



## Besluit

Ons kenmerk                    ACM/UIT/458077  
Zaaknummer                    ACM/17/019298

Den Haag, 14 februari 2018

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van de bezwaren van Tele2 tegen het besluit van 24 maart 2017 met kenmerk ACM/DTVP/2017/201804 van de ACM. In dat besluit is het handhavingsverzoek van Tele2 jegens KPN wegens overtreding van de in het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie 2008 opgelegde gedragsregel 5 (verbod op marge-utholling) afgewezen.**

### 1      Samenvatting

1. Bij besluit van 24 maart 2017<sup>1</sup> (hierna: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) het handhavingsverzoek van Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) van 30 september 2016<sup>2</sup> afgewezen. In dat handhavingsverzoek verzocht Tele2 de ACM te onderzoeken of KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. (hierna tezamen: KPN) gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod gedragsregel 5 van het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie 2008 van 19 december 2008<sup>3</sup> (hierna: VT-besluit 2008) in acht hebben genomen en, voor zover dit niet het geval is, handhavend op te treden tegen KPN.<sup>4</sup> Omdat Tele2 zich niet kan vinden in dit oordeel van de ACM, heeft hij bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.
2. In dit besluit concludeert de ACM dat de bezwaren van Tele2 tegen het bestreden besluit ongegrond zijn.
3. In deze beslissing op bezwaar wordt eerst het verloop van de procedure geschetst (hoofdstuk 2). Daarna worden het bestreden besluit (hoofdstuk 3), de bezwaren van Tele2 tegen het bestreden besluit (hoofdstuk 4) en het juridisch kader (hoofdstuk 5) weergegeven. Daarna volgen de overwegingen van de ACM (hoofdstuk 6) met betrekking tot de bezwaren van Tele2. Tot slot volgt het dictum van dit besluit (hoofdstuk 7).

<sup>1</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2017/201804.

<sup>2</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2016/308148.

<sup>3</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2008/202721.

<sup>4</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2016/308148.

## 1 Verloop van de procedure

4. Op 24 maart 2017 heeft de ACM het bestreden besluit genomen, waarbij het verzoek van Tele2 om handhavend op te treden is afgewezen.
5. Op 26 april 2017<sup>5</sup> heeft Tele2 bij de ACM pro forma bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.
6. Op 1 mei 2017 heeft de ACM de ontvangst van het pro forma bezwaar per brief<sup>6</sup> bevestigd en de termijn voor het aanvullen van de gronden van bezwaar gesteld op vier weken na dagtekening van de brief. Deze termijn is op verzoek van Tele2 door de ACM verlengd tot en met 31 mei 2017.
7. Bij brief van 31 mei 2017<sup>7</sup> heeft Tele2 de gronden van bezwaar aangevuld. In dat bezwaarschrift verzocht Tele2 om toezending van het gebruikte geactualiseerde model, de bijbehorende toelichting en de eventueel door de ACM gestelde vragen en de antwoorden daarop door KPN omtrent de actualisering van het gebruikte toetsmodel.
8. De ACM heeft het bezwaarschrift toegezonden aan KPN.
9. Op 25 juli 2017 heeft de ACM per brief aan zowel Tele2<sup>8</sup> als KPN<sup>9</sup> een uitnodiging voor een hoorzitting gestuurd, te houden op 26 september 2017.
10. Per e-mail van 1 september 2017 heeft KPN aan de ACM laten weten dat hij voorafgaande aan de hoorzitting geen schriftelijke zienswijze zal indienen.
11. Bij brief van 21 september 2017<sup>10</sup> heeft de ACM in verband met het verzoek van Tele2 in zijn bezwaarschrift om toezending van de in randnummer 6 van dit besluit bedoelde stukken geantwoord dat alle openbare stukken rondom de geactualiseerde versie van het model al in het bezit zijn van Tele2. De ACM heeft op basis daarvan geconcludeerd dat zij aan Tele2 geen aanvullende informatie zal toezenden.
12. Op 26 september 2017 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden.

---

<sup>5</sup> Kenmerk: 2017101115.

<sup>6</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2017/402970.

<sup>7</sup> Kenmerk: ACM/IN/202858.

<sup>8</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2017/204466.

<sup>9</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2017/404988.

<sup>10</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2017/205455.

