



## Besluit

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van het bezwaar van Tele2 Nederland B.V, tegen het besluit van 31 oktober 2018 met kenmerk ACM/UIT/500164 tot afwijzing van het handhavingsverzoek van Tele2.**

Ons kenmerk : ACM/UIT/515017  
Zaaknummer : ACM/19/035042  
Datum : 27 juni 2019

## Samenvatting

Tele2 Nederland B.V. (Tele2) heeft op 28 december 2017 bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een handhavingsverzoek ingediend tegen KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. (KPN) wegens overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF-access dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening. Hierop heeft de ACM bij besluit van 29 oktober 2018 geoordeeld dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie niet heeft overtreden. Het handhavingsverzoek van Tele2 is daarom afgewezen. Tegen dit besluit heeft Tele2 bezwaar ingediend.

In zijn bezwaar van 10 december 2018 voert Tele2 aan dat de ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de gestelde overtreding. Tele2 verzoekt de ACM nader onderzoek te doen en het bestreden besluit te herzien.

De ACM heeft op een aantal punten nader onderzoek gedaan. Hieruit is niet gebleken dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden. De ACM ziet derhalve geen aanleiding haar primaire besluit te herzien en verklaart het bezwaar van Tele2 ongegrond.

## 1 Verloop van de procedure

1. In het besluit van 31 oktober 2018 (het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM) het handhavingsverzoek van Tele2 Nederland B.V. (Tele2) afgewezen.<sup>1</sup> Tele2 verzocht de ACM handhavend op te treden tegen KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. (KPN) wegens overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF-access dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening.
2. In een brief van 10 december 2018 heeft Tele2 tegen dit besluit bezwaar gemaakt.<sup>2</sup> De ACM heeft dit bezwaarschrift op 10 december 2018 ontvangen.
3. In een brief van 5 februari 2019 heeft de ACM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en verzocht de gronden van het bezwaar uiterlijk op 20 maart 2019 aan te vullen<sup>3</sup>. Op verzoek van Tele2<sup>4</sup> heeft de ACM deze termijn verlengd tot en met 26 maart 2019.<sup>5</sup> In een brief van 26 maart 2019 heeft Tele2 de gronden van het bezwaar aangevuld.<sup>6</sup>
4. In een brief van 5 april 2019 heeft de ACM de ontvangst van de gronden van bezwaar bevestigd<sup>7</sup> en per brief van 17 april 2019 heeft de ACM Tele2 uitgenodigd voor een hoorzitting om de bezwaren mondeling toe te lichten. Ook heeft de ACM het bezwaarschrift per brief van 17 april 2019 doorgestuurd aan KPN, waarbij KPN eveneens is uitgenodigd voor de hoorzitting.<sup>8</sup>
5. Op 9 mei 2019 heeft een hoorzitting plaatsgevonden op het kantoor van de ACM. Hierbij waren zowel Tele2 als KPN aanwezig.
6. De ACM heeft van deze hoorzitting een verslag gemaakt dat als bijlage bij de brief<sup>9</sup> van 3 juni 2019 aan Tele2 is toegezonden en als bijlage bij de brief<sup>10</sup> van 3 juni 2019 aan KPN is toegezonden, waarbij de ACM aan KPN aanvullende vragen heeft gesteld. KPN heeft de aanvullende vragen van de ACM bij brief van 7 juni 2019 beantwoord.<sup>11</sup>
7. Met instemming van Tele2 heeft de ACM de beslistermijn verlengd tot en met 30 juni 2019.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Kenmerk ACM/UIT/505591.

<sup>2</sup> Kenmerk fax: ACM/IN/427776, kenmerk post: ACM/IN/427777.

<sup>3</sup> Kenmerk: ACM/UIT/506766.

<sup>4</sup> Kenmerk: ACM/IN/433117.

<sup>5</sup> Kenmerk: ACM/UIT/512573.

<sup>6</sup> Kenmerk: ACM/IN/433119.

<sup>7</sup> Kenmerk: ACM/UIT/509633.

<sup>8</sup> Kenmerk: ACM/UIT/509696.

<sup>9</sup> Kenmerk: ACM/UIT/513058.

<sup>10</sup> Kenmerk: ACM/UIT/513059.

<sup>11</sup> Kenmerk: ACM/IN/433958. Bijlagen van de brief zijn verstrekt per e-mail van 6 juni 2019, kenmerk: ACM/IN/434011.

<sup>12</sup> Kenmerk: ACM/UIT/509692 en ACM/UIT/509696 en ACM/IN/433106.

