



## Besluit

### Besluit op handhavingsverzoek Tele2

Ons kenmerk : ACM/UIT/505591  
Zaaknummer : ACM/18/025972  
Datum : 29 oktober 2018

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot afwijzing van het handhavingsverzoek van Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2). Tele2 verzocht de ACM handhavend op te treden tegen KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. wegens overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening.**

## Samenvatting

1. Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) heeft bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een handhavingsverzoek ingediend tegen KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) wegens overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening.
2. In dit besluit oordeelt de ACM dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie niet heeft overtreden. Het handhavingsverzoek van Tele2 wordt daarom afgewezen.

## 1 Inleiding

1. Op 28 december 2017 heeft Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) een handhavingsverzoek ingediend bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM). Tele2 stelt dat KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening heeft overtreden. In dit besluit neemt de ACM een beslissing op dit handhavingsverzoek.
2. Hoofdstuk 2 schetst het verloop van de procedure. Daarna wordt in hoofdstuk 3 het juridisch kader uiteengezet. Hoofdstuk 4 bevat enige achtergrondinformatie ten aanzien van het handhavingsverzoek. Hoofdstuk 5 beschrijft het handhavingsverzoek van Tele2. Hoofdstuk 6 bevat de beoordeling van de ACM. De beslissing van de ACM staat in hoofdstuk 7.

## 2 Verloop van de procedure

3. Bij brief van 28 december 2017<sup>1</sup> heeft Tele2 een handhavingsverzoek ingediend. Tele2 stelt dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening heeft overtreden.
4. Bij brief van 16 januari 2018 heeft de ACM het handhavingsverzoek doorgestuurd aan KPN.<sup>2</sup>
5. Naar aanleiding van het handhavingsverzoek heeft de ACM bij brief van 12 februari 2018 een aantal vragen aan KPN gesteld.<sup>3</sup> Bij brief van 26 februari 2018 heeft KPN deze vragen beantwoord.<sup>4</sup>
6. De beantwoording van KPN is bij brief van 8 maart 2018 aan Tele2 doorgestuurd.<sup>5</sup> Hierbij is tevens aan Tele2 gevraagd of zij de behandeling van het handhavingsverzoek in een schriftelijke procedure wil voortzetten of dat Tele2 een hoorzitting wil.
7. Op 22 maart 2018 heeft Tele2 aan de ACM doorgegeven dat zij de procedure schriftelijk wil voortzetten.<sup>6</sup>
8. Per e-mail van 30 maart 2018 heeft Tele2 de ACM laten weten dat zij van mening is dat aan KPN nog een aantal vragen gesteld zouden moeten worden en welke vragen dat zijn.<sup>7</sup>
9. Op 25 april 2018 heeft de ACM de e-mail van Tele2 van 30 maart 2018 aan KPN doorgestuurd en KPN de mogelijkheid gegeven een reactie hierop te geven.<sup>8</sup> KPN heeft vervolgens laten weten geen aanleiding te zien voor het geven van een nadere reactie.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Brief van 28 december 2017, kenmerk ACM/IN/324008, kenmerk Tele2 TNETH.0165.

<sup>2</sup> Brief van 16 januari 2018, kenmerk ACM/UIT/410216.

<sup>3</sup> Brief van 12 februari 2018, kenmerk ACM/UIT/454100.

<sup>4</sup> Brief van 26 februari 2018, kenmerk ACM/IN/395561, kenmerk KPN GCO/2018-002492.

<sup>5</sup> Brief van 8 maart 2018, kenmerk ACM/UIT/472892.

<sup>6</sup> Brief van 22 maart 2018, kenmerk ACM/IN/414989.

<sup>7</sup> E-mail van 30 maart 2018, kenmerk ACM/IN/414992.

<sup>8</sup> E-mail van 25 april 2018, kenmerk ACM/UIT/493628.

<sup>9</sup> E-mail van 25 april 2018, kenmerk ACM/IN/415561.

