



Wijzigingsbesluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot wijziging van het besluit op bezwaar van 28 september 2018 naar aanleiding van de tussenuitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 27 juli 2021 met kenmerk 18/1639 en 18/1640.

Ons kenmerk : ACM/UIT/571095
Zaaknummer : ACM/18/033870
Datum : **26 januari 2022**

1. Inleiding

1.1. Aanleiding voor het wijzigingsbesluit

1. Het College van beroep voor het bedrijfsleven (het College) heeft op 27 juli 2021¹ een tussenuitspraak gedaan op de hoger beroepen van KPN en Tele2 in deze zogenoemde ND-5 zaak. Het College heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM) opgedragen de door hem gesignaleerde gebreken in het besluit op bezwaar van 28 november 2018² (bob-2) te herstellen. De ACM heeft met inachtneming van de tussenuitspraak van het College nader onderzoek verricht en komt met dit besluit tegemoet aan de kritiek van het College. De ACM wijzigt met dit besluit bob-2.
2. De ACM heeft in bob-2 beslist op de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. (en haar groepsmaatschappijen, hierna: KPN) en Tele2 Nederland B.V., die na juridische fusie op 7 januari 2020 is opgegaan in T-Mobile Netherlands B.V. (T-Mobile), maar die de ACM in dit besluit nog steeds zal aanduiden als Tele2.
3. De bezwaren van KPN en Tele2 waren gericht tegen de last onder dwangsom die de ACM aan KPN heeft opgelegd wegens overtreding van het verbod op marge-uitholling, zoals opgenomen in het Besluit Marktanalyse Ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) van 29 december 2011³ (hierna: het ULL-besluit). Dit verbod op marge-uitholling wordt ook aangeduid als Gedragsregel 5 of de ND-5 verplichting.⁴
4. Het College heeft in de tussenuitspraak van 27 juli 2021 de volgende vier gebreken in bob-2 geconstateerd:

¹ ECLI:NL:CBB:2021:785

² ACM/UIT/499885.

³ Kenmerk OPTA/AM/2011/202886.

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

- Met Tele2 en de ACM is het College van oordeel dat de einddatum van bob-2 voor de periode van 1 januari 2014 tot 1 juli 2014 onjuist is. De einddatum dient 17 juli 2014 te zijn.⁵
- Hoger beroepsgrond E van KPN slaagt. Het College deelt het standpunt van KPN dat de ACM bij het bepalen van de bezettingsgraad van een poortblok niet zonder meer heeft kunnen uitgaan van de duur van de overeenkomst. Het College is van oordeel dat de ACM had dienen uit te gaan van een periode van vijf jaar. Dit betekent dat in de ND-5 toets moet worden gerekend met een bezettingsgraad van 90%.⁶
- Hoger beroepsgrond G1 van KPN slaagt. Het College is van oordeel dat niet iedere prijswijziging of wijziging in de tariefstructuur - dus ook de onderhavige - een nieuw of gewijzigde dienst is. In dit geval gaat het om de wijziging van MDF-tarieven over een periode in het verleden naar aanleiding van uitspraken van het College waarin de tariefplafonds in het WPC IIa-besluit van de ACM onrechtmatig zijn geacht. Een wijziging op deze grond is van een andere aard dan wanneer KPN een nieuwe dienst in de markt zet. In de omstandigheden van dit geval is het in de markt zetten van diensten een gepasseerd station. Het gaat hier om een herberekening van de tarieven achteraf. Nu de aanleiding is gelegen in een rechterlijke vernietiging dient de herberekening plaats te vinden alsof de ACM van meet af aan de juiste tariefplafonds had vastgesteld. Tevens dient KPN, zoals hiervoor overwogen, bij de herberekening de ND-5 verplichting in acht te nemen. Hiermee wordt bereikt dat de herberekende tarieven dusdanig zijn dat andere marktpartijen met KPN hebben kunnen concurreren.⁷
- Het punt van Tele2 dat de uitvoering van de ND-5 toetsen niet inzichtelijk is, treft doel. Het College overweegt dat, vanwege het slagen van de gronden E en G1 van KPN en de grond van Tele2 over het voortduren van de overtreding tot 17 juli 2014, de ND-5 toetsen opnieuw moeten worden uitgevoerd. Dit zal, gezien de wijzigingen die moeten worden doorgevoerd, leiden tot een andere uitkomst. Gelet op het belang van Tele2 en ten behoeve van de beoordeling van de (gewijzigde) ND-5 toets door het College, dient de ACM, zoals ter zitting is besproken, op een transparante wijze de uitgevoerde toetsen te beschrijven, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van concrete data. Dit geldt voor de gehele periode.⁸

