

PER AANGETEKENDE POST EN PER E-MAIL: vastetelefonie-MA@opta.nl

De Autoriteit Consument & Markt
Directie Telecom, Vervoer en Post
T.a.v. de heer J. Francke
Muzenstraat 41
2511 WB DEN HAAG

2 april 2013

mr. M.J. Geus
Advocaat
Tel: +31 (0)70 353 8906
Fax: +31 (0)70 353 8892
E-Mail: marjolein.geus@twobirds.com

Geachte heer Francke,

Hierbij zend ik u de zienswijze van Tele2 Nederland B.V. (hierna ook "**Tele2**") op het Ontwerpbesluit d.d. 18 februari 2013 tot aanpassing van het Besluit Wholesale Line Rental 2009-2011 naar aanleiding van de tussenuitspraak van het CBb van 9 november 2012 ("**het Ontwerpbesluit**").

De hoofdstukken 2 en 3 van het Ontwerpbesluit met betrekking tot het door KPN in rekening te brengen WLR HC overstaptarief geven Tele2 geen aanleiding tot het maken van nadere opmerkingen.

Tele2 maakt bezwaar tegen de overwegingen en het dictum van het Ontwerpbesluit met betrekking tot de ingangsdatum van de in het besluit van 23 november 2010 ("**het Herstelbesluit**") bepaalde minussen, aangezien de terugwerkende kracht daarin slechts gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt.

Ter toelichting merkt Tele2 het volgende op.

I. Inleiding:

In het Herstelbesluit heeft OPTA het WLR-II besluit gewijzigd, waarbij OPTA de voor de minussen gehanteerde WACC heeft gewijzigd, met als gevolg dat de voor de WLR-tarieven minimaal te hanteren minussen zijn verlaagd en de op grond van het WLR-II besluit geldende geregleerde WLR-tariefplafonds zijn verhoogd.

OPTA heeft deze verlaging van de minimaal te hanteren minussen vastgesteld met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009. Daardoor zijn de geregleerde WLR-tariefplafonds eveneens met terugwerkende kracht verhoogd.

KPN heeft verhoging van de WLR-tariefplafonds met terugwerkende kracht ten onrechte aangegrepen om Tele2 een aanvullende factuur te sturen over de periode vanaf 1 januari 2009 tot en met november 2010.

Het CBB heeft in de tussenuitspraak van 9 november 2012 ("**de Tussenuitspraak**") overwogen dat voor WLR-afnemers niet eenvoudig kenbaar was dat KPN een WACC van 9,2% was toegestaan en dat tot die conclusie pas kon worden gekomen door het WLR-II besluit en het WPC-IIa besluit in hun onderlinge samenhang secuur te lezen. Het CBB overweegt in aansluiting daarop: *"Een verdere bevestiging hiervan geeft het feit dat OPTA pas op 23 november 2010 overging tot aanpassing van de WACC, nadat KPN daar pas op 22 februari 2010 om had verzocht."*

In aansluiting daarop heeft het CBB OPTA in de Tussenuitspraak opgedragen de ingangsdatum van de in het Herstelbesluit bepaalde minussen van een deugdelijke motivering te voorzien dan wel daaromtrent een ander besluit te nemen.

In het Ontwerpbesluit wordt de terugwerkende kracht slechts gedeeltelijk ongedaan gemaakt, namelijk voor de periode van 16 december 2009 tot 12 april 2010. Voor de periode 1 januari 2009 tot 16 december 2009 en voor de periode vanaf 12 april 2010 wordt de terugwerkende kracht in stand gelaten.

Tele2 meent dat deze gedeeltelijke aanpassing niet in overeenstemming is met de Tussenuitspraak. Er is voorts geen enkele grond om de terugwerkende kracht voor respectievelijk de periode vanaf 1 januari 2009 tot 16 december 2009 in stand te laten, terwijl OPTA voor de periode vanaf 12 april 2010 met twee maten meet.

