

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

Ons kenmerk: ACM/AM/2013/201251

Zaaknummer: 10.0409.23

Datum: 15 mei 2013

Ontwerpbesluit van de Autoriteit Consument en Markt inzake de aanpassing van het Besluit Wholesale Line Rental 2009-2011 van 16 december 2009 (met kenmerk OPTA/AM/2009/203473) en het Herstelbesluit Wholesale Line Rental 2009-2011 van 23 november 2010 (met kenmerk OPTA/AM/2010/203284).

1 Inleiding

1.1 Aanleiding voor dit besluit

- Op 19 december 2008 heeft het college van OPTA – de rechtsvoorganger van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ – het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie 2008 (hierna: VT-besluit 2008)² genomen. In dit besluit heeft ACM KPN aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht (AMM) op de markt voor vaste telefonie. ACM heeft KPN onder meer de verplichting opgelegd alternatieve aanbieders van vaste telefonie in staat te stellen op wholesaleniveau hoog- en laagcapacitaire telefonieaansluitingen af te nemen ten behoeve van wederverkoop op de retailmarkt, oftewel wholesale line rental (hierna: WLR). De verplichting biedt alternatieve aanbieders de mogelijkheid om naast het verzorgen van verkeer ook de aansluiting aan eindgebruikers te kunnen bieden. Op die manier wordt het voor alternatieve aanbieders mogelijk de gehele factuurrelatie met eindgebruikers over te nemen.
- De verplichting ten aanzien van WLR heeft ACM nader uitgewerkt in het Besluit Wholesale Line Rental 2009-2011 (hierna: WLR-II tariefbesluit) van 16 december 2009³. In het WLR-II tariefbesluit zijn minussen en tarieven vastgesteld die met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2009 golden. Zowel Tele2 en Pretium (hierna: Tele2/Pretium) als KPN hebben naar aanleiding van het WLR-II tariefbesluit beroep ingesteld. De beroepsgronden hebben onder

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is ACM de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit. Voor het gemak wordt in het vervolg van dit besluit gesproken over ACM, ook daar waar strikt genomen OPTA nog het bestuursorgaan was.

² Met kenmerk OPTA/AM/2008/202721.

³ Met kenmerk OPTA/AM/2009/203473.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

meer betrekking op de bepaling van het overstaptarief voor hoogcapacitaire WLR-aansluitingen (hierna: WLR-HC).

3. Naar aanleiding van het beroep van KPN heeft ACM toentertijd geconstateerd dat bij het vaststellen van het WLR-II tariefbesluit sprake is geweest van een kennelijke verschrijving. Bij de bepaling van de minussen is ACM uitgegaan van een onjuiste Weighted Average Cost of Capital (WACC). Daardoor zijn de minussen te hoog vastgesteld, als gevolg waarvan KPN lagere tarieven in rekening moest brengen dan de bedoeling was. ACM heeft het WLR-II tariefbesluit daarom door middel van het Herstelbesluit Wholesale Line Rental 2009-2011 van 23 november 2010⁴ gecorrigeerd (hierna: het WACC-herstelbesluit). Tele2/Pretium heeft naar aanleiding hiervan een aanvullend beroep ingediend. Zij verzet zich onder meer tegen de omstandigheid dat de gecorrigeerde minussen met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 zijn gaan gelden.
4. Op 10 oktober 2012 heeft de mondelinge behandeling van de beroepen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) plaatsgevonden. Op 9 november 2012 heeft het CBb een tussenuitspraak gedaan. Met betrekking tot het in het WLR-II tariefbesluit bepaalde WLR-HC overstaptarief en de ingangsdatum van de in het WACC-herstelbesluit bepaalde minussen heeft het CBb ACM opgedragen het WLR-II tariefbesluit alsnog van een deugdelijke motivering te voorzien, dan wel een ander besluit te nemen. Met het onderhavige besluit geeft ACM uitvoering aan deze opdracht.

1.2 Proces

5. Op 19 december 2008 heeft ACM het VT-besluit 2008 genomen.
6. Op 16 december 2009 heeft ACM het WLR-II tariefbesluit genomen, waarin de verplichtingen ten aanzien van WLR uit het VT-besluit 2008 nader zijn uitgewerkt.
7. Op 25 januari 2010 hebben KPN en Tele2/Pretium bij het CBb op nader aan te vullen gronden beroep ingesteld tegen het WLR-II tariefbesluit.
8. Op 22 en 25 februari 2010 hebben respectievelijk KPN en Tele2/Pretium de gronden voor hun beroep ingediend.
9. Op 23 november 2010 heeft ACM het WACC-herstelbesluit genomen.

⁴ Met kenmerk OPTA/AM/2010/203284.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

10. Op 3 januari 2011 heeft Tele2/Pretium naar aanleiding van het WACC-herstelbesluit een aanvullend beroepschrift ingediend. De gronden daarvan heeft Tele2/Pretium op 15 februari 2011 ingediend.
11. Op 10 oktober 2012 heeft de mondelinge behandeling van de beroepen bij het CBb plaatsgevonden.
12. Op 9 november 2012 heeft het CBb de tussenuitspraak gedaan.
13. Bij e-mail van 28 november 2012 heeft ACM KPN gevraagd informatie te verschaffen over de compliancekosten. KPN heeft daarop bij e-mail van 30 november 2012 gereageerd.
14. Bij e-mail van 5 december 2012 heeft ACM KPN een tweede informatieverzoek gestuurd inzake de compliancekosten. KPN heeft daarop bij e-mail van 18 december 2012 gereageerd.
15. Bij e-mail van 23 januari 2013 heeft Tele2/Pretium gereageerd op een vraag van ACM van 20 december 2012 inzake de omvang van de betalingen die naar aanleiding van het WACC-herstelbesluit hebben plaatsgevonden.
16. Bij brief van 29 januari 2013⁵ heeft ACM KPN voor een derde maal gevraagd om informatie omtrent de compliancekosten en heeft ACM KPN gevraagd binnen een week te reageren. KPN heeft op 1 februari 2013 per e-mail laten weten een week extra nodig te hebben om op dit verzoek te reageren. ACM heeft hiermee bij brief van 6 februari 2013⁶ ingestemd. Bij e-mail van 11 februari 2013 heeft KPN op het informatieverzoek van ACM gereageerd.
17. Op 18 februari 2013 heeft ACM het onderhavige besluit gedurende zes weken ter nationale consultatie voorgelegd. ACM heeft gedurende de consultatiefase schriftelijke zienswijzen ontvangen van Tele2/Pretium en KPN.
18. Naar aanleiding van de zienswijze van KPN heeft ACM Tele2/Pretium bij e-mail van 6 mei 2013 verzocht te bevestigen dat zij door KPN op 2 maart 2010 KPN's beroepsgronden tegen het WLR-II tariefbesluit doorgestuurd heeft gekregen. Bij e-mail van 14 mei 2013 heeft ACM deze bevestiging van Tele2/Pretium ontvangen.