2. Onderzoek voorafgaand aan het wijzigingsbesluit

5. Het College heeft in de tussenuitspraak van 27 juli 2021 overwogen dat de ACM bob-2 dient aan te passen overeenkomstig hetgeen in de uitspraak is overwogen. Vanwege het slagen van de hoger beroepsgronden E⁹ en G1¹⁰ van KPN en de grond van Tele2 over het voortduren van de overtreding tot 17 juli 2014 moeten de ND-5 toetsen opnieuw worden uitgevoerd. Dit wordt in overweging 13.2 van de tussenuitspraak van het College overwogen. Het College overweegt daarbij dat dit, gezien de wijzigingen die moeten worden doorgevoerd, zal leiden tot een andere uitkomst.
6. De ACM heeft vervolgens bij brief van 27 augustus 2021 KPN verzocht aan te geven welke tariefaanpassing zij voornemens is te hanteren naar aanleiding van de tussenuitspraak van 27 juli

⁵ ECLI: NL:CBB:2021: 785, ov 12

⁶ ECLI: NL: CBB:2021:785, ov 7.3.

⁷ ECLI: NL: CBB:2021:785, ov 9.3.

⁸ ECLI: NL: CBB: 2021:785, ov 13.2.

⁹ Deze grond gaat over de door KPN te hanteren bezettingsgraad

¹⁰ Deze grond gaat over het verlagen van de eenmalige MDF-tarieven ter uitvoering van de (gewijzigde) last onder dwangsom.

2021. Tevens heeft de ACM KPN verzocht om de ND-5 toetsen, uitgaande van de voorgenomen tarieven, opnieuw uit te voeren en deze in te dienen bij de ACM, waarbij de ACM er belang aan hecht dat de wijzigingen, die in de ND-5 toetsen worden gehanteerd, inzichtelijk worden gemaakt.

7. Tevens heeft de ACM KPN verzocht een openbare beschrijving van ND-5 toetsen te overleggen, zodat tegemoet kan worden gekomen aan rechtsoverweging 13.2 van de tussenuitspraak van het College, waarin is overwogen dat de ACM op een transparante wijze de uitgevoerde toetsen dient te beschrijven, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de concrete data. Daarbij heeft de ACM KPN nadrukkelijk verzocht om de (bedrijfs)vertrouwelijkheid te motiveren, voor zover zij concrete data of andere gegevens in de nieuwe ND-5 toetsen vertrouwelijk acht.
8. Bij brief van 8 oktober heeft KPN een tabel met de door KPN voorgestelde tarieven overgelegd. Daarnaast heeft KPN de ND-5 toetsen overgelegd voor aanbidding A en aanbidding B, uitgaande van de voorgenomen tarieven. Deze toetsen zijn door KPN integraal als bedrijfsvertrouwelijk aangemerkt.
9. Bij brief van 4 november 2021 heeft Tele2 gereageerd op de brief van KPN van 8 oktober 2021.
10. Bij brief van 16 november 2021 heeft de ACM KPN verzocht om een reactie te geven op de argumenten, die namens Tele2 naar voren zijn gebracht. Ook verzocht de ACM KPN om nogmaals de ND-5 toetsen voor aanbidding A en aanbidding B over te leggen en concreet en gemotiveerd aan te geven welke elementen ervan niet aan Tele2 openbaar kunnen worden gemaakt.
11. Bij brief van 1 december 2021 heeft KPN gereageerd op de brief van 16 november 2021 van de ACM en de brief van Tele2 van 4 november 2021. Daarbij heeft KPN de zogenoemde "vertrouwelijke versie Tele2" van de ND-5 toetsen overgelegd voor aanbidding A en aanbidding B. In deze toetsen zijn de gegevens die KPN als vertrouwelijk heeft aangemerkt voor Tele2 vervangen door lege velden.
12. Op 6 december 2021 heeft de ACM Tele2 in de gelegenheid gesteld op voornoemde stukken te reageren. Tele2 heeft op 21 december 2021 een schriftelijke reactie gegeven. De ACM is in *annex A* bij dit besluit ingegaan op de reactie van Tele2. Daarbij heeft zij beoordeeld of hetgeen Tele2 heeft gebracht leidt tot een ander herstelbesluit.