II. Ontwerpbesluit is niet in overeenstemming met de Tussenuitspraak:

Tele2 constateert dat het Ontwerpbesluit niet in overeenstemming is met de Tussenuitspraak. OPTA stelt namelijk in het Ontwerpbesluit opnieuw ter discussie dat het voor WLR-afnemers tot de publicatie van het Herstelbesluit op 23 november 2010 niet kenbaar was dat de minussen en daarmee de tariefplafonds zouden worden aangepast, terwijl daarover door het CBB is beslist.

Uit de Tussenuitspraak volgt immers dat de verlaging van de minussen en de dienovereenkomstige verhoging van de tariefplafonds voor WLR-afnemers pas met de publicatie van het Herstelbesluit op 23 november 2010 kenbaar is geworden.

Het CBB heeft OPTA opgedragen om – uitgaande van dit gegeven – alsnog een belangenafweging uit te voeren. OPTA heeft zich daartoe in het Ontwerpbesluit ten onrechte niet beperkt.

III. Terugwerkende kracht ten onrechte gehandhaafd voor de periode vanaf 1 januari 2009 tot 16 december 2009:

Over de periode 1 januari tot 16 december 2009 overweegt OPTA in het Ontwerpbesluit, randnummer 42:

"Het WLR-II tariefbesluit, dat op 16 december 2009 genomen is, is met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2009 in werking getreden. In de periode van 1 januari 2009 tot 16 december 2009 waren het WLR-II tariefbesluit en de daarin gemaakte fout nog niet gepubliceerd. Derhalve zijn WLR-afnemers gedurende deze periode uitgegaan van een juiste vaststelling van de minussen en hebben zij hun retailtarieven op deze verwachting

gebaseerd. Door de fout in het WLR-II tariefbesluit hebben zij in deze periode met terugwerkende kracht echter lagere wholesaletarieven betaald."

OPTA lijkt hier te willen zeggen dat WLR-afnemers gedurende de periode 1 januari 2009 tot 16 december 2009 zijn uitgegaan van WACC-percentages (en daarmee corresponderende tariefplafonds) die achteraf gezien juist waren, omdat die WACC-percentages (en de daarmee corresponderende tariefplafonds) voor die periode aanvankelijk waren vastgesteld op het niveau zoals dat uiteindelijk op 23 november 2010 met terugwerkende kracht is vastgesteld. Feitelijk stelt OPTA dat WLR-afnemers op 16 december 2009 met terugwerkende kracht een cadeautje hebben gekregen dat nog op de plank lag en dat zij als gevolg van het Herstelbesluit hebben moeten teruggeven.

Daarmee gaat het Ontwerpbesluit uit van onjuiste feiten en onjuiste aannames met betrekking tot de WLR-tariefregulering vanaf 1 januari 2009.

In de eerste plaats werd in het WLR-besluit van 8 september 2008 dat de basis was voor de voorlopige tariefplafonds voor 2009 evenals in het WLR-II besluit uitgegaan van een WACC percentage op basis van een *reële* WACC.¹ Bij de inwerkingtreding van het WLR-II besluit dat terugwerkte tot 1 januari 2009, werd die grondslag voor het WACC-percentage (de "reële" WACC) gecontinueerd.

Er was dus geen sprake van een "cadeautje" voor WLR-afnemers, omdat de WLR-tariefplafonds dankzij het WLR-II besluit "ten onrechte" werden gebaseerd op een reële in plaats van een nominale WACC. Op grond van het WLR-Besluit van 8 september 2008 en het WLR-II besluit was en bleef een reële WACC van toepassing.

Bovendien gaat het Ontwerpbesluit uit van de onjuiste aanname dat WLR-afnemers over de periode vanaf 1 januari 2009 tot 16 december 2009 in hun retailbeleid met een WACC en daarmee corresponderende minussen c.q. gereguleerde tariefplafonds rekening zouden hebben gehouden zoals die uiteindelijk op 23 november 2010 met terugwerkende kracht zijn vastgesteld.

