijn voor de aankondiging hiervan. Die beoordeling is uiteindelijk aan ACM voorbehouden.
45. ACM heeft daarbij afgewogen dat afnemers voldoende tijd moeten hebben om op wijzigingen in te spelen, maar dat deze termijn ook niet langer dan strikt noodzakelijk moet zijn teneinde te voorkomen dat KPN onnodig lang moet wachten met bijvoorbeeld de

¹² ACM merkt hierbij op dat KPN in de onderhavige zaak geen beroep heeft gedaan op de toepasselijkheid van deze omstandigheden dan wel dat KPN de werking van deze uitzondering heeft ingeroepen.

Besluit Openbaar

introductie van nieuwe diensten. Bekendmaking dient in ieder geval schriftelijk aan afnemers en door publicatie op de website van KPN plaats te vinden. KPN dient voorts ACM op hetzelfde moment als potentiële afnemers te informeren over voorgenomen wijzigingen.

46. Indien het voor KPN onduidelijk mocht zijn geweest hoe deze verplichting uitgelegd diende te worden, dan had het op de weg van KPN gelegen hier bij ACM duidelijkheid over te verkrijgen. In dit verband verwijst ACM naar het arrest van het EHRM van 28 juni 2011¹³, 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 ieder geval kan niet worden volgehouden dat een uitleg waarbij in het geheel geen aankondigingstermijn wordt aangehouden als redelijke invulling van de transparantieplichting heeft te gelden.
47. ACM ziet haar oordeel overigens bevestigd in recente jurisprudentie. Zij wijst hierbij naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 24 mei 2013¹⁴, waarin in het kader van de beoordeling van het Marktanalysebesluit ontbundelde toegang ten aanzien van de aankondigingstermijn van twee maanden onder meer het volgende wordt overwogen:

“Op die markt [de ULL-markt; toevoeging ACM] heeft KPN, zoals door verweerster onweersproken is vastgesteld, de mogelijkheid en prikkel om voor afnemers van ontbundelde toegang wezenlijke informatie achter te houden waardoor deze afnemers kunnen worden belemmerd in de effectieve afname van ontbundelde toegang, welke dienst een belangrijke bouwsteen is voor diensten die op de retailmarkt door concurrenten van KPN worden geleverd. Hierbij is van belang dat KPN een verticaal geïntegreerde onderneming is, waardoor zij haar eigen retailbedrijf gemakkelijker en sneller van relevante informatie kan voorzien en zodoende een concurrentievoordeel op de retailmarkten kan bewerkstelligen. In het licht van deze omstandigheden ziet het College niet in dat niet in redelijkheid van KPN kan worden gevergd om, met uitzondering van de twee hiervoor genoemde gevallen [welke zijn genoemd in randnummer 44 van het onderhavige besluit; toevoeging ACM], een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden te hanteren.”

¹³ AB 2012, 15 m.nt. R. Stijnen, LJN: BT 2901, JV 2011, 403, m.nt. J.S. Nan.

¹⁴ LJN: BZ8522.

Besluit Openbaar

11/23

7.2 Overtreding

48. ACM stelt vast dat KPN de dienst op 21 januari 2010 zowel heeft aangekondigd als geïntroduceerd. KPN heeft hiermee in het geheel geen aankondigingstermijn in acht genomen terwijl zij op grond van het Marktanalysebesluit een minimale aankondigingstermijn van twee maanden had moeten aanhouden. Hierdoor zijn wholesale-afnemers, naar het oordeel van ACM, niet in staat geweest hun retailproposities en business cases op de dienst aan te passen. Mede gezien het feit dat de dienst slechts tot 21 maart 2010 beschikbaar was, hebben wholesale-afnemers door deze overtreding slechts gedurende korte tijd, of helemaal niet, gebruik kunnen maken van de dienst.
49. KPN stelt in haar zienswijze dat wholesale-afnemers hun business case niet hebben hoeven aanpassen op de korting van € 25 op het aansluittarief. ACM volgt KPN hierin niet. Wanneer wholesale-afnemers een dergelijke korting namelijk aan consumenten willen doorberekenen, moeten zij deze eerst verwerken in de prijszetting van en communicatie over hun retailproposities. Door geen aankondigingstermijn te hanteren heeft KPN de wholesale-afnemers in feite de kans ontnomen om consumenten een korting op het aansluittarief te geven. Daarmee heeft KPN de wholesale-afnemers de kans op eventuele nieuwe klanten ontnomen die naar aanleiding van de korting op de aansluiting zouden zijn overgestapt.
50. KPN had bij een aankondiging op 21 januari 2010 tot ten minste 21 maart 2010 moeten wachten met de introductie van de dienst. ACM oordeelt dat KPN met het niet aanhouden van een aankondigingstermijn voor de dienst de transparantieverplichting heeft overtreden.