13. Bij brieven van 10 november 2017 respectievelijk 15 december 2017 heeft de ACM het verslag van de hoorzitting aan Tele2<sup>11</sup> en KPN<sup>12</sup> toegestuurd. Daarnaast heeft de ACM in deze brieven Tele2 en KPN geïnformeerd dat, anders dan tijdens de hoorzitting aangegeven, aan KPN geen nadere vragen zullen worden gesteld.

## 2 Het bestreden besluit

14. Tele2 heeft de ACM bij brief van 30 september 2016 verzocht om te onderzoeken of gedurende de looptijd van het aanbod van KPN (hierna: OT2010-aanbod), dat is gedaan naar aanleiding van een door de Staat der Nederlanden onder de naam OT2010 uitgeschreven aanbesteding voor overheidstelecommunicatiediensten, is voldaan aan gedragsregel 5. Deze gedragsregel is in het VT-besluit 2008 aan KPN opgelegd. Kort gezegd is in deze gedragsregel een verbod op marge-  
uitholling neergelegd. Voor zover KPN in strijd heeft gehandeld met gedragsregel 5, verzocht Tele2 de ACM om handhavend op te treden.
15. Naar aanleiding van dit verzoek van Tele2 heeft de ACM in het bestreden besluit geconcludeerd dat KPN gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod heeft voldaan aan gedragsregel 5. De ACM heeft daarom het verzoek om handhavend op te treden afgewezen.

## 3 Bezwaargronden

### 3.1 Bezwaargrond A: Actualisering gebruikt toetsmodel onbekend bij Tele2

16. Tele2 voert in bezwaargrond A aan dat de ACM in randnummer 54 van het bestreden besluit heeft gesteld dat de ND5-toetsing heeft plaatsgevonden op basis van "de *geactualiseerde versie van het model van 14 december 2010, dat op 2 november 2011 bij de ACM is ingediend*". Tele2 geeft aan dat hij deze 'geactualiseerde versie' van het model niet heeft ontvangen. Hierdoor ontbreekt bij Tele2 het noodzakelijke inzicht in wat er precies is geactualiseerd en wat de aanleiding van die actualisering(en) is. Het gevolg daarvan is dat Tele2 niet in staat is om te verifiëren of daadwerkelijk alle noodzakelijke actualiseringen zijn doorgevoerd. Tele2 is van mening dat het bestreden besluit daarmee onvoldoende is gemotiveerd.

### 3.2 Bezwaargrond B: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat KPN bij de ND5-toetsing geen rekening hoefde te houden met de 'meest begunstigde clausule' die onderdeel uitmaakt van de OT2010-aanbesteding

<sup>11</sup> Kenmerk: ACM/UIT/308407.

<sup>12</sup> Kenmerk: ACM/UIT/308410; per abuis is deze brief niet ook op 10 november 2017 aan KPN gezonden.

17. In bezwaargrond B voert Tele2 aan dat de ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat de 'meest begunstigde clausule', die onderdeel uitmaakt van de OT2010-aanbieding, niet in werking is getreden omdat er geen contract tussen de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) en KPN is gesloten, en deze clausule daardoor geen gevolgen heeft gehad voor het aanbod van KPN. Tele2 geeft aan dat de ACM in het bestreden besluit heeft geoordeeld dat deze clausule bij de ND5-toetsing door KPN terecht buiten beschouwing is gelaten.
18. Tele2 stelt dat de ACM blijkbaar alleen oog heeft gehad voor de letterlijke tekst van paragraaf 3.3 van het Beschrijvend Document, waarin wordt gesproken over "gecontracteerd". Tele2 stelt dat het kader inzake of doel van ND5 en de reeds in het handhavingsverzoek aangehaalde CBb-uitspraak van 13 mei 2016<sup>13</sup> (hierna: CBb-uitspraak) ten onrechte geen enkele rol gespeeld lijkt te hebben bij haar oordeelsvorming.
19. Om de volgende redenen is Tele2 van mening dat het niet zo is dat (alleen) omdat er geen contract is gesloten op basis van het OT2010-bod, de meest begunstigde clausule geen "werking" heeft gehad gedurende de periode tussen het moment van inschrijving en het intrekken van het OT2010-aanbod:
  - De meest begunstigde clausule is een door de Staat gestelde voorwaarde waar inschrijvers mee moesten instemmen om een geldig bod te kunnen doen. Bij hun bod dienden zij dan ook al rekening met de clausule te houden inclusief het feit dat ze deze op eigen initiatief moesten naleven;
  - De clausule leidt er toe dat het doen van een aanbieding voor gelijksoortige dienstverlening in de markt met lagere tarieven dan die opgenomen in het OT2010-bod, automatisch tot gevolg heeft dat die lagere tarieven ook geacht moeten worden te zijn aangeboden binnen het OT2010-bod;
  - Daarbij is het - net als bij elke ND5-toets op een aanbieding - niet van belang of die aanbieding van KPN ook daadwerkelijk is afgenomen door de Staat en dus tot een contract heeft geleid. Wat relevant is, is dat de aanbieding eruit bestaat dat KPN met het uitbrengen van het bod al akkoord is gegaan met de laagste in de markt staande tarieven. Dat is de aanbieding die KPN heeft gedaan en die aanbieding moet voldoen aan ND5;

