

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2017/201804_OV
Zaaknummer: 16.1005.53

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het verzoek van Tele2 Nederland B.V. om handhavend op te treden tegen KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. (hierna tezamen: KPN) wegens overtreding van de in het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie 2008 opgelegde gedragsregel 5 (verbod op marge-uitholling) in verband met het aanbod van KPN in het kader van de openbare aanbesteding voor overheidstelecommunicatiediensten onder de naam OT2010.

1 Samenvatting

1. Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) verzoekt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) om te onderzoeken of gedurende de looptijd van het aanbod van KPN, dat is gedaan naar aanleiding van een door de Staat der Nederlanden onder de naam OT2010 uitgeschreven aanbesteding voor overheidstelecommunicatiediensten (hierna: OT2010-aanbod), is voldaan aan gedragsregel 5. Deze gedragsregel is in het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie van 19 december 2008 (hierna: VT-besluit 2008) aan KPN opgelegd. Kort gezegd is in deze gedragsregel een verbod op marge-uitholling neergelegd. Onder de looptijd van het OT2010-aanbod wordt in dit besluit verstaan de periode ná inschrijving (30 juli 2010) van de OT2010-aanbesteding tot het moment van intrekking van deze inschrijving (18 februari 2012). Voor zover KPN in strijd heeft gehandeld met gedragsregel 5, verzoekt Tele2 de ACM om handhavend op te treden.
2. In dit besluit concludeert de ACM dat KPN gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod heeft voldaan aan gedragsregel 5 uit het VT-besluit 2008. Gelet hierop wijst de ACM het verzoek om handhavend op te treden af.
3. Dit besluit is als volgt opgebouwd. Allereerst beschrijft de ACM het verloop van de procedure (hoofdstuk 2). Vervolgens bespreekt de ACM het juridisch kader (hoofdstuk 3). In hoofdstuk 4 worden de relevante feiten weergegeven waarna in hoofdstuk 5 het verzoek van Tele2 wordt besproken. Voorts wordt in hoofdstuk 6 de zienswijze van KPN op dit verzoek weergegeven. Daarna volgt een beoordeling van het voorliggende handhavingsverzoek (hoofdstuk 7). Besloten wordt met het dictum (hoofdstuk 8).

2 Verloop van de procedure

4. Bij brief van 30 september 2016 verzoekt Tele2 de ACM kort gezegd om te onderzoeken of KPN gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod gedragsregel 5 in acht heeft genomen en, voor zover dit niet het geval is, handhavend op te treden tegen KPN.¹
5. De ACM bevestigt de ontvangst van het verzoek van Tele2 bij brief van 10 oktober 2016.²
6. Op 10 oktober 2016 heeft de ACM het verzoek van Tele2 doorgestuurd naar KPN en haar in de gelegenheid gesteld haar zienswijze naar voren te brengen.³
7. De zienswijze van KPN op het verzoek van Tele2 heeft de ACM op 27 oktober 2016 ontvangen en op 28 oktober 2016 doorgestuurd naar Tele2.⁴
8. Op 17 november 2016 heeft de ACM zowel aan KPN⁵ als aan Tele2⁶ nadere vragen gesteld inzake het voorliggende verzoek.
9. KPN⁷ en Tele2⁸ hebben op 2 december 2016 respectievelijk 5 december 2016 de vragen van de ACM beantwoord.
10. Op 19 december 2016 heeft de ACM de antwoorden doorgestuurd naar KPN en Tele2 en partijen verzocht hierop te reageren.⁹
11. Tele2 heeft op 6 januari 2017 een reactie gestuurd naar aanleiding van de antwoorden van KPN.¹⁰ KPN heeft op 9 januari 2017 een reactie gestuurd naar aanleiding van de antwoorden van Tele2.¹¹ De reacties zijn op 24 januari 2017 door de ACM naar partijen doorgestuurd.¹²

¹ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/308148.

² Kenmerk: ACM/DTVP/2016/206050.

³ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/406794.

⁴ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/309064.

⁵ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/407761.

⁶ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/206892.

⁷ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/102964.

⁸ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/310269.

⁹ Kenmerk: ACM/DTVP/2016/207623 en kenmerk: ACM/DTVP/2016/207626.

¹⁰ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/300297.

¹¹ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/300299.

¹² Kenmerk: ACM/DTVP/2017/400275 en kenmerk: ACM/DTVP/2017/400276.

Besluit Openbaar

12. Op 23 januari 2017 heeft de ACM per telefoon¹³, en op 13 februari 2017¹⁴ en 17 februari 2016¹⁵ per e-mail, aan KPN vragen gesteld over het model dat KPN gebruikt om te toetsen of aan gedragsregel 5 is voldaan. Deze vragen zijn op respectievelijk 27 januari 2017¹⁶, 17 februari 2017¹⁷ en 24 februari 2017¹⁸ per e-mail beantwoord.
13. Op 2 februari 2017 heeft de ACM per e-mail vragen aan Tele2 gesteld.¹⁹ Deze vragen zijn op 15 februari 2017 per e-mail door Tele2 beantwoord.²⁰
14. Op 15 februari 2017 heeft Tele2 een reactie gestuurd op de brief van KPN van 9 januari 2017.²¹
15. Op 13 maart 2017 heeft de ACM het verslag van het telefoongesprek van 23 januari 2017 en de e-mail van 27 januari 2017 na een vertrouwelijkheidstoets door KPN doorgestuurd naar Tele2.²²

3/15

3 Juridisch kader

16. KPN heeft op 30 juli 2010 ingeschreven op de aanbesteding OT2010. Dit OT2010-aanbod is op 18 februari 2012 door KPN ingetrokken. Gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod was het volgende juridische kader van toepassing.

Markanalysebesluit Vaste Telefonie 2008

17. Op 19 december 2008 heeft de ACM het besluit Markanalyse Vaste Telefonie 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.
18. 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)

¹³ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/200787.

¹⁴ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/400800.

¹⁵ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/400956.

¹⁶ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/301568.

¹⁷ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/301207.

¹⁸ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/301387.

¹⁹ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/400644.

²⁰ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/301075.

²¹ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/301076.

²² Kenmerk: ACM/DTVP/2017/301830.

Besluit Openbaar

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.”

19. 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.”*

20. 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-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.”

Beleidsregels inzake gedragsregel 5

21. 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.”

4 Feiten

22. KPN heeft op 30 juli 2010 een inschrijving gedaan naar aanleiding van een door de Staat der Nederlanden onder de naam OT2010 uitgeschreven aanbesteding voor overheidstelecommunicatiediensten (het OT2010-aanbod).
23. Bij besluit van 1 juli 2011 heeft de ACM het verzoek van Tele2 van 14 september 2010 om handhavend op te treden tegen KPN wegens overtreding van de op grond van het VT-besluit 2008 op haar rustende verplichtingen afgewezen. In dit besluit is de ACM tot de conclusie gekomen dat de inschrijving die KPN in het kader van OT2010 heeft gedaan, niet in strijd is met gedragsregel 5.²³
24. Bij besluit van 16 december 2011 heeft de ACM het hiertegen door Tele2 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.²⁴
25. Tele2 heeft tegen de beslissing op bezwaar van 16 december 2011 beroep aangetekend.
26. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) heeft het beroep bij uitspraak van 13 mei 2016 ongegrond verklaard.²⁵
27. KPN heeft het OT2010-aanbod op 18 februari 2012 ingetrokken.
28. Gelet op de periodieke verhogingen van de WLR-tarieven tijdens de looptijd van het OT2010-aanbod, heeft Tele2 op 23 mei 2016 KPN verzocht na te gaan of gedurende deze looptijd is voldaan aan gedragsregel 5.
29. KPN heeft op 23 juni 2016 Tele2 per e-mail laten weten dat zij naar aanleiding van het verzoek van Tele2 een analyse heeft uitgevoerd om vast te stellen of sprake is geweest van ongeoorloofde marge-uitholling. Hierbij is volgens KPN uitgegaan van een worst case benadering. KPN concludeert dat gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod aan gedragsregel 5 is voldaan.
30. Op 1 oktober 2010, 1 januari 2011, 1 april 2011, 1 juli 2011, 1 oktober 2011 en 1 januari 2012 heeft KPN wijzigingen van de WLR-tarieven doorgevoerd.