## 2 Het bestreden besluit

8. Tele2 heeft op 28 december 2017<sup>13</sup> bij de ACM een handhavingsverzoek ingediend tegen KPN wegens overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie met betrekking tot de gereguleerde MDF Access-dienstverlening en mogelijk andere gereguleerde wholesale dienstverlening. Hierop heeft de ACM bij besluit van 29 oktober 2018 geoordeeld dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie niet heeft overtreden. Het handhavingsverzoek van Tele2 is daarom afgewezen.
9. In het handhavingsverzoek voert Tele2 grofweg twee argumenten aan waaruit zou blijken dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden. Dit blijkt volgens Tele2 in eerste instantie uit een presentatie van KPN uit 2009. Daarnaast stelt Tele2 dat er andere aanwijzingen zijn dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden. Hieronder worden deze twee argumenten van Tele2 en de overwegingen van de ACM hierover uit het bestreden besluit kort uiteengezet.

### 2.1 Presentatie van 13 oktober 2009

10. 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 tarief voor MDF-access. 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.
11. 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 heeft aangeboden.
12. De ACM heeft hierover in het bestreden besluit het volgende overwogen. Tele2 is als afnemer van MDF-access geconfronteerd met twee tariefsverhogingen. De ACM heeft door middel van een informatieverzoek aan KPN informatie gevraagd waaruit blijkt of KPN deze tariefverhogingen ook aan de andere afnemers van MDF-access in rekening heeft gebracht. Hierop heeft KPN aangegeven dat de tariefverhogingen aan alle afnemers van MDF-access in rekening zijn gebracht. Daarbij heeft KPN genoemd welke aanbieders deze dienst afnemen.
13. Tevens heeft de ACM KPN door middel van een informatieverzoek gevraagd of het in de presentatie van 13 oktober 2009 genoemde tarief voor MDF-access 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>13</sup> Brief van 28 december 2017, kenmerk ACM/IN/324008, kenmerk Tele2 TNETH.0165.

14. Het voorgaande wordt naar het oordeel van de ACM ondersteund doordat op de presentatie het volgende is aangegeven: “*for discussion purposes only*”. Daarnaast heeft KPN aangegeven dat er naar aanleiding van deze presentatie geen onderhandelingen c.q. overeenstemming is bereikt ten aanzien van de tarieven voor MDF-access. Gelet hierop heeft de ACM geoordeeld dat op basis van deze presentatie niet kan worden geconcludeerd dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden.

## 2.2 Overige aanwijzingen voor overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie

15. 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. Hierbij wijst Tele2 op de volgende twee documenten:
  - i. De brief met bijlagen van KPN aan de ACM van 27 mei 2014. 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.
  - ii. Tabellen in de door de ACM in het kader van de totstandkoming van en de beroepen tegen het Herstelbesluit WPC-IIa opgestelde documenten. 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 de ND-5 verplichting<sup>14</sup> 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 de ND-5 verplichting.
16. De ACM heeft hierover in het bestreden besluit het volgende overwogen. De non-discriminatieverplichting kan KPN beperken in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. Ook contractuele bepalingen kunnen KPN op grond van de non-discriminatieverplichting beperken in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. Dit laatste wordt ook door KPN erkend.
17. KPN heeft aangegeven dat er contractuele beperkingen waren waardoor KPN jegens bepaalde partijen contractueel geen aanspraak kon maken op tariefverhogingen. Hierbij doelt KPN op de omstandigheid dat hij ten aanzien van enkele afnemers van interconnectie/gespreksopbouw geen voorbehoud had gemaakt ten aanzien van de WPC-IIa tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties. KPN was op grond van het destijds geldende marktanalysebesluit gebonden aan de non-discriminatieverplichting en heeft daarom afgezien van een navordering van tariefverhogingen voor EVKC poorten en CPS mutaties. Gelet hierop heeft de ACM geoordeeld dat hieruit niet blijkt dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden.

<sup>14</sup> De ND-5 verplichting komt kort gezegd neer op een verbod op marge-utholling.

### 3 Juridisch kader

18. Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader van dit besluit verwijst de ACM naar het bestreden besluit, hoofdstuk 3, randnummers 13 tot en met 15.

### 4 Bezwaargronden en overwegingen ACM

19. In zijn aanvullend bezwaarschrift voert Tele2 een aantal bezwaargronden aan. Tijdens de hoorzitting heeft Tele2 deze gronden nader toegelicht. In het navolgende zet de ACM telkens per grond de argumenten van Tele2 uiteen, gevolgd door de overwegingen van de ACM.

#### 4.1 Bezwaargrond A: Onzorgvuldig en onvolledig onderzoek

20. Tele2 meent dat de ACM in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel uit artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) door onzorgvuldig en onvolledig onderzoek ten grondslag te leggen aan haar besluit. Tele2 geeft aan een zeer groot belang te hebben bij zorgvuldig onderzoek, omdat Tele2 van KPN naheffingsfacturen van vele miljoenen euro's heeft ontvangen. Aanvullend vereist het motiveringsbeginsel uit artikel 3:46 van de Awb een deugdelijke feitelijke grondslag die het besluit kan dragen. Volgens Tele2 heeft de ACM hieraan niet voldaan.
21. Bezwaargrond A valt uiteen in vijf subgronden die in het navolgende uiteen worden gezet. Per subgrond volgt telkens ook de beoordeling van de ACM.