---

<sup>13</sup> ECLI: NL:CBb:2016;134, procedurenummer Awb 12/58.

- De ACM kan dan ook niet volstaan met de toets op basis van de tarieven in de aanbieding op het moment van inschrijving, maar had ook de aanbieding moeten toetsen rekening houdend met gewijzigde tarieven als gevolg van de meest begunstigde clause. Beide varianten moeten immers voldoen aan ND5, zoals ook volgt uit de CBb-uitspraak (ro. 3.4.3).

*"(...) Indien en voor zover de door KPN daadwerkelijk te hanteren prijzen als gevolg van deze clause op een later moment op een lager niveau zouden zijn vastgesteld, had ACM het aldus gewijzigde aanbod van KPN opnieuw aan gedragsregel 5 hebben moeten toetsen."*

- Het bepaalde in de voorgaande bullet sluit aan bij het door de ACM zelf in randnummer 21 van het bestreden besluit genoemde doel van gedragsregel 5: het creëren van prijstechnische repliceerbaarheid en van een *level playing field*. Hierbij is ook van belang dat er ten tijde van het in de markt staan van het OT2010-bod van KPN sprake was van een - zoals later vastgesteld maar niet met terugwerkende kracht gecorrigeerde - veel te lage retailopslag, waardoor de bescherming van concurrenten tegen marge-uitholling sowieso al onder de maat was. Als de meest begunstigde clause niet wordt meegenomen bij de ND5-toetsing wordt dat doel niet bereikt, omdat niet op de bodem wordt getoetst;
- KPN heeft zijn bod pas op 6 februari 2012 ingetrokken.<sup>14</sup> Dus in elk geval tot die datum hadden de in de ND5-toets opgenomen tarieven niet de in de inschrijving zelf genoemde tarieven moeten zijn, maar de (nog) scherpere tarieven als gevolg van de meest begunstigde clause – in ieder geval vanaf het moment dat KPN reeds aan andere afnemers scherpere tarieven had geboden. Op dat moment nog toetsen aan de in de inschrijving genoemde tarieven - zoals de ACM desondanks alleen heeft gedaan - is dan een nutteloze exercitie, omdat niet op de daadwerkelijke bodem wordt getoetst.

### 3.3 Bezwaargrond C: Bestreden besluit is onvoldoende gemotiveerd

20. Tele2 stelt dat de onderbouwing van de conclusie van de ACM dat KPN inderdaad gebruik gemaakt zou hebben van een *worst case* benadering, slechts ongeveer 1,5 pagina's beslaat van het bestreden besluit en deze onvoldoende is voor Tele2 om in enige mate de conclusies van de ACM te kunnen verifiëren.

---

<sup>14</sup> Tijdens de hoorzitting op 26 september 2017 heeft de ACM Tele2 er op gewezen dat het OT2010-aanbod niet op 6 februari 2012 is ingetrokken, maar op 18 februari 2012. Tele2 heeft erkend dat het bezwaarschrift ten onrechte de datum van 6 februari noemt, het moet inderdaad 18 februari zijn.

