



## **ACM herstelbesluit WPC-IIa**

Zienswijze van KPN op het ontwerp herstelbesluit van 23 januari 2014  
(kenmerk: ACM/DTVP/2013/206187)

**- OPENBARE VERSIE -**

KPN  
Contactpersoon: Marianne de Groene  
Postbus 30 000  
2500 GA Den Haag  
[marianne.degroene@kpn.com](mailto:marianne.degroene@kpn.com)

Kenmerk: WOPC/2014/001

12 maart 2013

## INLEIDING

KPN heeft kennis genomen van het ontwerpbesluit inzake aanpassing van het besluit Wholesale price caps 2009-2011 (hierna het Ontwerpbesluit) dat de Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM) op 23 januari 2014 in consultatie heeft gegeven. KPN maakt graag gebruik van de gelegenheid om haar zienswijze op het Ontwerpbesluit kenbaar te maken.

In het kader van de voorbereiding van het Ontwerpbesluit heeft KPN bij de beantwoording van de vragenbrief, het herberekeningsverzoek van ACM en een brief over de al dan niet retroactieve werking van ND-5, voor een gedeelte haar visie ten aanzien van de grondslagen van deze verzoeken al kenbaar gemaakt. Deze visie wordt in dit document op een aantal plaatsen herhaald en aangevuld met een reactie op de onderbouwing van ACM, nu deze door ACM in het Ontwerpbesluit kenbaar is gemaakt. Ook zal KPN haar visie geven op het rapport van NERA dat in opdracht van ACM is uitgevoerd ter bepaling van de WACC.

Deze zienswijze bevat bedrijfsvertrouwelijke gegevens. **Vertrouwelijke informatie in de tekst wordt in vette letter weergegeven.** Deze informatie mag niet zonder toestemming van KPN openbaar worden gemaakt. KPN zal tevens voor een openbare versie zorgen.

## STRUCTUUR

KPN heeft de opbouw van de zienswijze zo veel als mogelijk aangesloten bij de opbouw van het Ontwerpbesluit. Alvorens op de verschillende onderdelen van het Ontwerpbesluit in te gaan, maakt KPN een aantal opmerkingen van algemene aard.

**INHOUD**

<b>INLEIDING</b> .....	<b>1</b>
<b>STRUCTUUR</b> .....	<b>1</b>
<b>INHOUD</b> .....	<b>2</b>
<b>1 ALGEMENE OPMERKINGEN</b> .....	<b>3</b>
<b>2 OVERWEGINGEN HERSTELPUNTEN</b> .....	<b>4</b>
2.1 <i>Risicovrije rentevoet van de WACC</i> .....	4
2.2 <i>Toerekening wholesale-specifieke kosten WLR-overstapdienst</i> .....	4
<b>3 INGANGSDATUM VAN DE GEWIJZIGDE TARIEFPLAFONDS</b> .....	<b>6</b>
3.1 <i>Het herstelbesluit dient in te gaan op 1 januari 2009</i> .....	6
3.2 <i>Mogelijke verhoging van de tariefplafonds was in vroeg stadium kenbaar</i> .....	6
3.3 <i>Aanvragen voorlopige voorziening tegen het WPC-IIa besluit zou zinloze stap zijn geweest</i> .....	9
3.4 <i>Wholesale afnemers zijn zelf verantwoordelijk voor het opnemen van een reservering</i> .....	10
3.5 <i>Wholesale afnemers kunnen naheffing alsnog aanrekenen aan eindgebruikers</i> .....	12
3.6 <i>Belangenafweging – willekeurig en ondeugdelijk gemotiveerd</i> .....	13
<b>4 OVERZICHT BIJLAGEN</b> .....	<b>19</b>

## 1 ALGEMENE OPMERKINGEN

Het CBb heeft ACM in zijn tussenuitspraak van 23 september 2013 opdracht gegeven het Besluit Wholesale price caps 2009 2011 van 16 december 2009<sup>1</sup> (hierna het WPC-IIa besluit) op vijf punten te herstellen. ACM wil hieraan conform het Ontwerpbesluit uitvoering geven, maar heeft tegelijkertijd het voornemen om de impact voor wholesale-afnemers te halveren, door de ingangsdatum van de gewijzigde tariefplafonds niet op 1 januari 2009, de datum van inwerkingtreding van het WPC-IIa besluit, maar op 1 juli 2011 te laten ingaan.