##### 4.1.1 Onjuiste en onvolledige vergelijking van gezonden naheffingsfacturen

22. Volgens Tele2 heeft de ACM ten onrechte enkel naheffingsfacturen van KPN van augustus 2015 betrokken in haar onderzoek. Tele2 heeft zelf facturen verstrekt van 17 juli 2014, 13 en 22 augustus 2014 en 26, 27 en 28 augustus 2015. Tele2 meent dat de ACM elk van deze facturen moet opvragen van alle afnemers van MDF-access.
23. Ter hoorzitting heeft KPN een toelichting gegeven op de hiervoor genoemde facturen die door Tele2 zijn verstrekt als bijlage bij zijn bezwaarschrift. KPN geeft daarbij aan dat een aantal facturen (deels) geen betrekking heeft op MDF-access. Dit valt op te maken uit de drie laatste letters van het factuurnummer. Facturen met de extensie "EAS", zoals de facturen van 17 juli 2014, hebben betrekking op MDF-access. Facturen met de code 'OVR' hebben betrekking op collocatie en een deel van de posten heeft betrekking op wholesale telefonie.<sup>15</sup>
24. Tele2 meent dat de ACM al deze facturen van alle aanbieders zou moeten onderzoeken. Tele2 geeft aan dat de facturen op allerlei diensten betrekking hebben, waaronder MDF-access. De facturen bevatten deels crediteringen en deels debiteringen. De ACM zou volgens Tele2 al dit soort crediteringen en debiteringen moeten controleren bij alle afnemers.
25. De ACM stelt vast dat een deel van de naheffingsfacturen die Tele2 bij zijn bezwaarschrift heeft

<sup>15</sup> Hoorzittingsverslag, kenmerk ACM/UIT/513074, p. 4.

bijgevoegd (deels) betrekking heeft op de dienst MDF-access. De ACM heeft in primo een deel van deze rekeningen reeds van KPN ontvangen, ook rekeningen van de andere afnemers van MDF-access (het betreffen de rekeningen van 26 augustus 2015, zie ook randnummer 36 van het besluit van 29 oktober 2018). Tele2 voert aan dat de ACM niet alle naheffingsfacturen van alle afnemers van MDF-access heeft onderzocht.

26. De ACM heeft in het kader van deze bezwaarprocedure bij KPN alle nog niet verstrekte rekeningen opgevraagd van alle afnemers van MDF-access die betrekking hebben op een naheffing op het tarief voor de dienst MDF-access, over de periode januari 2009 tot en met juni 2014. De ACM heeft KPN bovendien verzocht ook de corresponderende rentefacturen en specificaties te verstrekken.
27. KPN heeft naar aanleiding van dit informatieverzoek van de ACM de naheffings- en rentefacturen en de specificaties gestuurd van 17 juli 2014, van alle afnemers van MDF-access. In zijn brief van 7 juni 2019 licht KPN toe dat hij in het kader van de beroepsprocedure tegen het WPC-IIa tariefbesluit op twee momenten navorderings- en rentefacturen heeft verstuurd. De eerste set rekeningen betrof de rekeningen die hij heeft gestuurd op 17 juli 2014, naar aanleiding van het wijzigingsbesluit WPC-IIa van 19 juni 2014. Deze navorderingen hadden betrekking op de periode vanaf 1 januari 2011, waarbij rekening is gehouden met terugwerkende kracht van ND-5. De tweede set heeft KPN verzonden op 26 augustus 2015, naar aanleiding van de uitspraak van het CBb van 21 juli 2015 waarbij ND-5 niet met terugwerkende kracht is toegepast. De facturen van 26 augustus 2015 betreffen afzonderlijke facturen voor de periode 2009-2010 en de periode na januari 2011. De ACM stelt vast dat KPN ook de naheffingsvorderingen van 17 juli 2014 naar alle afnemers van MDF-access heeft verstuurd en ziet hierin geen overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie.
28. De ACM heeft KPN verzocht aan te geven of alle naheffings- en rentefacturen zijn betaald en of KPN naar aanleiding van deze facturen nog heeft gecrediteerd. KPN heeft een overzicht van de betalingen verstrekt. Hieruit blijkt dat nog niet alle aanbieders, waaronder Tele2, hun naheffingsfacturen (volledig) hebben voldaan.<sup>16</sup> Daarover licht KPN toe dat voor een aantal facturen de betaling is opgeschort in afwachting van de uitkomst van de beroepsprocedure tegen het besluit van de ACM van 4 juli 2016, zoals gewijzigd bij besluit van 10 augustus 2016 tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN wegens overtreding van de non-discriminatieverplichting en het verbod op marge-uitholling zoals opgenomen in het ULL-besluit 2011. Tele2 heeft de verschuldigheid van alle navorderings- en rentefacturen betwist en de betaling van deze facturen ingehouden. De ACM is op basis van het voorgaande niet gebleken dat KPN afwijkende betalingsvoorwaarden hanteert met betrekking tot de naheffings- of rentefacturen.
29. Tot slot verklaart KPN dat geen enkele creditering heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de navorderings- en rentefacturen van 17 juni 2014 en 26 augustus 2015.
30. Gelet op dit aanvullende onderzoek is de ACM niet gebleken van een overtreding van het verbod

<sup>16</sup> Kenmerk: ACM/IN/434020, bijlage 3.

op tariefdifferentiatie en ziet de ACM derhalve geen reden om haar besluit van 29 oktober 2018 op dit punt te heroverwegen.