8 Vaststelling van de hoogte van de boete

8.1 Boetebeleidsregels OPTA 2008

51. De geconstateerde overtreding is begaan gedurende een periode die in het geheel wordt bestreken door de Boetebeleidsregels OPTA 2008 (hierna ook: de Boetebeleidsregels).¹⁵ Volgens de Boetebeleidsregels 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

¹⁵ Staatscourant 2008, nr. 50.

Besluit Openbaar

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.¹⁶

52. 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:¹⁷

boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden

53. 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.
54. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor:
- 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.
55. Voorts kan ACM op grond van de Boetebeleidsregels bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of -verlagende omstandigheden betrekken.¹⁸
56. 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 OPTA 2008 bepaalt in dit verband dat ACM geen boete oplegt indien de overtreder aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

¹⁶ Zie hoofdstuk 3 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008.

¹⁷ Zie hoofdstuk 5 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008.

¹⁸ Zie hoofdstuk 7 van de Boetebeleidsregels OPTA 2008.

Besluit Openbaar

8.2 Ernst van de overtreding

8.2.1 Voordelen KPN, nadelen concurrentie in abstracto

57. In het Marktanalysebesluit heeft ACM reeds uiteengezet dat het noodzakelijk is dat KPN Wholesale bij de aankondiging van nieuwe of gewijzigde gereguleerde diensten een redelijke aankondigingstermijn in acht neemt. ACM is daarbij van oordeel dat een aankondigingstermijn van in beginsel minimaal twee maanden een proportionele invulling is van het begrip 'redelijke aankondigingstermijn'. Twee maanden geeft wholesale-afnemers voldoende tijd om op de nieuwe of gewijzigde dienst in te spelen en bijvoorbeeld hierop hun productportfolio aan te passen. Tegelijkertijd is ACM van oordeel dat de termijn van twee maanden voorkomt dat KPN Retail te lang moet wachten met dienstintroductions.¹⁹ Bovenstaande motivering uit het Marktanalysebesluit wordt hieronder nader toegelicht om zodoende in meer detail de potentiële effecten van de overtreding te schetsen.

58. Het potentiële effect van de overtreding van de transparantieverplichting waarbij een kortere aankondigingstermijn dan twee maanden wordt gehanteerd, is dat externe wholesale-afnemers en KPN Retail niet gelijktijdig 'aan de start staan'. In beginsel is minimaal twee maanden een voldoende lange aankondigingstermijn voor nieuwe of gewijzigde diensten. Echter in sommige gevallen, bij complexe dienstintroductions, zal een aankondigingstermijn langer dan twee maanden vereist zijn voor externe wholesale-afnemers om hun business case aan te passen. Verder heeft ACM meerdere malen uitgelegd dat er slechts afgeweken kan worden van de minimale aankondigingstermijn indien het gaat om dienstwijzigingen als gevolg van regulering door ACM of als alle wholesale-afnemers akkoord zijn.²⁰

59. Uiteindelijk beoogt een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden dus dat externe wholesale-afnemers in beginsel voldoende tijd hebben om op nieuwe diensten in te spelen en dat zij daardoor in de concurrentie op de retailmarkten geen achterstand hebben op KPN Retail.

8.2.2 Voordelen KPN, nadelen concurrentie in concreto

60. ACM wijst erop dat reeds in het Marktanalysebesluit is geconstateerd dat de transparantieverplichting noodzakelijk is om mededingingsbeperkend gedrag te voorkomen. Bij overtreding van de transparantieverplichting dient er daarom vanuit te worden gegaan

¹⁹ Kenmerk: OPTA/AM/2008/202717, randnummer 846.

²⁰ Bronnen bij het onderzoeksrapport nrs. 1, 4, 5 en 9.

Besluit Openbaar

dat de concurrentie is benadeeld en de mededinging is beperkt. De Rechtbank Rotterdam heeft deze redenering bevestigd in haar uitspraak van 19 juli 2012. De rechtbank stelt daarbij het volgende:²¹

“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.”

61. ACM stelt daarom voorop dat ervan moet worden uitgegaan dat KPN door de transparantieverplichting te overtreden de mededinging heeft beperkt. Zoals uit paragraaf 7.2 blijkt heeft KPN geen aankondigingstermijn aangehouden. Hierdoor hadden andere wholesale-afnemers geen tijd om hun business case tijdig aan te passen, waardoor zij de korting niet tijdig in hun retailaanbod hebben kunnen verwerken. Aangezien de wholesale-afnemers door middel van de korting nieuwe klanten hadden kunnen werven heeft de te late aankondiging ervan waarschijnlijk tot omzetsderving geleid.
62. ACM is van oordeel dat de bij deze dienst betrokken omzet, € [VERTROUWELIJK] voor de transparantieverplichting, meegewogen dienen te worden om de ernst van de overtreding in concreto vast te stellen. Deze betrokken omzet is tot stand gekomen op basis van de omzet op de onderliggende WBA-diensten, waarvoor de korting beschikbaar was. Nu externe partijen door de handelwijze van KPN niet de mogelijkheid hebben gehad de korting door te voeren en de korting gold voor de onderliggende WBA-diensten is ervoor gekozen de betrokken omzet van de WBA-diensten te gebruiken voor het vaststellen van de boetegrondslag.

