



## Besluit

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot afwijzing van het handhavingsverzoek van Tele2 inzake artikel 24 van de Mededingingswet.**

Ons kenmerk : ACM/UIT/535875  
Zaaknummer : ACM/19/034774  
Datum : 23 juni 2020

## 1 Inleiding

1. Tele2 Nederland B.V.<sup>1</sup> (Tele2) heeft een verzoek tot handhaving ingediend bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) in verband met een vermeende overtreding door Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. (KPN) van artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).
2. Het vermeende misbruik van de economische machtspositie van KPN manifesteert zich volgens het standpunt van Tele2 in de tarieven die KPN in rekening bracht voor toegang tot het *Main Distribution Frame* (MDF) op het nationale kopernetwerk. Tele2 neemt (wholesale) toegang tot de MDF van KPN af. In het marktanalysebesluit ULL heeft de ACM deze toegang opgelegd. Deze MDF-toegang is een essentieel onderdeel van de gereguleerde ontbundelde toegangsdienst voor het nationale kopernetwerk en kent een eigen tariefstructuur met gereguleerde tariefplafonds.
3. De regulering is, voor het onderhavige geval relevant per 2010, door de ACM opgelegd vanwege aanmerkelijke marktmacht van KPN op de markt voor ontbundelde toegang. Naast tariefplafonds omvatte de regulering meer generieke non-discriminatieverplichtingen. Een van de non-discriminatieverplichtingen is een verbod op een tariefpraktijk die kan leiden tot marge-uitholling van een stroomafwaarts gelegen dienst. De MDF-accestarieven, de daarvoor geldende tariefplafonds en de non-discriminatieverplichting inzake marge-uitholling zijn tot op de dag van vandaag onderdeel geweest van uitvoerige juridische procedures.
4. Het handhavingsverzoek van Tele2 ziet weliswaar op dezelfde tarieven maar baseert zich op het generieke mededingingsrecht. De klacht ziet op misbruik van de economische machtspositie van KPN.
5. Uit de mededingingsrechtelijke praktijk en jurisprudentie zijn er verschillende vormen van machtsmisbruik bekend. In eerste instantie heeft Tele2 aangevoerd dat machtsmisbruik zich heeft voorgedaan doordat KPN marges heeft uitgehold van diensten die afhankelijk waren van MDF-toegang. KPN heeft hiertoe de tarieven van MDF-toegang met terugwerkende kracht verhoogd middels een naheffing. De naheffing die KPN vordert ziet op een periode tussen 2012 en 2015.
6. In tweede instantie heeft Tele2 aangevoerd dat de tarieven die KPN aan Tele2 heeft gerekend voor LKWBT-diensten gemiddeld hoger zijn dan de tarieven die KPN bij Vodafone Thuis in rekening bracht. Specifiek zouden de prijzen voor LKWBT-diensten op locaties waar Tele2 bij KPN MDF-toegang afnam en daarmee over eigen faciliteiten beschikte en niet afhankelijk was van de faciliteiten van KPN, gemiddeld lager liggen dan de tarieven op andere locaties. Tele2 vat deze tariefpraktijk op als een vorm van machtsmisbruik, te weten selectieve prijsonderbieding.
7. De ACM heeft onderzoek gedaan naar de marges die zijn behaald door KPN op de externe leveringen van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang (LKWBT) in de periode 1 januari 2011

---

<sup>1</sup> Per 6 januari 2020 is Tele2 Nederland B.V. onderdeel van T-Mobile Netherlands B.V.

tot 1 juli 2015 . Daarnaast heeft de ACM onderzoek gedaan naar de co-investeringsovereenkomst tussen KPN en Vodafone Thuis.

## 2 Achtergrond: regulering en procedures

### 2.1 Marktanalysebesluit ULL en opvolgende tariefbesluiten

8. Verschillende reguleringsbesluiten van de ACM zijn relevant in het kader van het verzoek van Tele2. Een aantal besluiten is naar aanleiding van juridische procedures (op onderdelen) gewijzigd. Hieronder volgt een opsomming van de relevante aspecten.
9. Op 27 april 2010 nam de ACM het marktanalysebesluit ULL-2010<sup>2</sup>, waarmee de markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau werd gereguleerd.
10. Op 1 januari 2012 trad het marktanalysebesluit ULL-2011<sup>3</sup> in werking. In dit besluit heeft de ACM aan KPN non-discriminatieverplichtingen (o.a. het verbod op tariefdifferentiatie en het verbod op marge-uitholling) opgelegd en de tarieven die KPN rekent op de markt voor ontbundelde toegang op het kopernetwerk (o.a. MDF-toegang) gemaximeerd.
11. In het tariefbesluit Wholesale price cap 2009-2011<sup>4</sup> (WPC-IIa) dat in werking trad op 16 december 2009, heeft de ACM o.a. de tariefregulering van de wholesale KPN-diensten die via de marktanalysebesluiten zijn gereguleerd, geoperationaliseerd. Dit gebeurde aan de hand van wholesale price caps ofwel tariefplafonds.
12. Op 23 september 2013 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in een tussenuitspraak aan de ACM de opdracht gegeven om het WPC-IIa besluit op een aantal punten aan te passen om zo gebreken in het besluit te herstellen. Deze aanpassingen, die zijn opgenomen in het WPC-IIa Wijzigingsbesluit van 19 juli 2014, hebben geleid tot hogere tariefplafonds.
13. Tele2 is vervolgens in beroep gegaan tegen het WPC-IIa Wijzigingsbesluit. Tele2 was het niet eens met de hoogte van de tariefplafonds en met het feit dat KPN met terugwerkende kracht hogere tarieven over de periode 2009-2011 kon vorderen.
14. Het CBb heeft in de uitspraak van 21 juli 2015<sup>5</sup> (WPC IIa-uitspraak) het WPC-IIa Wijzigingsbesluit vernietigd. Het CBb stelde vast dat met het besluit enkel de tariefplafonds met terugwerkende kracht ten uitvoer worden gelegd, maar dat de verplichting reeds was neergelegd in het marktanalysebesluit ULL-2011.