21. Voorts stelt Tele2 dat het bestreden besluit Tele2 niet in staat stelt om te verifiëren of KPN op de momenten genoemd in zijn handhavingsverzoek voldeed aan gedragsregel 5.
22. Dat wringt volgens Tele2 des te meer nu het bestreden besluit naar zijn mening onjuistheden en onzorgvuldigheden bevat.
23. Als voorbeeld noemt Tele2 de daadwerkelijke onderbouwing in voetnoot 30 bij het gedeelte in het bestreden besluit waarin de ACM haar conclusie onderbouwt dat de beëindiging van de Nummerblokkenactie per 1 januari 2011 niet meegenomen hoeft te worden in de berekening van de ND5-marge.
24. Volgens Tele2 ontbreekt die onderbouwing echter in het "Tweede deelbesluit" met kenmerk: OPTA/AM/2011/200373, randnummer 99, waarnaar in de betreffende voetnoot 30 wordt verwezen.
25. Tele2 is dan ook van mening dat de motivering van de afwijzing van zijn handhavingsverzoek ernstig tekort schiet, als gevolg waarvan het bestreden besluit ook op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

## 5 Juridisch kader

### VT-besluit 2008

26. Op 19 december 2008 heeft de ACM het besluit VT-besluit 2008 genomen dat op 1 januari 2009 in werking is getreden. Door middel van dit besluit zijn verplichtingen opgelegd aan KPN die zijn gericht op de oplossing en het voorkomen van in de marktanalyse geconstateerde mededingingsproblemen. De voor het onderliggende besluit relevante passages worden hieronder aangehaald.
27. Voorschrift xlvii van het VT-besluit 2008 luidt:

*“KPN dient op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de genoemde vormen van toegang onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN ten opzichte van derden gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen.”*

28. Voorschrift xlviii van het VT-besluit 2008 luidt:

*“De non-discriminatieverplichting heeft in ieder geval betrekking op:*

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

29. Voorschrift xlix van het VT-besluit 2008 luidt:

*“Het college legt KPN daarnaast de volgende gedragsregels op:*

*[...]*

*5. tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-uitholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.”*

#### **Beleidsregels inzake gedragsregel 5**

30. De Beleidsregels inzake gedragsregel 5 (hierna: de Beleidsregels) van 27 mei 2009 geven de verdere precisering van de kostenberekeningen van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst en een verdere uitwerking van correctiemaatregelen in geval een downstreamdienst niet prijstechnisch repliceerbaar is. In randnummer 11 van de Beleidsregels staat de kern van de ND-5-verplichting. Deze luidt als volgt:

*“Iedere downstreamdienst dient uit hoofde van gedragsregel 5 prijstechnisch repliceerbaar te zijn. Er is dus sprake van een toets op dienstniveau.”*

## **6 Overwegingen**

31. Allereerst zal de ACM in dit hoofdstuk in 6.1 haar overwegingen met betrekking tot bezwaargrond B weergeven. Daarna volgen in 6.2 de behandeling van bezwaargrond A en in 6.3 de behandeling van bezwaargrond C. De reden daarvan is dat bezwaargronden A en C beide samenhangen met de motivering van het bestreden besluit.

## 6.1 Overwegingen met betrekking tot bezwaargrond B

### 6.1.1 De CBb-uitspraak

32. In bezwaargrond B stelt Tele2 in de eerste plaats dat de CBb-uitspraak ten onrechte geen enkele rol gespeeld lijkt te hebben in het bestreden besluit.
33. In dat verband overweegt de ACM als volgt:
34. De in randnummer 17 door Tele2 in haar bezwaarschrift aangehaalde passage<sup>15</sup> uit de CBb-uitspraak maakt onderdeel uit van rechtsoverweging 3.4.3. De volledige rechtsoverweging luidt als volgt (onderstreping door de ACM):