3. Herstel van gebrek in de berekeningswijze in de ND-5 toets

3.1. Transparantie van de ND-5 toetsen

13. Zoals uit paragraaf 2 van dit besluit tot wijziging van bob-2 blijkt, heeft de ACM zich ingespannen om Tele2 optimaal inzicht te verschaffen in de wijze waarop de ND-5 toets door KPN wordt uitgevoerd. Op verzoek van de ACM heeft KPN niet alleen een openbare beschrijving van ND-5 toetsen overgelegd, maar uiteindelijk ook een "vertrouwelijke versie Tele2" van de ND-5 toetsen voor aanbidding A en aanbidding B. Daarmee is de ACM tegemoet gekomen aan rechtsoverweging 13.2 van de tussenuitspraak van het College, waarin is overwogen dat de ACM

op een transparante wijze de uitgevoerde toetsen dient te beschrijven, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de concrete data. Naar het oordeel van de ACM is thans voldoende inzichtelijk aan de hand van welke rekenregels dan wel formules KPN de ND-5 toets uitvoert.

3.2. De door KPN te hanteren bezettingsgraad

14. Bob-2 bevat in de randnummers 166 en 167 een reactie van de ACM op de bezwaargrond van KPN dat ten onrechte een bezettingsgraad van 95% is voorgeschreven¹¹ (zie subgrond 6 bezwaren KPN). Het College bepaalt echter in de tussenuitspraak¹² dat in de ND-5 toets gerekend moet worden met een bezettingsgraad van 90%. Het College deelt daarbij het standpunt van KPN dat de ACM bij het bepalen van de bezettingsgraad van een poortblok niet zonder meer heeft kunnen uitgaan van de duur van de overeenkomst met Partij A. Het College overweegt in dit verband:

“Dat, zoals Tele2 stelt, een poortblok administratief gevuld wordt en dat, zoals ACM stelt, een poortblok commercieel in gebruik blijft, doet voor het College niet af aan het door KPN onderbouwde argument dat de economische levensduur van de in een poortblok ondergebrachte WBA-aansluiting aanmerkelijk korter is dan de contractduur van amendement A. KPN heeft zich op het standpunt gesteld dat deze levensduur drie tot vijf jaar bedraagt. Het College is van oordeel dat ACM had dienen uit te gaan van een periode van vijf jaar. Grond E van KPN slaagt. Dit betekent dat de in de ND-5 toets moet worden gerekend met een bezettingsgraad van 90%.”

15. De ACM sluit zich in dit kader aan bij het oordeel van het CBb en staat om de hierboven aangehaalde redenen KPN toe te rekenen met een bezettingsgraad van 90%. Daarmee slaagt subgrond 6 van KPN en wijzigt de motivering van het bestreden besluit. Een berekening met een bezettingsgraad van 90% in de ND5 toets levert overigens nog steeds een negatieve marge op voor de overeenkomst met partij A.