<sup>2</sup> Kenmerk OPTA/AM/2010/201285.

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

<sup>4</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2014/203443.

<sup>5</sup> CBb 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260 (WPC-IIa).

## 2.2 Verbod op marge-uitholling (ND5) en verbod op prijsdifferentiatie

15. Op 17 juli 2014 en op 26 augustus 2015 heeft KPN aan Tele2 navorderingsfacturen gestuurd als gevolg van de verhoging van de MDF-toegangstarieven.
16. Vervolgens heeft Tele2 op 8 juni 2015 de ACM verzocht handhavend op te treden tegen KPN. KPN zou met de navordering het verbod op marge-uitholling, neergelegd in gedragsregel ND-5 van het marktanalysebesluit ULL-2011, hebben overtreden. Met andere woorden, de marge die Tele2 kon behalen op de wholesale breedbandmarkt zou met terugwerkende kracht te krap zijn geworden als gevolg van te hoge tarieven op de stroomopwaarts gelegen ULL-markt.
17. Naar aanleiding van het handhavingsverzoek van Tele2 heeft de ACM in het besluit in primo van 4 juli 2016<sup>6</sup> (gewijzigd op 10 augustus 2016<sup>7</sup>) aan KPN een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van het discriminatieverbod en het verbod op marge-uitholling (de ND-5 verplichting) door de verhoging van de tarieven voor MDF-toegang en de WBT co-investeringsafspraken met Vodafone over de periode 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015.
18. KPN heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. De ACM heeft het bezwaar afgewezen en de last gehandhaafd in haar beslissing op bezwaar van 8 juni 2017<sup>8</sup>.
19. KPN is in beroep gegaan bij de Rechtbank Rotterdam omdat er volgens hem geen sprake was van een overtreding, en Tele2 heeft beroep in gesteld omdat de last zijns inziens niet verstrekkend genoeg was. De rechtbank heeft het beroep van KPN deels gegrond verklaard en heeft in haar vonnis van 19 juli 2018<sup>9</sup> het besluit van de ACM vernietigd op principiële gronden. Volgens de rechtbank heeft de ACM vanwege het lex certa-beginsel KPN niet kunnen verplichten een langere terugverdienperiode te hanteren.
20. Op 28 september 2018 heeft de ACM een nieuwe beslissing op bezwaar<sup>10</sup> genomen. Daarin heeft de ACM de uitspraak van de rechtbank in acht genomen ten aanzien van de terugverdientermijn.
21. KPN heeft daarna de tarieven met terugwerkende kracht verhoogd en heeft betaling van het verschil na de verhoging gevorderd van Tele2.
22. Tele2 en KPN zijn beide in beroep gegaan tegen de tweede beslissing op bezwaar. Op dit moment is de procedure aanhangig bij het CBb.

<sup>6</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/203814.

<sup>7</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/204845.

<sup>8</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2017/203412\_OV.

<sup>9</sup> Rb. Rotterdam 19 juli 2018; ECLI:NL:RBROT:2018:5510 (ND-5).

<sup>10</sup> Kenmerk ACM/UIT/499885.

### 3 Verloop van de procedure

23. De ACM heeft op 28 december 2018 een handhavingsverzoek van Tele2 ontvangen inzake de MDF-toegangstarieven van KPN. In dit verzoek vraagt Tele2 de ACM te handhaven op basis van artikel 24 Mw en artikel 102 van het VWEU.
24. Op 11 januari 2019 heeft de ACM de ontvangst van het verzoek bevestigd en daarbij Tele2 gevraagd naar de vertrouwelijkheid van de stukken. Tele2 heeft op 28 januari 2019 de procedurele openbaarheid van het handhavingsverzoek zoals oorspronkelijk ingediend bevestigd.
25. De ACM heeft KPN op 7 februari 2019 verzocht om een zienswijze op het handhavingsverzoek, die op 14 maart 2019 is ontvangen.
26. Op 19 juli 2019 heeft de ACM in een informatieverzoek aan KPN verzocht om een marge-  
uithollingstoets uit te voeren en de resultaten daarvan kenbaar te maken aan de ACM. Dit informatieverzoek is op 19 augustus 2019 gedeeld met Tele2. KPN heeft aan dit verzoek voldaan op 17 oktober 2019. De financiële details zijn in een overleg nader toegelicht aan de ACM.
27. De ACM heeft op 1 augustus 2019 Tele2 door middel van een informatieverzoek gevraagd om toe te lichten op welke wijze en vanaf welke periode zich uitsluitingseffecten als gevolg van misbruik van de economische machtspositie van KPN zouden hebben voorgedaan.
28. Op 16 september 2019 heeft Tele2 gereageerd op het informatieverzoek en tevens een zienswijze gegeven op de zienswijze van KPN. Daarbij heeft Tele2 het handhavingsverzoek uitgebreid door aan te voeren dat het vermeende machtsmisbruik van KPN tevens tot uiting is gekomen door selectieve prijsonderbieding, gebaseerd op voor Tele2 destijds recent verkregen inzicht in contracten.
29. Op 2 oktober 2019 heeft de ACM de (procedureel openbare) toelichting, zienswijze en uitbreiding van het handhavingsverzoek van Tele2 gedeeld met KPN. KPN heeft zijn zienswijze op deze stukken op 30 oktober 2019 gedeeld met de ACM.
30. De ACM heeft op 6 februari 2020 de tweede zienswijze van KPN gedeeld met Tele2, waarop Tele2 op 20 maart 2020 een zienswijze heeft geleverd.

### 4 Juridisch kader

31. Artikel 24, eerste lid, van de Mw verbiedt het ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie. Het artikel is de nationale evenknie van het gelijkstreckende Europese artikel 102 van het VWEU, waarin machtsmisbruik met grensoverschrijdende gevolgen

binnen de interne markt is verboden.