²³ Kenmerk: OPTA/AM/2011/200373. Dit betreft het tweede deelbesluit dat volgde op een eerder deelbesluit uit 2010.

²⁴ Kenmerk: OPA/COL/2011/202333.

²⁵ ECLI:NL: CBB:2016:134.

31. Naar aanleiding van het WLR II-herstelbesluit²⁶ heeft KPN de WLR-tarieven van december 2010 en van 1 januari 2011 tot en met 31 maart 2011 met terugwerkende kracht verhoogd.

5 Handhavingsverzoek Tele2

32. Tele2 stelt dat ten onrechte niet of onvoldoende is onderzocht of gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod (de periode tussen 30 juli 2010 en 18 februari 2012) gedragsregel 5 door KPN in acht is genomen.
33. Tele2 stelt dat op de volgende momenten had moeten worden getoetst door KPN of aan gedragsregel 5 werd voldaan:
1. Momenten gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod waarop de WLR-tarieven zijn verhoogd. Het gaat volgens Tele2 om tariefverhogingen op 1 oktober 2010, 1 januari 2011, 1 april 2011, 1 juli 2011, 1 oktober 2011 en 1 januari 2012. Tevens heeft KPN naar aanleiding van het besluit van de ACM van 23 november 2010 inzake het herstel van het WLR II-besluit, de WLR-tarieven met terugwerkende kracht verhoogd;
 2. Momenten waarop de kosten van de overige onderdelen van het inkooprecept zijn verhoogd;
 3. Momenten waarop KPN op verzoek van de Staat der Nederlanden haar OT2010-aanbod gestand heeft gedaan. Volgens Tele2 kwalificeren deze momenten als een nieuw retailaanbod;
 4. Momenten waarop het OT2010-aanbod wijzigde vanwege de 'meest begunstigde clausule' in het Beschrijvend Document (het bestek op basis waarvan het OT2010-aanbod is gedaan). Als gevolg van deze clausule zijn de prijzen op een lager niveau vastgesteld en hiermee had in de analyse rekening gehouden moeten worden. Deze clausule heeft automatische werking;
 5. Moment waarop de WLR-nummerblokkenactie werd beëindigd (1 januari 2011). Volgens Tele2 daalden de wholesale inkoopkosten voor het Cluster Vast door de WLR-nummerblokkenactie.
 6. Tele2 voert, onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb van 13 mei 2016, bovendien aan dat bij deze toetsmomenten rekening gehouden moet worden met de inkoopkosten van faciliteiten op diensten en de wijzigingen daarvan (mutaties), zoals aankiesbaarheidsmanagement met inbegrip van nummerbeheer, wijziging van hoofdnummers, doorkiesfaciliteiten, doorschakeldiensten en verwijstdiensten.
34. Tele2 stelt dat het model van 14 december 2011 dat KPN heeft gebruikt om te bepalen of zij

²⁶ Kenmerk: OPTA/AM/2010/203284.

Besluit Openbaar

gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod heeft voldaan aan de gedragsregel 5 bij haar onbekend is. Tele2 vraagt zich af of dit model een rol heeft gespeeld bij de beslissing op bezwaar van de ACM van 16 december 2011.