10. Per e-mail van 25 april 2018 heeft de ACM aan KPN en Tele2 gemeld dat zij over alle relevante informatie beschikt om tot een besluit te komen over het handhavingverzoek van Tele2.<sup>10</sup>
11. Bij brief van 24 mei 2018 heeft de ACM een aanvullend informatieverzoek naar KPN gestuurd.<sup>11</sup> Bij brief van 7 juni 2018 heeft KPN deze vragen beantwoord.<sup>12</sup>
12. Op 3 juli 2018 heeft de ACM een voorgenomen besluit naar KPN en Tele2 gestuurd.<sup>13</sup> Naar aanleiding hiervan hebben KPN en Tele2 schriftelijk een zienswijze gegeven.<sup>14</sup>

### 3 Juridisch kader

13. In de periode vanaf 2009 heeft altijd een verbod op tariefdifferentiatie gegolden voor KPN. Dit verbod is in de opeenvolgende marktanalysebesluiten vastgelegd:
  - Het besluit Marktanalyse Breedband Ontbundelde toegang op wholesale-niveau van 27 april 2010 (hierna: ULL-besluit 2010).<sup>15</sup> Dit besluit was met terugwerkende kracht van toepassing vanaf 1 januari 2009.
  - Het besluit Marktanalyse Ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) (hierna: ULL-besluit 2011).<sup>16</sup> Dit besluit trad in werking op 1 januari 2012 en gold tot 1 januari 2016.
14. In het ULL-besluit 2010 is onder andere het volgende vermeld over het verbod op tariefdifferentiatie:

*“tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers. Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is ook geoorloofd;*

*tariefdifferentiatie op basis van geografische omstandigheden is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers;*

*tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening*

<sup>10</sup> E-mails van 25 april 2018: e-mail aan Tele2 met kenmerk ACM/UIT/493641, e-mail aan KPN met kenmerk ACM/UIT/493640.

<sup>11</sup> Brief van 24 mei 2018, kenmerk ACM/UIT/494672.

<sup>12</sup> Brief van 7 juni 2018, kenmerk ACM/IN/417098, kenmerk KPN GCO/2018-002492.

<sup>13</sup> Brieven van 3 juli 2018: brief KPN kenmerk ACM/UIT/496562 en brief Tele2 kenmerk ACM/UIT/496565.

<sup>14</sup> Zienswijze KPN: brief van 10 juli 2018, kenmerk ACM ACM/IN/418733 en kenmerk KPN GCO/2018-002492. Zienswijze Tele2: brief van 31 juli 2018, kenmerk ACM ACM/IN/419468 en kenmerk Tele2 TNETH.0165.

<sup>15</sup> Besluit van 27 april 2010, kenmerk OPTA/AM/2010/201285.

<sup>16</sup> Besluit van 29 december 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/202886.

*brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.”<sup>17</sup>*

15. In het ULL-besluit 2011 is onder andere het volgende vermeld over het verbod op tariefdifferentiatie:

*“547. De non-discriminatieverplichting omvat mede een verbod op het hanteren van tariefdifferentiatie door KPN. Dit verbod heeft zowel betrekking op het hanteren van verschillende tarieven voor extern en intern aangeboden en geleverde wholesalediensten als op het hanteren van verschillende tarieven voor verschillende extern aangeboden en geleverde wholesalediensten.*

[...]

553. Gelet op het voorgaande formuleert het college het verbod op tariefdifferentiatie als volgt:

*“Het is niet toegestaan dezelfde wholesalediensten tegen verschillende tariefvoorwaarden aan afnemers aan te bieden of te leveren zonder voorafgaande toestemming van het college. In het specifieke kader van dit verbod is sprake van dezelfde wholesalediensten indien deze de afnemer dezelfde functionaliteit bieden.”*

## 4 Achtergrond

### 4.1 Wholesale price caps

16. Op 16 december 2009 heeft de ACM het besluit Wholesale price caps 2009-2011 (hierna: WPC-IIa besluit) genomen.<sup>18</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*). 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.
17. 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.
18. 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>19</sup> Deze tussenuitspraak heeft plaatsgevonden in de lopende beroepsprocedure tegen het WPC-IIa besluit.