32. Artikel 102 van het VWEU geeft een niet-limitatieve opsomming van situaties waarin met name machtsmisbruik kan bestaan:
- het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
  - het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;
  - het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
  - het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.
33. De ACM is op basis van artikel 56 Mw bevoegd om handhavend op te treden tegen overtreding van artikel 24 Mw, door middel van het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.
34. Op grond van artikel 88 Mw is de ACM bevoegd om artikel 102 VWEU te handhaven in Nederland.
35. De Europese Commissie heeft in de *Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie op basis van Europese jurisprudentie het raamwerk van misbruik van een economische machtspositie*<sup>11</sup> (Richtsnoeren) uitgewerkt. Als essentieel element voor het vaststellen van machtsmisbruik geldt het afschermen van markten met als effect economische schade aan gebruikers. Dit criterium van *concurrentieverstorende afscherming* wordt gedefinieerd als een situatie “*waarin de daadwerkelijke toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot bevoorrading of markten wordt verhinderd of uitgeschakeld als gevolg van de gedragingen van de onderneming met een machtspositie, waarbij de onderneming met een machtspositie waarschijnlijk in een positie verkeert om met succes de prijzen te verhogen ten koste van de gebruikers.*”
36. Marge-uitholling is een vorm van machtsmisbruik waarbij een onderneming met marktmacht “*voor het product op de stroomopwaartse markt een prijs berekenen die, ten opzichte van de prijs die zij op de stroomafwaartse markt berekent, een even efficiënte concurrent niet in staat stelt om op duurzame basis winstgevend te handelen op de stroomafwaartse markt*”. Voor een overtreding is vereist dat (I) de afname van het product (of de dienst) van de machtspartij onmisbaar is voor deelname aan de stroomafwaarts gelegen markt. Daarbij is het vereist dat de squeeze (II) waarschijnlijk resulteert in daadwerkelijke uitschakeling van de mededinging op de stroomafwaartse markt en (III) waarschijnlijk leidt tot schade aan eindgebruikers.

<sup>11</sup> Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), 24 februari 2009.

## 5 Handhavingsverzoek en standpunten Tele2

37. Tele2 verzoekt de ACM om overtreding van artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU vast te stellen en KPN op te dragen de overtreding ongedaan te maken. In eerste instantie heeft KPN volgens het handhavingsverzoek misbruik gemaakt van een economische machtspositie door de marges van Tele2 uit te hollen door het met terugwerkende kracht verhogen van de tarieven voor de dienst MDF-toegang na de vernietiging van het meest recente sectorregulatorische ND-5 besluit. Tele2 heeft het handhavingsverzoek in tweede instantie, na inzicht in de tarieven die KPN hanteerde in de contracten met Vodafone, uitgebreid met het standpunt dat KPN (naast marge-utholling) selectieve prijsontbinding heeft toegepast bij het aanbieden van MDF-toegang.

### 5.1 Marge-utholling

38. Tele2 stelt dat KPN het verbod op marge-utholling heeft overtreden. Volgens Tele2 is er sprake van marge-utholling als een onderneming met een machtspositie op de stroomopwaartse markt een tarief rekent voor een product dat, ten opzichte van de prijs die hij op de stroomafwaartse markt berekent, een even efficiënte concurrent niet in staat stelt om op duurzame basis winstgevend te handelen op de stroomafwaartse markt. Tele2 gaat uit van de marktstructuur zoals ex ante geprognosticeerd in het marktanalysebesluit ULL-2011. Daarbij merkt Tele2 op dat KPN als verticaal geïntegreerde onderneming als enige beschikt over de MDF-infrastructuur die bovendien vrijwel niet repliceerbaar is, en daarnaast beschikt over hoge marktaandeelen op de stroomafwaarts gelegen markten.
39. Het door KPN in rekening gebrachte tarief, waarbij KPN handelt binnen de thans vigerende tariefplafonds voor MDF-toegang op de stroomopwaartse markt zorgt volgens Tele2 voor marge-utholling bij afnemers van MDF-toegang op de stroomafwaarts gelegen WBT-markt. Volgens Tele2 hebben de ACM en de rechtbank het bestaan van de marge-utholling bevestigd in de op ex ante regulering gebaseerde besluiten inzake MDF-toegang. De marge-utholling in mededingingsrechtelijke zin zou zich concreet hebben gemanifesteerd doordat KPN middels het navorderen van een bedrag van nabij € 10 miljoen de tarieven over de periode tussen 1 oktober 2012 en 31 juli 2015 met terugwerkende kracht heeft verhoogd waardoor er niet langer sprake is van een positieve marge van Tele2 op de LKWBT-markt. Tele2 vermoedt echter dat KPN reeds sinds 2009 probeert de marges van Tele2 uit te hollen teneinde hem uit te sluiten van de LKWBT-markt. Tele2 geeft aan dat er vanwege de verhoogde tarieven sprake is van een behoorlijke utholling van de marges van Tele2 met grote impact op de business case, die tevens schade aan de concurrentie tot gevolg heeft. Tele2 stelt daarbij dat hij zich niet heeft kunnen voorbereiden op de naheffing, en de prijsverhoging niet heeft kunnen doorberekenen aan zijn afnemers, wat zou bijdragen aan het concurrentieverstorende effect van de gedraging. Reeds in de bewuste periode tussen 2012 en 2015 was er in de ogen van Tele2 al sprake van concurrentieverstorend effect

doordat KPN de neerwaarts gelegen dienst LKWBT aanbood tegen dusdanig lage tarieven dat Tele2 niet de mogelijkheid had daarmee te concurreren.