*Facturen voor 'Virtueel MDF', 'WBA-CO access', 'VDSL-CO'*

31. Verder stelt Tele2 dat de ACM ten onrechte niet aan KPN heeft gevraagd om ook facturen voor andere diensten op te vragen die volgens Tele2 mogelijk ook MDF-access betreffen, zoals 'Virtueel MDF', 'WBA-CO access', 'VDSL-CO'. Ter hoorzitting licht Tele2 toe dat hij van een marktpartij heeft vernomen dat deze 'niet zou worden geraakt' door de naheffingsfacturen van KPN, omdat de betreffende aanbieder een dienst van KPN af zou nemen genaamd 'Virtueel MDF' met een ander tarief dan het tarief voor MDF-access. Tele2 verwijst naar pagina 10 van de presentatie van 13 oktober 2009, waarin het volgende wordt vermeld: "*Virtueel MDF inkoop (voorlopig WPC+1)*". Dit duidt volgens Tele2 op het aanbod van de dienst 'Virtueel MDF', die gelijk zou zijn aan MDF-access maar waarvan het tarief lager ligt dan het tarief voor MDF-access dat Tele2 aan KPN betaalt.
32. KPN geeft ter hoorzitting aan dat de dienst 'Virtueel MDF' niet in het dienstaanbod van KPN voorkomt. 'Virtueel MDF' wordt inderdaad genoemd in de presentaties van 13 en 14 oktober 2009, maar dat wordt daar genoemd als onderdeel van het tarief voor de dienst die later WBA co-invest is gaan heten. In de presentatie stond vermeld dat KPN ten behoeve van de dienst die later eerst WBA co-invest en in 2015 VULA is geworden bij zichzelf 'Virtual MDF-access' zou inkopen en hoe dat virtueel ingekochte MDF-tarief voor die dienst zou worden meegenomen.
33. KPN heeft naar oordeel van de ACM voldoende aannemelijk gemaakt dat 'Virtueel MDF' geen gereguleerde wholesaledienst is die werd afgenomen bij KPN. De ACM ziet dan ook geen aanleiding om nader te onderzoeken of de afname van 'Virtueel MDF' heeft geleid tot overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie.
34. Voor de benamingen 'WBA-CO access' en 'VDSL-CO' heeft Tele2 in het geheel niet gemotiveerd in welk opzicht het toch zou gaan om gereguleerde wholesalediensten onder het ULL-Besluit 2010 en het ULL-Besluit 2011. De ACM blijft derhalve bij haar oordeel dat de benamingen 'WBA-CO access', 'VDSL-CO' geen gereguleerde wholesalediensten betreffen onder het ULL-Besluit 2010 en het ULL-Besluit 2011.
35. Gelet op het voorgaande slaagt de bezwaargrond van Tele2 niet.

#### **4.1.2 De conclusies met betrekking tot de presentatie van 13 oktober 2009 zijn onjuist en voorbarig**

36. De ACM baseert zich volgens Tele2 op de door KPN gegeven antwoorden, waarbij KPN in zijn beantwoording van de vragen van de ACM, volgens Tele2, niet stellig was. In de antwoorden van KPN over de presentatie wordt gesteld dat vragen over het aanbod niet met 100% zekerheid kunnen worden beantwoord. Volgens Tele2 blijkt hieruit niet dat de presentatie van 13 oktober 2009 geen aanbod in juridische zin was en dat daarover niet is onderhandeld of overeenstemming is bereikt met enige marktpartijen.



37. Volgens Tele2 blijkt uit het antwoord dat KPN heeft gegeven in zijn brief van 7 juni 2018, dat er is onderhandeld over het aanbod in de presentatie.<sup>17</sup> In die brief is het volgende gevraagd:

*“Vraag: Hoe lang hebben deze aanbiedingen in de markt gestaan?”*

*Antwoord: Tot het moment waarop duidelijk werd dat de voorstellen niet tot overeenstemming zouden leiden, en derhalve in geen geval later dan 16 december 2009, de datum waarop het WPC-2a tariefbesluit werd gepubliceerd.”*