3.3. De mogelijkheid om aan de last tegemoet te komen door verlaging van de eenmalige tarieven

16. Bob-2 bevat in randnummers 65 tot en met 78 een reactie op bezwaargrond A van Tele2. Deze bezwaargrond was gericht tegen het wijzigingsbesluit van de ACM van 10 augustus 2016, waarmee de ACM KPN de mogelijkheid heeft willen bieden om aan de oorspronkelijke last te voldoen door middelen van het verlagen van de eenmalige MDF-tarieven.
17. De ACM verklaarde in bob-2 bezwaargrond A van Tele2 gegrond en overwoog dat KPN met het verlagen van de eenmalige MDF-tarieven een nieuwe dienst als bedoeld in randnummer 561 van het ULL-besluit had geïntroduceerd. De ACM concludeerde dat met het introduceren van een nieuwe dienst de overtreding van de ND-5 verplichting niet kan worden weggenomen omdat daarmee andere verplichtingen uit het ULL-besluit 2011 worden overtreden. Deze redenering sloot aan bij de overwegingen van de rechtbank Rotterdam van 19 juli 2018¹³. Volgens de

¹¹ Zie subgrond 6 van KPN waarin door KPN wordt gesteld dat de ACM ten onrechte een bezettingsgraad van 95 procent heeft voorgeschreven.

¹² ECLI: NL: CBB:2021:785, ov 7.3.

¹³ ECLI:NL:RBROT:2018:5510, r.o. 42 e.v..

rechtbank impliceert de definitie van “dienst”, zoals neergelegd in randnummer 561 van het ULL-besluit dat iedere prijswijziging of wijziging in de tariefstructuur een nieuwe of gewijzigde dienst is.¹⁴

18. De ACM ziet in de overwegingen van het College in de tussenuitspraak van 27 juli 2021 redenen om terug te komen op haar standpunt dat KPN marge-utholling niet kan tegen gaan door het verlagen van de eenmalige MDF-tarieven. In de tussenuitspraak van 27 juli 2021 overwoog het College op dit verband het volgende:

“9.3 Anders dan de rechtbank is het College van oordeel dat uit de definitie van het begrip wholesaledienst in het ULL-besluit 2011 en de uitspraak van het College van 25 april 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522) niet volgt dat iedere prijswijziging of wijziging in de tariefstructuur - dus ook de onderhavige - een nieuwe of gewijzigde dienst is. In dit geval gaat het om de wijziging van MDF-tarieven over een periode in het verleden naar aanleiding van uitspraken van het College waarin de tariefplafonds in het WPC Ila-besluit van ACM onrechtmatig zijn geacht. Een wijziging op deze grond is van een andere aard dan wanneer KPN een nieuwe dienst in de markt zet. In het laatste geval moeten andere marktpartijen met hun aanbod op de nieuwe dienst kunnen inspelen. Om die reden is onder meer de aankondigingstermijn van twee maanden in het ULL-besluit 2011 opgenomen. In de omstandigheden van dit geval is het in de markt zetten van diensten een gepasseerd station. Het gaat hier om een herberekening van de tarieven achteraf. Nu de aanleiding is gelegen in een rechterlijke vernietiging dient de herberekening plaats te vinden alsof ACM van meet af aan de juiste tariefplafonds had vastgesteld. Tevens dient KPN, zoals hiervoor overwogen, bij de herberekening de ND5-verplichting in acht te nemen. Hiermee wordt bereikt dat de herberekende tarieven dusdanig zijn dat andere marktpartijen met KPN hebben kunnen concurreren. Dat marktpartijen mogelijk andere beslissingen over hun business case zouden hebben genomen als KPN meteen de gewijzigde tariefstructuur had vastgesteld, lijkt evident, maar is in het kader van de herberekening niet relevant. Tele2 heeft niet aangevoerd noch onderbouwd, dusdanig zijn dat zij destijds, met deze tarieven, niet met KPN kon concurreren, omdat deze tarieven prijstechnisch niet repliceerbaar waren. De conclusie is dat grond G1 van KPN slaagt. In verband hiermee hoeven de overige G-gronden en het verzoek van KPN op de voet van artikel 8:45 van de Awb geen bespreking.” [onderstreping ondergetekende]