40. Dat KPN onderworpen is aan regulering en zijn tarieven vaststelt met inachtneming hiervan doet volgens Tele2 niet af aan de toepasselijkheid van de mededingingsregels. Als sectorspecifieke regulering gericht op het voorkomen en eventueel bestraffen van marge-utholling niet toepasselijk blijkt te zijn, maar er wel sprake is van marge-utholling in mededingingsrechtelijke zin, blijven artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU onverkort van toepassing en dient er alsnog ex post getoetst te worden. Tele2 stelt dat sectorregulering (specifiek de ND-5 AMM-verplichting) niet in staat is gebleken om marge-utholling door KPN te remediëren en dat daarom handhaving wegens artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU door de ACM noodzakelijk is om geconstateerde mededingingsproblemen te adresseren.
41. Volgens Tele2 zou de schade door toedoen van de marge-utholling blijken uit de overname van BBned door Tele2 in 2011, waardoor een – in het marktanalysebesluit ULL-2011 genoemd – risico op uitsluitingseffecten op de stroomafwaarts gelegen LKWBT-markt zou zijn gematerialiseerd. Tele2 geeft aan dat het bedrijf moeite had te concurreren met KPN op dezelfde markt door toedoen van de tariefpraktijk van KPN.

## 5.2 Selectieve prijsonderbieding

42. KPN is in 2011 co-investeringsovereenkomsten aangegaan met zowel Tele2 als Vodafone. Tele2 heeft door de acquisitie van bedrijfsonderdelen van het voormalige Vodafone inzicht gekregen in de contracten van laatstgenoemde en daarbij de tarieven voor LKWBT die werden gehanteerd in de co-investeringsovereenkomsten, kunnen vergelijken. Tele2 maakt daaruit op dat KPN voor de dienst LKWBT op locaties waar Tele2 zelf over de infrastructuur de beschikking had, en dus niet afhankelijk was van de input van KPN, een lager tarief in rekening bracht voor externe leveringen. Tele2 leidt hieruit af dat het gemiddelde tarief van KPN voor de dienst LKWBT dusdanig laag lag dat het voor Tele2 niet mogelijk was om hier een concurrerend aanbod tegenover te stellen. Hieruit zou blijken dat KPN een uitsluitingsstrategie hanteerde jegens Tele2, wat tevens een verklaring zou zijn voor de marge-utholling. Tele2 acht het niet relevant welke tarieven het bedrijf zelf in rekening bracht, ofwel met welk tariefniveau destijds rendabel een concurrerend aanbod kon worden gedaan. De gedragingen van KPN zouden hebben geleid tot potentiële uitsluitingseffecten op de markt voor LKWBT.

## 6 Zienswijze KPN

### 6.1 Marge-utholling

43. KPN stelt voorop dat de betreffende MDF-toegangstarieven binnen de gereguleerde tariefruimte liggen zoals die in besluiten is vast komen te staan na de rechterlijke uitspraken door het CBB daaromtrent. Daarbij merkt KPN op dat de op marktregulering gegronde ND-5 procedure waarin



marge-uitholling door deze MDF-toegangstarieven wordt onderzocht thans aanhangig is, wat de vraag oproept of mededingingsrechtelijke handhaving op basis van de bestreden tariefpraktijk aan de orde is.

44. KPN stelt dat het handhavingsverzoek van Tele2 ongegrond is voor zover het is gebaseerd op sectorspecifieke markanalyse en regulering vanwege de verschillen tussen de criteria voor telecomspecifieke en mededingingsrechtelijke marge-uitholling. KPN roept daarbij in herinnering dat telecommunicatierecht bedoeld is als (tijdelijke) vorm van regulering om concurrentie te stimuleren (vanuit een aanvankelijke situatie met één aanbieder en geen concurrentie), terwijl het mededingingsrecht zich richt op het behoud van concurrentie. In het telecommunicatierecht is er sprake van ex ante regulering met een toekomstgericht karakter, waarbij een analyse wordt gemaakt van potentiële mededingingsproblemen maar geen mededingingsbeperkend effect hoeft te worden aangetoond. In het mededingingsrecht is bewijs van een mededingingsbeperkend effect wel vereist. Ten aanzien van marge-uitholling vergt het mededingingsrecht een analyse van de stroomopwaartse markt en het samenstel van alle relevante stroomafwaartse markten.
45. Ondanks deze verschillen brengt Tele2 volgens KPN geen nieuwe argumenten naar voren maar herhaalt slechts de argumenten uit de ND-5 procedure. KPN stelt dat het ontbreken van een realistische ND-5-toets nog geen marge-uitholling in mededingingsrechtelijke zin met zich meebrengt. De ND-5 toets is niet gericht op het bredere stroomafwaarts gelegen niveau, maar op iedere individuele dienst (waarbij het de vraag is of iedere dienst die Tele2 op stroomafwaarts gelegen niveau aanbiedt door middel van de input MDF-toegang prijstechnisch repliceerbaar is). Uit de samenhang met de besluiten uit de ND-5 procedure, die uitgaan van ex ante beoordeling op dienstenniveau, kunnen geen conclusies verbonden worden over de mededingingsrechtelijke beoordeling waarbij ex post een beschouwing op marktniveau de norm is.
46. Tele2 baseert het handhavingsverzoek volgens KPN bovendien ten onrechte op het verschil tussen de tarieven op de stroomopwaarts gelegen ULL-markt en de stroomafwaarts gelegen LKWBT-markt. Marge-uitholling draait juist om de verhouding tussen de tarieven voor de input op de stroomopwaartse markt en de opbrengsten op het geheel van de relevante stroomafwaartse markten. De analyse moet zich volgens KPN dan ook richten op de prijs van MDF-toegang ten opzichte van de opbrengsten van het geheel van de door Tele2 aangeboden WBT-en retaildiensten. Dit in tegenstelling tot de marges waarop uitholling verboden is uit hoofde van de ND-5 verplichtingen, die betrekking hebben op de wholesale tarieven.
47. Tele2 laat na om de verhouding tussen de prijzen op de stroomopwaartse en stroomafwaartse markten te analyseren, maar gaat alleen uit van de stroomopwaartse tarieven voor MDF-toegang. Tele2 heeft bovendien niet aangetoond dat het voor KPN zelf onmogelijk was om op grond van het MDF-toegangstarief op de stroomafwaarts gelegen markt te opereren. De vermeende margin squeeze is dan ook onvoldoende concreet gemaakt. Volgens KPN is er geen sprake van mededingingsbeperkende effecten op de stroomafwaarts gelegen markten voor WBT- en retaildiensten. Tele2 heeft niet aannemelijk gemaakt wat het concrete uitsluitingseffect zou zijn

van het tarief voor MDF-toegang in combinatie met de WBT- en retaildiensten waarvoor MDF-toegang een input was. In de jurisprudentie en de handhavingspraktijk wordt margin squeeze onderzocht via een economische toets van de business case van een even efficiënte concurrent van de verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie. Tele2 heeft echter nagelaten in te gaan om de eigen business case te specificeren.