38. Ter hoorzitting geeft KPN aan dat hij in de brief van 7 juni 2018 enkel heeft gemeld dat niet met 100% zekerheid een antwoord kan worden gegeven op de vraag of het aanbod voor het MDF-tarief in 2009 een los afneembaar aanbod was. Tevens heeft KPN tijdens de hoorzitting gemotiveerd verklaard dat er geen afwijkende tariefafspraken zijn gemaakt met MDF-afnemers.<sup>18</sup> KPN heeft hiermee naar oordeel van de ACM voldoende aannemelijk gemaakt dat het niet om een los afneembaar aanbod ging. Bovendien wijst de ACM nogmaals op het opschrift van de presentatie, dat vermeldt dat deze ‘*for discussion purposes only*’ was.
39. Gelet hierop is de ACM niet gebleken dat de presentatie van 13 oktober 2009 een los afneembaar aanbod bevatte voor de dienst MDF-access.
40. Tele2 overlegt ter onderbouwing een exemplaar van de presentatie die hij een dag later, op 14 oktober 2009, bij KPN heeft bijgewoond. Ter hoorzitting heeft KPN het verschil tussen de presentaties van 13 en 14 oktober 2009 toegelicht.<sup>19</sup> De presentatie van 13 oktober 2009 betrof een presentatie voor de partijen Tele2, Online en BB-net. De presentatie van 14 oktober 2009 betrof een presentatie die specifiek was toegespitst op Tele2.
41. Uit de aantekeningen op deze presentatie van 14 oktober 2009 zou volgens Tele2 blijken dat er onderhandelingen hebben plaatsgevonden naar aanleiding van het aanbod. De ACM heeft ter hoorzitting aan Tele2 gevraagd de aantekeningen toe te lichten in het licht van de stelling van Tele2 dat daaruit zou blijken dat sprake is geweest van een aanbod. Hierop heeft Tele2 ter hoorzitting verklaard dat de aantekeningen op de sheets van persoonlijke aard zijn en dat hij niet meer met zekerheid kan zeggen wat de aantekeningen precies inhouden. Daarmee heeft Tele2 de stelling dat uit de aantekeningen blijkt dat is onderhandeld, niet voldoende onderbouwd.
42. De ACM neemt ook in overweging dat ook de presentatie van 14 oktober 2009 een tekst bevat, vergelijkbaar met de in randnummer 38 genoemde tekst, namelijk: “*for discussion purposes only & subject to Board & Legal Approval*”. Naar oordeel van de ACM wijst deze tekst erop dat de presentatie diende als een document voor discussiedoeleinde en niet als aanbod in juridische zin.
43. Verder bestrijdt Tele2 de reactie van KPN in de brief van 7 juni 2018, waarin hij heeft aangegeven

<sup>17</sup> Brief van 7 juni 2018, met kenmerk: ACM/IN/417213

<sup>18</sup> Hoorzittingsverslag, kenmerk: ACM/UIT/513074, bijlage 1 pleitnota KPN p. 2.

<sup>19</sup> Hoorzittingsverslag, kenmerk: ACM/UIT/513074, p. 7-8.



dat de destijds direct betrokken medewerkers niet meer werkzaam zijn bij KPN. Bovendien stelt KPN volgens Tele2 ten onrechte dat hij niet meer beschikt over achterliggende (interne) stukken die ten grondslag hebben gelegen aan de propositie zoals opgenomen in de presentaties. Volgens Tele2 zijn de betrokken medewerkers nog wel werkzaam bij KPN. Tele2 betwist ook dat KPN de documentatie over deze bijeenkomst niet meer bezit. De ACM had bovendien volgens Tele2 ook bij andere aanbieders onderzoek kunnen doen, bijvoorbeeld bij degene die aanwezig waren bij de bijeenkomst waar de betreffende presentatie is gegeven.

44. Ter hoorzitting verklaart KPN gemotiveerd dat de door Tele2 in zijn bezwaarschrift genoemde medewerkers niet betrokken waren bij de presentatie van 13 oktober 2009 en overleg daarover met afnemers van MDF-access.<sup>20</sup> Tele2 heeft deze uitleg van KPN niet betwist. De ACM ziet op grond van het voorgaande geen aanleiding om navraag te doen bij genoemde medewerkers. De ACM ziet bovendien geen reden om te twijfelen aan de verklaring van KPN, zeker nu Tele2 niet aannemelijk heeft kunnen maken dat uit de aantekeningen op de presentatie zou blijken dat er onderhandeld is.
45. Ter hoorzitting licht Tele2 toe dat hij van een aanbieder heeft vernomen dat deze 'niet zou worden geraakt' door de naheffingsfacturen van KPN. Deze partij gaf aan de dienst "Virtueel MDF" van KPN af te nemen. Daaruit maakt Tele2 op dat deze aanbieder gebruik zou hebben gemaakt van het aanbod van KPN zoals opgenomen in de presentatie van 13 oktober 2009. Volgens Tele2 heeft deze afnemer dan een lager tarief betaald voor MDF-access dan het tarief dat Tele2 betaalt aan KPN.
46. Zoals reeds in randnummer 32 is opgenomen, heeft KPN ter hoorzitting verklaard dat de dienst 'Virtueel MDF' als zodanig niet in het dienstaanbod van KPN voorkomt en dat 'Virtueel MDF-access' een onderdeel is van het tarief voor de dienst WBA co-invest.
47. Tot slot stelt de ACM vast dat uit de naheffingsfacturen blijkt dat geen van de afnemers de dienst MDF-access daadwerkelijk heeft afgenomen onder de in de presentatie genoemde voorwaarden.
48. Gelet op het voorgaande is de ACM van oordeel dat niet is gebleken dat de presentaties van 13 en 14 oktober 2009 kwalificeren als een aanbod in juridische zin. De gronden van Tele2 op dit punt slagen derhalve niet.