8.2.3 Transparantieverplichting

Zwaarte van de overtreding

63. Een overtreding van de transparantieverplichting geldt volgens de Boetebeleidsregels OPTA 2008 als een zware overtreding.

²¹ Uitspraak Rechtbank Rotterdam, zaaknummer: AWB 11/2688, 19 juli 2012, randnummer 16.1 en 16.3.

Besluit Openbaar

De economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

64. 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 kwaliteitsdiscriminatie. Daarom heeft ACM KPN in het Marktanalysebesluit een transparantieplichting opgelegd, die een cruciale rol vervult bij de verwezenlijking van de beoogde effecten van de aan KPN opgelegde toegangsverplichting.
65. Door de transparantieplichting te overtreden en wholesale-afnemers tussen het aankondigen en introduceren van de dienst geen gelegenheid te geven de korting in hun retailaanbod te verwerken, heeft KPN de wholesale-afnemers de mogelijkheid ontnomen de tijdelijke korting van € 25 op de aansluiting aan consumenten door te berekenen. Hiermee heeft KPN de wholesale-afnemers ook het tijdelijke concurrentievoordeel in de vorm van eventuele nieuwe klanten, die naar aanleiding van de korting zouden zijn overgestapt, ontnomen. De overtreding heeft daarom voor wholesale-afnemers geleid tot een concurrentienadeel.
66. ACM is ten slotte van oordeel dat niet alleen wholesale-afnemers maar ook eindgebruikers een nadeel ondervonden hebben van deze overtreding. Dit omdat wholesale-afnemers geen tijd hebben gehad de tijdelijke korting in hun retailaanbod te verwerken en eindgebruikers zodoende niet van de korting op het aansluittarief hebben kunnen profiteren.
67. Ter nuancering kan worden aangevoerd dat de dienst een korting betreft die - aldus KPN - bedoeld was om ten goede te komen aan externe wholesale-afnemers en door KPN niet is afgenomen.

Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding

68. 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 transparantieplichting als zwaar wordt aangemerkt en dat KPN als partij met AMM op de markt voor WBT is aangewezen. In overweging is echter ook genomen dat de dienst een korting betreft die uitsluitend bedoeld was voor externe wholesale-afnemers en niet door KPN Retail is afgenomen of gebruikt. ACM kwalificeert de overtreding met inachtneming van het voorgaande als minder ernstig.

Besluit Openbaar

16/23

8.3 Verwijtbaarheid

69. 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.
70. 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.²²
71. 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.
72. ACM heeft de transparantieplichting 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.
73. KPN heeft in haar zienswijze aangegeven dat pas in 2010 duidelijk was dat de aankondigingstermijn minimaal twee maanden diende te zijn tenzij (1) regulering van ACM een kortere termijn noodzakelijk maakt of (2) alle potentiële afnemers instemmen met een kortere termijn.
74. 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 nogmaals naar het arrest

²² Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de 4e tranche van de Awb, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 702, nr. 3, blz. 134.

Besluit Openbaar

van het EHRM van 28 juni 2011²³. Door dit niet te doen heeft KPN willens en wetens het risico genomen dat het hanteren van een kortere aankondigingstermijn uiteindelijk zou leiden tot een overtreding van de in het Marktanalysebesluit bepaalde transparantieplichting.

75. In het boeteonderzoek is tevens geconstateerd dat de interne procedures niet hebben voorkomen dat deze overtreding heeft plaatsgevonden.²⁴
76. Op grond van het vorenstaande acht ACM de overtreding van de transparantieplichting 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 Transparantieplichting

Boetegrondslag

77. 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.
78. In het onderhavige geval bedraagt de door ACM vastgestelde betrokken omzet € [VERTROUWELIJK]. Een percentage van 10 procent van deze omzet bedraagt € [VERTROUWELIJK]. De gratis randapparatuur voor WBA CM op basis van ODF-access (FttH) is, in tegenstelling tot hetgeen KPN in haar zienswijze stelt, in de beoordeling van de hoogte van de betrokken omzet buiten beschouwing gebleven.

