



## Besluit

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. (en haar groepsmaatschappijen) en Tele2 Nederland B.V. tegen het besluit van 4 juli 2016, zoals gewijzigd bij besluit van 10 augustus 2016, tot oplegging van een last onder dwangsom wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-utholling zoals opgenomen in het ULL-besluit 2011.**

Ons kenmerk : ACM/UIT/500347  
Zaaknummer : ACM/18/033665  
Datum : 28 september 2018

### Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) beslist in dit besluit op de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. (en haar groepsmaatschappijen, hierna: KPN) en Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2). De bezwaren van KPN en Tele2 zijn gericht tegen de last onder dwangsom die de ACM aan KPN heeft opgelegd wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-utholling zoals opgenomen in het ULL-besluit. Het verbod op marge-utholling wordt ook aangeduid als de ND-5 verplichting.
2. De overtreding van KPN was ontstaan doordat KPN met terugwerkende kracht de tarieven voor MDF-access verhoogde. KPN heeft voldaan aan de last onder dwangsom door het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven. De ACM heeft dit toegestaan door middel van een wijzigingsbesluit.
3. In deze beslissing op bezwaar beslist de ACM dat KPN met de verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven een nieuwe wholesaledienst heeft geïntroduceerd. Deze nieuwe dienst voldeed aan de ND-5 verplichting, maar voldeed niet aan andere verplichtingen uit het ULL-besluit 2011. Om die reden kon KPN de ND-5 overtreding niet ongedaan maken door de introductie van die nieuwe dienst. De ACM herroept daarom het wijzigingsbesluit. KPN moet de ND-5 overtreding ongedaan maken door de maandelijkse MDF-lijntarieven te verlagen. Hierdoor ontstaat geen nieuwe dienst.
4. Daarnaast beslist de ACM dat KPN niet kan worden verplicht om te rekenen met een terugverdienperiode die langer is dan de uniforme terugverdientijd uit randnummer 568 uit het ULL-besluit. Dit betekent dat KPN mag rekenen met een terugverdienperiode van drie jaar.
5. Ten aanzien van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** geldt dat de ACM in de oorspronkelijke last heeft geoordeeld dat bij de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** in de

periode van januari 2014 tot juli 2014 sprake is van een negatieve ND-5 marge in de ND-5 berekeningen. De bezwaargronden die zijn aangevoerd wijzigen dit oordeel niet.

6. Ten aanzien van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** geldt dat in de oorspronkelijke last is geconcludeerd dat er in deze overeenkomst gedurende de periode van oktober 2012 tot en met 1 augustus 2015 in de ND-5 berekeningen een negatieve ND-5 marge bestaat.
7. De bezwaargronden die zijn aangevoerd wijzigen dit oordeel. Uit de door KPN opgeleverde ND-5 berekeningen waarin is gerekend met een terugverdientijd van drie jaren volgt dat er ten aanzien van de overeenkomst met **[VERTROUWELIJK]** gedurende de periode van oktober 2014 tot en met 1 augustus 2015 een negatieve ND-5 marge bestaat.

## Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Verloop van de procedure</b>	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>Het bestreden besluit</b>	<b>8</b>
3.1	Besluit van 4 juli 2016: Oplegging last onder dwangsom	8
3.2	Besluit van 10 augustus 2016: Wijzigingsbesluit	9
3.3	Achtergrond: Besluit Wholesale price caps 2009-2011	10
3.4	Beslissing op bezwaar van 8 juni 2017	11
3.5	Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 juli 2018	11
<b>4</b>	<b>Juridisch kader</b>	<b>12</b>
4.1	ULL-besluit 2011	12
4.2	Beleidsregels inzake gedragsregel 5	17
<b>5</b>	<b>Bezwaargronden en overwegingen ACM</b>	<b>18</b>
5.1	Bezwaargronden Tele2	18
5.2	Bezwaargronden KPN	41
5.3	Zienswijze Tele2 naar aanleiding van uitspraak rechtbank Rotterdam	55
<b>6</b>	<b>Dictum</b>	<b>57</b>

## 1 Inleiding

8. Bij besluit van 4 juli 2016,<sup>1</sup> zoals gewijzigd bij besluit van 10 augustus 2016,<sup>2</sup> heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) vastgesteld dat Koninklijke KPN N.V. en zijn groepsmaatschappijen (hierna: KPN) in strijd hebben gehandeld met de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-utholling zoals opgenomen in het Besluit Marktanalyse Ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) van 29 december 2011<sup>3</sup> (hierna: ULL-besluit 2011). Dit verbod op marge-utholling wordt ook aangeduid als Gedragsregel 5 of de ND-5 verplichting.<sup>4</sup> Voor deze overtreding heeft de ACM een last onder dwangsom opgelegd aan KPN waarbij KPN is gelast de maandelijkse MDF-lijntarieven vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 te verlagen. De ACM heeft deze last kort daarna gewijzigd, zodat eveneens aan de last kon worden voldaan door verlaging van de *eenmalige* MDF-lijntarieven.
9. Aanleiding voor het voorgaande was een handhavingsverzoek van Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2).
10. Omdat KPN en Tele2 zich niet kunnen vinden in het oordeel van de ACM, hebben zij bezwaar gemaakt tegen de last onder dwangsom.
11. Hieronder wordt eerst het verloop van de procedure geschetst (hoofdstuk 2). Daarna worden het bestreden besluit (hoofdstuk 3) en het juridisch kader beschreven (hoofdstuk 4). Vervolgens worden de bezwaren van Tele2 en KPN en overwegingen van de ACM behandeld (hoofdstuk 5). Hierbij komen eerst de bezwaargronden van Tele2 aan bod (paragraaf 5.1), vervolgens de bezwaargronden van KPN (paragraaf 5.2) en de zienswijze van Tele2 (paragraaf 5.3). Dit besluit wordt afgesloten met het dictum (hoofdstuk 6).

---

<sup>1</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/203814 (vertrouwelijke versie KPN).

<sup>2</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/204845.

<sup>3</sup> Kenmerk OPTA/AM/2011/202886.

<sup>4</sup> De verplichting om een minimale marge te hanteren tussen diensten in de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en diensten op de downstream gelegen wholesalemarkten als bedoeld in dictumonderdeel XIV van het ULL-besluit 2011 wordt in het vervolg van dit besluit aangeduid als de ND-5 verplichting.

## 2 Verloop van de procedure

12. Bij besluit van 4 juli 2016 heeft de ACM vastgesteld dat KPN in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-utholling zoals opgenomen in het ULL-besluit 2011. De ACM heeft voor deze overtreding aan KPN een last onder dwangsom opgelegd (hierna: de oorspronkelijke last). Deze last is door de ACM bij besluit van 10 augustus 2016 gewijzigd (hierna: wijzigingsbesluit).
13. Bij brief van 12 augustus 2016, ontvangen op 15 augustus 2016, heeft KPN tegen de oorspronkelijke last een pro-forma bezwaarschrift ingediend.<sup>5</sup> Bij brief van 30 augustus 2016 heeft de ACM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en verzocht de gronden van het bezwaar uiterlijk voor 25 oktober 2016 aan te vullen.<sup>6</sup>
14. Bij brief van 12 augustus 2016, ontvangen op 15 augustus 2016, heeft Tele2 tegen de oorspronkelijke last en het wijzigingsbesluit een pro-forma bezwaarschrift ingediend.<sup>7</sup> Bij brief van 30 augustus 2016 heeft de ACM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en verzocht de gronden van het bezwaar uiterlijk voor 25 oktober 2016 aan te vullen.<sup>8</sup>
15. Bij brief van 18 oktober 2016 is de termijn voor het aanvullen van de gronden uitgesteld tot 15 november 2016.<sup>9</sup>
16. Bij brief van 14 november 2016, ontvangen op 15 november 2016 heeft KPN de gronden van het bezwaar aangevuld.<sup>10</sup> Bij brief van 21 november 2016 heeft de ACM de ontvangst van de gronden bevestigd en de termijn om te beslissen op het bezwaarschrift op grond van artikel 7:10, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) zes weken verdaagd.<sup>11</sup>
17. Bij brief van 14 november 2016, ontvangen op 16 november 2016, heeft Tele2 de gronden van het bezwaar aangevuld.<sup>12</sup> Bij brief van 21 november 2016 heeft de ACM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en de termijn om te beslissen op het bezwaarschrift op grond van artikel 7:10, derde lid, van de Awb met zes weken verdaagd.<sup>13</sup>

---

<sup>5</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/101925.

<sup>6</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/205238.

<sup>7</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016101938.

<sup>8</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/205237.

<sup>9</sup> De brief aan KPN heeft kenmerk ACM/DTVP/2016/206273 en de brief aan Tele2 heeft kenmerk ACM/DTVP/2016/206276.

<sup>10</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/102737.

<sup>11</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/207003.

<sup>12</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/309627.

<sup>13</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/207002.

18. Bij brief van 28 november 2016 heeft de ACM KPN en Tele2 uitgenodigd voor een hoorzitting om de bezwaren mondeling toe te lichten.<sup>14</sup>
19. Op 25 januari 2017 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Hierbij waren KPN en Tele2 aanwezig.
20. Het verslag van het openbare deel van de hoorzitting is bij brieven van 20 februari 2017 aan partijen toegezonden.<sup>15</sup> Partijen zijn in de gelegenheid gesteld daarop te reageren. Partijen zijn ook in de gelegenheid gesteld te reageren op de verslagen van de besloten delen van de hoorzittingen, voor zover de uitgewisselde informatie niet als (bedrijfs)vertrouwelijk is aangemerkt.
21. KPN heeft bij brief van 7 februari 2017, ontvangen op 8 februari 2017, gereageerd op een vraag gesteld tijdens de hoorzitting.<sup>16</sup> Op deze brief heeft Tele2 bij brief van 21 februari 2017, ontvangen op 22 februari 2017, gereageerd.<sup>17</sup>
22. Bij brieven van 16 maart 2017<sup>18</sup> en 6 april 2017<sup>19</sup> heeft de ACM aan KPN verzocht om nieuwe ND-5 berekeningen uit te voeren en de resultaten daarvan aan de ACM kenbaar te maken. De nieuwe ND-5 berekeningen heeft de ACM ontvangen op respectievelijk 23 maart 2017 en 12 april 2017.
23. De ACM heeft op 8 juni 2017 beslist op de tegen de last onder dwangsom gerichte bezwaren van KPN en Tele2.<sup>20</sup> Daarin zijn de bezwaren van KPN ongegrond verklaard en de bezwaren van Tele2 deels gegrond en deels ongegrond verklaard.
24. KPN en Tele2 hebben op respectievelijk 19 juli 2017 en 18 juli 2017 beroep ingesteld tegen de beslissing op bezwaar van de ACM bij de rechtbank Rotterdam.
25. De rechtbank Rotterdam heeft op 19 juli 2018 uitspraak gedaan in deze zaak.<sup>21</sup> De Rechtbank Rotterdam verklaart daarin het beroep van KPN deels gegrond en het beroep van Tele2

---

<sup>14</sup> De brief aan KPN heeft kenmerk ACM/DTVP/2016/207198 en de brief aan Tele2 heeft kenmerk ACM/DTVP/2016/207199.

<sup>15</sup> De brief aan KPN heeft kenmerk ACM/DTVP/2016/201162 en de brief aan Tele2 heeft kenmerk ACM/DTVP/2016/201162.

<sup>16</sup> Kenmerk ACM/DTVO/2017/100344.

<sup>17</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2017/100495.

<sup>18</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2017/401542.

<sup>19</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2017/202201.

<sup>20</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2017/203412.

<sup>21</sup> Zaaknummers ROT 17/4348 en ROT 17/4361.

ongegrond. Ook vernietigt de Rechtbank Rotterdam de beslissing op bezwaar en wordt de ACM opgedragen om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen.

26. Bij brief van 3 augustus 2018<sup>22</sup> heeft de ACM aan KPN verzocht om nieuwe ND-5 berekeningen uit te voeren en de resultaten daarvan aan de ACM kenbaar te maken. De nieuwe ND-5 berekeningen heeft de ACM ontvangen op 17 augustus 2018.<sup>23</sup>
27. Bij brieven van 9 augustus 2018 zijn zowel KPN<sup>24</sup> als Tele2<sup>25</sup> in de gelegenheid gesteld om te reageren op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Ook heeft de ACM de termijn om te beslissen op het bezwaar op grond van artikel 7:10, derde lid, van de Awb met zes weken verdaagd in deze brieven.
28. Op 31 augustus 2018 hebben zowel KPN<sup>26</sup> als Tele2<sup>27</sup> hun reactie op de uitspraak van rechtbank Rotterdam aan de ACM doen toekomen. Op 5 september 2018 heeft de ACM de reacties doorgestuurd naar de andere partij om partijen de mogelijkheid te bieden om te reageren op elkaars ingediende stukken.<sup>28</sup>
29. Op 18 september 2018 heeft KPN gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op de reactie van Tele2 op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam.<sup>29</sup>
30. Op 19 september 2018 heeft Tele2 van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.<sup>30</sup>

---

<sup>22</sup> Kenmerk ACM/UIT/497889.

<sup>23</sup> Kenmerk ACM/IN/420134.

<sup>24</sup> Kenmerk ACM/UIT/498167.

<sup>25</sup> Kenmerk ACM/UIT/498244.

<sup>26</sup> Kenmerk ACM/IN/420882.

<sup>27</sup> Kenmerk ACM/IN/420701.

<sup>28</sup> Kenmerken ACM/UIT/499108 en ACM/UIT/499100.

<sup>29</sup> Kenmerk ACM/IN/421304.

<sup>30</sup> Kenmerk ACM/IN/421320.

### 3 Het bestreden besluit

31. Het bestreden besluit bestaat uit een oorspronkelijke last onder dwangsom en een wijzigingsbesluit. In de oorspronkelijke last heeft de ACM vastgesteld dat KPN in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-utholling uit het ULL-besluit 2011. De ACM heeft voor deze overtreding aan KPN een last onder dwangsom opgelegd. Deze last is bij besluit van 10 augustus 2016 door de ACM gewijzigd. Hieronder wordt een korte schets gegeven van de achtergrond en inhoud van de oorspronkelijke last en het wijzigingsbesluit.