*“Paragraaf 3.3 van het Beschrijvend Document bepaalt dat de tarieven die voor OT2010 worden gecontracteerd voor de dienstverlening de laagste tarieven van de Aanbieder zijn, voor gelijksoortige dienstverlening binnen Nederland. Op grond van paragraaf 1.5.1 van Bijlage G bij het Beschrijvend Document betekent deze 'meest begunstigde clause' dat de Opdrachtnemer aan andere afnemers in Nederland geen voordeligere prijzen/tarieven in rekening zal brengen voor vergelijkbare producten en diensten die onder OT2010 worden afgenomen. Het College overweegt dat het niet aan ACM is om te beoordelen of de inschrijving van KPN aan de daaraan gestelde eisen voldoet. Op grond van paragraaf 8.3.1 van het Beschrijvend Document wordt de inschrijving, indien deze voldoet aan de selectiecriteria, door de aanbestedende dienst beoordeeld. Daarbij wordt het criterium van de 'economisch meest voordelige Inschrijving' gehanteerd. De beoordeling die ACM heeft uit te voeren betreft de vraag of KPN met haar inschrijving voldoet aan de verplichting gesteld in gedragsregel 5 van het marktanalysebesluit. Uitgangspunt bij deze beoordeling zijn de prijzen die KPN bij haar inschrijving op de aanbesteding van 30 juli 2010 heeft gehanteerd. Bij deze beoordeling heeft ACM terecht geen rekening gehouden met de meest begunstigde clause in het Beschrijvend Document. Indien en voor zover de door KPN daadwerkelijk te hanteren prijzen als gevolg van deze clause op een later moment op een lager niveau zouden zijn vastgesteld, had ACM het aldus gewijzigde aanbod van KPN opnieuw aan gedragsregel 5 hebben moeten toetsen. Bij de beoordeling van de inschrijving van KPN op 30 juli 2010 behoefde ACM echter niet op deze mogelijk toekomstige ontwikkelingen vooruit te lopen. Beroepsgrond C.4 van Tele2 kan daarom niet slagen.”*

35. In de betreffende zaak ging het om de vraag of de *inschrijving* van KPN voldeed aan de verplichting gesteld in gedragsregel 5 van het VT-besluit 2008. In deze zaak gaat om de vraag of gedurende de *periode tussen het moment van inschrijving en het intrekken van het aanbod* door KPN werd voldaan aan deze gedragsregel.

---

<sup>15</sup> Zie het citaat in randnummer 19, vierde bullet, van dit besluit.



36. De ACM is van oordeel dat de toets die het CBb voor de *inschrijving* hanteert ook van toepassing is voor de periode dat het OT2010-aanbod van KPN gold. Dat betekent dat in onderhavige zaak de door het CBb geformuleerde uitgangspunten gelden:
- a. het is niet aan de ACM om te beoordelen of gedurende de periode dat het aanbod gold het aanbod van KPN voldeed aan de eisen van het Beschrijvend Document, waaronder de 'meest begunstigde clausule';
  - b. de beoordeling die de ACM heeft uit te voeren betreft de vraag of gedurende de periode dat het aanbod van KPN gold dit aanbod voldoet aan de verplichting gesteld in gedragsregel 5 van het VT-besluit 2008;
  - c. bij de beoordeling als bedoeld in bovenstaand punt b hoeft de ACM geen rekening te houden met de meest begunstigde clausule in het Beschrijvend Document;
  - d. indien en voor zover de door KPN daadwerkelijk te hanteren prijzen als gevolg van de 'meest begunstigde clausule' op een later moment op een lager niveau zouden zijn vastgesteld, had de ACM het aldus gewijzigde aanbod van KPN opnieuw aan gedragsregel 5 hebben moeten toetsen.
37. Het CBb heeft in zijn uitspraak twee vaststaande uitgangspunten geformuleerd, die zijn opgenomen in onderdelen a en c van het vorige randnummer. Op basis van die vaststaande uitgangspunten en bij toetsing van de onderdelen b en d van datzelfde randnummer geldt dat:
- i. betreffende de toetsing aan 'b': gedurende de periode dat het OT2010-aanbod van KPN gold voldeed dit aan de verplichting gesteld in gedragsregel 5 van het VT-besluit 2008. In dat verband verwijst de ACM naar hoofdstuk 7 van het bestreden besluit;
  - ii. betreffende de toetsing aan 'd': KPN heeft niet de daadwerkelijke te hanteren OT2010-prijzen als gevolg van de 'meest begunstigde clausule' op een later moment op een lager niveau vastgesteld. Daarom is er geen sprake is van een gewijzigd aanbod dat de ACM opnieuw aan gedragsregel 5 moest toetsen.
38. Dientengevolge heeft de ACM bij de toetsing aan ND5 terecht geen rekening gehouden met de meest begunstigde clausule, zoals ook al in het bestreden besluit was vastgesteld.
39. De ACM concludeert dat het eerste gedeelte van bezwaargrond B ongegrond is.
- 6.1.2 Het doel van gedragsregel ND5
40. In bezwaargrond B stelt Tele2 in de tweede plaats dat, aangezien de ACM de meest begunstigde clausule niet in de beoordeling betrokken heeft, het doel van gedragsregel ND5 ten onrechte geen enkele rol gespeeld lijkt te hebben bij de oordeelsvorming van de ACM.