Ernstfactor

79. ACM is tot het oordeel gekomen dat de overtreding van de transparantieplichting met betrekking tot de dienst gekwalificeerd dient te worden als een minder ernstige overtreding.
80. Wat betreft de in casu te hanteren ernstfactor overweegt ACM dat de overtreding ervoor gezorgd heeft dat externe wholesale-afnemers niet voldoende tijd hebben gehad om de

²³ AB 2012, 15 m.nt. R. Stijnen, LJN: BT 2901, JV 2011, 403, m.nt. J.S. Nan.

²⁴ Zie randnummer 90 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

korting te verwerken in hun retailaanbod, waardoor zij met deze korting geen nieuwe klanten hebben kunnen werven. Ook overweegt ACM dat de dienst een kortingsactie betreft die niet door KPN Retail zelf is afgenomen, en deze slechts een beperkte economische impact heeft gehad. ACM heeft, het vorenstaande in overweging nemende, met betrekking tot de ernst van de overtreding eerder al geconcludeerd dat het niet gaat om een ernstige maar om een minder ernstige overtreding. Dit alles in overweging nemende komt ACM tot een ernstfactor van **[VERTROUWELIJK]**.

8.5 Algemene boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

81. 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.

8.5.1 Recidive

82. Ten behoeve van de beantwoording van de vraag of sprake is van recidive als boeteverhogende omstandigheid, dient te worden vastgesteld of ACM voorafgaand aan de in dit besluit vastgestelde overtreding boetes heeft opgelegd ten aanzien van hetzelfde type overtreding.

83. ACM stelt vast dat aan KPN in het verleden meermaals een boete is opgelegd voor overtreding van aan KPN opgelegde transparantieplichting. Het gaat om de volgende besluiten:

- Besluit van ACM van 15 december 2006 inzake SNT²⁵
- Besluit van ACM van 9 juli 2007 inzake Bocchi en WorldLine XL²⁶
- Besluit van ACM van 8 oktober 2007 inzake KLM/Philips²⁷
- Besluit van ACM van 10 oktober 2008 inzake CVN²⁸
- Besluit van ACM van 30 december 2009 inzake AI²⁹

²⁵ Kenmerk OPTA/TN/2006/203208.

²⁶ Kenmerk OPTA/TN/2007/201448.

²⁷ Kenmerk OPTA/TN/2007/202036.

²⁸ Kenmerk OPTA/AM/2008/202273, betreft een waarschuwing.

²⁹ Kenmerk OPTA/AM/2009/203754.

Besluit Openbaar

84. 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 introduceren van een nieuwe of gewijzigde diensten. 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 strategisch gebruik van informatie de totstandkoming of instandhouding van effectieve concurrentie frustreert. Derhalve staat voor ACM vast dat sprake is van eenzelfde type overtreding, en daarmee van recidive.

8.5.2 Medewerking onderzoek

85. 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

86. 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.
87. 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 transparantieplichting effectief heeft nageleefd. ACM stelt verder vast dat KPN de overtreding niet zelfstandig heeft gedetecteerd.
88. Daarbij komt dat KPN, hoewel zij zich bewust was van de in het Marktanalysebesluit opgelegde transparantieplichting 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*

Besluit Openbaar

nieuwe/gewijzigde diensten op de website zijn bekend gemaakt.”

89. 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 onderbouwd en gedocumenteerd van afwijken. Het betekent wel dat je vanuit compliance perspectief meeneemt dat die twee maanden een uitgangspunt is”*.
90. 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 de introductie van nieuwe diensten dan twee maanden - behoudens de eerder genoemde uitzonderingen - niet was toegestaan.
91. 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

92. 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

93. Voor de overtreding van de transparantieplichting met betrekking tot de dienst heeft ACM twee boeteverhogende omstandigheden geconstateerd.
94. ACM heeft allereerst geconstateerd dat in het onderhavige geval sprake is van recidive
95. Op grond van paragraaf 7.2 van de Boetebeleidsregels is een boeteverhogende

Besluit Openbaar

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.

96. 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 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 dermate 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.
97. Voor de overtreding van de transparantieplichting met betrekking tot de dienst, welke naar het oordeel van ACM heeft geduurd van 21 januari 2010 tot 21 maart 2010, heeft ACM een boetegrondslag van € **[VERTROUWELIJK]** vastgesteld en een ernstfactor van **[VERTROUWELIJK]**. Toepassing van de Boetebeleidsregels OPTA 2008 en de daarin opgenomen formule leidt tot de volgende boete:

$$(\text{€ [VERTROUWELIJK]} \times \text{[VERTROUWELIJK]}) + \text{[VERTROUWELIJK]\%} = \text{€ 222.685}$$

9 Besluit tot publicatie

98. 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

Besluit Openbaar

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.

99. 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 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.
100. 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

101. 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 € 222.685 op in verband met overtreding van de transparantieverplichting 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.

23/23