<sup>17</sup> Randnummer 932 van het ULL-besluit 2010.

<sup>18</sup> Besluit van 16 december 2009, kenmerk OPTA/AM/2009/203507.

<sup>19</sup> Uitspraak van 23 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:184.

19. 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>20</sup>
20. Op 21 juli 2015 heeft het CBb uitspraak gedaan in de zaak over het WPC-IIa besluit.<sup>21</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.

#### 4.2 Besluit van de ACM overtreding verbod op marge-utholling

21. KPN heeft met terugwerkende kracht de tarieven voor MDF-access verhoogd. Hij heeft op 17 juli 2014 een navorderingsfactuur gestuurd aan Tele2. KPN heeft de tarieven voor MDF-access naar aanleiding van het wijzigingsbesluit WPC-IIa herzien voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 30 juni 2014. 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.
22. De ACM heeft vastgesteld dat KPN hierbij in strijd heeft gehandeld met de non-discrimatieverplichting en het verbod op marge-utholling. Dit verbod op marge-utholling wordt ook aangeduid als Gedragsregel 5 of de ND-5 verplichting. Door de verhoging door KPN is er onvoldoende marge blijven 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. Voor deze overtreding heeft de ACM een last onder dwangsom aan KPN opgelegd waarbij KPN is gelast de maandelijkse MDF-lijntarieven te verlagen.<sup>22</sup>

### 5 Handhavingsverzoek Tele2

23. In dit hoofdstuk beschrijft de ACM de gronden van het handhavingsverzoek van Tele2. In de kern komt het handhavingsverzoek neer op de stelling dat KPN de non-discrimatieverplichting en meer specifiek het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden.

#### 5.1 Presentatie 13 oktober 2009

24. Tele2 voert aan dat KPN op 13 oktober 2009 een alternatief aanbod heeft gedaan aan afnemers van MDF-access. In dit verband wijst Tele2 op een presentatie van KPN van 13 oktober 2009 waarin twee voorstellen staan voor het vastklikken van het MDF-tarief:
  - Voorstel 1: Het vastklikken van het MDF-tarief voor het jaar 2009 op het tarief van EUR 5,98+1.
  - Voorstel 2: Het vastklikken van het MDF-tarief voor de naar WBA VDSL-CO gemigreerde lijnen voor de jaren 2009 tot en met 2011 op EUR 5,98+1.

<sup>20</sup> Besluit van 19 juni 2014, kenmerk ACM/DTVP/2014/203443.

<sup>21</sup> Uitspraak van 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260.

<sup>22</sup> Besluit van 4 juli 2016, met kenmerk ACM/DTVP/2016/203814 (vertrouwelijke versie KPN) en beslissing op bezwaar van 8 juni 2017, met kenmerk ACM/DTVP/2017/203412 en besluit van 28 september 2018, met kenmerk ACM/UIT/499885.

25. Tele2 stelt dat de periodieke tarieven voor MDF-access volgens deze aanbiedingen hoger lagen dan de tariefplafonds op grond van het Ontwerpbesluit WPC-IIa, maar dat KPN in zijn presentatie heeft aangegeven dat voor de partijen die op het voorstel zouden ingaan zekerheid zou gelden. De tarieven uit het voorstel zouden gelden ongeacht de uitkomst van het door KPN in te stellen beroep tegen het WPC-IIa besluit.
26. In verband met het voorgaande stelt Tele2 dat de tariefverhoging naar aanleiding van het Herstelbesluit WPC-IIa niet in rekening is gebracht aan afnemers van MDF-access die gebruik hebben gemaakt van het aanbod van 13 oktober 2009. Hiermee heeft KPN, aldus Tele2, in strijd gehandeld met het verbod op tariefdifferentiatie, omdat KPN wholesalediensten die de afnemer dezelfde functionaliteit bieden aan verschillende afnemers tegen verschillende tariefvoorwaarden aangeboden.