KPN is van mening dat deze aanpassing van de ingangsdatum onterecht en onrechtvaardig is. Een tariefbesluit, zoals het WPC-IIa besluit, legt de tarieven vast voor een bepaalde periode. Een herstellatariefbesluit naar aanleiding van een gegrond verklaard beroep tegen het oorspronkelijke tariefbesluit dient op diezelfde periode betrekking te hebben (tenzij uit de uitspraak op beroep iets anders zou voortvloeien, maar dat doet zich hier niet voor). De nu door ACM voorgenomen ingreep in de ingangsdatum brengt mee dat KPN geen vergoeding krijgt voor de kosten die zij gedurende 2,5 jaren heeft moeten maken om de gereguleerde diensten te leveren en leidt tot negatieve financiële gevolgen voor KPN. Dat is strijdig met de marktanalysebesluiten waarin aan KPN de tariefregulering is opgelegd die door ACM in het WPC-IIa besluit is geïmplementeerd, in het bijzonder met het voorschrift dat deze tariefregulering zal zijn gebaseerd op kostenoriëntatie. Het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel brengen mee dat KPN er op moet kunnen en mogen vertrouwen dat de door het CBb vastgestelde onrechtmatigheden in het WPC-IIa besluit daadwerkelijk en in volle omvang worden hersteld voor de gehele periode waarvoor die onrechtmatigheden hebben gegolden.

In het Ontwerpbesluit tracht ACM deze halvering van het herstel te rechtvaardigen met het argument dat bij de belangenafweging geen zwaarder gewicht is toegekend aan de belangen van één van de betrokken partijen. Naar de mening van KPN is dat niet het geval en heeft ACM de belangen van de wholesale-afnemers onmiskenbaar zwaarder laten wegen dan het rechtmatige belang van KPN bij volledig herstel. Het feit dat KPN destijds, na de bekendmaking van het WPC-IIa besluit in december 2009, ineens een grote<sup>2</sup> (achteraf gezien onterechte) terugbetaling moest doen aan marktpartijen die toen ten laste van het resultaat van KPN is gekomen, en het feit dat ACM in de aanloop naar het Ontwerpbesluit geen alternatieve mogelijkheden heeft onderzocht en overwogen, bevestigen dat beeld van KPN.

Ook heeft ACM aangegeven dat KPN met terugwerkende kracht aan ND-5 dient te voldoen. Het verhogen van tarieven is volgens ACM een keuze voor KPN, nu er geen sprake is van een gedwongen verhoging van de tarieven. Dat zou dus betekenen dat KPN in het beroep gelijk krijgt, maar door ACM alsnog (ten dele) belemmerd wordt in het uitoefenen van haar rechten.

KPN zal in haar reactie verder ingaan op bovengenoemde punten. Maar eerst zal KPN ingaan op herstellpunten zelf.

---

<sup>1</sup> kenmerk OPTA/AM/2009/203507

<sup>2</sup> Zie paragraaf 3.5: EUR 34 mln. omzet en EUR 21 mln. EBITDA effect

## 2 OVERWEGINGEN HERSTELPUNTEN

### 2.1 *Risicovrije rentevoet van de WACC*

In het beroepschrift tegen het WPC-IIa besluit heeft KPN laten zien dat het verschil in risk free rate tussen bonds met een 3-jaars respectievelijk 10-jaars maturity 0,59% is op het relevante meetmoment, te weten medio 2007 (in de tekst van het beroepschrift is dit door KPN vereenvoudigd weergegeven als 0,5%). Deze berekening is destijds gebaseerd op de FMCI (Fair Market Curve Indices) index van Duitse bonds. KPN heeft een 3-jaars voortschrijdend gemiddelde van de dagkoersen berekend. Deze berekening is in de juridische procedure niet betwist door ACM en leidde tot de beslissing van het CBb om ACM op te dragen de berekening van de risk free rate te wijzigen.

Indien KPN deze berekening nu uitvoert op de gemiddelde index van Duitse en Nederlandse bonds (NERA berekent ook een gemiddelde van Duitse en Nederlandse bonds), en het verschil berekent tussen bonds met een 3-jaars respectievelijk 8-jaars maturity, dan is het verschil nog altijd 0,47% voor het meetmoment medio 2007. Uitgerekend voor medio 2009 is het verschil 0,40%. KPN heeft deze berekening op 20 december 2013 aan ACM doen toekomen. Een dergelijke aanpassing van de risk free rate vertaalt zich vrijwel één-op-één in een overeenkomstige verhoging van de WACC (zoals ook blijkt uit de aanpassing die NERA heeft gedaan, waarbij de aanpassing van de risk free rate leidt tot een nagenoeg identieke wijziging in de WACC).