41. De ACM kan zich daarin niet vinden. Zoals hierboven overwogen hoeft de meest begunstigde clause niet te worden betrokken in de ND5-toetsing. Ten overvloede geeft de ACM aan dat het doel van ND5 het creëren van een *level playing field* is.<sup>16</sup> Dit wordt bereikt indien KPN's downstreamdiensten prijstechnisch repliceerbaar zijn.<sup>17</sup> Zoals blijkt uit de *worst case* toetsing heeft KPN gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod voldaan aan gedragsregel 5.<sup>18</sup> Het OT2010-aanbod is daarmee prijstechnisch repliceerbaar gebleken.
42. Met betrekking tot het tweede gedeelte van bezwaargrond B heeft Tele2 ook nog aangevoerd dat er ten tijde van het in de markt staan van het OT2010-aanbod van KPN sprake was van een - zoals later vastgesteld, maar niet met terugwerkende kracht gecorrigeerde - veel te lage - retailopslag, waardoor de bescherming van concurrenten tegen marge-utholling sowieso al onder de maat was.
43. De ACM wijst er op dat de retailopslag pas is verhoogd na intrekking van het OT2010-aanbod door KPN op 18 februari 2012 en, zoals Tele2 zelf al aangeeft, is deze verhoging niet met terugwerkende kracht doorgevoerd. Daarmee heeft de verhoging van de retailopslag dus geen invloed op de hoogte van de ND5-marge tijdens de looptijd van het OT2010-aanbod. Bovendien volgt uit de CBb uitspraak, overweging 3.9.5, dat de ACM bij de beoordeling of, en zo ja op welke wijze de retailopslag van 1% in de toets aan gedragsregel 5 behoort te worden betrokken geen onjuiste uitgangspunten heeft gehanteerd. In die overweging oordeelt het CBb verder dat hij geen aanknopingspunten heeft kunnen vinden dat de ACM bij de toetsing aan die uitgangspunten fouten heeft begaan of anderszins in verzuim is geweest. De ACM is van oordeel dat die overwegingen van het CBb in verband met de *inschrijving* ook van toepassing is voor de periode dat het aanbod van KPN gold.<sup>19</sup>
44. Bovenstaande brengt mee dat ook het tweede onderdeel van bezwaargrond B ongegrond is.

## 6.2 Overwegingen met betrekking tot bezwaargrond A

45. In zijn bezwaarschrift gaat Tele2 er abusievelijk van uit dat er een *nader* geactualiseerde versie bestaat van het geactualiseerde toetsmodel. De 'geactualiseerde versie' van het toetsmodel, zoals bedoeld in randnummer 54 van het bestreden besluit, is echter het model van 14 december 2010, dat op 2 november 2011, inclusief een aantal actualiseringten ten opzichte van het model van 14 december 2010, door KPN bij de ACM is ingediend.
46. Een *nader* geactualiseerde versie van de 'geactualiseerde versie' van het toetsmodel bestaat dus niet.

---

<sup>16</sup> VT-besluit 2008, randnummer 772.

<sup>17</sup> VT-besluit 2008, randnummer 773.

<sup>18</sup> Bestreden besluit, randnummer 74.

<sup>19</sup> Zie in dat verband ook randnummer 35 en randnummer 36, eerste zin.

47. Het is niet in geschil dat Tele2 door de ACM in het bezit is gesteld van de (aangepaste) toelichting en de openbare versie van de antwoorden op de aanvullende vragen van de ACM inzake de geactualiseerde versie van het model. Daarmee zijn alle openbare stukken rondom de geactualiseerde versie van het model in het bezit van Tele2. In dit verband merkt de ACM nog op dat deze stukken door het CBb zijn beoordeeld in het kader van artikel 8:29 Awb. In de CBb-uitspraak heeft het CBb geoordeeld dat niet ten onrechte bepaalde bedrijfsvertrouwelijke documenten aan Tele2 zijn onthouden.
48. Gezien het feit dat er geen sprake is van een *nader* geactualiseerde versie van de 'geactualiseerde versie' van het toetsmodel kan niet worden gesteld dat het Tele2 ontbreekt aan het noodzakelijke inzicht in wat er precies is geactualiseerd en wat de aanleiding van die actualisering(en) is. Onjuist is dan ook dat Tele2 niet in staat is om te verifiëren of daadwerkelijk alle noodzakelijke actualiseringen zijn doorgevoerd. Ten onrechte stelt Tele2 dan ook dat het bestreden besluit op dat punt onvoldoende is gemotiveerd. Bezwaargrond A treft daarom geen doel.