48. KPN merkt op dat voor het vaststellen van misbruik van een machtspositie dient te worden onderzocht of er ex post in de relevante periode (met inachtneming van de opgelegde verplichtingen) sprake was van een machtspositie. De machtspositie van KPN kan niet een op een worden afgeleid uit de marktanalyse zoals uitgevoerd ten behoeve van de sectorregulering. In deze marktanalysebesluiten wordt op basis van een modified greenfield benadering van de markt ex ante vastgesteld of er in de prospectieve periode sprake zal zijn van aanmerkelijke marktmacht.
49. Tegenover het standpunt van Tele2 dat uit de eigen overname van BBned in 2011 een aanwijzing zou zijn voor verstoring van de LKWBT-markt met uittreding tot gevolg, stelt KPN dat BBned hoofdzakelijk actief was op de markt voor hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang (HKWBT). Tele2 zou met de overname in 2011 hebben beoogd de eigen activiteiten markt voor HKWBT uit te breiden.

## 6.2 Selectieve prijsonderbieding

50. Ten aanzien van de vermeende selectieve prijsonderbieding merkt KPN op dat de prijsverschillen voortkomen uit geografische verschillen in aanlegkosten van de LKWBT-infrastructuur, een feit waarover KPN bij het aanbieden van de betreffende co-investment transparant zou zijn geweest jegens Tele2. KPN vermoedt dat Tele2 zelf om commerciële redenen zou hebben gekozen voor uitrol in de aansluitnetgebieden waar dat het meest rendabel zou voorkomen.
51. In de ogen van KPN is het onvoldoende duidelijk uit het handhavingsverzoek welke vorm van machtsmisbruik naast marge-uitholling Tele2 probeert aan te tonen met de prijsverschillen. KPN toetst de feiten aan jurisprudentie over selectieve prijsonderbieding als onderdeel van een rooftprijzenstrategie (het arrest *Compagnie Maritieme*) en concludeert dat er van dit type uitsluitingspraktijk geen sprake kan zijn geweest.

## 7 Feiten en beoordeling

### 7.1 Inleiding

52. Tele2 betoogt dat bepaalde handelswijzen van KPN bij het aanbieden van de diensten MDF-toegang en de stroomafwaarts gelegen dienst LKWBT sinds 2009 verschillende vormen van machtsmisbruik vormen. Enerzijds door met terugwerkende kracht de marges tussen de stroomopwaarts gelegen dienst MDF toegang en het LKWBT aanbod uit te hollen via het in

rekening brengen van te hoge MDF tarieven, en anderzijds doordat KPN bij het aanbieden van de toenmalige co-investeringsovereenkomsten Tele2 heeft gediscrimineerd in de prijsstelling van de stroomafwaartse dienst LKWBT. Naar aanleiding van de met terugwerkende kracht verhoogde tarieven heeft Tele2 de ACM verzocht om het bestaan van verboden marge-utholling te onderzoeken. De ACM heeft zowel de bestreden marges van KPN in de periode tussen 2011 en 2015 als de co-investeringsovereenkomsten alsmede de mogelijke effecten van beide elementen in het licht van de toenmalige feiten en omstandigheden onderzocht om vast te kunnen stellen of deze praktijk aanleiding zou kunnen geven tot een mededingingsrechtelijk onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie op de betreffende contesteerbare markt.

53. Ten aanzien van het beoordelingskader overweegt de ACM het volgende. Tele2 legt aan beide vermeende overtredingen, marge-utholling en selectieve prijsonderbieding, een economische machtspositie van KPN, als bedoeld in artikel 24 van de Mw, ten grondslag. De ACM zal hierna in paragrafen 7.2 en 7.3 toelichten dat zij de feiten heeft onderzocht en daarbij de vermeende overtredingen niet heeft geconstateerd. Daarom kan een analyse die ertoe strekt om allereerst vast te stellen of KPN een economische machtspositie heeft en vervolgens vast te stellen of KPN misbruik van die economische machtspositie maakt, achterwege blijven.