KPN begrijpt daarom ook niet waarom de WACC zoals berekend door NERA slechts met 0,1% respectievelijk 0,2% wordt aangepast voor de periodes 2007 resp. 2009-2011. Deze verschillen zijn klein en komen niet overeen met wat men zou verwachten als verschil in rendement van bonds met respectievelijk 3 en 8 jaar maturity.

Daarnaast heeft het CBb beslist dat in de berekening een maturity van bonds van 7 – 10 jaar gehanteerd zou moeten zijn. Primair 8 jaar, maar indien niet genoeg data beschikbaar zouden zijn, dan 8 tot maximaal 10 jaar, aldus het CBb. Gebruik van bonds met een maturity van 7 jaar is strijdig met de uitspraak en de argumentatie van het CBb. Daarnaast is er geen goede reden om géén bonds met een maturity van 9-10 jaar te gebruiken. NERA heeft een keuze gemaakt voor selectie van leningen met een resterende looptijd in een range van 7 tot 9 jaar. KPN acht dat niet in overeenstemming met de overwegingen van het CBb in zijn uitspraak van 23 september 2013, zeker nu niet gemotiveerd is waarom NERA niet is geïnstrueerd zich aan de door het CBb bepaalde maturity-termijnen te houden, althans ACM geen afstand heeft genomen van de door NERA gemaakte keuze in strijd met de tussenuitspraak van het CBb.

### 2.2 *Toerekening wholesale-specifieke kosten WLR-overstapdienst*

Op grond van het principe van kostencausaliteit behoren de wholesale specifieke kosten (hierna: WSK) in beginsel voor rekening van de afnemers van de WLR-dienstverlening te komen. ACM mag onder uitzonderlijke omstandigheden van dit uitgangspunt afwijken, maar daarvoor geldt op grond van de rechtspraak van het CBb een zware motiveringsplicht. Aan die motiveringsplicht was in eerste instantie niet voldaan, aldus paragraaf 9.8.2 uit de tussenuitspraak:

*Desalniettemin komt het College ook hier tot het oordeel dat ACM niet heeft voldaan aan de op haar rustende motiveringsplicht. Uit de verstrekte cijfers kan immers niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat er voor concurrenten die WLR-*

*diensten van KPN willen afnemen wel een business case is van proportionele toerekening en geen business case bij causale toerekening.*

In het Ontwerpbesluit doet ACM een poging om alsnog een deugdelijke motivering te formuleren voor de keuze uit haar oorspronkelijke WPC-IIa besluit om af te wijken van het uitgangspunt van kostencausaliteit. Met betrekking tot de WLR overstap business case wordt dezelfde modellering gebruikt als bij WLR HC overstap, zoals vastgelegd in het besluit van ACM van 27 juni 2013<sup>3</sup>. Tegen dat besluit loopt nog beroep. KPN zet hieronder de drie gemaakte fouten kort uiteen en verwijst voor een meer uitvoerige onderbouwing naar haar zienswijze van 24 oktober 2013:

- (i) ACM had (in plaats van haar foutieve business case benadering) bij aanvang van het WPC-IIa besluit de ND-5 toets moeten gebruiken. Deze had aangetoond dat een overstaptarief op basis van causale toerekening leidt tot een ruim positieve ND-5 marge, zelfs bij een ND-5 toets zonder verkeersomzet<sup>4</sup>. Daarmee zou voldoende zijn aangetoond dat het retail aanbod van KPN prijstechnisch repliceerbaar is bij causale toerekening van WSK.
- (ii) ACM baseert de business case van de WLR-afnemer ten onrechte uitsluitend op het leveren van telefonieaansluitingen en negeert daarmee de verkeerscomponent van de retail-telefoniedienst die de WLR-afnemer levert in alle gevallen waarin een aansluiting wordt geleverd. De benadering van ACM miskent dat het leveren van aansluitingen ervoor zorgt dat de afzet van verkeersdiensten van de aanbieder stijgt. WLR-afnemers verkopen door het gebundelde aanbod van verkeer met aansluitingen meer verkeersdiensten dan het geval zou zijn geweest als zij uitsluitend verkeersdiensten zouden leveren. Immers, bij een gebundeld aanbod worden alle verkeersdiensten van dezelfde aanbieder afgenomen, terwijl de abonnee anders (zonder gebundeld afgenomen aansluiting) door carrier (pre)selectie verschillende aanbieders kan kiezen. Een WLR-afnemer heeft in tegenstelling tot een CPS-afnemer geen last van concurrentie op verkeersdiensten aangezien de klanten van de WLR-afnemers het verkeer alleen kunnen afnemen bij de WLR-afnemer door de CPS-blokkade op WLR-aansluitingen. Dit leidt tot een verlaging van de churn op verkeersdiensten die causaal toe te wijzen is aan WLR.
- (iii) ACM stelt dat 6,5% rendement het minimaal vereiste rendement is om tot een positieve business case te komen. Tegelijkertijd berekent ACM het rendement zodanig dat dit in het geval zonder WSK altijd op precies 6,5% uitkomt. Indien WSK dan vervolgens wel worden meegenomen daalt het rendement uiteraard tot onder de 6,5%. Bij voorbaat staat dus al vast dat de norm nooit zal worden gehaald. Hierdoor zal er derhalve nooit een positieve business case kunnen bestaan met (gedeeltelijk) causale toerekening van de WSK aan de WLR-afnemers. Door deze manier van rekenen is de business case benadering van ACM een doelredenering en per definitie geen draagkrachtige motivering voor een proportionele toerekening van WSK. Tenslotte blijkt er over de beschouwde tijdsperiode ook geen statistisch verband te bestaan tussen de hoogte van het door ACM berekende rendement (bij proportionele toerekening van WSK) en de ontwikkeling van het aantal gerealiseerde overstappen. Hieruit volgt des te meer dat de door ACM gepresenteerde business case leidt tot een onjuist beeld.