### 6.3 Overwegingen met betrekking tot bezwaargrond C

49. In bezwaargrond C stelt Tele2 in de eerste plaats dat de onderbouwing van de conclusie van de ACM dat KPN gebruik gemaakt zou hebben van een '*worst case* benadering' onvoldoende is voor Tele2 om in enige mate de conclusies van de ACM te kunnen verifiëren. In dat verband noemt Tele2 dat die onderbouwing slechts ongeveer 1,5 pagina's beslaat van het bestreden besluit en deze volstrekt onvoldoende is voor Tele2 om de conclusies van de ACM te kunnen verifiëren.
50. De ACM overweegt dat Tele2 niet inhoudelijk aangeeft waarom de onderbouwing van de conclusie van de ACM volstrekt onvoldoende is om die conclusie te kunnen verifiëren. In het bestreden besluit heeft de ACM in hoofdstuk 7.3, pagina's 11 tot en met 13, aangegeven op welke wijze KPN de *worst case* benadering heeft ingevuld. In dit verband heeft de ACM vastgesteld dat het door KPN gehanteerde *worst case* scenario voldoet aan gedragsregel 5. De ACM oordeelt dat op deze wijze het bestreden besluit deugdelijk gemotiveerd is. Verder is de ACM van mening dat niet louter op grond van de lengte van een onderbouwing van een conclusie kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een onvoldoende motivering van die conclusie.
51. Eén en ander betekent dat dit eerste onderdeel van bezwaargrond C faalt.

52. Onder bezwaargrond C stelt Tele2 in de tweede plaats dat hij niet in staat is om te verifiëren of KPN op de momenten genoemd in zijn handhavingsverzoek voldeed aan gedragsregel 5. In dat verband stelt Tele2 dat dit des te meer wringt nu het bestreden besluit onjuistheden en onzorgvuldigheden bevat. Als voorbeeld daarvan verwijst hij naar paragraaf 7.3.4 van het bestreden besluit. In de daarin genoemde noot 30, die volgens Tele2 de daadwerkelijke onderbouwing zou moeten bevatten<sup>20</sup> en verwijst naar het Tweede Deelbesluit, kenmerk OPTA/AM/2011/200373, randnummer 99, ontbreekt volgens Tele2 die onderbouwing.
53. De ACM overweegt dat Tele2 niet nader onderbouwt dat Tele2 niet in staat is om te verifiëren of KPN op de momenten genoemd in zijn handhavingsverzoek voldeed aan gedragsregel 5, zodat de ACM daarop niet kan ingaan. Met betrekking tot het genoemde voorbeeld van 'onjuistheden en onzorgvuldigheden' in het bestreden besluit citeert Tele2 niet randnummer 99 van het Tweede Deelbesluit<sup>21</sup>, maar randnummer 99 van de beslissing op bezwaar<sup>22</sup> naar aanleiding van het bezwaar tegen het Tweede Deelbesluit. Anders dan randnummer 99 van de beslissing op bezwaar op het Tweede Deelbesluit heeft randnummer 99 van het Tweede Deelbesluit wel degelijk betrekking op paragraaf 7.3.4 van het bestreden besluit.
54. Eén en ander betekent dat ook dit tweede onderdeel van bezwaargrond C faalt.

## 7 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

verklaart de bezwaren van Tele2 gericht tegen het bestreden besluit van 24 maart 2017 ongegrond.

De Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

[w.g.]

mr. M.T.P.J. van Oers

Waarnemend directeur Directie Telecom, Vervoer en Post

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).*

<sup>20</sup> Het gaat hier om de onderbouwing waarom de beëindiging van de Nummerblokkenactie per 1 januari 2011 niet meegenomen hoeft te worden in de berekening van de ND5-marge.

<sup>21</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2011/200373.

<sup>22</sup> Kenmerk: OPTA/COL/2011/202323.