19. Het herstel van de hierboven beschreven gebrek leidt tot een gewijzigde opvatting ten aanzien van bezwaargrond A van Tele2. De ACM stelt zich thans op basis van de hierboven aangehaalde overwegingen van het College op het standpunt dat in het onderhavige geval de verlaging van de MDF-tarieven zich *niet* als een nieuwe of gewijzigde dienst kwalificeert, zodat KPN marge-utholling ook kan tegengaan door het verlagen van de eenmalige MDF-tarieven. Daarmee is bezwaargrond A van Tele2 ongegrond. Dit betekent dat KPN de overtreding van de ND-5 verplichting kan beëindigen door het verlagen van de maandelijkse MDF-lijntarieven of door het verlagen van de eenmalige MDF-lijntarieven. In het licht van het vorenstaande komt de ACM tot het oordeel dat zij strikt genomen niet had hoeven toe te komen aan de bespreking van de grond D van Tele2 in bob-2.

¹⁴ ECLI:NL:RBROT:2018:5510, r.o. 44.

4. Formulering van de last onder dwangsom

20. Een en ander heeft tot gevolg dat de ACM in dit wijzigingsbesluit subgrond 6 van KPN gegrond en grond A van Tele2 ongegrond verklaard. De tussenuitspraak van het College geeft verder aanleiding de precieze formulering van de last onder dwangsom zoals vervat in het bestreden besluit te wijzigen. Deze komt thans als volgt te luiden:

De Autoriteit Consument en Markt

1. gelast KPN de lijntarieven voor MDF vanaf 1 januari 2014 tot 17 juli 2014¹⁵ en vanaf 1 oktober 2014 tot 1 augustus 2015 zodanig te verlagen dat wordt voldaan aan de ND-5 verplichting uit het Besluit Marktanalyse Ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) van 29 december 2011.
2. gelast KPN de maandelijkse en eenmalige tarieven voor MDF over de periode van 1 oktober 2012 tot 1 augustus 2015 te publiceren op de KPN Wholesale website;
3. bepaalt dat KPN de ND-5 toetsen over de periode van het vierde kwartaal van 2012 tot en met het derde kwartaal van 2015 dient te verstrekken aan de ACM voor aanbidding A en aanbidding B; en
4. bepaalt dat KPN binnen vijftien werkdagen na dagtekening van het besluit de last te hebben uitgevoerd. Indien KPN hier niet aan voldoet, verbeurt hij een dwangsom van € 500.000 (zegge: vijfhonderdduizend euro) per dag met een maximum van € 5.000.000 (zegge: vijf miljoen euro).

Den Haag, **26 januari 2022**

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

Monique van Oers
Directeur Directie Juridische Zaken

Op grond van artikel 6:19, eerste lid, Awb hebben de ingediende hoger beroepen mede betrekking op het onderhavige wijzigingsbesluit, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben.

¹⁵ De ACM heeft in het dictum van bob-II KPN gelast de overtreding ongedaan te maken voor onder meer de periode van 1 januari 2014 tot 1 juli 2014, terwijl de overtreding met betrekking tot aanbidding A doorloopt tot 17 juli 2014. De onjuiste datavermelding heeft de ACM bij de herformulering van de last hersteld.

Annex A De reactie van Tele2 naar aanleiding van de nieuwe ND-5 toetsen

In deze paragraaf gaat de ACM kort in op de zienswijze van Tele2. Beoordeelt wordt of hetgeen Tele2 heeft ingebracht leidt tot een ander herstelbesluit.