#### 3.1 Besluit van 4 juli 2016: Oplegging last onder dwangsom

32. Op 8 juni 2015 heeft Tele2 de ACM verzocht handhavend op te treden tegen KPN. Volgens Tele2 heeft KPN het verbod op marge-utholling overtreden, zoals opgenomen in het ULL-besluit 2011.
33. KPN heeft naar aanleiding van het wijzigingsbesluit WPC-IIa met terugwerkende kracht de tarieven voor MDF-access herzien voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 30 juni 2014. Op 17 juli 2014 heeft KPN hiervoor een navorderingsfactuur voor MDF-access gestuurd aan Tele2. Na de uitspraak van het CBb van 21 juli 2015 in de zaak over WPC-IIa heeft KPN op 26 augustus 2015 wederom navorderingsfacturen gezonden aan Tele2 op basis van het wijzigingsbesluit WPC-IIa.
34. Volgens Tele2 is dit een overtreding van de ND-5 verplichting, omdat er met de verhoging onvoldoende marge blijft bestaan tussen het tariefniveau voor MDF-access en het tariefniveau voor WBA-diensten, meer in het bijzonder het tariefniveau voor de dienst WBA co-invest.
35. Naar aanleiding van het handhavingsverzoek heeft de ACM onderzocht of KPN op juiste wijze alle kosten heeft meegenomen in de ND-5 toetsen. Specifiek is hierbij gekeken naar de kosten voor SEV,<sup>31</sup> MDF-stroom,<sup>32</sup> overige MDF-collocatiefaciliteiten<sup>33</sup> en de terugverdiensijd.<sup>34</sup> Uit dit onderzoek heeft de ACM geconcludeerd dat KPN de kosten voor SEV en MDF-stroom op de door de ACM aangegeven wijze in de ND-5 toetsen moet verwerken. Daarnaast moet de eenmalige omzet voor de poortblokken in de dienst WBA co-invest in de ND-5 toets worden meegenomen op basis van de looptijd van de overeenkomst.

---

<sup>31</sup> SEV is het tarief voor de centrale backup-stroomvoorziening in een MDF-locatie.

<sup>32</sup> MDF stroom is het tarief voor de afname van stroom op de MDF-locatie.

<sup>33</sup> Naast SEV en MDF stroom bestaat MDF-collocatie uit verschillende andere faciliteiten, zoals koppelkabels koper, koppelkabels glas, SIP kasten, voedingskasten, footprints, en generieke collocatievoorzieningen.

<sup>34</sup> De terugverdiensijd is de periode waarover de (eenmalige en terugkerende) tarieven en de (eenmalige en terugkerende) kosten van de dienst moeten worden betrokken in de ND-5 toets. Dit wordt ook wel de terugverdienperiode genoemd.



36. Op basis van deze uitgangspunten heeft KPN nieuwe ND-5 toetsen opgeleverd en heeft de ACM beoordeeld of deze toetsen voldoen aan de ND-5 verplichting.
37. De ACM heeft geoordeeld dat KPN de non-discrimatieverplichting en het verbod op marge-  
uitholling heeft overtreden. KPN heeft de non-discrimatieverplichting overtreden, door de  
externe MDF-tarieven te verhogen en deze verhoging niet door te voeren voor de interne  
leveringen van KPN ten behoeve van het WBA co-invest contract met [VERTROUWELIJK]<sup>35</sup> en  
het WBA contract met Partij B inzake [VERTROUWELIJK].<sup>36</sup> Dit waren de contracten waarbij  
een overtreding van de ND-5 verplichting was vastgesteld. Uit de door KPN aangeleverde ND-5  
berekeningen blijkt dat er sprake is van een negatieve marge voor deze contracten.
38. Dit heeft geresulteerd in een last onder dwangsom die de ACM op 4 juli 2016 aan KPN heeft  
opgelegd. In deze last heeft de ACM geoordeeld dat KPN met de herziening van de MDF-  
tarieven de ND-5 verplichting uit het ULL-besluit 2011 heeft overtreden. Om de voortdurende  
gevolgen van de overtreding te beëindigen, heeft de ACM KPN het volgende gelast:
1. de maandelijkse lijntarieven voor MDF vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015<sup>37</sup>  
zodanig te verlagen dat wordt voldaan aan de ND-5 verplichting uit het ULL-besluit  
2011;
  2. deze maandelijkse tarieven voor MDF te publiceren op de KPN Wholesale website;
  3. dat KPN de ND-5 toetsen over de periode van het vierde kwartaal van 2012 tot en  
met het derde kwartaal van 2015 dient te verstrekken aan ACM voor de diensten  
“WBA co-invest” (afgenomen door Partij A) en “WBA [VERTROUWELIJK]”  
(afgenomen door Partij B);
  4. de last binnen vijftien werkdagen na dagtekening van het besluit uit te hebben  
gevoerd. Indien KPN hier niet aan voldoet, verbeurt hij een dwangsom van € 500.000  
(zegge: vijfhonderdduizend euro) per dag met een maximum van € 5.000.000 (zegge:  
vijf miljoen euro).

### 3.2 Besluit van 10 augustus 2016: Wijzigingsbesluit

39. Bij brief van 7 juli 2016 heeft KPN aan de ACM aangegeven op welke manier zij wil voldoen aan  
de last. Het voorstel van KPN voorziet in een verlaging van met name de *eenmalige* MDF  
lijntarieven. De last is zo geschreven dat hieraan slechts kan worden voldaan indien de  
*maandelijkse* MDF lijntarieven worden verlaagd.

---

<sup>35</sup> Dit contract staat beschreven in randnummer 47 van de oorspronkelijke last. [VERTROUWELIJK] wordt ook aangeduid  
als Partij A.

<sup>36</sup> Dit contract staat beschreven in randnummer 57 van de oorspronkelijke last. [VERTROUWELIJK] wordt ook aangeduid  
als Partij B.

<sup>37</sup> Deze einddatum is gehanteerd, omdat op die datum het WBA-Coinvest contract met Partij A is beëindigd.

40. Tele2 heeft bij brief van 29 juli 2016 haar zienswijze gegeven op het voorstel van KPN. De ACM heeft bij besluit van 10 augustus 2016 de last gewijzigd, zodat eveneens aan de last kan worden voldaan door verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven.

### 3.3 Achtergrond: Besluit Wholesale price caps 2009-2011

41. Op 16 december 2009 heeft de ACM het besluit Wholesale price caps 2009-2011 (hierna: WPC-IIa-besluit) genomen.<sup>38</sup> Het WPC-IIa-besluit betreft onder meer de operationalisering van wholesaleverplichtingen die in een aantal marktanalysebesluiten aan KPN zijn opgelegd. Deze verplichtingen betreffen de tariefregulering van een groot aantal wholesalediensten van KPN door het opleggen van tariefplafonds (wholesale price caps) conform de systematiek zoals opgenomen in Annex C van die marktanalysebesluiten. Het WPC-IIa-besluit betreft de vaststelling van tariefplafonds voor diensten en dienstelementen voor de reguleringsperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2011.
42. Op grond van het ULL-besluit 2011, waarin wederom tariefregulering is opgelegd, is bepaald dat de in het WPC-IIa-besluit opgenomen tariefplafonds na indexering ook gelden tijdens de geldingsduur van dit besluit. In het ULL-besluit 2015 is bepaald dat na indexering de tariefplafonds uit het ULL-besluit 2011 zullen gelden.
43. Bij tussenuitspraak van 23 september 2013 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) de ACM opgedragen om het WPC-IIa-besluit op een vijftal punten aan te passen.<sup>39</sup> Deze tussenuitspraak heeft plaatsgevonden in de lopende beroepsprocedure tegen het WPC-IIa-besluit.
44. Bij besluit van 19 juni 2014 heeft de ACM het WPC-IIa-besluit op een vijftal punten aangepast en bepaald dat de aanpassingen in de tariefplafonds gelden met ingang van 1 januari 2011, in plaats van 1 januari 2009.<sup>40</sup>
45. Op 21 juli 2015 heeft het CBb uitspraak gedaan in de zaak over WPC-IIa.<sup>41</sup> In deze uitspraak vernietigt het CBb het wijzigingsbesluit WPC-IIa voor zover daarbij in dictumonderdeel IX van dat besluit is bepaald dat de in Annex A van het besluit opgenomen tariefplafonds in werking treden op 1 januari 2011. Het CBb voorziet zelf in de zaak door de tariefplafonds vanaf 1 januari 2009 te laten gelden.

---

<sup>38</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2009/203507.

<sup>39</sup> ECLI:NL:CBB:2013:184.

<sup>40</sup> Kenmerk: ACM/DTVP/2014/203443.

<sup>41</sup> ECLI:NL:CBB:2015:260.

### 3.4 Beslissing op bezwaar van 8 juni 2017

46. Op 8 juni 2017 heeft de ACM naar aanleiding van de bezwaren van Tele2 en KPN een beslissing op bezwaar genomen. In dit besluit heeft de ACM overwogen dat KPN door de eenmalige MDF-lijntarieven te verlagen een nieuwe wholesaledienst heeft geïntroduceerd. Hoewel deze nieuwe dienst voldeed aan de ND-5 verplichting handelde KPN met de introductie van deze nieuwe dienst in strijd met andere verplichtingen uit het ULL-besluit 2011, zoals het verbod op strategisch productontwerp en de transparantieplichting.
47. Daarnaast overwoog de ACM dat in gevallen dat het evident is dat de periode van de business case de standaard terugverdientijd van drie jaar overstijgt, KPN verplicht is de initiële contractduur als terugverdientijd te hanteren in de ND-5 berekening. Aldus had KPN in het contract met partij A moeten rekenen met een terugverdientijd van [VERTROUWELIJK] en in het contract met [VERTROUWELIJK] met een terugverdientijd van [VERTROUWELIJK].

### 3.5 Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 juli 2018

48. In haar uitspraak van 19 juli 2018 heeft de rechtbank Rotterdam het beroep van KPN gegrond verklaard, voor zover deze betrekking had op de te hanteren terugverdientijd in de ND-5 berekening. De rechtbank kwam tot de conclusie dat de tekst van het ULL-besluit 2011 en de Beleidsregels inzake gedragsregel 5 geen aanknopingspunten bieden KPN te verplichten een terugverdientijd te hanteren van langer dan drie jaar in de ND-5 berekening. De overige beroepsgronden van zowel KPN als Tele2 werden ongegrond verklaard door de rechtbank. De rechtbank heeft vervolgens het bestreden besluit in zijn volledigheid vernietigd.

## 4 Juridisch kader

49. De hierna genoemde regelgeving en verplichtingen zijn bij deze beslissing op bezwaar gebruikt als toetsingskader ten aanzien van de beoordeling van de bezwaren van KPN en Tele2.

### 4.1 ULL-besluit 2011

50. De verplichtingen, voor zover van belang voor de beoordeling van de bezwaren van KPN en Tele2, zijn opgenomen in het ULL-besluit 2011. Dit besluit trad in werking op 1 januari 2012 en gold tot 1 januari 2016.

#### **Definities**

51. In randnummer 561 van het ULL-besluit 2011 wordt uiteengezet wat wordt verstaan onder wholesaledienst. Hieronder wordt het volgende verstaan:

*De aanbieding die door KPN aan een wholesaleafnemer wordt of is gedaan of reeds door een wholesaleafnemer wordt afgenomen. Wholesalediensten onderscheiden zich van elkaar indien deze een wholesaleafnemer een andere toegevoegde waarde bieden. De toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit (bijvoorbeeld service of storingsbehandeling) en/of leveringsvoorwaarden (bijvoorbeeld contractsduur of opzegmogelijkheden). Bij een aanbieding met verschillende keuzemogelijkheden (bijvoorbeeld zelfselectieschema's) is iedere combinatie van keuzes een aparte dienst.*

52. In randnummer 562 van het ULL-besluit 2011 wordt uiteengezet wat wordt verstaan onder bundel. Hieronder wordt het volgende verstaan:

*Een gecombineerd aanbod van diensten of een gecombineerde afname van diensten. Niet iedere dienst is een bundel, maar elke bundel is wel een dienst.*

#### **Toegangsverplichting en verbod op strategisch productontwerp**

53. In het ULL-besluit 2011 is aan KPN een toegangsverplichting opgelegd. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de onderdelen VI tot en met VIII van dit besluit. Onderdeel k van dictumonderdeel VIII van het besluit bevat een verbod op strategisch productontwerp.

Dictumonderdeel VI van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*VI. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om te voldoen aan redelijke verzoeken tot ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten. Deze verplichting heeft betrekking op ontbundelde toegang en ziet op toegang tot het koperaansluitnetwerk op het niveau van de hoofdverdelers (MDF-access) (gedeeld of volledig ontbundeld), SDF-access (gedeeld of volledig ontbundeld), en ontbundelde toegang tot glasaansluitnetwerken op het niveau van de optische verdelers (ODF-access FttH) (volledig ontbundeld).*

Dictumonderdeel VII van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*VII. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om alle bijbehorende faciliteiten te leveren als onderdeel van toegang. Dit zijn in ieder geval de onderstaande bijbehorende faciliteiten:*

- a. co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten (inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten, gebouwen of masten). Na implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen in de Tw (wetsvoorstel 32549) luidt deze verplichting als volgt: colocatie of andere vormen van gedeeld gebruik van bijbehorende faciliteiten;*
- b. open toegang tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit;*
- c. toegang tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om eerlijke concurrentie bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten te waarborgen;*
- d. toegang tot SDF- en ODF-backhaul.*

*VIII. Op grond van artikel 6a.6, derde en vierde lid, van de Tw verbindt het college aan de toegangsverplichting de volgende voorschriften:*

- a. KPN dient te goeder trouw te onderhandelen met aanbieders van elektronische communicatiediensten die verzoeken om ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten);*
- b. KPN dient informatie die een toegangverzoekende partij redelijkerwijs nodig heeft om een voldoende gespecificeerd verzoek om ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) te kunnen doen, desgevraagd tijdig en volledig te verstrekken;*
- c. KPN dient verzoeken om ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) tijdig en adequaat in behandeling te nemen en zo nodig met de toegangverzoekende partij te bespreken. Een redelijke reactie op het verzoek om toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) dient binnen een redelijke termijn aan de verzoekende partij verstrekt te worden. Het college is van oordeel dat alleen in uitzonderingssituaties een termijn van meer dan twee weken redelijk kan zijn voor een reactie;*
- d. KPN mag geen onredelijke voorwaarden verbinden aan het verlenen van ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten);*
- e. KPN dient een redelijke procedure op te stellen en te gebruiken voor het behandelen van verzoeken om nieuwe vormen van ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) en deze in haar referentieaanbod op te nemen;*
- f. KPN mag aan de ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) geen beperkingen opleggen, tenzij daarvoor een redelijke en objectieveerbare rechtvaardiging bestaat;*
- g. KPN dient kenbare en in de telecommunicatiesector gebruikelijke technische standaarden te hanteren ten aanzien van het netwerk en/of de toegangsdienst (inclusief bijbehorende faciliteiten);*
- h. KPN dient ten minste een redelijke kwaliteit van dienstverlening te leveren, inclusief ten minste redelijke leveringstermijnen. KPN dient in elk geval een redelijke minimumkwaliteit te garanderen aan de hand van ten minste redelijke serviceniveaus voor bestelling, levering, exploitatie, onderhoud en storingsherstel van diensten. Dit houdt ten minste in het hanteren van expliciete en redelijke kwaliteitsparameters voor de te verstrekken diensten, een redelijke resultaatsverplichting voor de minimumserviceniveaus en een hieraan gekoppeld redelijk boetebeding in geval van niet-nakoming van de gestelde kwaliteitsniveaus;*

- i. KPN dient ten minste eens per kwartaal een complete en gedetailleerde kwaliteitsrapportage te verstrekken aan wholesale-afnemers over de realisatie van service levels (als genoemd onder h.). De rapportage dient aan te sluiten op de wijze waarop de KPI's en boetes (als beide genoemd onder h.) zijn gedefinieerd. De rapportage bevat uitgesplitst per productgroep ten minste de totale hoeveelheid opgeleverde producten en de opgeleverde producten per marktpartij;*
- j. KPN mag ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) niet slechts in gebundelde vorm aanbieden indien daarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat;*
- k. KPN mag ontbundelde toegangsdiensten (inclusief bijbehorende faciliteiten) niet strategisch ontwerpen indien daarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat;*
- l. KPN mag informatie waarvan redelijkerwijs aangenomen dient te worden dat deze vertrouwelijk is die zij ten behoeve van het verlenen van ontbundelde toegang (inclusief bijbehorende faciliteiten) verkrijgt, slechts gebruiken voor dat doel en niet voor andere doelen en niet met derden delen; en*
- m. KPN mag de al verleende ontbundelde toegang niet intrekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. In dit laatste geval dient KPN een verzoek tot intrekking van reeds verleende toegang aan het college ter goedkeuring voor te leggen. Het college zal bij de beoordeling van dergelijke verzoeken onder andere de volgende randvoorwaarden hanteren: (1) een redelijke uitfaseringstermijn, (2) de beschikbaarheid van gereguleerde redelijke alternatieven, (3) een gelijke behandeling wat betreft de uitfasering van gerelateerde door KPN zelf gebruikte diensten, (4) heldere procedures voor de uitfasering en (5) garantie van dienstverlening bij migratie.*

#### **Non discriminatie verplichting**

54. In het ULL-besluit 2011 is aan KPN een non-discriminatieverplichting opgelegd. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de onderdelen IX tot en met XV van het dictum van dit besluit.