⁵ Met kenmerk OPTA/AM/2013/200226.

⁶ Met kenmerk OPTA/AM/2013/200325.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

1.3 Leeswijzer

19. In de hoofdstukken 2, 3 en 4 zal ACM naar aanleiding van de tussenuitspraak van het CBb respectievelijk op de compliancekosten, de toerekening van de wholesale-specifieke kosten en de ingangsdatum van de in het WACC-herstelbesluit bepaalde minussen ingaan. Hoofdstuk 5 bevat het dictum van het besluit. Annex B van het besluit betreft de nota van bevindingen, waarin ACM verslag doet van de in de consultatie ontvangen zienswijzen en deze in haar oordeelsvorming betreft.

2 Compliancekosten

20. In het WLR-II tariefbesluit heeft ACM bepaald dat KPN de compliancekosten niet mag doorberekenen aan de WLR-afnemers. ACM stelt dat KPN een complianceprogramma heeft ten behoeve van de naleving van de regels en daarmee ten behoeve van haar eigen bedrijfsvoering, en dat de daaraan verbonden kosten daarom niet doorberekend dienen te worden aan haar concurrenten.
21. KPN stelt in haar beroepsgronden echter dat zij een deel van de compliancekosten maakt ten behoeve van de afnemers van de WLR-dienst. Als voorbeeld noemt KPN de kosten die zij gemaakt heeft voor het opzetten van *chinese walls*⁷.
22. In zijn tussenuitspraak stelt het CBb dat ACM onvoldoende heeft onderzocht in welke mate de compliancekosten zijn gemaakt ten behoeve van de naleving van de regels, en in welke mate de compliancekosten gemaakt zijn ten behoeve van de WLR-afnemers. Het CBb verzoekt ACM hier onderzoek naar te verrichten.
23. Naar aanleiding van de tussenuitspraak heeft ACM aan KPN verzocht om een uitsplitsing van de geraamde post compliancekosten in kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de naleving van de regels, en kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de WLR-afnemers.⁸ KPN heeft daarop aangegeven niet te beschikken over deze informatie.⁹ Vervolgens heeft ACM KPN gevraagd om gegevens op basis waarvan ACM de post compliancekosten door middel van een verdeelsleutel zou kunnen opsplitsen, zoals een uitsplitsing van de

⁷ Dit zijn voorzieningen die dienen om te voorkomen dat KPN Retail en WLR-afnemers met concurrentiegevoelige informatie van andere partijen in aanraking komen.

⁸ E-mail van 28 november 2012.

⁹ E-mail van 30 november 2012.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

gerealiseerde kosten.¹⁰ Ook over zulke gegevens heeft KPN aangegeven niet te beschikken.¹¹

24. Per brief¹² heeft ACM KPN een derde maal verzocht om gegevens waaruit blijkt dat KPN binnen de post compliancekosten kosten heeft gemaakt ten behoeve van de WLR-afnemers. In haar reactie¹³ op deze brief heeft KPN ACM gegevens gestuurd ten aanzien van de projectkosten voor de implementatie van WLR-HC. Ook uit deze gegevens blijkt echter niet dat KPN binnen deze post kosten gemaakt heeft ten behoeve van de WLR-afnemers.
25. Op basis van dit door het CBb opgedragen onderzoek constateert ACM dat KPN niet heeft aangetoond dat zij binnen de post compliancekosten specifiek kosten gemaakt heeft ten behoeve van WLR-afnemers. Hieruit concludeert ACM dat de door KPN opgevoerde post compliancekosten geen kosten bevat die specifiek ten behoeve van WLR-afnemers gemaakt zijn, en dat deze kosten op grond van het principe van kostencausaliteit daarom niet aan WLR-afnemers toerekenbaar zijn.
26. ACM voegt de bovenstaande randnummers (20 tot en met 25) in na randnummer 152 van het WLR-II tariefbesluit.

3 Toerekening wholesale-specifieke kosten

27. Bij de bepaling van het WLR-HC overstaptarief heeft ACM in het WLR-II tariefbesluit gekozen voor een volledig proportionele toerekening van de wholesale-specifieke kosten (hierna: WSK)¹⁴. Deze keuze is gebaseerd op de bij een causale (en dus niet-proportionele) toerekening zeer lange terugverdientijd van het WLR-HC overstaptarief voor afnemers van WLR-HC, die de in het VT-besluit 2008 genomen toegangsmaatregel reeds op voorhand ineffectief zou hebben gemaakt.
28. Het CBb stelt in zijn tussenuitspraak dat voor het opleggen van proportionele toerekening een zware motiveringsplicht geldt, en dat de motivering van ACM tekort schiet. Het CBb

¹⁰ E-mail van 5 december 2012.

¹¹ E-mail van 18 december 2012.

¹² Brief van 29 januari 2013, met kenmerk OPTA/AM/2013/200226.

¹³ E-mail van 11 februari 2012.

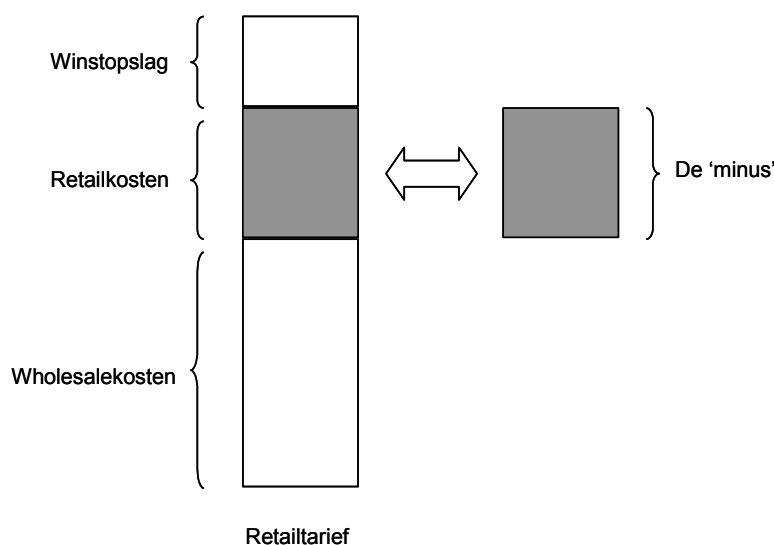
¹⁴ Proportionele toerekening houdt in dat de WSK gerelateerd aan de WLR-dienst evenredig worden verdeeld en toegerekend over het totaal aantal aansluitingen.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

wijst ACM op de mogelijkheid van een minder vergaande vorm van proportionele toerekening, en verzoekt ACM te onderzoeken welke mate van proportionele toerekening van de WSK nodig is om WLR-afnemers de mogelijkheid te bieden op retailniveau met KPN te kunnen concurreren. Naar aanleiding hiervan overweegt ACM als volgt.