## 5.2 Overige aanwijzingen voor overtredingen van het verbod op tariefdifferentiatie

27. Naast de presentatie van 13 oktober 2009 stelt Tele2 dat er nog meer aanwijzingen zijn dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie uit verschillende marktanalysebesluiten heeft overtreden.
28. In dit verband wijst Tele2 op verschillende documenten:
  - i. De brief van KPN aan de ACM van 27 mei 2014 met daaraan gehecht drie documenten, en
  - ii. Tabellen in de door de ACM in het kader van de totstandkoming van en de beroepen tegen het Herstelbesluit WPC-IIa opgestelde documenten.

### Ad i. De brief van KPN aan de ACM van 27 mei 2014

29. Deze brief bevat een aantal bijlagen. Volgens Tele2 volgt uit die documenten dat de non-discriminatieverplichting en de als gevolg daarvan toepasselijke contractuele beperkingen KPN in ieder geval al vanaf 2011 beperken in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen tot de verhoogde tariefplafonds volgens het Herstelbesluit WPC-IIa.

### Ad ii. De ACM documenten in het kader van de totstandkoming van en de beroepen tegen het Herstelbesluit WPC-IIa

30. Tele2 stelt dat uit deze documenten een vergelijkbaar beeld volgt als de eerder genoemde brief van 27 mei 2014. Ook volgens het Herstelbesluit WPC-IIa zouden contractuele beperkingen en ND-5 alleen al in de periode tot en met Q1 2014 hebben moeten leiden tot een correctie op de impact van de verhoging van de tariefplafonds voor MDF Access van EUR 8,2 miljoen. Dit bedrag overstijgt substantieel de correctie als gevolg van het besluit op bezwaar van 8 juni 2017 in verband met de overtreding van ND-5.

## 5.3 Verzoek aan de ACM

31. Tele2 verzoekt de ACM om KPN een last onder dwangsom op te leggen ten einde de overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie en de gevolgen daarvan ongedaan te maken.



specificaties overgelegd.<sup>24</sup> Op basis van deze informatie stelt de ACM vast dat KPN de tariefverhogingen waarmee Tele2 is geconfronteerd ook in rekening heeft gebracht aan alle andere afnemers van MDF-access.

37. Ten aanzien van de presentatie van KPN van 13 oktober 2009 overweegt de ACM als volgt. In deze presentatie staat het volgende voorstel van KPN:
- KPN zet het beroep tegen het WPC-IIa besluit door,
  - het als volgt vastklikken van het MDF-tarief voor 2009: EUR 5,98 + 1,
  - de introductie van VDSL-CO-grootverbruikers WBA-offer voor BOT,
  - het als volgt vastklikken van het MDF tarief binnen VDSL-CO WBA-offer: MDF tarief 2009-20011, als onderdeel van het WBA tarief VDSL-CO EUR 5,98 + 1.
38. De ACM heeft door middel van een informatieverzoek aan KPN gevraagd of het in de presentatie genoemde MDF-tarief van EUR 5,98 + 1 voor 2009 een los afneembaar aanbod was. Hierop heeft KPN aangegeven dat de presentatie van KPN geen aanbod in juridische zin was, maar een discussiestuk waarmee KPN de mogelijkheid wilde onderzoeken om door middel van een “deal” met betrokken marktpartijen tariefzekerheid in de markt te creëren.<sup>25</sup> Naar het oordeel van de ACM wordt deze stelling ondersteund doordat op de presentatie van 13 oktober 2009 het volgende is aangegeven: “*for discussion purposes only*”. Daarnaast heeft KPN aangegeven dat naar aanleiding van de presentatie van 13 oktober 2009 er geen onderhandelingen zijn geweest cq. overeenstemming is bereikt ten aanzien van de MDF-tarieven.<sup>26</sup>
39. De ACM is van oordeel dat op basis van de presentatie van 13 oktober 2009 niet kan worden geconcludeerd dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden. KPN heeft de tariefverhogingen immers aan alle afnemers van MDF-access in rekening gebracht. Ook de presentatie van 13 oktober 2009 brengt in dit oordeel geen verandering. De presentatie betreft immers geen aanbod en heeft overigens ook niet geleid tot onderhandelingen of overeenstemming ten aanzien van de MDF-tarieven.