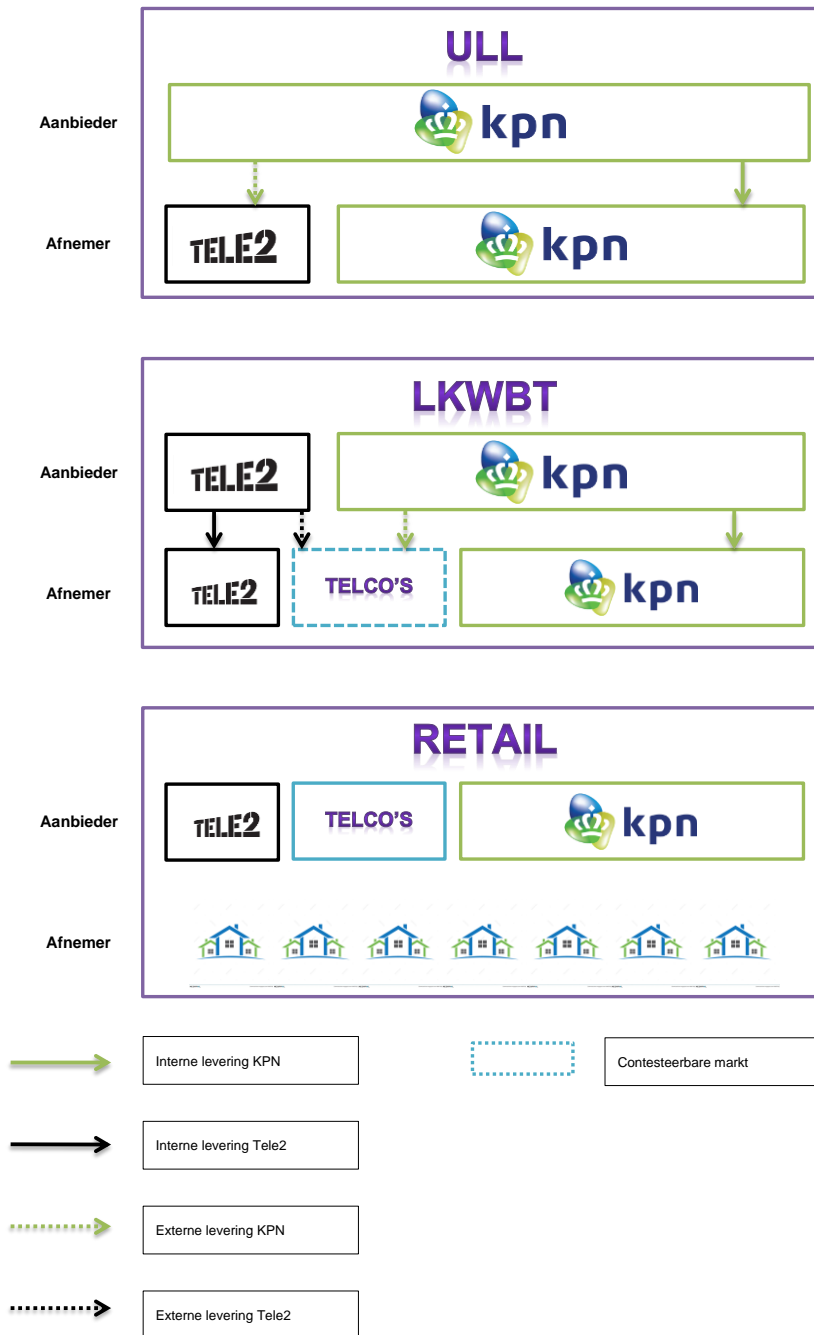
## 7.2 Marge-utholling

54. In haar richtsnoeren heeft de Europese Commissie marge-utholling als volgt beschreven:

*“Ten slotte kan een onderneming met een machtspositie, in plaats van te weigeren te leveren, voor het product op de stroomopwaartse markt een prijs berekenen die, ten opzichte van de prijs die zij op de stroomafwaartse markt berekent, een even efficiënte concurrent niet in staat stelt om op duurzame basis winstgevend te handelen op de stroomafwaartse markt (een zogenoemde marginsqueeze). In gevallen van marginsqueeze is het criterium waarop de Commissie zich doorgaans zal baseren om de kosten van een even efficiënte concurrent vast te stellen, de LRAIC van het stroomafwaartse bedrijfsonderdeel van de geïntegreerde onderneming met een machtspositie.”*

55. In de context van marktanalysebesluiten wordt de ‘squeeze-toets’ ND-5 ondergebracht bij de non-discriminatieverplichtingen. De achterliggende reden is dat bij een verticaal geïntegreerd bedrijf dat toegang levert op wholesaleniveau, een te lage prijs op de stroomafwaarts gelegen markt (die leidt tot een squeeze met het tarief op de stroomopwaarts gelegen markt) moet betekenen dat het verticaal geïntegreerde bedrijf zichzelf een ander (lager) stroomopwaarts gelegen tarief rekent. Dit is een overtreding van de non-discriminatieverplichting. De ND-5 toets wordt op dienstniveau uitgevoerd. Marge-utholling in de context van artikel 24 van de Mw wordt gedefinieerd als het onmogelijk maken te concurreren op de stroomafwaarts gelegen markt als gevolg van het hanteren van een te hoge prijs op de stroomopwaarts gelegen markt ten opzichte van de prijs op de stroomafwaarts gelegen markt. Deze toets wordt uitgevoerd op marktniveau.

- 
56. In onderhavig geval gaat het, zoals Tele2 stelt, om een vermeend te hoog tarief op de (wholesale) ULL-markt, als gevolg van de verhoging van het MDF-tarief, ten opzichte van het tarief dat gehanteerd wordt op de stroomafwaarts gelegen (wholesale)markt voor LKWBT. ULL is de meest ontbundelde vorm van wholesale toegang tot het kopernetwerk van KPN. LKWBT is een toegangsdienst op een ander niveau in het netwerk. MDF toegang is een onderdeel van ULL, en ULL-toegang is nodig om LKWBT te kunnen leveren. De tarieven voor ULL toegang waren gedurende de onderzoeksperiode door de ACM gereguleerd om het voor andere partijen dan KPN mogelijk te maken op onder meer de LKWBT-markt te kunnen concurreren met de verticaal geïntegreerde onderneming die beide diensten zelf aanbiedt.
57. KPN betoogt dat in het kader van het mededingingsrecht voor marge-uitholling relevant is de verhouding tussen de tarieven voor de input op de stroomopwaartse markt en de opbrengsten op het geheel van de relevante stroomafwaartse markten. De analyse moet zich volgens KPN dan ook richten op de prijs van MDF-toegang ten opzichte van de opbrengsten van het geheel van de door Tele2 aangeboden WBT- en retaildiensten.
58. De ACM heeft in haar onderzoek de vermeende marge-uitholling op het contesteerbare deel van de LKWBT markt onderzocht in de periode 1 januari 2011 tot 1 juli 2015. Dit is de periode waarover Tele2 een hoger MDF-tarief in rekening is gebracht en daardoor verwacht dat er sprake is van marge-uitholling, met daarbij een aanlooperperiode. De ACM is van oordeel dat de interne leveringen van KPN en de interne leveringen van Tele2 (ten behoeve van het aanbieden van diensten op de retailmarkt) geen onderdeel uitmaken van het contesteerbare deel van de markt. De reden dat niet de gehele LKWBT-markt het uitgangspunt vormt, is gelegen in het feit dat Tele2 en KPN deze dienst alleen bij zichzelf inkopen als input voor de stroomafwaarts gelegen markten. Dit maakt dat dit geen contesteerbare afnemers zijn. De contesteerbare markt (blauwe onderbroken lijn) is in Figuur 1 schematisch weergegeven.