Voor wat betreft de transparantie van de ND-5 toets heeft Tele2 - kort gezegd - gesteld dat de door KPN gedane vertrouwelijkheidsclaims tot gevolg hebben dat Tele2 niet kan controleren hoe de ND-5 modellen werken en of daadwerkelijk aan ND-5 is voldaan. Tele2 is van mening dat KPN bij het indienen van de vertrouwelijkheidsclaims niet heeft mogen volstaan met een korte, algemene standaardmotivatie. Tele2 heeft verder aangevoerd niet in te zien waarom de door KPN ingediende vertrouwelijkheidsclaims jegens haar zouden moeten gelden. Tele2 stelt daarbij bekend te zijn met de inhoud van het contract met Partij A. Tot slot heeft Tele2 zich kritisch uitgelaten in de wijze waarop KPN gevolg heeft gegeven aan de instructies van het College, zoals neergelegd in overweging 13.2 van de tussenuitspraak van 27 juli 2021. Gezien het ontbreken van een adequate handleiding zouden de zeer complexe modellen in grote mate onbegrijpelijk zijn voor Tele2.

Deze punten leiden niet tot een ander herstelbesluit. Dat Tele2 niet voldoende inzicht zou hebben in de werking van de ND-5, zoals zij in haar brief van 21 december 2021 lijkt te stellen, kan de ACM niet volgen. De ACM merkt op dat KPN met het overleggen van de "vertrouwelijke versie Tele2" van de ND-5 toetsen voor aanbidding A en aanbidding B en de openbare beschrijving van ND-5 toetsen grotendeels tegemoet is gekomen aan de wensen van Tele2 met betrekking tot de transparantie van de ND-5 toetsen. Zo blijkt uit de overgelegde modellen dat de tarieven van aanbidding A openbaar zijn voor Tele2. De door KPN openbaar gemaakte rekenregels of formules, waarmee de ND-5 toets zijn uitgevoerd, geven naar het oordeel van de ACM voldoende inzicht in de werking van de ND-5. De bedrijfsvertrouwelijke gegevens, waarvoor KPN vertrouwelijkheidsclaims heeft ingediend, hebben veelal betrekking op gevoelige commerciële informatie over kosten en tarieven die KPN hanteert en waarmee Tele2 concurreert. Het behoeft geen betoog dat KPN door openbaarmaking van dergelijke gevoelige gegevens onevenredig wordt benadeeld als Tele2 hiervan kennis kan nemen. Het vertrouwelijk karakter van deze bedrijfsgegevens staat weliswaar aan de wens van Tele2 in de weg om precies na te gaan of daadwerkelijk aan de ND-5 wordt voldaan. Dit doet echter niet af aan het feit dat het in de eerste plaats aan de ACM is de juistheid van de toetsing door KPN te beoordelen. Het spreekt verder voor zich dat de vertrouwelijkheid van de bedrijfsgegevens door de rechter kan worden gecontroleerd, indien de toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt verleend.

Tele2 heeft zich ook voor het overige kritisch in haar brief van 21 december 2021 uitgelaten over de wijze waarop KPN de ND-5 toets heeft uitgevoerd¹⁶. De punten die Tele2 naar voren heeft gebracht kunnen naar het oordeel van de ACM niet tot een ander herstelbesluit leiden. Zo wordt door Tele2 conform hetgeen zij reeds in hoger beroep naar voren heeft gebracht opnieuw bezwaren geuit tegen het feit dat KPN in de ND-5 toets is uitgaan van een contractduur van 36 maanden, terwijl de aanbiddingen zijn gedaan voor een langere looptijd. Het College heeft de hoger beroepsgronden van Tele2 tegen het hanteren van een terugverdiendtijd van langer dan drie jaar in haar tussenuitspraak verworpen. Reeds hierom gaat de ACM voorbij aan het verzoek van Tele2 om te beslissen dat de getoetste aanbiddingen na ommekomst van 36 maanden waarin de eenmalige kosten worden omgeslagen niet voldoen aan de ND-5. De tussenuitspraak van het College bevat hiervoor immers geen aanknopingspunten.

¹⁶ Zie inhoud van de brief van 21 december 2021 van Tele2.