## 6.2 Overige aanwijzingen voor overtredingen van het verbod op tariefdifferentiatie

40. Voor zover Tele2 aanvoert dat er nog meer aanwijzingen zijn dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie uit de desbetreffende marktanalysebesluiten heeft overtreden, volgt de ACM dit niet. Onderstaand licht de ACM dit nader toe.
41. Tele2 wijst erop dat uit de bijlagen bij de brief van KPN aan de ACM van 27 mei 2014 zou blijken dat de non-discrimatieverplichting KPN in ieder geval al vanaf 2011 beperkt in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. Dit blijkt volgens Tele2 ook uit de documenten van de ACM in het kader van het Herstelbesluit WPC-IIa. Ook volgens het Herstelbesluit WPC-IIa zouden contractuele beperkingen en ND-5 alleen al in de periode tot en met Q1 2014 hebben moeten leiden tot een correctie op de impact van de verhoging van de tariefplafonds voor MDF Access van EUR 8,2 miljoen. Dit bedrag overstijgt substantieel de

<sup>24</sup> Brief van 26 februari 2018, kenmerk ACM/IN/395561, kenmerk KPN GCO/2018-002492.

<sup>25</sup> Brief van 7 juni 2018, kenmerk ACM/IN/417098, kenmerk KPN GCO/2018-002492.

<sup>26</sup> Brief van 26 februari 2018, kenmerk ACM/IN/395561, kenmerk KPN GCO/2018-002492.



correctie als gevolg van het besluit op bezwaar van 8 juni 2017 in verband met de overtreding van ND-5.

KPN is beperkt in zijn mogelijkheden gereguleerde wholesaletarieven te verhogen

42. De ACM volgt Tele2 in zijn stelling dat de non-discriminatieverplichting KPN kan beperken in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. Dit blijkt onder meer uit de in randnummers 21 en 22 genoemde last onder dwangsom inzake ND-5. Deze last onder dwangsom is opgelegd, omdat de ACM heeft vastgesteld dat KPN in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-utholling. Door de tariefverhoging die KPN met terugwerkende kracht in rekening heeft gebracht, bleef er onvoldoende marge bestaan tussen het tariefniveau voor MDF-access en het tariefniveau voor de dienst WBA co-invest.
43. Ook contractuele bepalingen kunnen op grond van de non-discriminatieverplichting KPN beperken in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. KPN erkent dit ook in de documenten die Tele2 als bijlage bij het handhavingsverzoek heeft gevoegd. Daarin is het volgende opgenomen:

*“In het onderstaande overzicht is het geschatte maximale totale bedrag aan tariefverhogingen opgenomen dat KPN zou kunnen navorderen indien geen rekening wordt gehouden met retroactieve werking van ND-5 en eventuele beperkingen in de contractuele sfeer.”<sup>27</sup>*

De ACM heeft KPN door middel van een informatieverzoek gevraagd wat KPN in dit kader bedoelt met ‘eventuele beperkingen in de contractuele sfeer’.