#### **4.1.3 De ACM heeft ten onrechte vertrouwelijkheid aangenomen van door KPN verstrekte informatie**

49. De ACM heeft in randnummer 36 van de openbare versie van het bestreden besluit vertrouwelijk gemaakt wie de afnemers zijn van MDF-access en van welke aanbieders de ACM facturen heeft ontvangen. Tele2 meent dat de lijst met afnemers geen vertrouwelijke informatie betreft. Volgens Tele2 participeerden alle afnemers en aspirant-afnemers van MDF-access aan het Spectraal Overleg Orgaan. Gelet hierop stelt Tele2 te weten wie MDF-access afnemen bij KPN en heeft de ACM deze informatie onterecht als vertrouwelijk aangemerkt.

<sup>20</sup> Hoorzittingsverslag, kenmerk: ACM/UIT/513074, bijlage 1 pleitnota KPN, p. 3.

50. De ACM stelt vast dat Tele2 blijkens zijn bezwaarschrift van 10 december 2018 enkel bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit met kenmerk ACM/UIT/505591. Deze grond richt zich echter tegen het publicatiebesluit<sup>21</sup> van de ACM op grond waarvan zij gegevens in het besluit vertrouwelijk heeft gemaakt. Daartegen kon uiterlijk op 14 maart 2019 bezwaar worden ingediend. Dit heeft Tele2 nagelaten. In zoverre is deze grond naar oordeel van de ACM niet-ontvankelijk.
51. Ten overvloede overweegt de ACM dat informatie over de groep afnemers van een bepaalde dienst naar zijn aard bedrijfsvertrouwelijke informatie is in de zin van artikel 10, eerste lid, sub c, van de Wet openbaarheid van bestuur. De ACM volgt Tele2 niet in zijn argument dat hij meent al op de hoogte te zijn wie de afnemers zijn van deze dienst, omdat hij weet wie deelneemt aan het Spectraal Overleg Orgaan. Tele2 weet in beginsel niet wie daadwerkelijk afnemers zijn van MDF-access, nu bij het Spectraal Overleg ook potentiële afnemers zich konden aansluiten. KPN heeft dit tijdens de hoorzitting bevestigd. De daadwerkelijke afnemers van MDF-access zijn derhalve niet zonder meer reeds bekend bij Tele2.

#### **4.1.4 De verklaring naar aanleiding van paragraaf 3b van het handhavingsverzoek is niet sluitend**

52. Tele2 stelt dat KPN in documenten uit de WPA-IIa procedure in 2014 heeft berekend dat een verhoging van de tarieven voor WPC-IIa met terugwerkende kracht tot de tariefplafonds zou leiden tot schending van de ND-5 verplichting en het verbod van tariefdifferentiatie voor een bedrag van meer dan 8 miljoen euro. Tele2 merkt op dat KPN bij brief van 26 februari 2018 heeft gesteld dat dit bedrag van 8 miljoen voor een belangrijk deel is toe te rekenen aan het niet met terugwerkende kracht verhogen van de tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties. De ACM heeft dit naar mening van Tele2 ten onrechte aangenomen. Volgens Tele2 verklaren de tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties slechts een correctie van respectievelijk 1,1 miljoen euro en 0,7 miljoen euro, en niet van 8 miljoen euro. Bovendien zou uit naheffingsfacturen van Tele2 blijken dat hij voor deze diensten wel een naheffingsfactuur heeft gehad.
53. KPN heeft tijdens de hoorzitting aangegeven dat hij in de brief van 26 februari 2018 waarnaar Tele2 verwijst, niet heeft verklaard dat een belangrijk deel van het bedrag van 8 miljoen is toe te rekenen aan het niet met terugwerkende kracht verhogen van de tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties. Bovendien heeft KPN aangegeven dat de navorderingen voor EVKC poorten en CPS mutaties die naar Tele2 zijn gestuurd, slechts betrekking hebben op een deel van de periode waarover is gevorderd, namelijk de periode van 1 januari 2009 tot en met februari 2011 en de periode vanaf 1 oktober 2013.<sup>22</sup> KPN heeft dat in het kader van de voorbereiding van het Wijzigingsbesluit WPC-IIa toegelicht in een brief aan de ACM van 18 april 2014. In zijn rapportage van bevindingen van 27 mei 2014<sup>23</sup> heeft de controlerende accountant vastgesteld dat KPN bij de navorderingen dienovereenkomstig heeft gehandeld.