Het was voor WLR-afnemers vanaf het moment van publicatie van het VT-besluit 2008 d.d. 19 december 2008, waarin een wezenlijke wijziging werd doorgevoerd in de systematiek voor de bepaling van de WLR-tariefplafonds (in verband met de schoning van de relevante retailtarieven voor het afgekochte verkeer) duidelijk dat de WLR-tariefplafonds, zodra het WLR-II besluit in werking zou treden, met ingang van 1 januari 2009 naar beneden zouden worden bijgesteld. Dit werd bevestigd door de publicatie van het ontwerp voor het WLR-II tariefbesluit op 21 september 2009.²

Daarbij werden de WLR-afnemers uiteindelijk als gevolg van het WLR-II besluit geconfronteerd met wijzigingen in de toepasselijke minussen die deels hoger en deels lager werden (zie het onderstaande schema). Van een onverwacht "cadeautje" voor de WLR-afnemers, zoals OPTA wil doen geloven, was echter zeker geen sprake.

	Minussen in WLR-besluit 8 september 2008	Minussen in WLR II-besluit 16 december 2009	Minussen na WACC herstelbesluit d.d. 23 november 2010
PSTN / residentieel	15,6%	15,8%	15,3%
ISDN / zakelijk	14,4%	14,1%	13,7%

¹ Zie WLR-besluit d.d. 8 september 2008 (OPTA/AM/2008/201839), randnummer 100 sub g, onder verwijzing naar "NERA, the cost of capital for KPN's wholesale activities, 21 february 2006".

² Zie WLR II-ontwerpbesluit d.d. 21 september 2009 (OPTA/AM/2009/202338).

Gezien de onduidelijkheid met betrekking tot de inhoud van het WLR-II besluit, moesten de WLR-afnemers voor hun retailbeleid uitgaan van de tariefplafonds zoals deze voor 2009 eerst voorlopig en vervolgens na het WLR-II besluit definitief van toepassing werden. Uiteraard gingen zij er daarbij niet vanuit dat er na 23 november 2010 nog een naheffing zou komen en daar hebben zij in hun retailbeleid ook geen rekening mee kunnen houden.

De aannname die aan het Ontwerpbesluit ten grondslag ligt, namelijk dat het hanteren van een reële WACC in het WLR-II besluit voor het bepalen van de minus zou hebben geleid tot een "cadeautje" dat op 23 november 2010 nog beschikbaar was om te worden teruggegeven is hoe dan ook geheel onjuist. Die aanname doet geen enkel recht aan de economische realiteit en getuigt van een onjuiste en onzorgvuldige belangenafweging.

IV. Terugwerkende kracht voor de periode vanaf 12 april 2010:

Over de periode vanaf 12 april 2010 overweegt OPTA in randnummer 44 van het Ontwerpbesluit:

"Op 22 februari 2010 heeft KPN de gronden voor haar beroep tegen het WLR-II tariefbesluit ingediend. Op 12 april 2010 heeft het college kennis genomen van deze gronden. Het college gaat er vanuit dat WLR-afnemers vanaf 12 april 2010 ook op de hoogte waren van de gronden van het beroep van KPN, en meent dat WLR-afnemers daarmee vanaf 12 april 2010 geïnformeerd waren over de verschrijving in het WLR-II tariefbesluit. [...]"

In deze overweging in het Ontwerpbesluit wijkt OPTA af van hetgeen door het CBb is opgenomen in de Tussenuitspraak. OPTA gaat ervan uit dat het onjuiste WACC-percentage voor WLR-afnemers vanaf 12 april 2010 kenbaar was.

OPTA noemt de datum van 12 april 2010 in het Ontwerpbesluit omdat OPTA toen het aanvullend beroepschrift van KPN heeft gelezen.