35. Volgens Tele2 is de door KPN uitgevoerde analyse onjuist en onvolledig en is geen worst case benadering gehanteerd. Hiertoe voert Tele2 het volgende aan.
36. KPN had voor een worst case benadering de WLR-tarieven per Q1 2012 moeten nemen omdat deze in dit kwartaal op het hoogste niveau lagen. In deze tarieven was de WACC²⁷ correctie reeds verdisconteerd. De door KPN uitgevoerde analyse waarbij drie sets van tarieven zijn gebruikt, is geen worst case benadering omdat:
 1. In set 1 (de oorspronkelijke WLR-tarieven met daarin de WACC fout) de WACC fout niet is gecorrigeerd en bovendien geen rekening is gehouden met de periodieke verhogingen;
 2. In set 2 (de WLR-tarieven met gecorrigeerde WACC) de tariefstijgingen na de WACC correctie tot en met Q1 2012 niet in aanmerking zijn genomen;
 3. In set 3 (de settlement WLR-tarieven die in juli 2014 zijn overeengekomen met WLR-afnemers) de tarieven niet van belang zijn omdat deze gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod niet in de markt stonden.
37. KPN heeft bij de analyse voor nationaal verkeer rekening gehouden met wijzigingen van de CPS, MTA en FTA tarieven. De hoogste procentuele stijging (1,9%) op één van de drie tarieven (CPS lokaal) is vervolgens toegepast op de CPS, MTA en FTA tarieven. Volgens Tele2 had KPN bij de analyse niet kunnen volstaan met een forfaitair verhogingspercentage van 1,9%, maar had zij de hoogste tariefniveaus voor CPS, MTA en FTA in de analyse moeten betrekken zoals deze golden gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod.
38. Tele2 stelt dat, in tegenstelling tot KPN, het negatieve effect van de stijging van de tarieven van WLR, CPS, FTA en MTA niet wordt gecompenseerd door het positieve effect van de verlaging van de IDD inkoopkosten. Hiertoe voert Tele2 aan dat in de systematiek van de OT2010-aanbesteding wordt gevraagd om een marge bovenop de inkoopkosten te geven. Daarmee staat de marge vast en kan een daling van de inkoopkosten niet leiden tot een verhoging van de marge.
39. Gelet op de onduidelijkheid welk model KPN heeft gebruikt voor haar analyse, is het Tele2 niet duidelijk welke IDD tarieven in de analyse zijn gebruikt. Volgens Tele2 hadden de IDD tarieven van Q3 2010 moeten worden gebruikt.

7/15

²⁷ 'WACC' staat voor Weighted Average Cost of Capital oftewel de gemiddelde kapitaalkosten. Met de WACC wordt bepaald hoeveel redelijk rendement een KPN mag behalen op zijn activiteiten.

40. Samenvattend stelt Tele2 zich op het standpunt dat de analyse van KPN niet is gebaseerd op een worst case benadering en niet kan worden geconcludeerd dat gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod aan gedragsregel 5 is voldaan.