Dictumonderdeel IX van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*IX. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.8 van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen (non-discriminatieverplichting). De verplichting heeft betrekking op alle voorwaarden, waaronder ook de tariefvoorwaarden.*

Dictumonderdeel XII van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*XII. KPN dient het verbod op tariefdifferentiatie binnen drie maanden na inwerkingtreding van onderhavig besluit te implementeren. Tijdens de implementatietermijn blijft de normering voor tariefdifferentiatie (gedragsregels ND-1 t/m ND-4) uit het vorige marktanalysebesluit ontbundelde toegang (2010) van kracht.*

Dictumonderdeel XIV van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*XIV. Als onderdeel van de non-discriminatieverplichting legt het college aan KPN de verplichting op om een minimale marge te hanteren tussen diensten in de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en diensten op de downstream gelegen wholesalemarkten (ND-5 toets). De inhoud van deze verplichting is uitgewerkt in paragraaf 8.3.2.*

Dictumonderdeel XV van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*XV. Als onderdeel van de ND-5 toets legt het college aan KPN de volgende voorschriften op:*

*a. Beschikbaarheid ND-5 toetsen*

*KPN dient voor iedere downstreamdienst waarop ND-5 van toepassing is, op zorgvuldige en gedetailleerde wijze een ND-5 toets uit te voeren en te archiveren voorafgaand aan het moment van aanbieden (offreren). Wijzigingen in de aanbieding gedurende het proces tussen offerte en overeenkomst dienen door KPN eveneens te worden vastgelegd in een aangepaste zorgvuldige en gedetailleerde ND-5 toets. Slechts voor zover KPN op een andere zorgvuldige en gedetailleerde wijze, dan op basis van een volledig uitgewerkte ND-5 toets kan verzekeren dat aan ND-5 wordt voldaan, is het KPN toegestaan in plaats van de ND-5 toets toe te passen, deze andere wijze uit te voeren. KPN dient in een dergelijk geval de relevante documentatie te archiveren die aan die (interne) verzekering ten grondslag ligt. In navolging op een verzoek van het college dient KPN binnen drie werkdagen de gearhiveerde ND-5 (toets)informatie aan het college op te leveren.*

*b. Kwartaaloplevering ND-5 toetsen*

*Binnen de reikwijdte van ND-5 dient KPN het college voor alle standaard downstreamdiensten (dus niet zijnde maatwerk) eens per kwartaal te voorzien van de door haar gebruikte meest actuele versie van de ND-5 toetsen. In terminologie van KPN betreft dit momenteel de zogenaamde 'list price modellen' (inclusief sales mandaten). Een openbare versie van deze ND-5 toetsen dient KPN eens per kwartaal op het openbare deel van haar website te publiceren.*

*c. Implementatietermijnen ND-5 verplichting*

*Vanaf het moment van inwerkingtreding van onderhavig besluit zal KPN enige tijd nodig hebben om de impact van ND-5 op zowel haar actief afneembaar portfolio (list prices, uitstaande offertes) als haar installed base (lopende contracten) te onderzoeken. Het college acht een termijn van drie maanden redelijk voor het doorvoeren van eventuele prijsaanpassingen ten behoeve van het actief afneembaar portfolio. Voor de eventuele correcties van de installed base acht het college een termijn van negen maanden redelijk.*

55. In paragraaf 8.3.2 van het ULL-besluit 2011 wordt het verbod op marge uitholling verder toegelicht. Dit verbod wordt als volgt omschreven:

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

56. Ten aanzien van de terugverdiensijd die moet worden gehanteerd in de ND-5 toets staat in randnummer 568 van het ULL-besluit 2011 het volgende opgenomen:

*Ten behoeve van de ND-5 toetsing dient KPN de eenmalige tarieven en incentives te verdisconteren over een redelijke terugverdiensijd. Het college verstaat onder redelijke terugverdiensperiode de periode die een aanbieder in zijn business case hanteert waarbinnen de kosten voor een klant gemiddeld gesproken moeten zijn terugverdiend. Om*



*praktische redenen stelt het college een uniforme standaard terugverdienperiode vast van drie jaar. In die gevallen dat het evident is dat de periode van de business case de uniforme standaard periode van drie jaar overstijgt (dat is zo in het geval van langjarige contracten), is het KPN toegestaan om te rekenen met de initieel overeen te komen contractduur als terugverdienperiode in de ND-5 toets.*

#### **Transparantieverplichting**

57. In het ULL-besluit 2011 is aan KPN een transparantieverplichting opgelegd. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de onderdelen XVI en XVII.

Dictumonderdeel XVI van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*XVI. Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.9, tweede lid, van de Tw legt het college aan KPN een algemene transparantieverplichting op en de verplichting om een referentieaanbod bekend te maken.*

Dictumonderdeel XVII van het ULL-besluit 2011 luidt als volgt:

*XVII. Op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw verbindt het college aan de verplichting om een referentieaanbod te publiceren de hierna genoemde voorschriften:*

- a. KPN dient het referentieaanbod binnen één maand na de inwerkingtreding van dit besluit bekend te maken;*
- b. KPN dient voor nieuwe of gewijzigde diensten een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden in acht te nemen, voordat een dergelijke dienst wordt geïmplementeerd;*
- c. KPN dient het referentieaanbod in ieder geval op elektronische wijze te publiceren op haar website;*
- d. KPN dient het referentieaanbod en wijzigingen daarvan in ieder geval bekend te maken via een elektronische nieuwsbrief aan bestaande afnemers;*
- e. KPN dient het college niet later te informeren dan dat zij potentiële afnemers informeert over voorgenomen wijzigingen;*
- f. KPN dient zorg te dragen dat de aangekondigde wholesaledienst ook daadwerkelijk afneembaar is aan het einde van de aankondigingstermijn met inachtneming van de geldende verplichtingen; en*
- g. KPN dient het referentieaanbod op te splitsen naar de onderscheiden vormen van toegang.*

58. In randnummer 2523 van de Nota van Bevindingen bij het ULL-besluit 2011 is het volgende opgenomen over de transparantieverplichting:

*Het college acht het echter van belang dat het proces van informatieverstrekking wordt verzekerd met een minimum termijn van twee maanden om zo zekerheid te creëren voor wholesaleafnemers. Daarbij ziet het college twee concrete uitzonderingssituaties waarbij KPN een kortere aankondigingstermijn mag hanteren dan twee maanden, namelijk indien:*

- alle potentiële (externe) afnemers unaniem akkoord zijn met een snellere introductie van de betreffende dienst en daarmee met een kortere aankondigingstermijn dan twee maanden; en*
- het wijzigingen betreft in het referentieaanbod uit hoofde van regulering, zoals een handavings- of aanwijzingsbesluit van het college.*



## 4.2 Beleidsregels inzake gedragsregel 5

59. De Beleidsregels inzake gedragsregel 5 van 27 mei 2009 (hierna: de Beleidsregels) 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. De Beleidsregels zijn samengevat en luiden – voor zover bij de beoordeling van de bezwaren van belang – als volgt:<sup>42</sup>

### Beleidsregel 1

*Het college acht een uniforme periode van 3 jaar een redelijke terugverdientijd voor eenmalige tarieven en incentives van downstreamdiensten.*

### Beleidsregel 5

*KPN dient nieuwe diensten die niet in overeenstemming zijn met gedragsregel 5 te corrigeren vanaf het moment van de start van de overtreding van gedragsregel 5.*

*Voor de correctie van bestaande diensten die thans niet aan gedragsregel 5 voldoen, kan het college KPN, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, een redelijke overgangstermijn gunnen.*

---

<sup>42</sup> Beleidsregels inzake gedragsregel 5 van 27 mei 2009, kenmerk OPTA/AM/2009/201145, p. 4-5.

## 5 Bezwaargronden en overwegingen ACM

60. In dit hoofdstuk worden eerst de bezwaargronden van Tele2 en de overwegingen van de ACM hierover uiteengezet. Vervolgens komen de bezwaargronden van KPN en de overwegingen van de ACM daarbij aan bod.

### 5.1 Bezwaargronden Tele2

#### 5.1.1 Bezwaargrond A: De gewijzigde last in het wijzigingsbesluit herstelt de overtreding van ND-5 niet

61. Tele2 stelt dat de door ACM opgelegde last, zoals gewijzigd met het wijzigingsbesluit, de overtreding van de ND-5 verplichting door KPN niet herstelt. Naar mening van Tele2 maakt een verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven de overtreding van de ND-5 verplichting die is veroorzaakt door de verhoging van de maandelijkse MDF-lijntarieven niet ongedaan.<sup>43</sup>
62. Tele2 betoogt in haar bezwaarschrift dat KPN met terugwerkende kracht een nieuwe wholesaledienst introduceert als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit 2011 die niet door Tele2 is en kon worden afgenomen wanneer zij de éénmalige tarieven voor MDF-access met terugwerkende kracht voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 wijzigt. Volgens Tele2 biedt MDF-access waarvoor geen eenmalig tarief in rekening wordt gebracht, maar uitsluitend een maandelijks tarief, een andere toegevoegde waarde die de basis vormt voor een andere business case en daarmee dus voldoet aan de criteria van een nieuwe dienst.
63. Volgens Tele2 kan de overtreding van de ND-5 verplichting niet ongedaan worden gemaakt door de introductie van een nieuwe dienst met terugwerkende kracht die wel voldoet aan deze verplichting. De ND-5 overtreding met betrekking tot de initiële dienst die door Tele2 is afgenomen en is gebaseerd op eenmalige en maandelijkse tarieven blijft namelijk nog steeds bestaan volgens Tele2. Ter onderbouwing hiervan verwijst Tele2 naar randnummer 196 van de oorspronkelijke last waarin het volgende staat opgenomen:

*“Met het wijzigen van de voorwaarden en tarieven creëert KPN een nieuw (gewijzigd) aanbod en daarmee een nieuwe dienst. De gewijzigde aanbidding (met een hoge tarief) voldoet mogelijk aan ND-5, maar de oorspronkelijk aangeboden en reeds afgenomen of overeengekomen aanbidding (voorafgaand aan de wijziging) voldoet dan nog steeds niet aan ND-5. Beide aanbiddingen en overeenkomsten dienen te voldoen aan ND-5.”*

---

<sup>43</sup> Aanvullend bezwaarschrift Tele2, paragraaf 3.

64. Naar het oordeel van Tele2 kan de ND-5 overtreding die is ontstaan door de verhoging van de maandelijkse MDF-lijntarieven alleen hersteld worden door verlaging van de *maandelijkse* MDF-lijntarieven en niet door verlaging van de *eenmalige* MDF-lijntarieven.

**Overwegingen ACM**

65. In de onderstaande overwegingen gaat de ACM allereerst in op de vraag of er een nieuwe dienst zou ontstaan indien KPN ter opvolging van het wijzigingsbesluit de eenmalige MDF-lijntarieven zou verlagen in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. Vervolgens gaat de ACM in op de vraag wat de gevolgen voor de oude dienst zijn wanneer een nieuwe dienst in de plaats van deze oude dienst komt. Tot slot gaat de ACM in op het vraagstuk of door het introduceren van een nieuwe dienst in deze periode de ND-5 overtreding op de oude dienst kan worden weggenomen.