Figuur 1 Contesteerbare markt

59. Derhalve heeft de ACM KPN verzocht de opbrengsten van de externe leveringen aan afnemers anders dan Tele2 van de onder LKWBT vallende WBT diensten af te zetten tegen de kosten van inkoop op basis van de gereguleerde ULL-tarieven (MDF, SDF en ODF FttH) verhoogd met de additionele kosten voor onder andere actieve apparatuur en transport op basis van Long Run Average Incremental Costs (LRAIC). Aan de inkoopzijde van de toets diende KPN te rekenen met de verhoogde MDF tarieven, die KPN als gevolg van de vernietiging van het WPCIIa-besluit

hanteerde. De ACM heeft KPN verzocht de marges per maand op te leveren.

60. Het gaat om een wholesale-wholesale toets, waarbij niet is uitgegaan van eindgebruikersdiensten, maar de opbrengsten van de externe leveringen op de stroomafwaarts gelegen markt. Kosten die specifiek worden gemaakt voor eindafnemers (dus lager in de bedrijfskolom dan LKWBT en ULL) zijn niet meegewogen. Het meewegen van deze markten zou leiden tot ruimere marges.
61. Hiertoe zijn de omzetten bepaald op basis van de eenmalige inkomsten en maandelijkse inkomsten op het contesteerbare deel van de LKWBT-markt. Voor het vaststellen van de marge wordt de totale omzet vervolgens afgezet tegen de kosten van levering van de diensten.
62. Een deel van de kosten is gebaseerd op de gereguleerde prijs van bouwstenen waaruit de dienst ULL is opgebouwd. Het betreft hier eenmalige inkoopkosten, de maandelijkse inkoopkosten en de inkoopkosten van bijbehorende faciliteiten op de ULL-markt. Hierbij is uitgegaan van de prijs na verhoging naar aanleiding van de CBb-uitspraak inzake WPC-IIa. Deze tarieven waren gereguleerd gedurende de onderzoeksperiode op basis van een safety cap, wat inhoudt dat deze jaarlijks met niet meer dan het CPI kunnen worden verhoogd. Voor zover de initiële tarieven waarop in het verleden de safety cap systematiek voor het eerst is toegepast een opslag voor wholesalespecifieke kosten omvatten, geldt dat, indien de ACM uitgaat van de in het mededingingsrecht vaak gebruikte 'As Efficient Competitor-test'<sup>12</sup>, de wholesalespecifieke kosten niet worden meegenomen in de kostenberekening, hetgeen zou leiden tot een hogere marge.
63. Het andere deel van de kosten betreft de Long Run Average Incremental Costs (LRAIC) van de additionele elementen om met de inkoop van ULL (de elementen genoemd in randnummer 62) diensten ten behoeve van (het contesteerbare deel van) de LKWBT-markt te bouwen. Voor de kapitaalkosten van dit deel van de levering is uitgegaan van de WACC van KPN en niet de WACC die de ACM in het kader van regulering vaststelt.
64. Uit deze toets is vast komen te staan dat van marge-utholling geen sprake is. In geen enkele van de onderzochte 55 maanden was sprake van een negatieve marge en in deze gehele periode lag deze marge tussen € 1,50 en € 5,50 per LKWBT-aansluiting.<sup>13</sup>
65. De ACM concludeert op basis van bovenstaande dat de verhoging van de MDF tarieven door KPN niet heeft geleid tot negatieve marges in de periode 1 januari 2011 tot 1 juli 2015, danwel onrealistisch lage marges. De ACM stelt vast dat KPN te dien aanzien geen marge-utholling zoals bedoeld in artikel 24 van de Mw heeft toegepast in deze periode. De ACM ziet daarom geen aanleiding om de marktafbakening en de vermeende economische machtspositie van KPN nader te onderzoeken. De ACM ziet mede vanuit het oogpunt van doelmatigheid geen aanleiding om een periode die verder in het verleden terug gaat, en waarop de gevorderde tariefverhoging niet van toepassing is, te onderzoeken.

<sup>12</sup> Zie randnummer 23 van de Richtsnoeren.

<sup>13</sup> Marge-uthollingstoets LKWBT: toelichting KPN op de toetsing voor de periode 1 januari 2011 tot 1 juli 2015, zie bijlage 1.