6 Zienswijze KPN

41. KPN stelt zich op het standpunt dat de bij Tele2 aanwezige onduidelijkheid over welk model bij de analyse is gebruikt, het gevolg is van een verschrijving. Het door KPN gebruikte model is niet nieuw. Het model betreft de geactualiseerde versie van het model van 14 december 2010 (in plaats van 14 december 2011), die KPN op 2 november 2011 bij de ACM heeft ingediend. Naast dit model zijn tevens de aangepaste toelichting en de antwoorden op aanvullende vragen van de ACM naar aanleiding van de op 10 oktober 2011 ingediende nieuwe analyse ingediend. Tele2 heeft de aangepaste toelichting en de openbare versie van die antwoorden destijds ontvangen.
42. KPN heeft op grond van het voornoemde model een aanvullende analyse uitgevoerd of gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod aan gedragsregel 5 is voldaan. Hierbij heeft KPN ervoor gekozen om niet per kwartaal op basis van de toentertijd geldende wholesale tarieven en IDD kostprijzen een analyse uit te voeren. In plaats daarvan heeft KPN uit efficiëntie-overwegingen één enkele analyse gedaan waarbij voor de wholesale tarieven en de IDD kostprijzen de meest ongunstig voorkomende waarden zijn gebruikt. Dat wil zeggen de hoogst voorkomende wholesale tarieven voor WLR PSTN, WLR ISDN etc. en de hoogst voorkomende kostprijzen voor IDD. Uitgangspunt bij de analyse is de (fictieve) situatie dat de meest ongunstige waarden allemaal op hetzelfde tijdstip plaatsvinden. Wordt onder deze omstandigheden voldaan aan gedragsregel 5, wordt in praktijk altijd voldaan aan deze gedragsregel. Zodoende is volgens KPN sprake van een worst case benadering.
43. Volgens KPN is de stelling van Tele2 dat bij de analyse de WLR tarieven per Q1 2012 als uitgangspunt genomen hadden moeten worden onjuist, omdat het tarief voor ISDN2 meervoudig niet in dat kwartaal maar in Q4 2011 zijn maximum had. Bij de analyse is hiermee rekening gehouden, aldus KPN.
44. Met betrekking tot het betoog van Tele2 dat KPN in haar analyse de hoogste tariefniveaus voor CPS, MTA en FTA gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod had moeten betrekken, stelt KPN dat met de door haar gehanteerde berekeningswijze zekerheid is verkregen of aan gedragsregel 5 is voldaan. De kosten van nationaal verkeer zijn in het model samengevat in één regel. In plaats van het aanpassen van de individuele tariefelementen, zijn de totale verkeersinkoopkosten verhoogd met een factor. Zolang deze factor hoger is dan het hoogste

Besluit Openbaar

werkelijke stijgingspercentage (in casu het geval), kan met zekerheid worden vastgesteld dat aan gedragsregel 5 is voldaan.

45. Met betrekking tot de IDD tarieven die in de analyse zijn gebruikt, is volgens KPN uitgegaan van de hoogste inkoopkosten voor IDD verkeer, namelijk die aan het begin van de relevante periode.
46. Volgens KPN zijn de inkoopkosten van faciliteiten in de beschouwde periode niet gewijzigd. Wat betreft de inkoopkosten van wijziging van faciliteiten (mutaties) geeft KPN aan dat in de toets rekening is gehouden met de mutatiedienst verhuizingen. Voor de overige migratie- en mutatiediensten heeft KPN gekeken naar de totale externe wholesaleomzet van deze diensten. Die is gerelateerd aan de maandelijks tarieven van de betreffende migratie- en mutatiediensten en vervolgens toegepast op het OT2010-aanbod. Weliswaar leidt dit tot extra kosten maar het effect hiervan op de marge is slechts gering.
47. Voor zover Tele2 stelt dat bij de analyse ten onrechte geen rekening is gehouden met de meest begunstigde clausele betoogt KPN dat deze clausele geen kracht van werking heeft gekregen. De Staat der Nederlanden en KPN hebben namelijk nooit een overeenkomst gesloten. Van het uitbrengen van een gewijzigd OT2010-aanbod is nooit sprake geweest, ook niet als gevolg van de meest begunstigde clausele, aldus KPN. Ten overvloede merkt KPN op dat, indien wel rekening gehouden zou worden met de meest begunstigde clausele, dit niet tot een margeverslechtering zou leiden.
48. Ten aanzien van de inkoopkosten voor wijziging van faciliteiten, oftewel mutaties, voert KPN aan dat de aanbestedende dienst hiervoor geen specifieke aantallen heeft opgenomen in de tariefwegingslijst en dat hij daarnaast zelf ook geen indicatie heeft dat het om meer dan een verwaarloosbaar aantal mutaties zou gaan.
49. Samenvattend stelt KPN zich op het standpunt dat haar analyse wel degelijk is gebaseerd op een worst case benadering en gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod is voldaan aan gedragsregel 5.