***Door verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven is een nieuwe dienst gecreëerd***

66. De ACM constateert in de eerste plaats dat MDF-access bestaat uit zowel maandelijkse MDF-lijntarieven als eenmalige MDF-lijntarieven. Door het met terugwerkende kracht verlagen van eenmalige MDF-lijntarieven ontstaat naar het oordeel van de ACM met terugwerkende kracht een nieuwe dienst voor MDF-access als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit 2011 voor de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. De ACM overweegt hiertoe dat door het herbalanceren van de MDF-lijntarieven voor deze periode sprake is van een andere toegevoegde waarde voor MDF-access als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit 2011. Door het herbalanceren van de MDF-tarieven wordt immers een nieuwe tariefstructuur voor MDF-access gecreëerd. Op grond van deze gewijzigde tariefstructuur hadden partijen als Tele2 in het verleden een andere keuze kunnen maken.
67. De ACM overweegt dat KPN in zijn gepubliceerde aanbod voor MDF-access een clausule had opgenomen op grond waarvan de tarieven voor MDF-access met terugwerkende kracht konden worden aangepast indien de voorwaarden uit deze clausule vervuld werden. Deze clausule luidt als volgt:

*“Ten aanzien van de tarieven opgenomen in deze Tariff Schedule behoudt KPN zich alle rechten voor, waaronder (doch niet beperkt tot) het recht om de tarieven aan te passen en om de aldus aangepaste tarieven met terugwerkende kracht in rekening te brengen, vermeerderd met wettelijke rente, indien de door KPN tegen het ter operationalisering van de in het marktanalysebesluit ULL van OPTA van 19 december 2008 aan KPN opgelegde tariefverplichtingen gepubliceerde besluit Wholesale price cap 2009-2011 van 16 december*

2009 (OPTA/AM/2009/203507) aangewende rechtsmiddelen ertoe leiden dat de onderhavige verplichtingen van KPN vervallen dan wel worden aangepast.<sup>44</sup>

68. De ACM overweegt dat deze clausule aan KPN de ruimte biedt om met terugwerkende kracht zowel de maandelijkse als de eenmalige MDF-lijntarieven te wijzigen indien de door KPN aangewende rechtsmiddelen ertoe leiden dat de aan KPN opgelegde tariefverplichtingen vervallen dan wel worden aangepast. Daarmee is de eventuele verhoging of verlaging van de MDF-lijntarieven voor zover deze volgt uit een gerechtelijke uitspraak een voorwaarde in het aanbod van KPN. In dat geval wordt geen nieuwe dienst gecreëerd als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit 2011.
69. De ACM constateert dat de uitspraak van het CBb voor KPN de voorwaarde heeft geschapen om zijn MDF-tarieven te verhogen.<sup>45</sup> Op grond van deze uitspraak van het CBb zijn immers de tariefplafonds voor zowel de eenmalige als de maandelijkse MDF-lijntarieven verhoogd.
70. De ACM overweegt dan ook dat KPN op grond van de uitspraak van het CBb en de expliciete voorwaarde in het aanbod voor MDF-access gerechtigd was om zowel de eenmalige als de maandelijkse MDF-lijntarieven tot maximaal het nieuwe tariefplafond te verhogen, voor zover de overige verplichtingen uit het marktanalysebesluit (met name de ND-5 verplichting) hiervoor ruimte boden. KPN heeft naar aanleiding van de uitspraak van het CBb binnen de nieuwe tariefplafonds de maandelijkse MDF-lijntarieven verhoogd. De ACM overweegt dat KPN deze tariefsverhoging te ver heeft doorgevoerd waardoor de ND-5 verplichting is overtreden. Deze overtreding volgt uit de door KPN opgeleverde ND-5 toetsen.
71. Naar het oordeel van de ACM is KPN gehouden om de ontstane ND-5 overtreding door het verhogen van de maandelijkse MDF-lijntarieven ongedaan te maken door deze verhoging van de maandelijkse MDF-lijntarieven in zoverre ongedaan te maken dat wel wordt voldaan aan de ND-5 verplichting uit het ULL-besluit 2011. Een verlaging van eenmalige MDF-lijntarieven om de ND-5 overtreding ongedaan te maken is naar het oordeel van de ACM niet toegestaan.
72. De ACM overweegt hiertoe dat uitspraak van het CBb geen aanleiding geeft voor een volledige herbalancering van de tariefstructuur van de MDF-tarieven door onder meer de eenmalige MDF-lijntarieven met terugwerkende kracht te *verlagen*. Een verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven vloeit namelijk niet voort uit de uitspraak van het CBb (het gaat immers om een verhoging van de tariefplafonds), maar is een vrijwillige commerciële keuze van KPN. Deze

---

<sup>44</sup> Zie het aanbod voor MDF-access getiteld '*reference offer for MDF Access services Tariff Schedule*', in de periode 1 oktober 2011 tot 1 augustus 2015, pagina 3.

<sup>45</sup> Uitspraak van het CBb van 9 januari 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:BY8016).

verlaging valt niet onder de voorwaarde die KPN in zijn MDF-access aanbod had opgenomen.<sup>46</sup> Naar het oordeel van de ACM wordt door het verlagen van de eenmalige tarieven door KPN een nieuwe dienst geïntroduceerd als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit 2011.

73. De ACM overweegt dat met het verlagen van de maandelijkse MDF-lijntarieven door KPN om de ND-5 overtreding ongedaan te maken geen nieuwe dienst wordt geïntroduceerd. Deze verlaging moet naar het oordeel van de ACM gezien worden als het ongedaan maken van een verhoging van de maandelijkse MDF-lijntarieven, zodat de overtreding van de ND-5 verplichting wordt weggenomen. Het verhogen van deze maandelijkse MDF-lijntarieven was een direct gevolg van de rechterlijke uitspraak inzake WPC IIa en daardoor toegestaan met terugwerkende kracht. Deze verhoging wordt echter begrensd door de ND-5-verplichting. Doordat de voorwaarde van wijzigingen naar aanleiding van aan te wenden rechtsmiddelen reeds was opgenomen in het aanbod voor MDF-access, betreft deze wijziging geen introductie van een nieuwe dienst.

***De nieuwe dienst is in de plaats gekomen van de oude dienst***

74. Indien het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven zou zijn toegestaan, zou dit juridisch gezien betekenen dat de geïntroduceerde nieuwe dienst MDF-access zonder eenmalige MDF-lijntarieven de dienst MDF-access met eenmalige en maandelijkse MDF-lijntarieven in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 met terugwerkende kracht vervangt. De ACM overweegt daartoe dat het met terugwerkende kracht aanbieden van een nieuw aanbod voor MDF-access (zonder eenmalige MDF-lijntarieven) in dat geval tot gevolg heeft dat het oorspronkelijke aanbod voor MDF-access (met eenmalige MDF-lijntarieven) met terugwerkende kracht in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 niet heeft bestaan. Er kan immers in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 met terugwerkende kracht geen MDF-access worden afgenomen met de oude eenmalige MDF-lijntarieven zoals die golden voor de uitspraak van het CBb. Deze dienst wordt dan ook geacht in deze periode nooit te hebben bestaan, zodat voor deze dienst ook geen ND-5 overtreding kan plaatsvinden in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015.

***De nieuwe dienst voldoet aan de ND-5 verplichting***

75. Bij bezwaargrond D komt de ACM tot de conclusie dat een nieuwe dienst in beginsel niet met terugwerkende kracht kan worden geïntroduceerd, tenzij alle partijen het hierover eens zijn. Uit bezwaargrond D volgt dat in het onderhavige geval andere verplichtingen uit het ULL-besluit 2011 worden overtreden bij het met terugwerkende kracht introduceren van een nieuwe dienst. Daaruit volgt ook dat in dit geval de ND-5 overtreding niet kan worden beëindigd met de invoering van een nieuwe dienst. Volledigheidshalve gaat de ACM hieronder nog wel in op de situatie dat wel met terugwerkende kracht een nieuwe dienst geïntroduceerd zou mogen worden, omdat Tele2 aanvoert dat de ND-5 overtreding op de oude dienst zou blijven voortbestaan. Naar

---

<sup>46</sup> Randnummer 67 van dit besluit.

het oordeel van de ACM is deze stellingname echter onjuist. Daartoe overweegt zij het hiernavolgende.

76. Met de nieuwe MDF access dienst zonder eenmalige MDF-lijntarieven kan naar het oordeel van de ACM de overtreding van de ND-5 verplichtingen voor de oude dienst worden weggenomen. De ACM heeft bij de totstandkoming van het wijzigingsbesluit ook getoetst of deze nieuwe MDF-access dienst voldoet aan de ND-5 verplichting. Op grond van de door KPN opgeleverde ND-5 toetsen concludeert de ACM dat dit het geval is. De oorspronkelijke oude dienst wordt als gevolg van het ontstaan van de nieuwe dienst in dit geval naar het oordeel van de ACM met terugwerkende kracht geacht niet te hebben bestaan in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot augustus 2015 en kan dus ook niet meer getoetst worden aan ND-5. Nu deze oorspronkelijke dienst niet heeft bestaan in die periode, kan er naar het oordeel van de ACM dan ook geen ND-5 overtreding plaatsvinden voor deze oorspronkelijke dienst in deze periode.
77. De door Tele2 aangehaalde passage uit randnummer 196 van de oorspronkelijke last over een ND-5 toets op zowel een oude dienst als de gewijzigde nieuwe dienst van MDF-access maakt bovenstaand oordeel van de ACM niet anders, omdat die passage ziet op de situatie voordat de nieuwe dienst wordt geïntroduceerd met terugwerkende kracht. In casu zou de nieuwe dienst geïntroduceerd worden vanaf 1 oktober 2012. In de periode voor 1 oktober 2012 moet het dan geldende aanbod voor MDF-access vanzelfsprekend ook voldoen aan de ND-5 verplichting. Het met terugwerkende kracht ingevoerde nieuwe aanbod voor MDF-access heeft namelijk geen betrekking op deze voorafgaande periode. Uit randnummer 196 van de oorspronkelijke last volgt dat in het geval de tarieven en voorwaarden van een bepaalde dienst worden gewijzigd, de ND-5 toetsen zowel op de situatie voor de wijziging als op de situatie na de wijziging moeten worden toegepast. In casu moet er dus een ND-5 toets worden gedaan met het aanbod voor MDF-access tot 1 oktober 2012 en een ND-5 toets met de nieuwe geïntroduceerde dienst na 1 oktober 2012. Het aanbod voor MDF-access zonder eenmalige tarieven is met ingang van 1 oktober gestopt, zodat daarmee vanaf dat moment geen ND-5 toets meer kan worden gedaan.

#### ***Conclusie bezwaargrond A***

78. De ACM concludeert dat KPN door het met terugwerkende kracht verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 voor deze periode een nieuwe wholesaledienst zou introduceren. Het wijzigingsbesluit gaf hiertoe de mogelijkheid. De ACM concludeert dat in het onderhavige geval met het introduceren van een nieuwe dienst de ND-5 overtreding niet kan worden weggenomen, omdat daarmee andere verplichtingen uit het ULL-besluit 2011 worden overtreden. Voor de motivering van deze overtredingen verwijst de ACM naar hetgeen onder bezwaargrond D wordt geconcludeerd. Bezwaargrond A van Tele2 slaagt dan ook. Dit betekent dat KPN de voortdurende effecten van de ND-5 overtreding alleen kan beëindigen door het verlagen van de maandelijkse MDF-lijntarieven.









Deze nieuwe dienst zonder eenmalige MDF-lijntarieven vervangt de oude dienst met eenmalige MDF-lijntarieven met terugwerkende kracht in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. Zoals vermeld in randnummer 76 is bij de totstandkoming van het wijzigingsbesluit getoetst of deze nieuwe dienst voldoet aan de ND-5 verplichting. De uitkomst hiervan was dat deze nieuwe dienst inderdaad voldoet aan de ND-5 verplichting. Naar het oordeel van de ACM is de tekst van het wijzigingsbesluit niet in strijd met de ND-5 verplichting en de doelstelling van de ULL-regulering gericht op het voorkomen van marge-uitholling en het waarborgen van een gelijk speelveld.

94. De ACM overweegt hiertoe dat Tele2 onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt waarom de formulering van het wijzigingsbesluit in strijd zou zijn met de overweging en de doelstelling van de ULL-regulering gericht op het voorkomen van marge-uitholling en het waarborgen van een gelijk speelveld. Tele2 stelt dat een verlaging van de eenmalige lijntarieven voor MDF-access niet leidt tot een remediëring van de vastgestelde en door KPN willens en wetens veroorzaakte marge-uitholling, maar zij maakt naar het oordeel van de ACM op geen enkele wijze aannemelijk dat haar marges daadwerkelijk worden uitgehold door een verlaging van de eenmalige lijntarieven voor MDF-access in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015.
95. Zoals in het ULL-besluit 2011 is uiteengezet, garandeert de ND-5 verplichting het voorkomen van marge-uitholling voor externe afnemers. Door de tarieven te verlagen voor zowel interne als externe afnemers en dit in gelijke mate in ND-5 te verwerken waardoor de ND-5 toetsen positief zijn, is dus de non-discriminatie en daarmee het level playing field gegarandeerd voor zover dit level playing field betrekking heeft op het uithollen van marges van externe afnemers.
96. Van belang voor de ND-5 toets op een dienst is dat de uitkomst van deze toets positief moet zijn. Dit is een waarborg tegen marge-uitholling. De ACM overweegt dat in casu een positieve uitkomst van de ND-5 toets bereikt kan worden door het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven, en/of door het verlagen van de maandelijkse MDF-lijntarieven enerzijds of het verhogen van de tarieven voor WBA-co-invest anderzijds. KPN heeft de toets voor de nieuwe dienst MDF-access zonder eenmalige MDF-lijntarieven, oftewel verlaagde eenmalige MDF-lijntarieven, voor de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 aan de ACM opgeleverd. De ACM constateert dat uit de ND-5 toets bij de nieuwe dienst zonder eenmalige MDF-lijntarieven is gebleken dat deze toets positief is indien de eenmalige lijntarieven voor MDF-access met terugwerkende kracht zouden worden verlaagd in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. Niet valt in te zien op welke wijze in dat geval de marges van Tele2 met terugwerkende kracht worden uitgehold en daarmee door KPN in strijd in met de overwegingen en doelstellingen van de ULL-regulering gericht op marge-uitholling wordt gehandeld. Naar het oordeel van de ACM is de nieuwe dienst van KPN met terugwerkende kracht replicerbaar volgens de ND-5 verplichting.



moment dat deze niet meer kan worden afgenomen een beperking aan de ontbundelde toegang zonder objectiveerbare rechtvaardiging.

*Strijd met het verbod op strategisch productontwerp*

102. Vervolgens constateert Tele2 in de tweede plaats dat door de ACM in dictumonderdeel VIII, onderdeel k, van het ULL-besluit 2011 een verbod op strategisch productontwerp is opgelegd. Naar het oordeel van Tele2 is het door KPN herschikken van de combinatie van eenmalige en maandelijkse tarieven voor MDF-access met terugwerkende kracht zonder dat wholesaleafnemers die aangepaste wholesaletarieven kunnen verwerken in een aangepast klantenportfolio te kwalificeren als een strategisch productonderwerp en overtreedt hij daarmee deze verplichting tot het verbod hiervoor. **[VERTROUWELIJK:XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**.<sup>51</sup>

*Strijd met de transparantieplichting*

103. Bovendien handelt KPN volgens Tele2 in strijd met de aan hem opgelegde transparantieplichting uit het ULL-besluit 2011. Naar het oordeel van Tele2 moet KPN een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden in acht nemen bij een wijziging van een dienst of een nieuwe dienst, waaronder tariefwijzigingen, maar heeft hij dit niet gedaan.<sup>52</sup>

**Overwegingen ACM**

104. Het door de ACM genomen wijzigingsbesluit biedt aan KPN de mogelijkheid om met terugwerkende kracht de eenmalige MDF-lijntarieven in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 te verlagen om de ND-5 overtreding voor deze periode ongedaan te maken. De ACM is echter in randnummer 78 van deze beslissing op bezwaar tot de conclusie gekomen dat KPN met de verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 met terugwerkende kracht een nieuwe dienst creëert voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015.
105. De ACM overweegt allereerst dat het KPN op grond van het wijzigingsbesluit van de ACM is toegestaan om de eenmalige lijntarieven voor het MDF-access aanbod voor periode van 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 met terugwerkende kracht te verlagen om de ND-5 overtreding ongedaan te maken. Nu er in dat geval sprake is van de introductie van een nieuwe dienst overweegt de ACM dat KPN gehouden is om te voldoen aan hetgeen bij of krachtens de Telecommunicatiewet is bepaald voor het introduceren van een nieuwe dienst. Dit betekent dat KPN moet voldoen aan de verplichtingen uit het ULL-besluit 2011 die van toepassing zijn op de introductie van een nieuwe dienst.