<sup>3</sup> kenmerk ACM/DTVP/2013/202257

<sup>4</sup> Deze exercitie is uitgevoerd over 2<sup>e</sup> helft 2009

### 3 INGANGSDATUM VAN DE GEWIJZIGDE TARIEFPLAFONDS

#### 3.1 *Het herstelbesluit dient in te gaan op 1 januari 2009*

Het WPC-IIa besluit betreft de reguleringsperiode 1 januari 2009 tot en met 31 december 2011. Omdat het herstelbesluit de tariefplafonds van het WPC-IIa besluit aanpast en de punten waarop herstel moet plaatsvinden voor de gehele reguleringsperiode relevant zijn, dient het herstelbesluit eveneens op de periode 2009 tot en met 2011 te zien. De ingangsdatum van de bij het herstelbesluit gewijzigde tariefplafonds behoort dan ook op 1 januari 2009 te liggen.

ACM neemt dat ook als uitgangspunt, maar stelt vast dat de (in de randnummers 67-70 van het Ontwerpbesluit aangehaalde) rechtspraak van het CbB ten aanzien van het FTA/MTA 3b herstelbesluit, het WLR II herstelbesluit en het herstelbesluit WLR implementatie meebrengt dat zij ten aanzien van de datum waarop de aangepaste tariefplafonds ingaan een belangenafweging moet maken. ACM overweegt dat de betrokken belangen dienen te worden gewogen tegen de achtergrond van de navolgende feiten en omstandigheden:

- De kenbaarheid van een mogelijke verhoging van de tariefplafonds (randnummers 79, 80, 82 t/m 87 van het Ontwerpbesluit).
- KPN heeft geen voorlopige voorziening aangevraagd tegen het WPC IIa besluit (randnummer 81 van het Ontwerpbesluit).
- Wholesale afnemers hebben aangegeven dat zij geen reservering hebben genomen voor een eventuele naheffing door KPN (randnummer 88 van het Ontwerpbesluit).
- Het is voor wholesale afnemers niet mogelijk om een naheffing alsnog door te berekenen aan hun eindgebruikers (randnummer 89 van het Ontwerpbesluit).

KPN is bovenal van mening dat de aanpassing van de ingangsdatum onterecht is. KPN moet erop kunnen vertrouwen dat de door het CbB vastgestelde onrechtmatigheden in het WPC-IIa besluit daadwerkelijk en in volle omvang worden hersteld voor de gehele periode waarvoor die onrechtmatigheden hebben gegolden. Daarnaast zal KPN hierna in de paragrafen 3.2 t/m 3.5 aangeven dat en waarom de overwegingen van ACM ten aanzien van elk van de bovengenoemde feiten en omstandigheden onjuist zijn. Vervolgens zal KPN in paragraaf 3.6 onderbouwen dat de overwegingen van ACM onvolledig zijn (onder meer omdat ACM geen rekening heeft gehouden met de effecten van ND-5), en geen – althans onvoldoende – rekening houden met de belangen van KPN als gevolg waarvan KPN wordt opgezadeld met de zeer negatieve financiële gevolgen van het – onrechtmatige – WPC-IIa besluit.