<sup>21</sup> Van datum 31 januari 2019 met kenmerk: ACM/UIT/500442.

<sup>22</sup> Hoorzittingsverslag, kenmerk: ACM/UIT/513074, pleitnota KPN, p. 3 en 4.

<sup>23</sup> Opgenomen in Bijlage 3 bij het handhavingsverzoek van Tele2, kenmerk: ACM/IN/433119. Zie ook: hoorzittingsverslag, kenmerk: ACM/UIT/513074, pleitnota KPN, p. 3 en 4.

54. De ACM overweegt hierover het volgende. Tele2 wijst erop dat de non-discrimatieverplichting en eventuele contractuele beperkingen, KPN beperkingen in zijn mogelijkheden om gereguleerde wholesaletarieven te verhogen. In het primaire besluit heeft de ACM geoordeeld dat zij Tele2 volgt in deze stelling. In reactie op een informatieverzoek van de ACM heeft KPN aangegeven 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>24</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-discrimatieverplichting. Hieruit blijkt dat KPN, zoals Tele2 stelt, beperkt was in zijn mogelijkheden om de gereguleerde wholesaletarieven te verhogen.
55. In zijn bezwaarschrift heeft Tele2 facturen overgelegd waaruit volgens Tele2 blijkt dat KPN wel degelijk tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties tarieven heeft nagevorderd. Hierbij verwijst Tele2 naar in ieder geval de volgende facturen: factuur van 22 augustus 2014 met factuurnummer VSTL201408082OVR en factuur van 28 augustus 2015 met factuurnummer VSTL201508094WPV. KPN heeft tijdens de hoorzitting aangegeven dat in deze facturen inderdaad tarieven voor EVKC poorten en CPS mutaties worden gevorderd, maar dat dit gebeurt voor slechts een beperkte periode.
56. De ACM stelt na onderzoek van de facturen vast dat uit die facturen niet blijkt dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden. In de factuur met factuurnummer VSTL201408082OVR is bijvoorbeeld een post opgenomen van 2.826,59 euro voor "*KPN 2048 kbit/s Switch Ports Service – 1 januari 2011 t/m 30 september 2012*". KPN heeft tijdens de hoorzitting aangegeven dat over deze periode slechts voor één maand tarieven in rekening zijn gebracht, namelijk januari 2011. Voor de overige maanden in die periode heeft KPN geen tarief in rekening gebracht. Tijdens de hoorzitting heeft Tele2 dit bevestigd.<sup>25</sup>
57. Gelet op voornoemde oordeelt de ACM 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. KPN heeft afgezien van een tariefverhoging voor EVKC poorten en CPS mutaties, omdat KPN gehouden was aan de non-discrimatieverplichting. Hierdoor is een overtreding van het verbod op tariefdifferentiatie voorkomen.
58. Tele2 stelt dat de ACM nader onderzoek had moeten doen naar de navordering voor EVKC poorten en CPS mutaties. De ACM overweegt in dit kader dat uit het voorgaande blijkt dat zij voldoende onderzoek heeft gedaan naar de navordering voor EVKC poorten en CPS mutaties. De bezwaargrond van Tele2 geeft geen aanleiding voor een heroverweging van het primaire besluit.

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

<sup>25</sup> Hoorzittingsverslag, kenmerk: ACM/UIT/513074, p. 10.

59. Gelet op voornoemde slaagt de bezwaargrond van Tele2 niet.

#### **4.1.5 De opzet van het onderzoek is als zodanig onvolledig en de resultaten kunnen de door ACM getrokken conclusie niet dragen.**

60. Tele2 meent dat de ACM ten onrechte niet heeft onderzocht welke marktpartijen vanaf 2009 MDF-access afnamen, al dan niet onder alternatieve benamingen zoals "Virtueel MDF", "WBA-CO access" en "VDSL-CO". De ACM had deze informatie moeten verifiëren op basis van gegevens die zij reeds in huis had op basis van de Telecommonitor (de Structurele Markt Monitor voor de telecommarkt).

61. Hoewel de ACM geen reden heeft om te twifelen aan de juistheid of volledigheid van de door KPN in het kader van het primaire besluit verstrekte informatie met betrekking tot wie afnemers van MDF-access zijn, heeft zij op basis van de in haar bezit zijnde informatie in het kader van de Telecommonitor gecontroleerd of de groep afnemers van MDF-access waarvoor KPN facturen heeft verstrekt volledig is. Daaruit blijkt dat de groep afnemers overeenkomt met de informatie die bij brief van 26 februari 2018<sup>26</sup> door KPN is aangeleverd.<sup>27</sup>

62. De ACM had volgens Tele2 voor elk van deze afnemers in kaart moeten brengen welke naheffingen bij hen in rekening zijn gebracht, of deze allen zijn betaald, en zo ja, op welke wijze betaling heeft plaatsgevonden. Daarbij hadden ook wijzigingen, crediteringen, verrekeningen, gezonden rentefacturen en verleend uitstel van betaling in kaart moeten worden gebracht. De ACM had deze informatie bovendien moeten verifiëren bij de betreffende afnemers.