<sup>51</sup> Aanvullend bezwaarschrift Tele2, paragraaf 6.2.

<sup>52</sup> Aanvullend bezwaarschrift Tele2, paragraaf 6.3.

106. Bij de totstandkoming van het wijzigingsbesluit hebben zowel KPN, Tele2 als de ACM niet voorzien dat het verlagen van de eenmalige lijntarieven voor MDF-access in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 zou leiden tot het introduceren van een nieuwe dienst met terugwerkende kracht voor deze periode. Het argument van de introductie van een nieuwe dienst is door Tele2 in bezwaar tegen het wijzigingsbesluit ingebracht.
107. De ACM constateert voorts dat KPN tijdens de hoorzitting in deze bezwaarprocedure heeft aangegeven dat de verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven voor het aanbod van MDF-access met terugwerkende kracht voor de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 geen introductie van een nieuwe dienst is.<sup>53</sup> Hier leidt de ACM uit af dat KPN geen noodzaak ziet om in onderhavig geval te voldoen aan de bij of krachtens de Telecommunicatiewet bepaalde verplichtingen waaraan hij gehouden is bij het introduceren van een nieuwe dienst.
108. Tevens heeft KPN op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat hij, al dan niet onverplicht, wel kan voldoen aan de verplichtingen voor een nieuwe dienst bij of krachtens de Telecommunicatiewet indien hij een nieuwe dienst zou introduceren door met terugwerkende kracht de eenmalige MDF-lijntarieven te verlagen voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015.
109. Naar het oordeel van de ACM leidt het onbedoeld met terugwerkende introduceren van een nieuwe dienst bij het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 tot overtreding van de verplichting om op redelijke voorwaarden toegang te verlenen zoals beschreven in dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit 2011. Daarnaast worden hierdoor de transparantieplichting zoals beschreven in de dictumonderdelen XVI en XVII van het ULL-besluit 2011 en het verbod op een strategisch productontwerp zoals beschreven in dictum onderdeel VIII, onder k, van het ULL-besluit 2011 overtreden.

***Op redelijke voorwaarden toegang verlenen***

110. De mogelijkheid in het wijzigingsbesluit tot het onbedoeld introduceren van een nieuwe dienst met terugwerkende kracht door de verlaging van de eenmalige lijntarieven voor MDF in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 is naar het oordeel van de ACM onjuist. De formulering van het wijzigingsbesluit geeft de mogelijkheid tot overtreding van de voorschriften om op redelijke voorwaarden toegang te verlenen. Het gaat hier in ieder geval specifiek om de verplichtingen zoals die zijn voorgelegd in dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit onder a t/m f.

---

<sup>53</sup> Zie onder de pleitnotities van KPN, paragraaf 2.2.

111. De ACM constateert dat KPN in deze zaak niet heeft betwist dat in het geval toch sprake zou zijn van een nieuwe dienst – na uitvoering van de gewijzigde last - hij moet voldoen aan de verplichtingen zoals die zijn vastgelegd in dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit 2011 onder a t/m f.
112. Met betrekking tot de verplichtingen in dictumonderdeel VIII onder a, b en c van het ULL-besluit 2011 overweegt de ACM dat – bij uitvoering van de gewijzigde last - voor een met terugwerkende kracht geïntroduceerde nieuwe dienst niet onderhandeld kan worden met de afnemers van deze dienst en de afnemers ook niet tijdig geïnformeerd kunnen worden over de introductie hiervan. Daarnaast kan evenmin een verzoek op voorhand worden gedaan. De toegangsverzoeken hebben voor deze dienst immers al plaatsgevonden, zodat de onderhandeling en het verstrekken van de informatie over de dienst pas na afloop van de periode plaatsvinden waarin de dienst daadwerkelijk is afgenomen. Bovendien heeft een toegangsverzoek voor deze nieuwe dienst nooit plaatsgevonden, terwijl deze wel met terugwerkende kracht is afgenomen. In de onderhavige zaak zouden dan de onderhandelingen, het geven van de informatie over het verlagen van eenmalige MDF-lijntarieven pas plaatsvinden nadat de periode waarin deze nieuwe dienst met terugwerkende afgenomen kon worden, is afgelopen. De ACM overweegt dan ook dat het met terugwerkende kracht introduceren van een nieuwe dienst door het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 in strijd zou zijn met de onderdelen a, b en c van dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit 2011.
113. Voorts overweegt de ACM met betrekking tot onderdeel d van dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit 2011 dat, nu het vooraf voor afnemers van MDF-access niet bekend was dat de eenmalige MDF-lijntarieven met terugwerkende kracht verlaagd kunnen worden zonder dat deze verlaging het gevolg is van een door KPN aangewend rechtsmiddel, deze verlaging – bij uitvoering van de gewijzigde last - naar het oordeel van de ACM een onredelijke voorwaarde zou zijn. Deze voorwaarde was namelijk voor geen enkele afnemer bekend en afnemers konden redelijkerwijs ook niet op de hoogte zijn van deze voorwaarde. De clause in het aanbod voor MDF-access voorziet immers alleen in wijzigingen ten gevolge van door KPN aangewende rechtsmiddelen. De ACM heeft reeds geconcludeerd dat een verlaging van de eenmalige MDF-lijntarieven hier geen gevolg van is, maar een vrijwillige commerciële keuze van KPN.<sup>54</sup> De ACM is dan ook van oordeel dat door het met terugwerkende kracht verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven voor de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 in strijd zou worden gehandeld met het verbod op onredelijke voorwaarden als bedoeld in dictumonderdeel VIII onder d van het ULL-besluit 2011.

---

<sup>54</sup> Zie randnummer 72 van dit besluit.

114. Naar het oordeel van de ACM zou eveneens in strijd gehandeld worden met dictumonderdeel VIII onder e indien – bij uitvoering van de gewijzigde last – de eenmalige MDF-lijntarieven met terugwerkende kracht zouden worden verlaagd voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. Daartoe constateert de ACM dat het voor KPN niet mogelijk is om met terugwerkende kracht een redelijke procedure op te stellen en te gebruiken voor het behandelen van de verzoeken om toegang tot deze nieuwe dienst.
115. Voorts is de ACM van oordeel dat – bij uitvoering van de gewijzigde last – aan het met terugwerkende kracht aanbieden van MDF-access met verlaagde eenmalige lijntarieven voor MDF beperkingen zouden kleven als bedoeld in onderdeel f van dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit 2011 nu afnemers niet meer daadwerkelijk de mogelijkheid zouden hebben om deze nieuwe dienst af te nemen. De periode van afname zou immers met terugwerkende kracht al plaats hebben gevonden in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015.
116. De ACM overweegt dat voornoemd oordeel anders zou luiden indien KPN met terugwerkende kracht in deze casus de maandelijkse MDF-lijntarieven zou wijzigen. In dat geval is namelijk geen sprake van een nieuwe dienst, zoals onder randnummer 73 is betoogd, omdat KPN de tariefsverhoging van de maandelijkse lijntarieven voor MDF, waartoe hij op grond van uitspraak van het CBb in de zaak WPC-IIa gerechtigd was, in zoverre terugdraait dat voldaan wordt aan de ND-5 verplichting.<sup>55</sup> De eenmalige lijntarieven voor MDF waren naar aanleiding van deze uitspraak van het CBb niet verhoogd, zodat deze eenmalige lijntarieven voor MDF niet met terugwerkende kracht verlaagd kunnen worden zonder een nieuwe dienst als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit 2011 te creëren.
117. De ACM concludeert op grond van het bovenstaande dat KPN, indien zij bij uitvoering van de gewijzigde last de eenmalige lijntarieven voor MDF zou verlagen in de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015, geen uitvoering kan geven aan de verplichtingen uit de onderdelen a t/m f van dictumonderdeel VIII van het ULL-besluit 2011. De ACM constateert dat het met terugwerkende kracht introduceren van een nieuwe dienst in alle gevallen leidt tot overtreding van deze verplichtingen.

***Strategisch productontwerp***

118. Zoals hiervoor in randnummer 78 is overwogen, is de ACM van oordeel dat er een nieuwe dienst wordt geïntroduceerd indien met terugwerkende kracht – bij uitvoering van de gewijzigde last – de eenmalige MDF-lijntarieven worden verlaagd voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. Met betrekking tot strijd met het verbod op een strategisch productontwerp overweegt de ACM dat indien – bij uitvoering van de gewijzigde last – met terugwerkende kracht

---

<sup>55</sup> ECLI:NL:CBB:2015:260.







terugwerkende kracht de tarieven bepaalt. Daarnaast zou het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven voor KPN zelf geen financieel verschil maken, omdat hij MDF-access bij zichzelf koopt. Concernbreed verandert er dus voor KPN zelf financieel gezien niets.

127. Op grond van het bovenstaande concludeert de ACM dat KPN in strijd zou handelen met het verbod op strategisch productontwerp indien hij de eenmalige MDF-lijntarieven met terugwerkende kracht zou verlagen. Het wijzigingsbesluit heeft dan ook ten onrechte de mogelijkheid open gelaten om de eenmalige MDF-lijntarieven te verlagen om daarmee de overtreding van de ND-5 verplichting voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 ongedaan te maken.

#### **Transparantieverplichting**

128. Voorts heeft Tele2 aangegeven dat het wijzigingsbesluit in strijd is met de aankondigingstermijn zoals die is bepaald in de randnummers 577 en 578 van het ULL-besluit 2011.

129. Bij deze bezwaargrond hanteert de ACM wederom het uitgangspunt dat KPN een nieuwe dienst zou introduceren indien hij – bij uitvoering van de gewijzigde last - met terugwerkende kracht de eenmalige MDF-lijntarieven zou verlagen voor de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015. Hierbij verwijst de ACM naar haar conclusie in randnummer 78.

130. Naar het oordeel van de ACM heeft het wijzigingsbesluit in de onderhavige zaak ten onrechte de mogelijkheid open gelaten om met terugwerkende kracht de eenmalige tarieven voor MDF te verlagen om de ND-5 overtreding ongedaan te maken. Indien KPN namelijk met terugwerkende kracht de eenmalige MDF-lijntarieven zou verlagen en daarmee dus een nieuwe dienst zou introduceren in de periode vanaf 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 dan zou hiermee de aankondigingstermijn zoals bedoeld in dictumonderdeel XVII onder b van het ULL-besluit 2011 worden overtreden.

131. De ACM constateert dat in dictumonderdeel XVII onder b van het ULL-besluit 2011 de verplichting is opgenomen dat voor het introduceren van een nieuwe of gewijzigde dienst een aankondigingstermijn van twee maanden in acht genomen moet worden. In het ULL-besluit 2011 zijn twee uitzonderingssituaties vermeld waarin KPN een kortere aankondigingstermijn mag hanteren dan twee maanden, namelijk indien:

*“- alle potentiële (externe) afnemers unaniem akkoord zijn met een snellere introductie van de betreffende dienst en daarmee met een kortere aankondigingstermijn dan twee maanden; en*

*- het wijzigingen betreft in het referentieaanbod uit hoofde van regulering, zoals een handhavings- of aanwijzingsbesluit van het college.”<sup>57</sup>*

---

<sup>57</sup> Zie randnummer 2523 van de Nota van Bevindingen bij het ULL-besluit 2011.







- dat de overtreding van ND-5 door KPN na 1 augustus 2015 heeft doorgelopen tot 31 december 2015.<sup>63</sup>

*De periode 1 januari 2012 tot 1 oktober 2012*

145. Volgens Tele2 heeft de ACM in de oorspronkelijke last ten onrechte geoordeeld dat KPN de ND-5-verplichting in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 oktober 2012 niet heeft overtreden.<sup>64</sup> In paragraaf A.9 van de Nota van Bevindingen van het primaire besluit stelt de ACM dat KPN op grond van het ULL-besluit 2011 tussen 1 januari 2012 en 1 oktober 2012 niet hoefde te voldoen aan de ten opzichte van het ULL-besluit 2010 aangescherpte ND-5-toets uit het ULL-besluit van 2011.

146. Tele2 geeft aan te begrijpen dat dit het gevolg is van de implementatietermijn van negen maanden met betrekking tot de installed base. Volgens Tele2 is deze implementatietermijn echter alleen redelijk geacht om KPN in staat te stellen om correcties in zijn installed base door te voeren. In dit geval is er geen sprake van correcties. [VERTROUWELIJK:XX].

147. [VERTROUWELIJK:XX XXX]. Deze behoren volgens Tele2 niet tot de installed base, aangezien het hier gaat om een actief afneembaar portfolio, waarvoor door KPN geen beroep kon worden gedaan op de implementatietermijn van negen maanden.

*De periode van 1 augustus 2015 tot en met 31 december 2015*

148. Daarnaast heeft de ACM volgens Tele2 in de oorspronkelijke last ten onrechte geoordeeld dat de overtreding van de ND-5-verplichting door KPN op 1 augustus 2015 is geëindigd, omdat toen de Co-investovereenkomst met Partij A zou zijn beëindigd. Hierbij ziet de ACM volgens Tele2 over het hoofd dat [VERTROUWELIJK:XX XXX XXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX].

**Overwegingen ACM**

149. De ACM overweegt dat de volgende ND-5-verplichtingen in de genoemde perioden hebben gegolden:

- In de periode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2011 golden de ND-5-voorschriften zoals opgenomen in de ULL-besluiten 2008 en 2010. De voorschriften in deze besluiten ten aanzien van de ND-5-verplichting zijn identiek.

<sup>63</sup> Aanvullend bezwaarschrift Tele2, paragraaf 8.