44. Met beperkingen in de contractuele sfeer doelt KPN op de omstandigheid dat hij ten aanzien van enkele (nieuwe) afnemers van interconnectie/gespreksopbouw geen voorbehoud had gemaakt ten aanzien van de WPC-IIa tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties.<sup>28</sup> KPN kon jegens die partijen dus contractueel geen aanspraak maken op tariefverhogingen. KPN heeft afgezien van een navordering van tariefverhogingen voor EVKC poorten en CPS mutaties, omdat KPN op grond van het destijds geldende marktanalysebesluit gebonden was aan de non-discriminatieverplichting. Hieruit blijkt dat KPN, zoals Tele2 stelt, beperkt was in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. Anders dan Tele2 stelt, leidt dit niet tot de conclusie dat sprake is van een overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie. Onderstaand licht de ACM dit verder toe.

Contractuele beperking leiden niet tot overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie

45. Tele2 leidt af uit de documenten van de ACM in het kader van het Herstelbesluit WPC-IIa dat de ND-5 verplichting en contractuele beperkingen zouden moeten leiden tot een correctie op de totale impact van de verhoging van de gereguleerde wholesaletarieven van circa EUR 8,2 miljoen. De ACM begrijpt Tele2 zo dat hij stelt recht te hebben op een correctie op de totale impact van de verhoging van de gereguleerde MDF-tarieven van circa EUR 8,2 miljoen. Volgens Tele2 is slechts een deel van dit bedrag gecorrigeerd als gevolg van de last onder dwangsom genoemd in randnummers 21 en 22 van onderhavig besluit. Volgens Tele2 betekent dit dat er nog een bedrag overblijft dat KPN ten onrechte niet heeft gecorrigeerd. Tele2 stelt dat dit wijst op overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie.

<sup>27</sup> Bijlage 3b van het handhavingsverzoek is een document van KPN getiteld: ‘Bijlage 1: Verdere onderbouwing aangepaste impact assessment’.

<sup>28</sup> Brief van 26 februari 2018, kenmerk ACM/IN/395561, kenmerk KPN GCO/2018-002492.

46. De ACM deelt dit standpunt van Tele2 niet. Uit de antwoorden van KPN blijkt dat KPN zich rekenschap heeft gegeven van het feit dat hij beperkt was in zijn mogelijkheden om gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. Ten aanzien van enkele (nieuwe) afnemers van interconnectie/gespreksopbouw had KPN geen voorbehoud gemaakt voor de WPC-IIa tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties.<sup>29</sup> KPN heeft afgezien van een tariefverhoging voor EVKC poorten en CPS mutaties, omdat KPN gehouden was aan de non-discriminatieverplichting. Hierdoor is de correctie op de impact van de verhoging van de gereguleerde MDF-tarieven – ook ten aanzien van Tele2 – reeds in de tariefverhoging verdisconteerd. Doordat KPN zich heeft gehouden aan de non-discriminatieverplichting is een overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie juist voorkomen.

## 7 Beslissing

De ACM wijst het verzoek van Tele2 af om handhavend op te treden tegen KPN wegens overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening.

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

w.g.

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

### **Bezwaar**

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Autoriteit Consument en Markt, Directie Telecom, Vervoer en Post, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.

<sup>29</sup> Brief van 26 februari 2018, kenmerk ACM/IN/395561, kenmerk KPN GCO/2018-002492.

## Annex: Nota van Bevindingen

### Algemeen

1. Op 3 juli 2018 heeft de ACM een voorgenomen besluit naar KPN en Tele2 gestuurd. Naar aanleiding hiervan hebben KPN en Tele2 schriftelijk een zienswijze gegeven. Deze zienswijzen worden hieronder samengevat weergegeven. Waar de ingebrachte zienswijzen aanleiding hebben gegeven om het besluit aan te passen, is dat in het navolgende aangegeven.

### Zienswijze KPN

2. In zijn zienswijze onderschrijft **KPN** het oordeel van de ACM. Daarnaast heeft KPN de ACM geattendeerd op enkele tekstuele onvolkomenheden. De **ACM** heeft hierop enkele tekstuele aanpassingen aangebracht in het besluit.