Tele2 wijst OPTA op het feit dat OPTA met twee maten meet, omdat zij er voor de ND-5 toets vanuit gaat dat de verhoging van de WACC tot het moment dat het Herstelbesluit was genomen niet kenbaar was voor KPN, maar wel kenbaar had moeten zijn voor WLR-afnemers.

Tele2 verwijst naar de pleitnotities voor de zitting van 10 oktober 2012:

"OPTA meet met twee maten:

Tot slot meet OPTA door de aanpassing van de minussen met terugwerkende kracht door te voeren met twee maten. De ND-5 toets is namelijk niet met terugwerkende kracht aangepast aan het WACC-herstelbesluit.

Tele2 en Pretium verwijzen naar de beslissing op bezwaar van OPTA d.d. 16 december 2011 in het kader van de OT2010 aanbestedingsprocedure (www.opta.nl)³ waar OPTA naar aanleiding van de bezwaren van Tele2 dat OPTA in overeenstemming met het WACC-herstelbesluit ook de ND-5 ondergrens op basis van de hogere WLR tariefplafonds had moeten aanpassen overweegt:

³ Beslissing op bezwaar d.d. 16 december 2011, kenmerk OPTA/COL/2011/202323, Beslissing op bezwaar van OPTA op de bezwaren van Tele2 en KPN tegen het zogenoemde tweede deelbesluit van 1 juli 2011 op het handhavingsverzoek van Tele2 inzake de aanbestedingsprocedure OT2010.

"147. KPN stelt dat zij op het moment van het aanbod inzake OT2010, 30 juli 2010, niet op de hoogte was en kon zijn van de beslissing van het college om op 23 november 2010 het WACC-herstelbesluit te nemen, zodat zij om die reden ook niet gehouden was om de verhoging van de WLR-tarieven die uit dit besluit is voortgevloeid bij de ND5-toetsing van het aanbod te betrekken."

Naar aanleiding van dit verweer van KPN overweegt OPTA in randnummer 148 van deze beslissing op bezwaar:

"148. Het college overweegt dat KPN, gezien de datum van het WACC-herstelbesluit, ten tijde van het aanbod in OT2010 niet op de hoogte was en kon zijn van de verhoging van de WLR-tarieven die daaruit voortvloeide. Derhalve kan dan ook niet van KPN gevergd worden dat zij deze verhoogde tarieven bij de ND5-toets ten aanzien van het aanbod van 30 juli 2010 in OT2010 betreft."

Wat voor OPTA en KPN in het kader van dit OT2010 besluit niet voorzienbaar en geen kennelijke vergissing was, kan voor de WLR-partijen een half jaar later niet opeens wel voorzienbaar en wel een kennelijke vergissing zijn."

In het geval OPTA het nieuwe WACC-percentages laat terugwerken tot 12 april 2010 om de reden dat Tele2 daar in haar retail aanbiedingen rekening mee kon houden, dient OPTA in de ND-5 toets van het OT2010 aanbod van KPN van 30 juli 2010 eveneens uit te gaan van de verhoogde WLR tariefplafonds die KPN heeft gemeend met terugwerkende kracht aan WLR-afnemers in rekening te kunnen brengen. Het level playing field verlangt in dat geval dat ook KPN met deze terugwerking bij de aanbieding van haar OT2010 aanbieding rekening moest houden. Tele2 verzoekt OPTA om in het definitieve besluit hier duidelijkheid over te verschaffen.

V. Conclusie:

Namens Tele2 verzoek ik OPTA de overwegingen van het Ontwerpbesluit in lijn te brengen met deze zienswijze en het Dictum aan te passen als volgt:

"De in dit herstelbesluit bepaalde minussen gelden met ingang van 23 november 2010 en werken niet terug."

Voor een nadere toelichting is Tele2 uiteraard beschikbaar.

Met vriendelijke groet,

Marjelein Geus