29. ACM heeft in het VT-besluit 2008 besloten de tarieven voor de WLR-dienst vast te stellen op basis van de retail-minusmethodiek. Volgens deze methodiek wordt het wholesaletarief bepaald door de retailkosten op het retailtarief in mindering te brengen. Het wholesaletarief bestaat daarmee uit twee componenten: de wholesalekosten en een winststopslag. Figuur 1 geeft schematisch de opbouw van het retail-minustarief weer.

Figuur 1: Opbouw retail-minustarief



30. In het WLR-II tariefbesluit heeft ACM bepaald dat het minimaal vereiste redelijk rendement, oftewel de Return on Sales (RoS), dat KPN dient te behalen 6,5 procent van het retailtarief is. Dit percentage is onderdeel van de retailkosten en daarmee van de minus, en brengt KPN daarom in mindering op het retailtarief. De retail-minusmethodiek veronderstelt dat afnemers van WLR die even efficiënt zijn als KPN in beginsel in staat moeten zijn om (op termijn) het redelijk rendement van 6,5 procent te halen. Uit onderzoek van ACM blijkt echter dat WLR-afnemers bij volledig proportionele toerekening van de WSK een gemiddeld rendement van 6,5 procent in de praktijk niet kunnen realiseren. ACM zal dit in de volgende randnummers nader toelichten.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

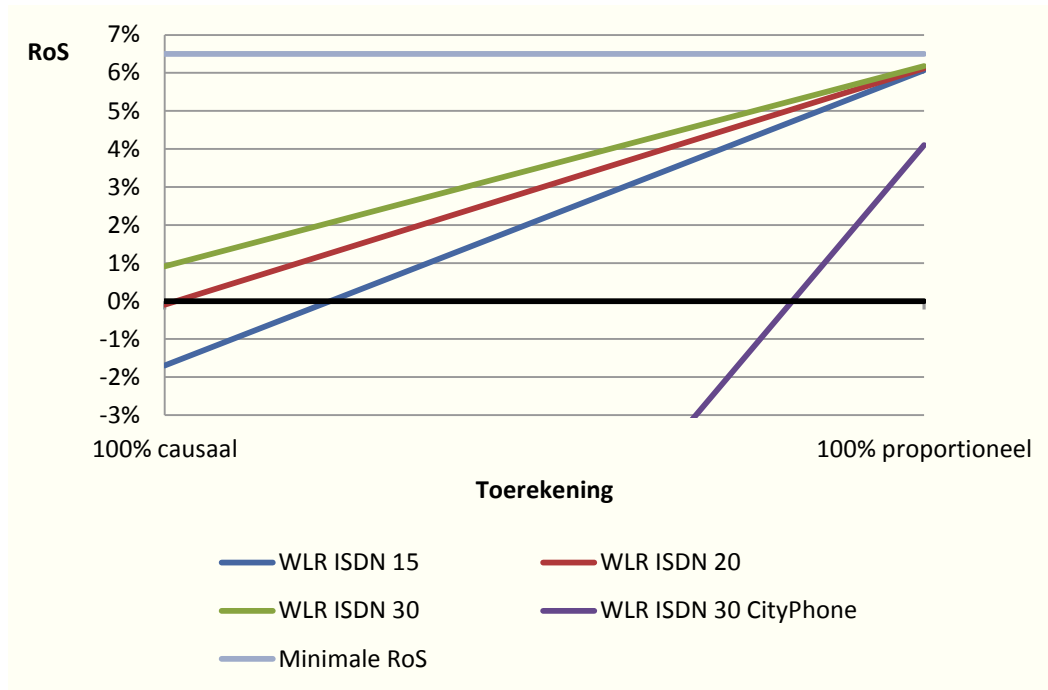
31. De retail-minusmethodiek maakt het voor WLR-afnemers mogelijk te concurreren met KPN, echter alleen wanneer zij voldoende efficiënt zijn. De WLR-afnemers dienen, om eenzelfde retailtarief te kunnen rekenen als KPN¹⁵, immers zowel hun retailkosten als hun minimaal vereiste redelijke rendement uit de minus te halen. Daarnaast genieten WLR-afnemers niet de schaalvoordelen van KPN, en zullen hun retailkosten daarom in beginsel hoger zijn dan die van KPN. Bovendien is KPN in staat een winsttopslag te realiseren, en WLR-afnemers niet, aangezien deze winsttopslag onderdeel is van het wholesaletarief. Indien WLR-afnemers een winsttopslag bovenop hun retailtarief hanteren, zullen hun tarieven hoger zijn dan die van KPN, en zullen zij niet langer in staat zijn met KPN te concurreren.
32. ACM heeft onderzocht welke marges de WLR-afnemers kunnen realiseren op basis van de WLR-diensten ISDN 15, ISDN 20, ISDN 30 en ISDN 30 CityPhone, een Return on Sales (RoS) van 6,5 procent, het WLR-HC overstaptarief van € 42,07 bij proportionele toerekening en een overstaptarief van € 457,93 bij causale toerekening en een terugverdientijd van 36 maanden.¹⁶ In Annex A zijn de resultaten weergegeven.
33. Op basis van de resultaten in Annex A zijn in figuur 2 de gemiddelde winstmarges op basis van vier WLR-diensten van september 2009 tot en met december 2011 uitgezet tegen de mate van proportionele toerekening van de WSK.¹⁷ Te zien is dat in het geval van volledig causale toerekening van de WSK de marges op basis van de vier WLR-diensten niet hoger zullen zijn dan 1 procent, en voor drie van de vier diensten zelfs negatief zijn. Daarnaast toont de figuur dat, gemiddeld gezien, het minimaal vereiste redelijk rendement van 6,5 procent zelfs in het geval van volledig proportionele toerekening van de WSK voor geen van de vier WLR-diensten behaald wordt.

¹⁵ WLR-afnemers hebben bij ACM aangegeven dat het in rekening brengen van retailtarieven die lager zijn dan die van KPN noodzakelijk is om met KPN te kunnen concurreren.

¹⁶ In de Beleidsregels ondergrenstariefregulering van 27 januari 2006 (met kenmerk OPTA/TN/2006/200162) en de Beleidsregels inzake gedragsregel 5 van 27 mei 2009 (met kenmerk OPTA/AM/2009/201145) is opgenomen dat incentives en eenmalige tarieven verdisconteerd moeten worden over een redelijke terugverdientermijn van 36 maanden.