## 5.2 Bezwaargronden KPN

### 5.2.1 Bezwaargrond 1: De ACM heeft ten onrechte geoordeeld dat KPN gehouden is in zijn ND-5 toets van Amendement A<sup>65</sup> te rekenen met een terugverdienperiode die gelijk is aan de initiële, in beginsel geldende looptijd van dit Amendement van [VERTROUWELIJK] jaar

159. Ter onderbouwing van deze bezwaargrond voert KPN de volgende zes subgronden aan:<sup>66</sup>

1. KPN stelt dat de ACM ten onrechte de norm hanteert dat KPN gehouden is een langere terugverdientijd aan te houden als de duur van de business case evident langer is dan drie jaar. Naar het oordeel van KPN bestond voor hem geen verplichting, en al helemaal geen kenbare door de ACM gemotiveerde verplichting, om zijn ND-5 toetsen uit te voeren op basis van een andere terugverdienperiode dan de uniforme terugverdienperiode van drie jaar. Bovendien stelt KPN dat het niet evident is welke terugverdienperiode hij moet hanteren indien hij met een andere terugverdienperiode dan drie jaar moet rekenen. Volgens KPN is het handhaven van deze verplichting in strijd met de beginselen van fair play, evenredige belangenafweging en zorgvuldige voorbereiding.
2. KPN stelt dat de ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat de gebruiksduur van een poortblok<sup>67</sup> gelijk is aan de initiële, in beginsel geldende looptijd van Amendement A van X jaren. Ter onderbouwing voert KPN hiertoe aan dat het moeten rekenen met de langst denkbare gebruiksduur van een poortblok (de terugverdienperiode) die gelijk is aan de in beginsel geldende looptijd van Amendement A, derhalve in strijd is met de Beleidsregels.<sup>68</sup> Uit de Beleidsregels vloeit namelijk voort dat KPN mag rekenen met een gemiddeld scenario. Daarnaast is dit rekenen met de langst denkbare gebruiksduur in strijd met de economische werkelijkheid waarop het Amendement Co-invest is gebaseerd. Naar het oordeel van KPN is het namelijk onjuist dat ACM stelt dat het de meest reële verwachting is dat de afnemer van een poortblok dat blok voor de gehele duur van (kort gezegd) het amendement wil gebruiken.
3. KPN stelt dat de ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat KPN (wegens een vermeend onredelijke uitkomst bij toepassing van de uniforme standaardperiode) genoodzaakt was een andere termijn te hanteren, terwijl hoogst onzeker was wat die termijn dan zou moeten zijn en deze termijn in elk geval niet evident was. Naar het oordeel van KPN is voor een afwijking van de uniforme standaardterugverdienperiode slechts plaats indien

---

<sup>65</sup> Amendement A wordt beschreven in randnummer 47 van de oorspronkelijke last. Dit is een amendement gesloten tussen KPN en Partij A.

<sup>66</sup> Aanvullend bezwaarschrift KPN, paragraaf 3.

<sup>67</sup> Dit betreft een betaling van bepaalde vergoedingen die een deel van het voorraadriscio van KPN wegnemen en in staat stelt om benodigde investeringen te doen.

<sup>68</sup> Beleidsregels inzake Gedragsregel 5 van 27 mei 2009, OPTA/AM/2009/201145, gewijzigd op 1 april 2013.

evident is welke andere periode als redelijke terugverdienperiode heeft te gelden.

Daarnaast staat volgens KPN de rechtszekerheid in de weg aan het feit dat KPN zelf maar een slag moet slaan naar de duur van de business case van een wholesale afnemer.

4. KPN stelt dat indien de ACM voor de verdeling van de eenmalige opbrengst per poortblok vasthoudt aan de zeer lange terugverdienperiode die gelijk is aan de initiële en in beginsel geldende looptijd van Amendement A, de kosten voor DSLAMs<sup>69</sup> en poorten eveneens dienen te worden verdeeld over de looptijd van Amendement A aan de kostenkant van de ND-5 toets voor Co-invest. Dit volgt volgens KPN uit de eis van consistentie.
5. KPN stelt dat de ACM ten onrechte de terugverdienperiode niet heeft beperkt tot het restant van de initiële, in beginsel geldende looptijd van Amendement A. Daartoe voert hij aan dat het langstlopende gebruik van een poortblok steeds korter wordt. Volgens KPN vermindert het per kwartaal verder verkorten van de gehanteerde terugverdienperiode de squeeze-marge in elk volgend kwartaal en vergroot derhalve de ruimte voor het verhogen van de MDF-tarieven.
6. KPN is van mening dat ACM ten onrechte een bezettingsgraad van 95 procent heeft voorgeschreven. Naar het oordeel van KPN is de gemiddelde gebruiksduur van een poortblok niet gelijk aan **[VERTROUWELIJK]** jaar, maar hoogstens drie tot vijf jaar.

### **Overwegingen ACM**

#### **Standaard terugverdienperiode: drie jaar**

160. De ACM merkt op dat bezwaargrond 1 ziet op hetgeen in randnummer 568 van het ULL-besluit 2011 is bepaald met betrekking tot de standaardterugverdientijd. In dit randnummer staat het volgende:

*“568. Het tarief van een downstreamdienst, maar ook van ingekochte wholesalebouwstenen bestaat vaak uit maandelijkse tarieven, verbruiksgerelateerde tarieven en eenmalige tarieven. Daarnaast zijn ook incentives gebruikelijk. Ten behoeve van de ND-5 toetsing dient KPN de eenmalige tarieven en incentives te verdisconteren over een redelijke terugverdientijd. Het college verstaat onder redelijke terugverdienperiode de periode die een aanbieder in zijn business case hanteert waarbinnen de kosten voor een klant gemiddeld gesproken moeten zijn terugverdiend. Om praktische redenen stelt het college een uniforme standaard terugverdienperiode vast van drie jaar. In die gevallen dat het evident is dat periode van de business case de uniforme standaard periode van drie jaar overstijgt (dat is zo in het geval van*

---

<sup>69</sup> Een DSLAM (Digital subscriber Line Access Multiplexer) is een chassis met xDSL-modems (bijvoorbeeld ADSL-modems) die alle signalen aggregeert in een ATM-uplink.

*langjarige contracten), is het KPN toegestaan om te rekenen met de initieel overeen te komen contractduur als terugverdienperiode in de ND-5 toets.”*

161. KPN stelt in bezwaargrond 1 dat randnummer 568 van het ULL-besluit geen verplichting oplegt aan KPN om te rekenen met een langere terugverdienperiode dan drie jaar.
162. Randnummer 568 van het ULL-besluit schrijft voor dat KPN dient te rekenen met een uniforme standaard terugverdienperiode van drie jaar. Daarnaast stelt randnummer 568 van het ULL-besluit dat het KPN is *toegestaan* om met een langere terugverdienperiode te rekenen indien het evident is dat de periode van de business case langer is dan drie jaar.
163. Uit de tekst van randnummer 568 blijkt dat het rekenen met een langere terugverdienperiode een begunstigende uitzondering is ten behoeve van KPN. Uit de tekst volgt niet dat er een expliciete mogelijkheid voor de ACM bestaat om een langere terugverdienperiode aan KPN op te leggen dan de uniforme terugverdienperiode van drie jaar.

### **Conclusie**

164. Hiermee concludeert de ACM dat de overweging in het primaire besluit, dat KPN in dit geval in de ND-5 toets niet mag uit gaan van een uniforme terugverdienperiode van drie jaar, maar dient aan te sluiten bij de initiële contractduur, onjuist is.
165. Daarmee is bezwaargrond 1 van KPN gegrond. Omdat bezwaargrond 1 gegrond wordt verklaard, behoeven subgronden 1 tot en met 5 geen behandeling.

### **5.2.2 Subgrond 6 van KPN**

166. In zijn zesde subgrond stelt KPN dat de ACM ten onrechte een bezettingsgraad van 95 procent heeft voorgeschreven. De ACM heeft deze bezettingsgraad berekend op basis van een formule.<sup>70</sup> Hiermee is de ACM tegemoet gekomen aan de argumenten van KPN - dat de bezettingsgraad van de poortblokken leidend moet zijn in de ND-5-toets en deze gedurende de looptijd van de overeenkomst nooit volledig (voor 100 procent) bezet zijn. KPN stelt dat de bezettingsgraad op basis van dezelfde formule [VERTROUWELIJK] zou zijn, indien wordt uitgegaan van een gebruiksduur van [VERTROUWELIJK] jaar. Dit moge zo zijn, maar zoals de ACM in het voorgaande reeds heeft beargumenteerd, treedt er bij de overeenkomst van KPN met [VERTROUWELIJK] - waarbij KPN naar het oordeel van de ACM een gebruiksduur van [VERTROUWELIJK] jaar moet hanteren - geen overtreding van de ND-5-verplichting op, zelfs niet indien wordt uitgegaan van een volledige (100 procent) bezettingsgraad. Dat de

---

<sup>70</sup> Bezettingsgraad = [VERTROUWELIJK:XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX], gedeeld door de looptijd.

bezettingsgraad bij deze overeenkomst op basis van de bovenstaande formule [VERTROUWELIJK] zou zijn, is volgens de ACM dan ook niet van belang.

167. Bij de overeenkomst met partij A geldt een initiële contractduur van [VERTROUWELIJK] jaar en dient hier ten behoeve van het berekenen van de gemiddelde bezettingsgraad van te worden uitgegaan. Op basis daarvan volgt dan uit de formule een gemiddelde bezettingsgraad van 95 procent. Deze parameter (95% bezettingsgraad) ziet op alle inkomsten die gepaard gaan met het gebruik van een poortblok en heeft dus ook betrekking op de maandelijkse tarieven hiervoor. Deze parameter staat dus los van het gebruik van de terugverdienperiode (als parameter in de ND5-toets), die gebruikt wordt voor het toerekenen van de eenmalige tarieven. Daarom doet dit argument van KPN naar het oordeel van de ACM niet af aan deze beslissing.

### **5.2.3 Bezwaargrond 2: De ACM heeft ten onrechte geoordeeld dat KPN gehouden is in zijn ND-5 toetsen van de betrokken diensten de kosten voor MDF-stroom en SEV te baseren op de externe tarieven en zonder toerekening naar de verschillende platformen**

168. Volgens KPN heeft de ACM ten onrechte geoordeeld dat KPN gehouden is in zijn ND-5-toetsen van de betrokken diensten de kosten voor MDF-stroom en SEV te baseren op de externe tarieven, zonder toerekening naar de verschillende platformen. Hiertoe voert KPN drie subgronden aan:<sup>71</sup>

#### *Subgrond 2.A*

169. Volgens KPN heeft de ACM ten onrechte KPN verplicht om in zijn ND-5-toetsen van de betrokken diensten de kosten voor MDF-stroom en SEV te baseren op de externe tarieven. Volgens KPN maakt de wholesale-dienstverlening van KPN ten aanzien van elektriciteit, waaronder de levering van MDF-stroom alsook SEV, deel uit van de collocatiedienstverlening van KPN. Dit zou onder meer blijken uit de contracten en kostenonderbouwingen van de tarieven die KPN voor elektriciteitsleveringen aan haar wholesaleafnemers in rekening brengt.<sup>72</sup>

#### *Subgrond 2.B*

170. Voor zover de ACM al heeft kunnen besluiten om toch het gebruik van de extern gehanteerde tarieven in de ND-5-toetsen voor te schrijven, geldt dat volgens KPN uitsluitend ten aanzien van de externe tarieven voor SEV en niet voor de tarieven voor MDF-stroom. De externe tarieven voor MDF-stroom zijn volgens KPN namelijk uitsluitend vastgesteld op basis van metingen van het stroomverbruik van externe afnemers. KPN gebruikt echter andere apparatuur dan deze

---

<sup>71</sup> Aanvullend bezwaarschrift KPN, paragraaf 4.

afnemers en volgens KPN is het zeer onwaarschijnlijk dat het stroomverbruik van deze apparatuur gelijk is aan die van de afnemers.

*Subgrond 2.C*

171. Verder meent KPN dat voorzover de ACM KPN al heeft mogen voorschrijven om bij het bepalen van de kosten van SEV en MDF-stroom uit te gaan van externe tarieven, ACM KPN niet had mogen verbieden deze kosten naar rato van geschat verbruik toe te rekenen aan de verschillende downstream diensten die van MDF-stroom gebruik maken.

**Overwegingen ACM**

172. De ACM overweegt dat de ND-5 verplichting voorschrijft dat KPN, in het geval hij zelf gebruik maakt van de (gereguleerde) diensten en faciliteiten, hiervoor de gepubliceerde tarieven moet meenemen in de ND-5-toets. Dit blijkt uit randnummer 565 van het ULL-besluit 2011 waarin de kostenelementen zijn weergegeven die in dit geval door KPN moeten worden meegenomen bij de berekening van de ND-5-marge. Deze kostenelementen zijn:

- A. de inkoopkosten van de gereguleerde wholesalebouwstenen gebaseerd op de (gepubliceerde) tarieven uit – indien beschikbaar – het referentieaanbod;
- B. de volledig gealloceerde kosten op basis van EDC-minus van de ongereguleerde wholesalebouwstenen behorend tot het vaste netwerk van KPN;
- C. de lange termijn incrementele kosten (LRIC) van de overige ongereguleerde; wholesalebouwstenen dan wel een representatief door KPN extern gerekend tarief
- D. de inkoopkosten van de wholesalebouwstenen die KPN redelijkerwijs extern dient in te kopen (out-of-pocket);
- E. in het geval van een retaildienst: de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten.

173. De kosten van MDF-stroom en SEV zijn gereguleerde tarieven en vallen onder element A van deze kostenelementen. Deze tarieven zijn maandelijkse tarieven en afnemers dienen deze maandelijkse tarieven te betalen per afgenomen ontbundelde aansluitlijn. Deze tarieven staan los van het feitelijke gebruik van de stroom en/of het gebruik van de centrale elektriciteitsvoorziening. Dat KPN mogelijk meer of minder stroom gebruikt voor de levering van de dienst WBA-coinvest doet daar niets aan af. Voor afnemers zijn deze faciliteiten niet zelf te fabriceren. Ze zijn verplicht deze faciliteiten als onderdeel van de ontbundelde toegang (MDF-access) af te nemen bij KPN. Daarom vallen deze tarieven ook onder categorie A. Om die reden moet KPN deze ook verplicht meenemen in de ND-5-toets. Hiermee wordt de repliceerbaarheid gewaarborgd.

174. Gelet op voornoemde concludeert de ACM dat KPN de tarieven voor MDF-stroom en SEV moet baseren op de externe tarieven, en niet zoals KPN stelt op basis van EDC. De bezwaargrond van KPN is ongegrond.

#### **5.2.4 Bezwaargrond 3: De ACM heeft ten onrechte geoordeeld dat KPN bij haar verhoging van de tarieven voor MDF-access met terugwerkende kracht beperkt is door Gedragsregel 5**

175. De ACM heeft volgens KPN ten onrechte geoordeeld dat KPN bij zijn verhoging van de tarieven voor MDF-access met terugwerkende kracht beperkt is door Gedragsregel 5. Hiertoe voert KPN ook een subgrond aan, namelijk dat de oorspronkelijke last ten onrechte mede is gebaseerd op een schending van de per 1 oktober 2012 geldende ND-5 verplichting door een aanbieding uit 2011.<sup>73</sup> KPN licht deze bezwaargronden als volgt toe.