### Zienswijze Tele2

#### Tariefverhogingen en presentatie KPN 13 oktober 2009

3. **Tele2** stelt dat op basis van het door de ACM gedane onderzoek niet afdoende vaststaat dat er geen sprake is van een overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie. Tele2 verzoekt de ACM om de antwoorden op de volgende vragen kenbaar te maken:
  1. Heeft elke partij dezelfde, identieke facturen gekregen, dat wil zeggen uitgaande van dezelfde tarieven en dezelfde periodes?
  2. Zijn deze facturen op hetzelfde moment aan de verschillende afnemers van MDF-access en vormen van Virtueel MDF access gezonden?
  3. Zijn de rentebedragen op vergelijkbare wijze berekend en in rekening gebracht?
4. Tevens wijst Tele2 erop dat mogelijk op de facturen die KPN in rekening bracht niet letterlijk wordt gesproken van MDF-access, MDF-dienstverlening of iets dergelijks, maar dat mogelijk ook benamingen als "Virtueel MDF", "WBA-CO access" of "VDSL-CO" kunnen worden gebruikt. Deze andere mogelijke benamingen heeft de ACM niet betrokken.
5. De **ACM** merkt hierover het volgende op. Uit de facturen en specificaties aan de verschillende partijen, die MDF access hebben afgenomen, die de ACM van KPN heeft ontvangen, blijkt dat deze facturen zijn gebaseerd op dezelfde tarieven voor dezelfde periodes. Op grond hiervan is de ACM van oordeel dat zij terecht heeft overwogen dat van tariefdifferentiatie tussen de verschillende afnemers van MDF access geen sprake is. Daargelaten de relevantie van de noodzaak om facturen voor de verschillende afnemers van MDF access op hetzelfde moment te verzenden, heeft de ACM vastgesteld dat de verzenddatum van de facturen voor iedere afnemer van MDF acces gelijk is.
6. Voorts ziet de ACM geen aanleiding om de in rekening gebrachte rentebedragen bij haar beoordeling te betrekken. De hoogte van rentebedragen is een civielrechtelijke aangelegenheid en valt niet onder de regulering van de ACM.