¹⁷ Zie de twee laatste rijen (F en G) van de tabellen in Annex A.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»



Figuur 2: Mate van proportionele toerekening en Return on Sales

34. Uit het bovenstaande blijkt dat de retail-minusmethodiek impliceert dat WLR-afnemers binnen de kaders van een krappe business case opereren, en in tegenstelling tot KPN niet in staat zijn om gemiddeld gezien een rendement van 6,5 procent te behalen. Een minder dan volledig proportionele toerekening van de WSK zou die business case nog krapper maken en het WLR-afnemers moeilijk, zo niet onmogelijk, maken te concurreren met KPN op basis van de WLR-dienst. WLR-afnemers zullen stoppen met het afnemen van de WLR-dienst, zodat zij genoodzaakt zijn hun op basis van de WLR-dienst opgebouwde klantrelaties weer af te staan aan KPN. Een minder dan volledig proportionele toerekening van de WSK maakt daarmee de in het VT-besluit 2008 genomen toegangsmaatregel ineffectief.
35. Wanneer de WSK proportioneel worden toegerekend, betekent dit voor KPN overigens niet automatisch een nadeel ten opzichte van haar concurrenten. KPN heeft immers in beginsel de mogelijkheid de WSK door te berekenen in haar retailtarieven. Een dergelijke verhoging van het retailtarief wordt gereflecteerd in het wholesaletarief dat WLR-afnemers aan KPN betalen, zodat KPN in geval van proportionele toerekening niet wordt geschaad. Een andere mogelijkheid voor KPN zou zijn de WSK in mindering te brengen op haar winstopslag. KPN zou dan in elk geval het als redelijk veronderstelde rendement van 6,5 procent realiseren. Zouden de WSK echter niet volledig proportioneel worden toegerekend, dan hebben WLR-afnemers niet de mogelijkheid de verhoging van hun kosten door te

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

berekenen in hun retailtarieven. In dit geval zouden de WLR-afnemers immers een hoger retailtarief rekenen dan KPN, waardoor zij niet in staat zijn met KPN te concurreren.

36. ACM wijst erop dat WLR-afnemers in theorie, zoals ook in Annex A te zien is, gedurende twee kwartalen in staat geweest zijn een marge te behalen van meer dan 6,5 procent (maximaal 7,1 procent). Gedurende deze twee kwartalen had KPN het retailtarief zodanig verhoogd dat het wholesaletarief het tariefplafond had bereikt. Dit is echter geen reden om voor een niet volledig proportionele toerekening van de WSK te kiezen. WLR-afnemers baseren hun business case immers op het WLR-overstaptarief aan het begin van de betreffende periode. Zij kunnen daarbij niet speculeren op tariefverhogingen van KPN, maar dienen voor een succesvolle business case rekening te houden met het minimaal vereiste redelijk rendement van 6,5 procent. Gemiddeld genomen zijn WLR-afnemers bovendien, zoals eerder genoemd, niet in staat geweest het minimaal vereiste redelijk rendement van 6,5 procent te realiseren.
37. Op basis van dit naar aanleiding van de tussenuitspraak uitgevoerde onderzoek naar de winstmarges die WLR-afnemers kunnen realiseren op basis van de vier WLR-diensten concludeert ACM dat een minder dan volledig proportionele toerekening van de WSK tot onwenselijke uitkomsten en ineffectiviteit van de opgelegde toegangsmaatregel leidt op de retailmarkt voor vaste telefonie. ACM is van oordeel dat alleen een volledig proportionele toerekening voor WLR-afnemers een business case mogelijk maakt.
38. ACM voegt de bovenstaande randnummers (27 tot en met 37) in na randnummer 161 van het WLR-II tariefbesluit.

4 Ingangsdatum minussen WACC-herstelbesluit

39. In het WACC-herstelbesluit heeft ACM een verschrijving in het WLR-II tariefbesluit hersteld. Aanvankelijk had ACM de WACC te laag vastgesteld, met als gevolg te hoge minussen (15,8 procent voor de consumentenmarkt, en 14,1 procent voor de zakelijke markt) en te lage WLR-tarieven. In het WACC-herstelbesluit is een hogere WACC bepaald, met lagere minussen (15,5 procent voor de consumentenmarkt, en 13,7 procent voor de zakelijke markt) en hogere WLR-tarieven tot gevolg. Omdat sprake was van een kennelijke verschrijving, heeft ACM in het WACC-herstelbesluit geen ingangsdatum genoemd. Derhalve traden de in het WACC-herstelbesluit bepaalde minussen automatisch in werking vanaf de datum van inwerkingtreding van het WLR-II tariefbesluit, namelijk 1 januari 2009. Dat had tot gevolg dat KPN haar WLR-afnemers een aanvullende factuur kon sturen

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

vanwege gedeerde tariefinkomsten over de periode vanaf 1 januari 2009 tot en met 23 november 2010.

40. Het CBb heeft in de tussenuitspraak overwogen dat het voor Tele2/Pretium niet eenvoudig kenbaar was dat de WACC in het WLR-II tariefbesluit te laag was vastgesteld. Het CBb is van mening dat de WLR-afnemers pas tot deze conclusie hadden kunnen komen na het nauwkeurig en in onderlinge samenhang lezen van het WLR-II tariefbesluit en het Besluit Wholesale Price Cap 2009-2011 (WPC-IIa besluit)¹⁸.
41. Het CBb heeft ACM opgedragen de terugwerkende kracht van het WACC-herstelbesluit te heroverwegen en daarbij de belangen van KPN enerzijds en de WLR-afnemers anderzijds tegen elkaar af te wegen. Het belang van de WLR-afnemers is volgens het CBb niet achteraf geconfronteerd te worden met navorderingen die zij niet op hun afnemers kunnen verhalen. Het belang van KPN is volgens het CBb dat zij ten onrechte te lage tarieven heeft ontvangen voor de geleverde WLR-dienst. Naar aanleiding van de tussenuitspraak overweegt ACM het volgende.
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 met daarin de verschrijving 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 verschrijving in het WLR-II tariefbesluit hebben zij in deze periode met terugwerkende kracht echter lagere wholesaletarieven betaald. WLR-afnemers zijn daarmee in staat geweest het hogere wholesaletarief, dat zij naar aanleiding van het WACC-herstelbesluit met terugwerkende kracht betaald hebben, op hun afnemers te verhalen. Derhalve is ACM van oordeel dat het onredelijk is dat KPN gedurende deze periode te lage vergoedingen heeft ontvangen voor de door haar geleverde WLR-dienst. ACM oordeelt dat in de periode van 1 januari 2009 tot 16 december 2009 de in het WACC-herstelbesluit bepaalde lagere minussen dienen te gelden.
43. Op 16 december 2009 heeft ACM het WLR-II tariefbesluit met daarin de te hoge minussen gepubliceerd. Het CBb oordeelde in zijn tussenuitspraak dat het voor Tele2/Pretium niet eenvoudig kenbaar was dat er in het WLR-II tariefbesluit sprake was van een verschrijving. Tele2/Pretium was daarom niet op de hoogte van de verschrijving van ACM, en is daarmee vanaf 16 december 2009 niet in staat geweest het hogere wholesaletarief, dat zij naar aanleiding van het WACC-herstelbesluit met terugwerkende kracht betaald heeft, op haar afnemers te verhalen.