176. Volgens KPN past de beperking van de verhoging van de MDF-tarieven door ND-5 niet in de systematiek van ND-5. KPN verwijst hiervoor onder andere naar het Besluit Marktanalyse hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesalehuurlijnen (hierna: HKWBT-besluit) van 2012 en het verweerschrift van de ACM uit de beroepsprocedure tegen het FttO-besluit van 2012, waarin de ACM volgens KPN betoogt dat ND-5 nooit met terugwerkende kracht wordt toegepast en slechts bescherming biedt tegen marge-utholling “op het moment van mededinging.”<sup>74</sup>

177. In de oorspronkelijke last stelt de ACM dat de verhogingen van de MDF-tarieven die KPN heeft doorgevoerd wel met terugwerkende kracht moeten worden getoetst aan de ND-5 verplichting, omdat KPN anders de ND-5-verplichting zou omzeilen en selectief de marges van concurrenten zou kunnen uithollen.<sup>75</sup> Volgens KPN is het omzeilen van de ND-5 verplichting echter geen risico, omdat KPN zich niet contractueel het recht kan voorbehouden om tarieven achteraf met terugwerkende kracht te verhogen als daarvoor niet een zeer concrete, tevoren vast te stellen en kenbare rechtvaardiging voor bestaat in de vorm van onzekerheid over de rechtmatigheid van ingrepen door de ACM.<sup>76</sup>

178. Volgens KPN heeft de ACM niet genoeg kenbaarheid gegeven over haar standpunt ten aanzien van de terugwerkende kracht van de ND-5 verplichting. Naar het oordeel van KPN heeft de ACM deze stelling in de WPC-IIA procedure pas voor het eerst in een bindend besluit vastgelegd. KPN geeft aan tegen deze stelling bezwaargronden te hebben ingebracht. Het CBB is volgens KPN echter niet toegekomen aan het behandelen van deze bezwaargronden. Daarom is het volgens KPN wel juist dat hij sinds de WPC-IIA procedure op de hoogte is van de stelling van ACM, maar is dit niet relevant.

<sup>73</sup> Aanvullend bezwaarschrift KPN, paragraaf 5.

<sup>74</sup> Randnummer 113 van de oorspronkelijke last.

<sup>75</sup> Randnummer 110 van de oorspronkelijke last.

<sup>76</sup> Randnummer 5.18 van het aanvullend bezwaarschrift van KPN.

179. In de oorspronkelijke last heeft de ACM geconcludeerd dat de verhoging door KPN van de MDF-tarieven met terugwerkende kracht tot een verstoring van de mededinging heeft geleid.<sup>77</sup> Volgens KPN is er echter geen sprake van verstoring van de mededinging, omdat alle aanbieders die de betrokken diensten afnamen bekend waren met de onzekerheid over de mogelijke gevolgen van de bezwaren van KPN tegen het tariefplafond.

180. Volgens KPN moet de toepassing van ND-5 in deze situatie, waarin het voor KPN volgens hem onmogelijk wordt gemaakt om zijn efficiënte kosten goed te maken, niet alleen passend zijn, maar ook gerechtvaardigd worden op grond van de doelstellingen van artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet. Hiervoor geldt een motiveringsplicht, die volgens KPN alleen kan worden vervuld op basis van een grondig onderzoek.

181. Voorts is volgens KPN de achteraf-toepassing van ND-5 op de met terugwerkende kracht verhoogde MDF-tarieven in casu onevenredig. Zelfs indien de ACM wel zou hebben vastgesteld dat er daadwerkelijk marge-uitholling zou hebben plaatsgevonden, dan nog had de ACM de door ND-5 beschermde belangen van de MDF-afnemers moeten afwegen tegen de belangen van KPN.

#### *Subgrond 3.A*

182. Subsidiair voert KPN aan dat de ACM in de oorspronkelijke last ten onrechte een ND-5-toets heeft voorgeschreven zoals die op 1 oktober 2012 gold (de ND-5-toets 2012) voor de in 2011 gedane aanbieding van Amendement A, terwijl die aanbieding toen die werd gedaan wel degelijk voldeed aan de toen geldende Gedragsregel 5 (de ND-5-toets 2010).<sup>78</sup>

183. Dat de ACM nu voor Amendement A toch een schending van Gedragsregel 5 heeft vastgesteld, is volgens KPN gelegen in de aanscherping door de ND-5-toets 2012, als voorgeschreven in het ULL-besluit 2011, dat dateert van 29 december 2011. Met deze aanscherping heeft KPN bij het aanbieden van Amendement A in april 2011 geen rekening kunnen houden. Ook al mocht KPN uit hoofde van het ULL-besluit 2011 verplicht zijn om in 2012 zijn installed base, waaronder dus ook Amendement A, aan de strengere ND-5-toets te toetsen, kan dat volgens KPN het bestreden besluit geenszins rechtvaardigen.

#### **Overwegingen ACM**

184. De ACM overweegt allereerst dat de uitspraak van het CBb KPN weliswaar de ruimte gaf om tarieven te verhogen, maar dat deze uitspraak onverlet laat dat het aanbod van KPN hierbij nog steeds aan de ND-5 verplichting moet voldoen. De overeenkomst van KPN moet te allen tijde aan deze norm voldoen en de wijziging van de tarieven naar aanleiding van de uitspraak van het CBb maakt dat niet anders. Anders dan KPN betoogt, past de beperking van de verhoging van de MDF-tarieven door de ND-5 verplichting dan ook wel degelijk in de systematiek van ND-5. De

<sup>77</sup> Randnummers 119 t/m 121 van de oorspronkelijke last.

<sup>78</sup> Aanvullend bezwaarschrift KPN, randnummer 5.58 e.v.

ACM is van oordeel dat zij de ND-5 verplichting niet met terugwerkende kracht toepast.

185. Ter ondersteuning van zijn standpunt heeft KPN opnieuw ingebracht dat de passages uit het HKWBT- en FttO-besluit zouden bevestigen dat volgens de ACM, Gedragsregel 5 enkel bescherming zou bieden tegen marge-uitholling op het moment van mededinging. In de oorspronkelijke last heeft de ACM gesteld dat de passages die KPN voordraagt vanuit hun context moeten worden gezien. In bezwaar heeft KPN geen argumenten aangevoerd die dit oordeel van de ACM wijzigen.
186. In de oorspronkelijke last overweegt de ACM dat de situatie die in de door KPN aangehaalde passage in het HKWBT-besluit wordt beschreven, naar zijn aard een volstrekt andere situatie is dan de situatie die in dit besluit voorligt, omdat deze passage betrekking heeft op de toepassing van de ND-5-verplichting na de inwerkingtreding van het HKWBT-besluit. Ook stelt de ACM in de oorspronkelijke last dat het in de situatie die in het verweerschrift op het FttO-besluit wordt besproken om een volstrekt andere situatie gaat dan in de onderhavige situatie.
187. Volgens KPN gaat de redenering die de ACM hiervoor in de oorspronkelijke last aanvoert niet op. Volgens KPN is de context die in het HKWBT-besluit wordt besproken wel degelijk vergelijkbaar met de onderhavige situatie, omdat KPN in beide gevallen downstream-tarieven moest vaststellen op een moment waarop nog onzekerheid bestond over de upstream-tarieven waarmee hij zijn ND-5-berekening moest uitvoeren. Ook de redenering die de ACM aanvoert om aan te tonen dat de context van de uitspraak uit het verweerschrift van de FttO-procedure anders is dan de onderhavige gaat volgens KPN niet op. Deze passage zou volgens KPN, anders dan de ACM betoogt, niet enkel zien op eindgebruikers en daarnaast werd KPN ook in die situatie niet verplicht om zijn tarieven aan te passen.
188. De ACM overweegt dat de HKWBT-regulering van ND-5, anders dan in de onderhavige situatie, alleen betrekking heeft op eindgebruikersregulering. Daarom is de context van de uitspraak gedaan in het HKWBT-besluit naar het oordeel van de ACM dan ook anders dan de onderhavige. Voorts overweegt de ACM dat de FttO-regulering van ND-5 inderdaad ook op wholesale-regulering ziet. Echter, de door KPN aangehaalde passage uit het verweerschrift van de ACM richt zich op de grieven van KPN inzake de invoering van ND-5-regulering voor ODF-FttO.<sup>79</sup> En dan in het bijzonder de specifieke onzekerheid over de invulling van EDC-minus bouwstenen, mogelijk ook als gevolg van een rechterlijke uitspraak over EDC-kostprijzen en tarieven. Dit is in onderhavige case niet aan de orde. Er bestaat geen enkele onzekerheid over de EDC-minus kosten van de ND-5-bouwstenen als gevolg van een rechterlijke uitspraak. Daarmee concludeert de ACM dan ook dat deze passages van de ACM niet van toepassing zijn op deze casus.

---

<sup>79</sup> ODF-access (FttO) betreft ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken (Fiber to the Office).



189. Ten aanzien van het bezwaar van KPN dat er geen risico bestaat van omzeiling van de ND-5-verplichting door KPN, stelt de ACM dat KPN ND-5 wel degelijk zou kunnen omzeilen indien ND-5 in de onderhavige situatie niet zou worden getoetst. KPN stelt dat hij contractueel tarieven alleen met terugwerkende kracht kan verhogen indien hiervoor een rechtvaardiging bestaat uit onzekerheid over regulering. Dit doet hier naar mening van ACM niet aan af. De ACM stelt hier ook nogmaals (ten overvloede) dat KPN niet verplicht was om zijn tarieven aan te passen naar aanleiding van de uitspraak van het CBb.
190. Ten aanzien van het bezwaar van KPN over de kenbaarheid, stelt de ACM dat zij wel degelijk voldoende kenbaarheid heeft gegeven over haar standpunt over de looptijd van de werking van ND-5. KPN geeft aan dat de, door de ACM in de oorspronkelijke last aangehaalde, WPC-IIA procedure de eerste keer was dat de ACM dit standpunt in een beslissing vastlegde. Volgens KPN is dit echter niet relevant, omdat KPN dit standpunt zou hebben aangevochten en het CBb hier geen uitspraak over heeft gedaan. Naar het oordeel van de ACM is dit echter juist wel relevant, omdat dit bevestigt dat KPN op de hoogte was van haar standpunt ten aanzien van de toetsing van ND-5 met de gewijzigde MDF tarieven. Al tijdens de initiële invoering van de WPC-IIa aanpassingen door KPN was KPN op de hoogte van dit standpunt van de ACM. Dat KPN het niet eens is met dit standpunt en hier bezwaar tegen in heeft gediend doet aan de kenbaarheid hiervan niet af.
191. Ten aanzien van het bezwaar van KPN dat de ACM had moeten onderzoeken of, en zo ja in welke mate, er daadwerkelijk mededingingsbeperkende effecten zijn opgenomen, stelt de ACM nogmaals dat de overtreding van de ND-5-verplichting los staat van de vraag of er ook daadwerkelijk effecten zijn waargenomen. Bij overtreding van verplichtingen die opgelegd zijn in AMM-besluiten, zoals de ND-5 verplichting, wordt verondersteld dat er mededingingsrechtelijke gevolgen zullen plaatsvinden. Hiervoor hoeft de ACM niet vast te stellen of deze ook daadwerkelijk plaatsvinden. Deze aanname is door het CBb in de TCO-uitspraak bevestigd.<sup>80</sup> De ACM hoeft daarom ook, anders dan KPN aanvoert, geen mededingingsproblemen vast te stellen, maar kan er van uitgaan dat deze er zijn indien KPN zich niet aan de ND-5-verplichting houdt.
192. De ACM kan zich niet vinden in het argument van KPN over het gebrek aan belangenafweging in de onderhavige situatie. Zoals de ACM eerder in dit besluit heeft toegelicht, gaat het er bij de ND-5-toets namelijk primair om dat er geen marge-utholling plaatsvindt. Hierop oordeelt de ACM dat de ND-5-toets een cijfermatige kwestie is. Hierbij kan discussie ontstaan over welke categorie in welke mate moeten worden opgenomen, maar is er geen ruimte voor een belangenafweging.

---

<sup>80</sup> Uitspraak van het CBb van 9 januari 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:BY8016).

193. Ten aanzien van subgrond 3.A van KPN, stelt de ACM dat de aanbieding uit 2011, na 1 oktober 2012 wel degelijk op basis van de ND-5 verplichting uit 2012 getoetst moet worden. De installed base van negen maanden, dient er hierbij juist voor om KPN de mogelijkheid te verschaffen ervoor te zorgen dat reeds lopende contracten die mogelijk niet voldoen aan een nieuwe ND-5 verplichting hier na verloop van deze periode wel aan voldoen. Deze bezwaargrond van KPN is dan ook ongegrond.

#### **5.2.5 Bezwaargrond 4: De ACM heeft ten onrechte, althans op onjuiste gronden, geoordeeld dat de afspraken met Partij A en Partij B niet kwalificeren als bundel en op die grond aan KPN voorgeschreven de ND-5 toetsen uit te voeren op het niveau van de afzonderlijke WBA-aansluitingen**

194. In deze bezwaargrond stelt KPN dat de ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat de afspraken met Partij A en Partij B niet kwalificeren als bundel. KPN vindt dat de ND-5-toets op het niveau van een bundel (gecombineerd aanbod van wholesale-diensten) had moeten worden uitgevoerd en niet op het niveau van de individuele WBA-aansluitingen, zoals de ACM in de oorspronkelijke last eist. Volgens KPN kwalificeren namelijk zowel het gecombineerde aanbod aan Partij A, als de afspraken met Partij B als bundel.<sup>81</sup> Hierbij is de ACM volgens KPN in de oorspronkelijke last ten onrechte voorbijgegaan aan het argument van KPN dat een ND-5-toets over de afspraken met Partij A ook de afspraken omtrent de [VERTROUWELIJK] mag omvatten.<sup>82</sup>

195. Volgens KPN bestaat er geen rechtvaardiging voor de eis van de ACM dat de toetsing moet plaatsvinden op het niveau van individuele aansluitingen. Volgens KPN vindt de concurrentie op wholesale niet plaats op het niveau van individuele aansluitingen, maar op het geheel van aansluitingen dat een aanbieder van WBA-aansluitingen zijn afnemers te bieden heeft.

196. Daarnaast meent KPN, dat voor zover er al een grondslag en een rechtvaardiging zou zijn om bij de toepassing van ND-5 wat betreft het toetsniveau een onderscheid te maken tussen retail- en wholesale-diensten, de eis dat de onderhavige wholesale-aanbiedingen op het niveau van de individuele aanbiedingen worden getoetst disproportioneel is. Volgens KPN is dit de strengst mogelijke invulling van Gedragsregel 5, omdat dit inhoudt dat onder alle denkbare omstandigheden, hoe onwaarschijnlijk ook, elke afzonderlijke WBA-aansluiting prijstechnisch repliceerbaar is.