7 Beoordeling ACM

50. In deze paragraaf beoordeelt de ACM achtereenvolgens of (1) KPN heeft kunnen volstaan met een worst case benadering om te bepalen of zij heeft voldaan aan gedragsregel 5, (2) KPN hierbij het juiste model heeft gebruikt, (3) KPN daadwerkelijk is uitgegaan van een worst case benadering en (4) wat het resultaat is van deze worst case benadering.

7.1 Heeft KPN kunnen volstaan met een worst case benadering?

51. Conform het VT-besluit 2008 en de Beleidsregels moet KPN voldoen aan gedragsregel 5. Deze non-discriminatieverplichting is bedoeld om een level playing field te creëren op wholesaleniveau. Hierdoor kunnen efficiënte wholesaleafnemers een concurrerend aanbod doen op de downstream markt. Een level playing field is mogelijk als KPN's downstreamdiensten prijstechnisch repliceerbaar zijn.
52. Om te toetsen of het OT2010-aanbod van KPN prijstechnisch repliceerbaar was, en of zij dus in overeenstemming handelt met gedragsregel 5, hanteert KPN een rekenkundig model (de zogenoemde ND-5 toets). Met dit model (in Excel-vorm) kunnen alle omzetten en kosten van de betreffende downstreamdienst worden berekend (in een omzet en kostprijs per maand), resulterend in een ND-5-marge per maand. Als de ND-5-marge groter of gelijk is aan nul, voldoet KPN aan gedragsregel 5. Als de ND-5-marge kleiner is dan nul, is dat niet het geval.
53. KPN heeft ervoor gekozen om niet voor elk kwartaal een ND-5-toets uit te voeren, maar heeft in plaats daarvan gekozen voor een worst case benadering. Bij deze benadering wordt uitgegaan van het worst case scenario: alle hoogst voorkomende tarieven en kostprijzen vinden gelijktijdig plaats. De berekende ND-5-marge is onder deze omstandigheden het meest ongunstig. Het is dan ook uitgesloten dat deze marge gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod lager uitvalt. Als bij een worst case benadering wordt voldaan aan gedragsregel 5, is in praktijk altijd voldaan aan gedragsregel 5. Gelet hierop is de ACM van mening dat KPN in dit geval heeft kunnen volstaan met een worst case benadering.

7.2 Is KPN uitgegaan van het juiste model?

54. De ACM stelt vast dat het model dat door KPN als startpunt is gebruikt voor het doorrekenen van het worst case scenario, de geactualiseerde versie is van het model van 14 december 2010, die op 2 november 2011 bij de ACM is ingediend. Op basis van dit model heeft de ACM geconcludeerd dat KPN met het oorspronkelijke OT2010-aanbod van 30 juli 2010 heeft voldaan aan gedragsregel 5. De ACM is van mening dat dit model het juiste startpunt is voor het berekenen van het worst case scenario.

7.3 Is KPN uitgegaan van het worst case scenario?

55. In deze paragraaf gaat de ACM na op welke wijze KPN in haar worst case scenario rekening heeft gehouden met:
1. Momenten gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod waarop de WLR-tarieven zijn verhoogd;
 2. Momenten waarop de kosten van de overige onderdelen van het inkooprecept zijn verhoogd;
 3. De 'meest begunstigde clause' in het bestek op basis waarvan KPN het OT2010-aanbod heeft gedaan;
 4. Het moment waarop de WLR-nummerblokkenactie werd beëindigd;
 5. Inkoopkosten van faciliteiten en de wijzigingen daarvan.