¹⁸ Met kenmerk OPTA/AM/2009/202338.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

44. Op 22 februari 2010 heeft KPN de gronden voor haar beroep tegen het WLR-II tariefbesluit ingediend. Op 2 maart 2010 heeft KPN deze gronden aan de WLR-afnemers doen toekomen. ACM gaat er daarom vanuit dat zij vanaf 2 maart 2010 geïnformeerd waren over de verschrijving in het WLR-II tariefbesluit.
45. Omdat WLR-afnemers gedurende de periode van 16 december 2009 tot 2 maart 2010 onbekend waren met de verschrijving en derhalve geen rekening hebben kunnen houden met hogere tarieven, oordeelt ACM dat in deze periode de hogere minussen dienen te gelden. ACM oordeelt daarnaast dat in de periode van 2 maart 2010 tot 23 november 2010, de datum waarop het WACC-herstelbesluit werd gepubliceerd, de lagere minussen dienen te gelden, aangezien WLR-afnemers in deze periode op de hoogte waren van de verschrijving in het WLR-II tariefbesluit en derhalve rekening hebben kunnen houden met hogere tarieven.
46. Door in de periode van 16 december 2009 tot 2 maart 2010 de hogere minussen te laten gelden, komt ACM tegemoet aan de belangen van de WLR-afnemers, die gedurende deze periode niet eenvoudigweg rekening hebben kunnen houden met de hogere tarieven en deze derhalve niet op hun afnemers hebben kunnen verhalen. Door in de overige perioden de lagere minussen te laten gelden, komt ACM tegemoet aan de belangen van KPN, die in die perioden ten onrechte te lage tarieven voor de geleverde WLR-dienst heeft ontvangen.
47. Uit het bovenstaande volgt dat van 1 januari 2009 tot 16 december 2009 de lagere minussen (en derhalve de hogere tarieven) dienen te gelden, van 16 december 2009 tot 2 maart 2010 de hogere minussen (en derhalve de lagere tarieven) dienen te gelden, en van 12 april 2010 tot 23 november 2010 weer de lagere minussen (en derhalve de hogere tarieven) dienen te gelden.
48. ACM wijst erop dat ze de ingangsdatum van de lagere minussen naar aanleiding van de zienswijze van KPN heeft gewijzigd van 12 april 2010 naar 2 maart 2010 (zie ook randnummers 23 en 24 van de nota van bevindingen).

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

5 Dictum

I ACM voegt de volgende zinnen toe aan het dictum van het Herstelbesluit Wholesale Line Rental 2009-2011 van 23 november 2010 (met kenmerk OPTA/AM/2010/203284) (hierna: het WACC-herstelbesluit):

“De in dit herstelbesluit bepaalde minussen gelden met ingang van 23 november 2010 en werken terug tot 1 januari 2009, met uitzondering van de periode van 16 december 2009 tot 2 maart 2010. In de periode van 16 december 2009 tot 2 maart 2010 geldt voor de consumentenmarkt een minus van 15,8 procent en voor de zakelijke markt een minus van 14,1 procent.”

II Na het bepaalde in randnummer 152 van het Besluit Wholesale Line Rental 2009-2011 (met kenmerk OPTA/AM/2009/203473) (hierna: WLR-II tariefbesluit) wordt het bepaalde in de randnummers 20 tot en met 25 van dit besluit met kenmerk ACM/AM/2013/201251 ingevoegd.

III Na het bepaalde in randnummer 161 van het WLR-II tariefbesluit wordt het bepaalde in randnummers 27 tot en met 37 van dit besluit met kenmerk ACM/AM/2013/201251 ingevoegd.

IV Aan het bepaalde in de bijlagen van het WLR-II tariefbesluit wordt het bepaalde in Annex A van dit besluit met kenmerk ACM/AM/2013/201251 toegevoegd.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

mr. C.A. Fonteijn
bestuursvoorzitter

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.

**Ontwerpbesluit (notificatieversie)
«Openbaar»**

Annex A Marges op basis van de WLR-diensten

ISDN 15	Q4 2009	Q1 2010	Q2 2010	Q3 2010	Q4 2010	Q1 2011	Q2 2011	Q3 2011	Q4 2011
Retailtarief (A)	€146,48	€146,45	€146,40	€147,87	€147,87	€150,47	€149,42	€151,74	€151,72
Minus (B)	10,4%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	13,7%	13,7%	13,7%
Werkelijk WLR-tarief (incl. cap) (C)	€131,25	€125,80	€125,76	€127,02	€127,02	€128,61	€128,86	€128,86	€128,86
Retailtarief min retailkosten (D) ¹⁹	€131,25	€125,80	€125,76	€127,02	€127,02	€129,25	€128,25	€130,95	€130,95
Marge op WLR zonder WSK (E) ²⁰	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,9%	6,6%	7,9%	7,9%
Marge op WLR met prop. toerekening WSK (F) ²¹	5,7%	5,7%	5,7%	5,7%	5,7%	6,2%	5,8%	7,1%	7,1%
Marge op WLR met causale toerekening WSK (G) ²²	-2,2%	-2,2%	-2,2%	-2,1%	-2,1%	-1,5%	-2,0%	-0,5%	-0,5%

Tabel 1. Berekening marge op basis van WLR ISDN 15

¹⁹ Berekening: D = A - B

²⁰ Berekening: E = RoS (= 6,5%) + ((D-C)/A)

²¹ Berekening: F = E - ((€42,07/36 maanden)/A)

²² Berekening: G = E - ((€457,93/36 maanden)/A)