197. Volgens KPN had de ACM deze invulling van ND-5 *in casu* niet mogen opleggen, gezien de omstandigheden van de onderhavige gevallen van Amendement A en Amendement B en het

<sup>81</sup> Aanvullend bezwaarschrift KPN, paragraaf 6.

<sup>82</sup> Deze dienst betreft de levering van het [VERTROUWELIJK] (in combinatie met de WBA-dienst van KPN).



afnemen. Daarbij neemt [VERTROUWELIJK] deze [VERTROUWELIJK] niet af bij KPN. De afname van [VERTROUWELIJK] betreft dus een los contract, waarbij individuele [VERTROUWELIJK] worden besteld naar het oordeel van de ACM vervolgens individueel moeten worden getoetst.

200. KPN stelt dat het in deze afspraak met Partij B enkel om een side letter op de WBA-overeenkomst met Partij B ging, en niet om een zelfstandige overeenkomst. Dit standpunt deelt de ACM niet. Volgens de ACM gaat het er hier om dat een klant op basis van de afspraak met Partij B een WBA-aansluiting met korting kan afnemen, hetgeen een nieuwe dienst<sup>84</sup> betreft. Deze nieuwe dienst moet te allen tijde en overal voldoen aan ND-5.<sup>85</sup> Of deze korting is gebaseerd op een side letter of een zelfstandige overeenkomst doet hier niet aan af. In het verleden heeft KPN ook altijd getoetst of actiekortingen aan ND-5 voldeden. Het is ook logisch dat dit gebeurt, omdat het nu juist de (actie)kortingen zijn die het meeste risico op overtreding van de ND-5-verplichting veroorzaken.

201. Tevens stelt KPN dat er geen grondslag en rechtvaardiging is voor de eis van de ACM dat de toetsing moet plaatsvinden op het individuele niveau en had de ACM deze eis, gegeven de specifieke omstandigheden *in casu* niet op mogen leggen. Ten aanzien van deze omstandigheden overweegt de ACM dat zij veel van deze omstandigheden in dit besluit al heeft behandeld:

- KPN stelt dat er geen bewijs is dat het belang dat Gedragsregel 5 beoogt te beschermen in het gedrang is geweest en dat er [VERTROUWELIJK:XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]. In randnummer 191 van dit besluit heeft de ACM aangegeven dat bij een overtreding van ND-5 kan worden verondersteld dat dit belang wel degelijk in het gedrang is.
- Ook op de gewijzigde kosten voor elektriciteitsvoorzieningen is de ACM in deze beslissing al ingegaan. In randnummer 172 e.v. van dit besluit beschrijft de ACM waarom KPN hier in zijn ND-5-toets rekening mee moet houden.
- KPN stelt dat de cumulatie van ingrepen een rol had moeten spelen in de belangenafweging. In randnummer 192 van deze beslissing overweegt de ACM echter dat er maar beperkt ruimte is voor belangafweging bij ND-5.
- De grondslag en rechtvaardiging komt naar het oordeel van de ACM direct voort uit randnummer 559 van het ULL-besluit 2011. Het argument van KPN dat er bij de terugverdientijd van de business case gekeken zou moeten worden wat gemiddeld gesproken voldoende is, heeft de ACM in de overwegingen onder bezwaargrond 1 besproken.

<sup>84</sup> In lijn met randnummer 561 van het ULL-besluit 2011.

<sup>85</sup> Randnummer 559 van het ULL-besluit 2011.

202. Voorzover de ACM al meent dat er wel degelijk een grondslag en rechtvaardiging zou zijn, stelt KPN voorts dat het toetsen op individuele aanbidding disproportioneel is, omdat dit de strengst mogelijke invulling van Gedragsregel 5 zou zijn. Hier is de ACM het niet mee eens. In randnummer 560 van het ULL-besluit 2011 is beschreven dat Gedragsregel 5 te allen tijde en overal geldt, waardoor er geen sprake kan zijn van een meer of minder strenge invulling van de ND-5-verplichting door de ACM. Dit geldt tevens voor het argument van KPN dat de eis van toetsing van Amendement B op een enkele aansluiting tegen de maximale actiekorting een *worst case* benadering is.
203. Uit het voorgaande blijkt dat KPN in deze bezwaargrond niet aannemelijk heeft gemaakt waarom de ACM de oorspronkelijke last op voornoemde punten zou moeten herzien. Hiermee blijft de ACM van oordeel dat de ND-5-toetsen moeten worden uitgevoerd op het niveau van individuele aansluiting en dat de afspraken met Partij A en Partij B niet kwalificeren als bundel.
204. De ACM concludeert dat bezwaargrond 4 van KPN ongegrond is.
205. Ten aanzien van de overeenkomst met Partij B geldt hierbij het volgende. In de oorspronkelijke last heeft de ACM geoordeeld dat bij de overeenkomst met Partij B in de periode van januari 2014 tot juli 2014 sprake is van een negatieve ND-5 marge in de ND-5 berekeningen. De bezwaargronden die zijn aangevoerd, wijzigen dit oordeel niet.
206. Ten aanzien van de overeenkomst met Partij A geldt dat in de oorspronkelijke last is geconcludeerd dat er in deze overeenkomst gedurende de periode van oktober 2012 tot en met 1 augustus 2015 in de ND-5 berekeningen een negatieve ND-5 marge bestaat. De bezwaargronden die zijn aangevoerd, wijzigen dit oordeel. Uit de door KPN opgeleverde ND-5 berekeningen waarin is gerekend met een terugverdientijd van drie jaren volgt dat er ten aanzien van de overeenkomst met Partij A gedurende de periode van oktober 2014 tot en met 1 augustus 2015 een negatieve ND-5 marge bestaat.

#### **5.2.6 Bezwaargrond 5: De ACM heeft ten onrechte het verzoek om nadeelcompensatie afgewezen**

207. KPN stelt dat de ACM ten onrechte het verzoek om nadeelcompensatie heeft afgewezen. Er is naar het oordeel van KPN sprake van schade die is ontstaan als gevolg van een onrechtmatig overheidsbesluit en daarom moet die schade ook voor rekening van de overheid komen. Zonder nadeelcompensatie is het volgens KPN onevenredig en in strijd met het beginsel van gelijkheid voor publieke lasten om KPN af te sluiten van de mogelijkheid tot het goedmaken van vele miljoenen euro aan efficiënte kosten die hij heeft moeten maken voor verplichte dienstverlening door het toepassen van de gewijzigde norm van Gedragsregel 5. Volgens KPN hoort hij te



aangewende rechtsmiddelen. Naar het oordeel van de ACM had KPN hiervoor contractuele voorzieningen kunnen treffen in de WBA co-investovereenkomsten. Dat hij dit niet gedaan heeft, is naar het oordeel van de ACM de eigen verantwoordelijkheid van KPN. Het gestelde door KPN dat een opname van een dergelijke voorziening tot een negatief oordeel van de ACM zou hebben geleid mist enige grondslag en daarom ook niet van belang in dit besluit. Daarnaast is het zo dat de WBA-coinvest diensten worden aangeboden als commerciële, dus niet gereguleerde diensten. En het KPN dus vrij staat hiervoor voorwaarden te hanteren.

213. Gelet hierop ziet de ACM niet in waarom de verhoging die KPN heeft doorgevoerd zonder daarbij rekening te houden met de ND-5 verplichting tot nadeelcompensatie door de overheid zou moeten leiden.

214. De ACM komt dan ook tot de conclusie dat bezwaargrond 5 geen doel treft.

### 5.3 Zienswijze Tele2 naar aanleiding van uitspraak rechtbank Rotterdam

#### 5.3.1 Terugverdientijd is een begrip dat slechts ziet op de kostenkant

215. Tele2 stelt dat uit zowel een bedrijfseconomisch perspectief alsook uit een historisch perspectief blijkt dat het begrip 'terugverdientijd' ziet op de kostenzijde van de ND-5 berekening.<sup>87</sup> Als gevolg hiervan, zo concludeert Tele2, dient KPN in de ND-5 toets aan de opbrengstenzijde te rekenen met de duur van het contract.

#### 5.3.2 Overwegingen ACM

216. De ACM kan zich niet vereenzelvigen met het standpunt van Tele2 dat de terugverdienperiode een begrip is dat enkel ziet op de kostenkant van de ND-5 toets. Uit de besluiten, die ook door Tele2 worden aangehaald, blijkt dat de ACM en haar rechtsvoorganger het begrip terugverdienperiode altijd hebben gezien als een begrip dat ziet op zowel de kosten- als de opbrengstenkant.

217. In het Retailbesluit Vaste Telefoon van 21 december 2005 wordt gerefereerd aan "*te verstrekken kortingen, 'cashbacks', cadeautjes en mee te leveren producten*".<sup>88</sup> In de Beleidsregels inzake gedragsregel 5 van 27 mei 2009 wordt gesteld: "*KPN [dient] incentives en eenmalige kosten te verdisconteren over een redelijke terugverdientijd*".<sup>89</sup>

218. Dat de terugverdientijd ook ziet op de opbrengstenkant van de ND-5 toets blijkt tevens uit het ULL-besluit 2011. In randnummer 568 staat: "*Het tarief van een downstreamdienst, maar ook*

<sup>87</sup> Kenmerk ACM/IN/420701, hoofdstuk 3.2.

<sup>88</sup> Besluit OPTA "de retailmarkten voor vaste telefonie" d.d. 21 december 2005, OPTA/TN/2005/203468, Annex Q (NvB), randnummer 39.

<sup>89</sup> Beleidsregels inzake gedragsregel 5, d.d. 27 mei 2009, OPTA/AM/2009/201145, randnummer 34.

*van ingekochte wholesalebouwstenen, bestaat vaak uit maandelijkse tarieven, verbruiksgerelateerde tarieven en eenmalige tarieven. Daarnaast zijn ook incentives gebruikelijk.”*

219. Uit de verwijzing naar het tarief van een downstreamdienst en incentives blijkt dat de terugverdientijd ook ziet op de opbrengstenkant van de ND-5 toets en dus niet alleen op de kostenkant.

### 5.3.3 Er is hoe dan ook strijd met verbod op marge-utholling

220. Tele2 stelt dat een dienst de gehele looptijd van het contract moet voldoen aan het verbod op marge-utholling. Bij een contract met een langere looptijd dan drie jaar zou KPN dan ook voor de gehele looptijd van het contract moeten voldoen aan het verbod op marge-utholling.<sup>90</sup>

### 5.3.4 Overwegingen ACM

221. Uit randnummer 559 van het ULL-besluit 2011 volgt dat een downstreamdienst ten alle tijde en overal prijstechnisch repliceerbaar dient te zijn. Om deze prijstechnische repliceerbaarheid te toetsen dient KPN ND-5 toetsen uit te voeren. In randnummer 568 van hetzelfde besluit wordt hierbij aan KPN voorgeschreven hoe hij om dient te gaan met eenmalige tarieven en incentives. Deze dienen te worden verdisconteerd over een redelijke terugverdienperiode. Om praktische redenen is er voor een uniforme standaard terugverdienperiode gekozen van drie jaar.

222. Zoals de ACM heeft geconcludeerd in randnummer 164 van dit besluit, mag KPN ten behoeve van de ND-5 toets uitgaan van een terugverdienperiode van drie jaar. Volgens Tele2 maakt dit nu echter voor de uitkomst van de ND-5 toets niet uit. De terugverdienperiode zou slechts een *'rekenoefje met slechts cosmetisch resultaat'* zijn. Hieruit blijkt reeds dat de uitleg van Tele2 onjuist is. Deze zou namelijk, zoals Tele2 op deze wijze ook zelf erkent, de passage aangaande de terugverdienperiode zinledig maken.

223. De terugverdienperiode bepaalt daarentegen juist over welke periode de toetsing plaatsvindt. Het uitgangspunt is de prijstechnische repliceerbaarheid. Op het moment dat alle kosten van een business case worden goedge maakt binnen de terugverdienperiode wordt een dienst repliceerbaar geacht. Ter bepaling van de terugverdienperiode geldt de regel van randnummer 568. Deze uniforme terugverdienperiode is drie jaar. De toets vindt om die reden dan ook in principe plaats over drie jaar. De ND-5 toetsing die Tele2 voorstaat zou *de facto* betekenen dat iedere terugverdienperiode aansluit bij de looptijd van het contract. Dit is in strijd met randnummer 568 van het ULL-besluit 2011.

---

<sup>90</sup> Kenmerk ACM/IN/420701, hoofdstuk 3.4.



## 6 Dictum

224. De Autoriteit Consument en Markt:

- i. verklaart bezwaargrond 1 van KPN gegrond.
- ii. verklaart de bezwaargronden 2 tot en met 5 van KPN ongegrond;
- iii. verklaart de bezwaargronden A en D van Tele2 gegrond;
- iv. verklaart de bezwaargronden B, C, E en F van Tele2 ongegrond;
- v. wijzigt de oorspronkelijke last van 4 juli 2016;
- vi. herroept het wijzigingsbesluit van 10 augustus 2016, voor zover het ziet op het creëren van de mogelijkheid om aan de oorspronkelijke last te voldoen door middel van wijziging van de eenmalige MDF-tarieven.
- vii. gelet op deze heroverweging luidt de last onder dwangsom als volgt:

De Autoriteit Consument en Markt:

1. gelast KPN de maandelijkse lijntarieven voor MDF vanaf 1 januari 2014 tot 1 juli 2014 en vanaf 1 oktober 2014 tot 1 augustus 2015 zodanig te verlagen dat wordt voldaan aan de ND-5 verplichting uit het Besluit Marktanalyse Ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) van 29 december 2011;
2. gelast KPN de maandelijkse tarieven voor MDF over de periode van 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 te publiceren op de KPN Wholesale website;
3. bepaalt dat KPN de ND-5 toetsen over de periode van het vierde kwartaal van 2012 tot en met het derde kwartaal van 2015 dienst te verstrekken aan de ACM voor de diensten "WBA co-invest" (contract **[VERTROUWELIJK]**) en "WBA **[VERTROUWELIJK]**" (contract **[VERTROUWELIJK]**); en
4. bepaalt dat KPN binnen vijftien werkdagen na dagtekening van het besluit de last te hebben uitgevoerd. Indien KPN hier niet aan voldoet, verbeurt hij een dwangsom van € 500.000 (zegge: vijfhonderdduizend euro) per dag met een maximum van € 5.000.000 (zegge: vijf miljoen euro).

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

W.G.  
drs. A. Sipkes  
Directeur Telecom, Vervoer en Post

*Ingevolge artikel 6:19 Awb moet het reeds ingediende beroep geacht worden mede te zijn gericht tegen het onderhavige besluit.*