7.3.1 Verhoging WLR-tarieven

56. Gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod zijn de relevante WLR-tarieven²⁸ elk kwartaal door KPN gewijzigd. Naast de initiële verhoging per kwartaal, zijn naar aanleiding van het herstelbesluit van 23 november 2010²⁹ de tarieven met terugwerkende kracht verhoogd. In juli 2014 zijn de tarieven als gevolg van een overeenkomst met WLR-afnemers, met terugwerkende kracht verlaagd (hierna: de settlement tarieven).
57. In het worst case scenario is KPN voor elk van de relevante diensten uitgegaan van het hoogste WLR-tarief gedurende de looptijd van het OT2010 aanbod. Dit zijn de WLR-tarieven met gecorrigeerde WACC uit Q1 2012, met uitzondering van de WLR ISDN2-tarieven, die in Q4 2011 het hoogst waren. Omdat de settlement tarieven lager zijn, spelen deze geen rol in het worst case scenario.
58. De ACM stelt vast dat KPN alle relevante gewijzigde WLR-tarieven in de toets heeft opgenomen en dat KPN door het hanteren van de hoogst mogelijke WLR-tarieven in zoverre een worst case scenario heeft gehanteerd.

7.3.2 Verhoging kosten overige onderdelen van het inkooprecept

59. Gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod zijn zowel de tarieven voor nationaal als internationaal verkeer gewijzigd.

²⁸ Deze relevante tarieven betreffen de enkelvoudige WLR PSTN -, de enkelvoudige WLR ISDN1 -, de meervoudige WLR ISDN2 -, de WLR ISDN15 -, de WLR ISDN20 - en de WLR ISDN30-tarieven.

²⁹ Kenmerk: OPTA/AM/2010/203284.

Verandering in de tarieven voor nationaal verkeer

60. Met betrekking tot de tarieven voor nationaal verkeer heeft KPN rekening gehouden met de veranderingen van de CPS, MTA en FTA tarieven door uit te gaan van de hoogste procentuele stijging van één van de drie tarieven. Zoals ook beschreven in randnummer 37, betreft dit een stijging van 1,9% op CPS lokaal. Deze verhoging is toegepast op alle tariefelementen.
61. De ACM stelt vast dat de stijging van CPS lokaal de grootste stijging is en de andere tarieven voor nationaal verkeer minder hard zijn gestegen of zelfs zijn gedaald. Als gevolg hiervan is een grotere stijging van de tarieven voor nationaal verkeer in de toets meegenomen dan in werkelijkheid het geval was. Gelet hierop heeft KPN met betrekking tot de kosten van nationaal verkeer een worst case benadering gehanteerd.

Veranderingen in de tarieven voor internationaal verkeer (IDD)

62. KPN heeft de kostprijs van het internationale verkeer geanalyseerd aan de hand van de iBASIS inkoopkosten. Hieruit blijkt dat de inkoopkosten van IDD gedurende de looptijd van het bod monotoon zijn gedaald, met zo'n **[vertrouwelijk: XXX]** procent. De hoogste tarieven kwamen voor in Q4 2010.
63. De ACM stelt vast dat KPN de hoogste tarieven heeft gebruikt bij haar toets en voor de tarieven voor internationaal verkeer daarom is uitgegaan van een worst case benadering.

7.3.3 Momenten dat aanbod KPN wijzigde als gevolg van de 'meest begunstigde clause'

64. In paragraaf 3.3 van het Beschrijvend Document is met betrekking tot de 'meest begunstigde clause' het volgende beschreven: "In dit kader stelt de Aanbesteder (ACM: Staat der Nederlanden) dat de tarieven die voor OT2010 worden *gecontracteerd* (cursief ACM) voor de dienstverlening de laagste tarieven van Aanbieder (ACM: KPN) zijn, voor gelijksoortige dienstverlening binnen Nederland."
65. Het OT2010-aanbod heeft niet geleid tot een contract tussen KPN en de Staat der Nederlanden waardoor de 'meest begunstigde clause' niet in werking is getreden. Deze clause heeft daarom geen gevolgen gehad voor het aanbod van KPN en is bij de toets volgens de ACM terecht buiten beschouwing gelaten door KPN.