**Ontwerpbesluit (notificatieversie)
«Openbaar»**

14/22

ISDN 20	Q4 2009	Q1 2010	Q2 2010	Q3 2010	Q4 2010	Q1 2011	Q2 2011	Q3 2011	Q4 2011
Retailtarief (A)	€183,48	€183,45	€183,40	€185,24	€185,24	€187,84	€186,31	€189,33	€189,32
Minus (B)	10,4%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	13,7%	13,7%	13,7%
Werkelijk WLR-tarief (incl. cap) (C)	€164,40	€157,58	€157,54	€159,12	€159,12	€161,08	€160,79	€161,40	€161,40
Retailtarief min retailkosten (D) ²³	€164,40	€157,58	€157,54	€159,12	€159,12	€161,35	€160,79	€163,39	€163,38
Marge op WLR zonder WSK (E) ²⁴	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,6%	6,5%	7,6%	7,5%
Marge op WLR met prop. toerekening WSK (F) ²⁵	5,9%	5,9%	5,9%	5,9%	5,9%	6,0%	5,9%	6,9%	6,9%
Marge op WLR met causale toerekening WSK (G) ²⁶	-0,4%	-0,4%	-0,4%	-0,4%	-0,4%	-0,1%	-0,3%	0,8%	0,8%

Tabel 2. Berekening marge op basis van WLR ISDN 20

²³ Berekening: $D = A - B$

²⁴ Berekening: $E = \text{RoS} (= 6,5\%) + ((D-C)/A)$

²⁵ Berekening: $F = E - ((€42,07/36 \text{ maanden})/A)$

²⁶ Berekening: $G = E - ((€457,93/36 \text{ maanden})/A)$

**Ontwerpbesluit (notificatieversie)
«Openbaar»**

15/22

ISDN 30	Q4 2009	Q1 2010	Q2 2010	Q3 2010	Q4 2010	Q1 2011	Q2 2011	Q3 2011	Q4 2011
Retailtarief (A)	€216,47	€216,45	€216,40	€218,57	€218,57	€221,17	€220,04	€223,20	€223,22
Minus (B)	10,4%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	13,7%	13,7%	13,7%
Werkelijk WLR-tarief (incl. cap) (C)	€193,96	€185,93	€185,89	€187,75	€187,75	€189,99	€189,98	€190,43	€190,43
Retailtarief min retailkosten (D) ²⁷	€193,96	€185,93	€185,89	€187,75	€187,75	€189,99	€189,89	€192,62	€192,64
Marge op WLR zonder WSK (E) ²⁸	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	7,5%	7,5%
Marge op WLR met prop. toerekening WSK (F) ²⁹	6,0%	6,0%	6,0%	6,0%	6,0%	6,0%	5,9%	7,0%	7,0%
Marge op WLR met causale toerekening WSK (G) ³⁰	0,6%	0,6%	0,6%	0,7%	0,7%	0,7%	0,7%	1,8%	1,8%

Tabel 3. Berekening marge op basis van WLR ISDN 30

²⁷ Berekening: $D = A - B$

²⁸ Berekening: $E = \text{RoS} (= 6,5\%) + ((D-C)/A)$

²⁹ Berekening: $F = E - ((€42,07/36 \text{ maanden})/A)$

³⁰ Berekening: $G = E - ((€457,93/36 \text{ maanden})/A)$

**Ontwerpbesluit (notificatieversie)
«Openbaar»**

16/22

ISDN 30 CityPhone	Q4 2009	Q1 2010	Q2 2010	Q3 2010	Q4 2010	Q1 2011	Q2 2011	Q3 2011	Q4 2011
Retailtarief (A)	€49,00	€48,95	€48,90	€48,90	€48,90	€48,90	€48,76	€48,73	€48,74
Minus (B)	10,4%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	14,1%	13,7%	13,7%	13,7%
Werkelijk WLR-tarief (incl. cap) (C)	€43,90	€42,05	€42,01	€42,01	€42,01	€42,01	€42,08	€42,05	€42,06
Retailtarief min retailkosten (D) ³¹	€43,90	€42,05	€42,01	€42,01	€42,01	€42,01	€42,08	€42,05	€42,06
Marge op WLR zonder WSK (E) ³²	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%	6,5%
Marge op WLR met prop. toerekening WSK (F) ³³	4,1%	4,1%	4,1%	4,1%	4,1%	4,1%	4,1%	4,1%	4,1%
Marge op WLR met causale toerekening WSK (G) ³⁴	-19,5%	-19,5%	-19,5%	-19,5%	-19,5%	-19,5%	-19,6%	-19,6%	-19,6%

Tabel 4. Berekening marge op basis van WLR ISDN 30 CityPhone

³¹ Berekening: $D = A - B$

³² Berekening: $E = \text{RoS} (= 6,5\%) + ((D-C)/A)$

³³ Berekening: $F = E - ((€ 42,07/36 \text{ maanden})/A)$

³⁴ Berekening: $G = E - ((€457,93/36 \text{ maanden})/A)$

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

Annex B Nota van bevindingen

B.1 Inleiding

1. De volgende belanghebbenden hebben een schriftelijke zienswijze naar voren gebracht:
 - Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN);
 - Tele2 Nederland B.V. en Pretium Telecom B.V. (hierna tezamen: Tele2/Pretium).
2. Hieronder zal ACM ingaan op de zienswijzen van KPN en Tele2/Pretium. In paragraaf B.1 bespreekt ACM de bedenkingen met betrekking tot de compliancekosten. In paragraaf B.2 bespreekt ACM de bedenkingen met betrekking tot de toerekening van de wholesale-specifieke kosten. In paragraaf B.3 bespreekt ACM tot slot de bedenkingen met betrekking tot de ingangsdatum van de minussen uit het WACC-herstelbesluit.

B.2 Compliancekosten

3. In haar zienswijze stelt **KPN** dat ACM, gelet op de tussenuitspraak van het CBb, niet kan concluderen dat er geen compliancekosten mogen worden doorberekend aan WLR-afnemers. Het CBb heeft in het verweerschrift van 10 september 2012 (hierna: het verweerschrift) van ACM een erkenning gezien van KPN's stelling dat ook andere WLR-afnemers van de maatregelen profiteren.
4. **ACM** wijst er op dat KPN de tussenuitspraak onjuist weergeeft. Het CBb heeft namelijk niet gesteld dat compliancekosten moeten worden doorberekend aan WLR-afnemers, maar dat ACM na dient te gaan in hoeverre KPN specifiek ten behoeve van de WLR-afnemers compliancekosten maakt en hiermee rekening dient te houden bij de bepaling van het WLR-tarief.
5. ACM stelt daarnaast dat zij in het verweerschrift bedoeld heeft te zeggen dat de compliancemaatregelen voor WLR met name ten goede komen aan KPN, omdat de WLR-afnemers indirect ook profiteren wanneer KPN zich aan de regels houdt. ACM heeft hiermee dus niet bedoeld dat KPN een deel van de compliancekosten direct en specifiek ten behoeve van de WLR-afnemers zou maken. ACM verwijst hiertoe ook naar randnummer 4.9 van het verweerschrift, waar ACM uiteenzet dat KPN de compliancekosten voor WLR uitsluitend maakt ten behoeve van haar eigen belang.
6. **KPN** is van mening dat ACM ten onrechte concludeert dat KPN geen kosten heeft gemaakt ten behoeve van WLR-afnemers. ACM zou het KPN niet kwalijk mogen nemen dat KPN,

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

jaren nadat deze kosten gemaakt zijn, geen specifieke opsplitsing kan geven van de post compliancekosten in kosten die zijn gemaakt ten behoeve van WLR-afnemers en kosten die gemaakt zijn ten behoeve van KPN zelf. Volgens KPN heeft ACM nagelaten om de door KPN opgeleverde uitsplitsing van de kosten en uitwerking om tot een benadering van de kosten te komen mee te nemen in haar onderzoek. Ook heeft ACM geen gebruik gemaakt van het aanbod van KPN verder in overleg te treden.