### 7.3 Selectieve prijsonderbieding

66. Tele2 constateerde bij inzage in de WBT Co-Invest overeenkomsten tussen KPN en Vodafone, na de acquisitie van Vodafone Thuis, discrepanties tussen de gemiddelde tarieven voor de wholesaledienst LKWBT die aan Vodafone werden gerekend en de tarieven die Tele2 is overeengekomen.
67. De ACM heeft de tariefverschillen tussen de WBT Co-Invest overeenkomsten die KPN heeft gesloten met afnemers Tele2 en Vodafone onderzocht om vast te kunnen stellen of er sprake was van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties met benadeling van de concurrentiepositie van Tele2 op de markt tot gevolg. Daarbij heeft de ACM de vermeende prijsonderbieding in samenhang met de vermeende marge-uthollingspraktijk in verband met de verhoogde MDF tarieven onderzocht.
68. Naar aanleiding van het handhavingsverzoek van Tele2 van 8 juni 2015 heeft de ACM in het kader van mogelijke overtredingen van de ND-5 non-discriminatieverplichtingen op grond van ex ante regulering van KPN onderzoek gedaan naar marge-utholling.<sup>14</sup> Hiertoe is beoordeeld of het LKWBT-aanbod van KPN aan Vodafone vervat in de WBT Co-Invest overeenkomst 'squeezt' in vergelijking met de kosten van het leveren van LKWBT op basis van onder meer de gereguleerde inkoop op de stroomopwaarts gelegen markt.
69. Uit dit onderzoek is gebleken dat er onder de bewuste Co-Invest overeenkomst geen poortblokken en verbindingen door Vodafone zijn afgenomen. Met andere woorden, er hebben geen leveringen plaatsgevonden van LKWBT op basis van de bestreden WBT Co-Invest overeenkomsten tussen KPN en Vodafone. Voor het onderzoek op grond van ex ante regulering was deze omstandigheid niet relevant. Bij de toetsing aan ex ante verplichtingen kan immers ook een aanbod dat niet voldoet aan ND5 reeds leiden tot een overtreding van de non-discriminatieverplichting. Bij ex post toetsing aan artikel 24 van de Mw is dit anders. Bij deze toetsing zal de ACM moeten beoordelen of een al dan niet discriminerende tariefpraktijk tot gevolg heeft dat de concurrentiepositie van de ongelijk behandelde partij nadeel heeft ondervonden. Nu er geen leveringen hebben plaatsgevonden, staat vast dat de tariefverschillen in de Co-Invest overeenkomsten niet tot schade aan de mededinging hebben kunnen leiden.
70. Hoewel ongerechtvaardigde verschillen in de behandeling van afnemers in principe onwenselijk zijn, is in casu vast komen te staan dat de op verzoek van Tele2 onderzochte handelspraktijk niet heeft kunnen leiden tot misbruikelijke benadeling van de concurrentieverhoudingen. De tariefverschillen ontberen waarneembaar of potentieel effect in de markt en kunnen op zichzelf of in verband met de vermeende prijsqueeze via de MDF-toegangstarieven niet worden beschouwd als (onderdeel van) misbruik van een economische machtspositie.

<sup>14</sup> Kenmerk ACM/DTVP/2016/203801.

71. Dat er een verschil is tussen het gemiddelde van de tarieven die KPN heeft gerekend voor blokken waar Tele2 afnemer was en daar waar Vodafone toegang af nam, kan worden verklaard door de verschillende gemiddelde aansluitkosten per lijn. De verschillen in aansluitkosten per lijn vinden hun oorsprong in de verschillen in aansluitdichtheid per gebied. In gebieden waar de aansluitdichtheid laag is, zijn de aansluitkosten hoger. Tele2 is, in tegenstelling tot Vodafone, uitgerold naar MDF-locaties in een groot deel van Nederland. In deze gebieden heeft Tele2 geen WBT-toegang nodig. Deze gebieden, met een gemiddeld hogere aansluitdichtheid, maken daarom geen deel uit van de WBT Co-Invest overeenkomst van Tele2. De WBT Co-Invest overeenkomst van Vodafone bevat een mix van gebieden met een hoge en lage aansluitdichtheid. De gemiddelde kosten per aansluitlijn, en daarmee ook het tarief, zijn daarom lager.
72. Bovenstaande verklaart dat er verschillen kunnen zijn in de gerekende tarieven tussen de twee Co-Invest overeenkomsten. Daarmee is niet gezegd dat de absolute verschillen in het tarief ook daadwerkelijk worden gerechtvaardigd door de verschillen in onderliggende kosten.

#### 7.4 Beoordeling en conclusies

73. De ACM heeft de marges in de periode die volgens het standpunt van Tele2 het meest direct tot concurrentieverstorende uitholling zouden leiden getoetst, uitgaande van de verhoogde MDF tarieven en een hypothetische economische machtspositie van KPN op de ULL-markt. Hieruit is gebleken dat de verhouding tussen de inkoop van ULL toegang op basis van de verhoogde MDF tarieven en de winst behaald door de levering van de stroomafwaarts gelegen LKWBT toegang in geen enkele maand leidt tot negatieve of onrealistisch lage marges. Op basis van de analyse van de marges, met inachtneming van de door Tele2 aangevoerde feiten en marktomstandigheden, kan worden geconcludeerd dat de tariefpraktijk van KPN niet kan zorgen voor het uit de LKWBT-markt drukken van een even efficiënte aanbieder. Er is daarmee geconstateerd dat er geen sprake was van marktbrede marge-uitholling in de mededingingsrechtelijke zin, waardoor een volledig en marktbeeld marge-uithollingsonderzoek met inbegrip van afbakening van alle relevante contesteerbare markten, een dominantieanalyse en een schadebeoordeling op de consumentenmarkten achterwege kan blijven.<sup>15</sup>
74. De ACM constateert dat KPN verschillende tarieven rekent voor verschillende gebieden met verschillende aansluitdichtheid. Dit heeft geleid tot verschillen in de gemiddelde tarieven tussen de Co-Invest overeenkomst van Tele2 en de Co-Invest overeenkomst van Vodafone. Voorts heeft de ACM geconstateerd dat er geen levering heeft plaatsgevonden op basis van de Co-Invest overeenkomst van Vodafone. De ACM ziet daarom geen aanleiding het verschil tussen de gehanteerde tarieven en de onderliggende kosten te onderzoeken.

<sup>15</sup> CBb 17 november 2004; ECLI:NL:CBB:2004:AR6034 (CarGlass), r.o. 8.5.3.



---

## 8 Dictum

75. De Autoriteit Consument en Markt wijst de aanvraag van Tele2 Nederland B.V. tot het opleggen van een last onder dwangsom danwel andere handhavende maatregelen af.

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

A.J. de Goei

*Als u belanghebbende bent, kunt u schriftelijk bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*

## Bijlage 1 Marge-uithollingstoets LKWBT