7.3.4 De beëindiging van de WLR-Nummerblokkenactie per 1 januari 2011

66. De ACM stelt vast dat in het door KPN gehanteerde model, dat is gebruikt als startpunt voor

doorrekenen van het worst case scenario, geen gebruik is gemaakt van de nieuwe c.q. gewijzigde en sterk verlaagde WLR-tarieven voor nummerblokken.³⁰ De beëindiging van de nummerblokkenactie per 1 januari 2011 is dan ook niet van invloed op de door KPN uitgevoerde toets.

7.3.5 Inkoopkosten van faciliteiten

67. De inkoopkosten van faciliteiten zijn meegenomen in de oorspronkelijke toets van 14 december 2010 en zijn, zo stelt de ACM vast, ook op een juiste wijze betrokken in de toets die KPN heeft uitgevoerd op basis van het worst case scenario. Hierbij merkt de ACM op dat het CBb toentertijd heeft geoordeeld³¹ dat de ACM bij de beoordeling van de inkoopkosten geen onjuiste uitgangspunten heeft gehanteerd.
68. De ACM heeft KPN verzocht met betrekking tot de inkoopkosten voor wijzigingen van faciliteiten (mutaties) een kwantitatieve inschatting te maken op basis van historische gegevens. In reactie hierop heeft KPN een cijfermatige inschatting gemaakt van het aantal mutaties, de kosten hiervan en de invloed hiervan op de ND-5-marge. Deze inschatting is gebaseerd op de totale externe wholesaleomzet van deze diensten. Deze omzet is gerelateerd aan de maandelijks tarieven van de betreffende migratie- en mutatiediensten en toegepast op het OT2010-aanbod. Dit leidt tot extra kosten (op basis van 36 maanden) van **[vertrouwelijk: XXXXX]** euro.
69. Volgens de ACM heeft KPN een voldoende betrouwbare inschatting gemaakt van de inkoopkosten voor wijzigingen van faciliteiten. De invloed van deze kosten op de ND-5-marge is met **[vertrouwelijk: XXX]** procent gering.

7.4 Resultaat worst case benadering

70. Het door KPN gehanteerde model betreft de geactualiseerde versie van het model van 14 december 2010. De berekende ND-5-marge van het initiële aanbod van KPN was gelijk aan **[vertrouwelijk: XXX]** procent.
71. De ACM stelt vast dat KPN, met uitzondering van de inkoopkosten van de wijziging van faciliteiten, een worst case benadering heeft gehanteerd waarbij de 'meest begunstigde clause' en de beëindiging van de nummerblokkenactie per 1 januari 2011 terecht niet zijn betrokken.

³⁰ Tweede deelbesluit. Kenmerk: OPTA/AM/2011/200373, randnummer 99.

³¹ Rechtsoverweging 3.9.5. van de uitspraak d.d. 13 mei 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:134).

Besluit Openbaar

72. Het door KPN berekende worst case scenario heeft een negatief effect van **[vertrouwelijk: XXX]** procent op de ND-5-marge. Daarnaast heeft het meenemen van de inkoopkosten van wijziging van faciliteiten een negatief effect van **[vertrouwelijk: XXX]** procent op de ND-5-marge. Daarmee komt de uiteindelijke ND-5-marge van de worst case scenario toets op **[vertrouwelijk: XXX]** procent, ruim groter dan nul.
73. Omdat KPN bij een worst case scenario voldoet aan gedragsregel 5, geldt dit ook voor de gestanddoeningsmomenten van 19 oktober 2011 en 28 december 2011.
74. De ACM concludeert dat KPN gedurende de looptijd van het OT2010-aanbod heeft voldaan aan gedragsregel 5 en ziet daarom geen reden om handhavend op te treden. De ACM wijst het verzoek om handhavend op te treden dan ook af.

8 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt wijst het handhavingsverzoek van Tele2 af.

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

[w.g.]

mr. C. de Jong-Kwestro
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

15/15

Bezwaar

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Autoriteit Consument en Markt, Directie Telecom, Vervoer en Post, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

In dit bezwaarschrift kan de indiener op grond van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.