7. **ACM** heeft KPN tot drie maal toe verzocht gegevens op te leveren waaruit zou blijken dat binnen deze post kosten gemaakt zijn specifiek ten behoeve van de WLR-afnemers. ACM heeft KPN eerst verzocht om een uitsplitsing van de geprojecteerde kosten. Toen KPN deze niet kon opleveren, heeft ACM gevraagd om een uitsplitsing van de gerealiseerde kosten. Ook dit heeft KPN niet kunnen opleveren. Uit geen van de door KPN opgeleverde gegevens is gebleken dat KPN binnen de post compliancekosten kosten gemaakt heeft specifiek ten behoeve van WLR-afnemers. Hiermee heeft ACM aan de opdracht van het CBb voldaan.
8. **KPN** meent dat zij voldoende heeft aangetoond dat de compliancekosten zijn gemaakt ten behoeve van het inrichten van een leverstraat, en stelt dat het lijkt of ACM zich door de rubricering 'compliancekosten' laat leiden in haar beoordeling.
9. **ACM** wijst erop dat in het onderzoek dat is uitgevoerd naar aanleiding van de tussenuitspraak de initiële rubricering geen rol meer heeft gespeeld. Als KPN ACM voldoende overtuigend bewijs had geleverd dat de post compliancekosten deels kosten bevat die gemaakt zijn ten behoeve van het inrichten van de leverstraat, dan had ACM dit zonder meer geaccepteerd. KPN heeft ACM echter geen enkel bewijs kunnen leveren waaruit zou blijken dat binnen deze post direct en specifiek kosten zijn gemaakt ten behoeve van de WLR-afnemers. In die situatie acht ACM het niet redelijk een deel van de post compliancekosten aan WLR-afnemers toe te rekenen.
10. Concluderend leiden de op dit onderwerp door KPN ingebrachte zienswijzen niet tot aanpassing van het ontwerpbesluit.

B.3 Toerekening wholesale-specifieke kosten

11. Met betrekking tot de wholesale-specifieke kosten stelt **KPN** dat zij de cijfermatige berekening van ACM kan volgen, maar dat ACM ten onrechte een separate business case beschrijft voor de WLR-aansluiting zonder verkeer. Dit is volgens KPN niet in lijn met ACM's eigen afbakening van de markt, de situatie op de markt waarbij WLR-aanbieders zowel de

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

WLR-aansluiting als het telefonieverkeer op basis van CPS aanbieden, en de hoge marges die op verkeer gehaald worden.

12. KPN is van mening dat een onderzoek naar de business case voor het bedienen van klanten meer omvat dan een business case op basis van alleen de aansluiting, en stelt dat ACM het verkeer moet meenemen in haar berekening van de RoS.
13. **ACM** is het hier om verschillende redenen niet mee eens. Zij verwijst allereerst naar de randnummers 4.4, 4.5, 4.6 en 4.7 van het verweerschrift. Hierin is reeds betoogd dat het voor de bevordering van de concurrentie op de zakelijke markt voor vaste telefonie van groot belang is dat wholesale-afnemers in staat zijn hun klanten te bedienen op basis van WLR, in plaats van alleen op basis van CPS. WLR-afnemers zullen alleen voor het gecombineerd afnemen van WLR en CPS kiezen wanneer zij in staat zijn op WLR een redelijk rendement te behalen.
14. In de omstandigheid dat thans het rendement op verkeer momenteel relatief hoog is, ziet ACM geen aanleiding om een lager rendement op de aansluiting te accepteren. Er is namelijk geen garantie dat het rendement op verkeer ook hoog zal blijven. Daarom is ACM van mening dat afnemers in alle gevallen, onafhankelijk van de op verkeer behaalde marges, in staat moeten zijn een redelijk rendement te behalen op de aansluiting.
15. Daarnaast staat ACM KPN een redelijk rendement toe van 6,5 procent op de aansluiting (zie randnummer 31 van het onderhavige ontwerpbesluit). ACM kan niet inzien waarom haar concurrenten dan niet net als KPN in staat mogen zijn een redelijk rendement van 6,5 procent op de aansluiting te behalen.
16. Met betrekking tot de stelling van KPN dat een separate business case voor de aansluiting niet overeen stemt met de afbakening van de markt, merkt ACM op dat het gegeven dat twee diensten binnen dezelfde markt vallen niet automatisch inhoudt dat ze als bundel geprijsd dienen te worden.
17. Ten overvloede merkt ACM op dat de marge op het verkeer niet direct verband houdt met het wholesaletarief, omdat de wholesaletarieven op het verkeer niet op basis van retail-minus, maar op basis van kostenoriëntatie worden bepaald. Als KPN haar retailtarieven op verkeer verlaagt, dalen de wholesaletarieven niet mee. Om te kunnen concurreren zullen partijen daarop ook hun retailtarieven moeten verlagen. Daarmee wordt de marge kleiner. Er is daarom geen garantie dat het rendement op de aansluiting plus het verkeer altijd 6,5 procent of hoger zal zijn.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