63. De ACM is van oordeel dat zij voldoende onderzoek heeft gedaan door de in het kader van de CBB uitspraak van 21 juni 2015<sup>28</sup> verzonden naheffingsfacturen en rentefacturen van alle aanbieders van MDF-access bij KPN op te vragen en te controleren. Daarnaast heeft de ACM aanvullend onderzoek gedaan door ook de naheffings- en rentefacturen en de specificaties van 17 juli 2014 op te vragen en te onderzoeken van alle afnemers van MDF-access, zoals beschreven in de voorgaande randnummers 26 en 27. Daarbij heeft de ACM ook de betalingen van deze facturen betrokken en vragen gesteld over eventuele creditering van deze facturen. Voor de overige door Tele2 verstrekte facturen<sup>29</sup> heeft Tele2 onvoldoende aanwijzingen aangedragen die ertoe nopen deze nader te onderzoeken, nu is gebleken dat deze niet direct betrekking hebben op de dienst MDF-access.

64. De ACM ziet geen aanleiding om informatie te verifiëren bij de betreffende afnemers. De ACM heeft geen reden om te twifelen aan de juistheid of volledigheid van de door KPN verstrekte gegevens.

65. In randnummers 33 en 34 heeft de ACM reeds geoordeeld dat niet is gebleken dat de diensten

<sup>26</sup> Kenmerk: ACM/IN/429225.

<sup>27</sup> Kenmerk: ACM/INT/386888.

<sup>28</sup> Kenmerk: ECLI:NL:CBB:2015:260.

<sup>29</sup> Met data 13 augustus 2014, 22 augustus 2014, 27 augustus 2015 en 28 augustus 2015.

met de benamingen 'Virtueel MDF', 'WBA-CO access' en 'VDSL-CO' gereguleerde wholesalediensten betreffen onder het ULL-Besluit 2010 en het ULL-Besluit 2011.

66. Gelet op het voorgaande is de ACM van oordeel dat haar onderzoek naar de vermeende overtreding volledig is, mede door de aanvullende onderzoekshandelingen die de ACM in het kader van dit bezwaar heeft ondernomen. Uit de aanvullende onderzoekshandelingen van de ACM is niet gebleken dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie heeft overtreden. De ACM ziet derhalve geen grond om haar primaire besluit te herzien.

#### **4.2 Bezwaargrond B: Ten onrechte komt de ACM in het bestreden besluit tot de conclusie dat KPN het verbod op tariefdifferentiatie niet heeft overtreden.**

67. Tele2 stelt dat de ACM gezien de bezwaargronden ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat KPN het verbod van tariefdifferentiatie niet heeft overtreden. Volgens Tele2 had de ACM ook moeten onderzoeken of KPN wettelijke rente bij iedere afnemers van MDF-access volledig in rekening heeft gebracht. Tele2 meent dat het niet of niet volledig in rekening brengen van de rente betekent dat feitelijk lagere tarieven in rekening worden gebracht. Ook komt het niet in rekening brengen van rente neer op het hanteren van verschillende betalingstermijnen, wat ook in strijd is met de non-discriminatieverplichting.
68. Uit het dossier blijkt dat KPN per brief van 26 februari 2018 zowel alle facturen van 26 augustus 2015 alle afnemers van MDF-access heeft verstrekt, als ook de rentefacturen.<sup>30</sup> Bij brief van 6 juni 2019 heeft KPN bovendien de naheffings- en rentefacturen van 17 juli 2014 van alle afnemers van MDF-access verstrekt.<sup>31</sup> Hieruit blijkt dat KPN de rente bij alle afnemers gelijkelijk in rekening heeft gebracht. Daarbij laat de ACM in het midden of sprake zou kunnen zijn van strijd met de non-discriminatieverplichting als dit niet het geval was. De ACM ziet ook hierin geen grond om haar primaire besluit te herroepen.

---

<sup>30</sup> Kenmerk: ACM/IN/395561.

<sup>31</sup> Bijlagen 1 en 2 van e-mail van 6 juni 2019, kenmerk: ACM/IN/434011.

## 5 Besluit

69. De Autoriteit Consument en Markt verklaart de bezwaren van Tele2 Nederland B.V. gericht tegen het bestreden besluit van 31 oktober 2018 ongegrond.

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze:

w.g.

drs. A. Sipkes  
Directeur Directie Telecom Vervoer en Post

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