7. Tevens is de ACM van oordeel dat de overige benamingen voor de dienstverlening van KPN die Tele2 aankaart niet relevant zijn voor dit handhavingsverzoek. Dit handhavingsverzoek betreft een mogelijke overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening. De door Tele2 genoemde dienstbenamingen betreffen echter geen gereguleerde wholesalediensten onder het ULL-Besluit 2010 en het ULL-Besluit 2011.
8. **Tele2** merkt op dat op basis van het door de ACM verrichte onderzoek niet kan worden vastgesteld of de afnemers van MDF-access later geen wijzigingen, crediteringen of verrekeningen hebben gekregen van KPN, bijvoorbeeld als gevolg van aanvaarding van het aanbod als genoemd in de presentatie van 13 oktober 2009, dan wel anderszins. Naar aanleiding hiervan dient de ACM bij KPN alle aan de MDF-afnemers verzonden facturen betreffende MDF-access in de periode 2009 - 2012, inclusief eventuele wijzigingen, crediteringen en verrekeningen op te vragen. Daarnaast dient de ACM bij de betrokken MDF-afnemers te verifiëren welke facturen in rekening zijn gebracht en of geen sprake is geweest van alternatieve of gewijzigde facturering. Tot slot moet worden onderzocht of toezending van de aanvullende en/of correctiefacturen direct of indirect gepaard is gegaan met (of heeft geleid tot) enigerlei vergoeding of creditering door KPN uit andere hoofde.
9. Ten aanzien van de presentatie van 13 oktober 2009 merkt Tele2 op dat de ACM haar conclusies volledig baseert op de antwoorden van KPN en deze de facto zonder enig nader eigen onderzoek accepteert. Volgens Tele2 getuigt dit van onvoldoende onderzoek.
10. Tele2 geeft aan dat het aanbod van 13 oktober 2009 is gedaan aan BBNed, Online en Tele2. Dat dit aanbod voor deze partijen niet tot onderhandeling of het sluiten van een overeenkomst heeft geleid, betekent niet dat er dus geen sprake is van overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie. Ook Easynet en Colt hebben destijds de (virtuele) MDF-dienst van KPN afgenomen. De ACM had op zijn minst moeten nagaan of KPN aan deze partijen ook niet een alternatief aanbod heeft gedaan, en zo ja, of dat tot onderhandeling of een overeenkomst heeft geleid. Ook op dit punt is aldus sprake van onvoldoende onderzoek.
11. De **ACM** merkt op dat zij in een informatieverzoek aan KPN onder andere heeft gevraagd welke afnemers nog meer zijn geconfronteerd met de tariefverhoging die KPN naar aanleiding van de uitspraak van het CBb van juni 2015 aan Tele2 heeft gestuurd. Hierop heeft KPN aangegeven dat deze tariefverhoging in rekening is gebracht aan alle MDF-afnemers. De ACM heeft dit op basis van de door KPN overgelegde facturen ook zelfstandig vastgesteld. Daarnaast merkt de ACM op dat Tele2 geen informatie heeft aangeleverd die aanleiding geeft om aan te nemen dat KPN in het kader van de tariefverhoging naar aanleiding van het Herstelbesluit WPC-IIa andere facturen aan MDF-afnemers heeft gestuurd. De ACM ziet in de enkele stelling van Tele2 dat dit mogelijk wel zo zou zijn dan ook geen aanleiding om bij alle MDF-afnemers alle facturen op te vragen.
12. In een informatieverzoek heeft de ACM aan KPN onder andere gevraagd of de presentatie van 13 oktober 2009 een los afneembaar aanbod was en of er partijen zijn die hiervan gebruik hebben gemaakt. KPN heeft aangegeven dat de presentatie niet heeft geleid tot onderhandelingen of overeenstemming over het voorstel en dat KPN met geen enkele afnemer van MDF-access afwijkende tariefafspraken heeft gemaakt. Tele2 heeft geen informatie aangeleverd die aanleiding geeft om op dit punt nader onderzoek te verrichten.

---

### Overige aanwijzingen voor overtredingen van het verbod op tariefdifferentiatie

13. Volgens **Tele2** laat de ACM na om te onderbouwen waarom het gehele, door Tele2 becijferde bedrag zou zijn verdisconteerd (via de ND5-impact dan wel via het afzien van de CPS en EVKC-verhogingen). Dat het gehele bedrag zou zijn verdisconteerd lijkt onwaarschijnlijk, omdat KPN uitging van een minder vergaande ND5-impact dan zij verwachte, getuige het feit dat er een last onder dwangsom voor nodig was om KPN aan die reikwijdte van die verplichting te laten voldoen. Tele2 sluit daarnaast niet uit dat er andere beperkingen in de contractuele sfeer waren dan degene die KPN in haar antwoord aan de ACM heeft genoemd. Het voorgenomen besluit toont op geen enkele wijze aan dat de bedragen kloppend zijn.
14. De **ACM** geeft in het besluit aan dat KPN heeft afgezien van een tariefverhoging voor EVKC poorten en CPS mutaties, omdat KPN gehouden was aan de non-discriminatieverplichting. Hierdoor is de correctie op de impact van de verhoging van de gereguleerde MDF-tarieven – ook ten aanzien van Tele2 – reeds in de tariefverhoging verdisconteerd. Tele2 draagt geen informatie aan die aanleiding geeft om op dit punt meer onderzoek te verrichten. Evenmin is de stelling van Tele2 dat hij niet uitsluit dat er mogelijk sprake is van andere beperkingen in de contractuele sfeer dan degene die KPN noemt aanleiding voor de ACM tot het doen van nader onderzoek.