18. Concluderend leidt de op dit onderwerp door KPN ingebrachte zienswijze niet tot aanpassing van het ontwerpbesluit.

B.4 Ingangsdatum minussen WACC-herstelbesluit

19. Met betrekking tot de ingangsdatum van de in het WACC-herstelbesluit bepaalde minussen meent **KPN** dat ACM niet onderzocht heeft of de belangen van de WLR-afnemers in de periode van 16 december 2009 tot 12 april 2010 daadwerkelijk geschaad zijn, of dat de WLR-afnemers de kostenverhogingen hebben doorberekend aan hun eindgebruikers.
20. **ACM** wijst KPN erop dat het CBb zich heeft uitgesproken over de kennelijkheid van de in het WLR-II tariefbesluit gemaakte verschrijving. Daarmee is voor ACM vast komen te staan dat redelijkerwijs verondersteld moet worden dat wholesale-afnemers in de periode van 16 december 2009 tot 12 april 2010 niet op de hoogte hebben kunnen zijn van de te lage WLR-tarieven.
21. **KPN** verwijt ACM op geen enkele wijze tegemoet te komen aan het belang van KPN om de juiste tarieven te mogen rekenen.
22. **ACM** wijst KPN er op dat het CBb ACM in zijn tussenuitspraak de opdracht heeft gegeven een belangenafweging te maken tussen de belangen van de WLR-afnemers en die van KPN. Bij het bepalen van de ingangsdatum van de minussen heeft ACM dan ook wel degelijk rekening gehouden met de belangen van KPN. Zo gelden in de periode van 1 januari 2009 tot en met 16 december 2009 en in de periode van 12 april 2010 tot en met 23 november 2010 de lagere minussen, en daarmee de hogere tarieven. ACM kan KPN daarom niet volgen in haar betoog dat niet aan haar belangen tegemoet is gekomen.
23. **KPN** stelt dat de periode van 16 december 2009 tot 12 april 2010, waarin de hogere minussen gelden, ten onrechte eindigt op het moment dat ACM KPN's beroepsgronden van het CBb ontvangt, aangezien KPN haar beroepsgronden al op 2 maart 2010 aan Tele2/Pretium heeft verstuurd.
24. **ACM** was niet op de hoogte van het gegeven dat Tele2/Pretium de beroepsgronden van KPN al op 2 maart 2010 heeft ontvangen en zal in het ontwerpbesluit de ingangsdatum van de lagere minussen wijzigen van 12 april 2010 naar 2 maart 2010.
25. **Tele2/Pretium** is van mening dat het ontwerpbesluit niet in overeenstemming is met de tussenuitspraak van het CBb, omdat ACM ter discussie stelt dat het voor 23 november 2010 niet kenbaar was dat de minussen verlaagd zouden worden.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

26. **ACM** brengt hier tegenin dat het CBb niet expliciet heeft gesteld dat het tot 23 november 2010 niet kenbaar was dat de minussen zouden worden verlaagd, maar slechts heeft geoordeeld dat het op basis van het WLR-II tariefbesluit niet eenvoudig kenbaar was dat er lagere minussen moesten gelden.
27. Volgens **Tele2/Pretium** stelt ACM in het ontwerpbesluit dat WLR-afnemers met de publicatie van het WLR-II tariefbesluit op 16 december 2009 een 'cadeautje' hebben ontvangen in de vorm van te hoge minussen. Volgens Tele2/Pretium is deze aanname van ACM onterecht, omdat zij bij het vaststellen van haar retailtarieven uitgegaan is van het WLR-tariefbesluit van 8 september 2008³⁵, waarin eveneens een reële WACC werd gehanteerd.
28. Daarnaast meent Tele2/Pretium dat zij, op basis van het VT-besluit 2008, rekening heeft kunnen houden met een verlaging van de tariefplafonds met ingang van 1 januari 2009.
29. **ACM** is het daar niet mee eens. In randnummer 100 van het WLR-tariefbesluit van 8 september 2008 heeft ACM namelijk, anders dan Tele2/Pretium stelt, een nominale WACC voorgeschreven voor de Interest on Receivables (IoR).
30. Het verschil tussen de tarieven op basis van het WLR-II-tariefbesluit en de tarieven op basis van het WACC-herstelbesluit is uitsluitend het resultaat van het gebruik van een nominale WACC in plaats van de reële WACC voor de IoR. Dat Tele2/Pretium kennelijk een (generieke) verhoging van de minussen verwachtte op basis van het VT-besluit 2008 is niet relevant. De enige relevante vraag is of Tele2/Pretium rekening heeft kunnen houden met het gebruik van een reële WACC in plaats van de nominale WACC voor de IoR. Dit is niet het geval, omdat er voor de IoR in de marktanalyseronde voorafgaand aan die van WLR-II ook een nominale WACC gold.
31. **Tele2/Pretium** stelt verder dat ACM ervan uitgaat dat zij per 12 april 2010 heeft kunnen weten dat de minussen te hoog waren vastgesteld, terwijl zij puur op basis van de beroepsgronden van KPN niet heeft kunnen weten dat sprake was van een verschrijving. Ook stelt Tele2/Pretium dat zij op basis van de beroepsgronden van KPN niet heeft kunnen weten dat de minussen met terugwerkende kracht verlaagd zouden worden.
32. **ACM** is van mening dat Tele2/Pretium vanaf het moment dat zij op 2 maart 2010 de beroepsgronden van KPN heeft ontvangen, rekening heeft kunnen houden met een mogelijke verlaging van de minussen. Vanaf dit moment was zij ervan op de hoogte dat de

³⁵ Met kenmerk OPTA/AM/2008/201839.

Ontwerpbesluit (notificatieversie) «Openbaar»

minussen mogelijk onjuist waren, en kan niet gezegd worden dat de verlaging van de minussen achteraf als een verrassing kwam. Ook een verlaging van de minussen met terugwerkende kracht zou niet als een verrassing moeten komen. Op zichzelf is het volstrekt gebruikelijk dat gemaakte fouten in besluiten met terugwerkende kracht moeten worden hersteld. Dat is bijvoorbeeld uitgangspunt na een rechterlijke vernietiging, omdat alleen op die manier de gevolgen van een onrechtmatig besluit teniet kunnen worden gedaan. Terugwerkende kracht lag dus bepaald in de reden.

33. Tot slot stelt **Tele2/Pretium** dat ACM met twee maten meet, aangezien ACM in het kader van de ND-5 toets voor de OT2010 aanbestedingsprocedure gesteld heeft dat KPN op 30 juli 2010 niet op de hoogte kon zijn van de verhoging van de WLR-tarieven die uit het WACC-herstelbesluit zouden voortvloeien, terwijl ACM de verhoging van de tarieven wel kenbaar vindt voor de WLR-afnemers.
34. **ACM** benadrukt dat de ND-5 toets door KPN altijd uitgevoerd dient te worden met de op dat moment geldende, gereguleerde tarieven. De ND-5 toets kan niet op verwachtingen van de incumbent worden gebaseerd. Het feit dat KPN de ND-5 toets voor OT2010 op de op dat moment geldende tarieven heeft gebaseerd betekent niet dat KPN, noch andere partijen, op retailniveau geen rekening had kunnen houden met verhoging van de gereguleerde tarieven.
35. De op dit onderwerp door KPN ingebrachte zienswijze leidt tot een aanpassing van het ontwerpbesluit. De ingangsdatum van de lagere minussen wordt gewijzigd van 12 april 2010 naar 2 maart 2010 (zie randnummers 44, 45, 46, 47 en 48 van het onderhavige besluit).