#### 3.2 *Mogelijke verhoging van de tariefplafonds was in vroeg stadium kenbaar*

Een van de feiten en omstandigheden die ACM in zijn overwegingen betreft is de kenbaarheid van de mogelijke verhoging van de tariefplafonds. ACM geeft een aantal argumenten die haar tot de conclusie leiden dat marktpartijen pas bij de bekendmakingsdatum van het Definitieve herstelbesluit de hoogte van de tariefplafonds kunnen bepalen:

- (i) De ingediende EDC rapportage is bekend, maar KPN heeft geen tarieven bekend gemaakt die zij zou mogen rekenen indien haar beroepsgronden door het CbB zouden worden toegekend (cumulatief) en evenmin het effect per ingediende grond.
- (ii) Bij tussenuitspraak CbB is voor de wholesale-afnemers voor het eerst een redelijke mate van zekerheid ontstaan dat de tariefplafonds daadwerkelijk kunnen gaan stijgen.

Onderstaand zal KPN deze argumenten weerleggen en duidelijk maken dat wholesale-afnemers al voor het WPC-IIa besluit wisten dat tarieven konden stijgen en redelijkerwijs een inschatting konden maken van het bedrag van de mogelijke stijging.

**(i) De ingediende EDC rapportage was bekend, alsmede een indicatie per ingediende beroepsgrond**

ACM stelt in randnummer 83 dat KPN geen tarieven bekend heeft gemaakt die zij zou mogen rekenen indien al haar gronden door het CBb zouden worden toegerekend (cumulatief) en evenmin het effect per ingediende grond.

KPN vindt deze opmerking opmerkelijk gezien het feit dat ACM zelf in het definitieve tariefbesluit WPC-IIa<sup>5</sup> aangeeft dat de wholesale-afnemers op de hoogte waren van de relevante informatie, zie randnummer 46 van dat besluit:

*Naast het organiseren van de hiervoor beschreven bijeenkomsten, heeft het college de IG-leden tevens bij het proces betrokken door het verstrekken van alle voor de operationalisering van het WPC-systeem relevante correspondentie tussen KPN en het college. De relevante correspondentie omvat onder andere alle vragenbrieven en herberekeningsverzoeken die het college aan KPN heeft verstuurd, alsmede de reacties op deze brieven die KPN aan het college heeft verzonden. Op deze wijze zijn de IG-leden gedurende het gehele proces op de hoogte gehouden van de actuele stand van zaken en de stappen en activiteiten die het college bij zijn beoordeling heeft ondernomen.*

Reeds hieruit volgt dat marktpartijen op de hoogte zijn geweest, althans hadden kunnen zijn van de effecten van de door ACM van KPN verlangde wijzigingen in haar EDC-systeem en de daaruit voortvloeiende tariefplafonds. Bovendien staat vast dat, zoals ACM zelf in randnummer 80 van het Ontwerpbesluit constateert, KPN steeds haar tarieven heeft vastgesteld op het niveau van de geldende tariefplafonds, zodat marktpartijen er vanuit konden gaan dat een verhoging van een of meer tariefplafonds direct zou leiden tot een overeenkomstige verhoging van de door die plafonds gereguleerde tarieven.

Vast staat bovendien dat KPN ook eigener beweging een indicatie van het cumulatieve effect van gegrondverklaring van haar beroepsgronden heeft gegeven. Dit is namelijk de door KPN op 31 maart 2009 ingediende kostenrapportage, waarvan de management summary volledigheidshalve als Bijlage 1 aan deze zienswijze is gehecht.

ACM concludeert dan ook terecht in randnummer 82 dat de tariefplafonds die KPN aan het begin van de besluitvorming omtrent WPC-IIa ter goedkeuring heeft voorgelegd (en nog steeds op de website staan), de tarieven zijn die KPN in rekening had gebracht in een situatie waarin ACM niet in het kostentoerekeningssysteem had ingegrepen. Dat KPN niet tegen de volle werking van alle ingrepen is ingegaan, neemt niet weg dat de kostenrapportage op zijn minst een goede indicatie geeft van het totale effect. KPN constateert verder dat geen enkele marktpartij, evenmin als ACM zelf overigens, KPN na de indiening van haar beroepsgronden heeft verzocht om een indicatie van de effecten van het slagen van haar afzonderlijke gronden of zelfs maar van het cumulatieve effect van het slagen van alle beroepsgronden. Gelet op het contractuele voorbehoud dat KPN jegens al haar wholesale-afnemers heeft gemaakt bij de invoering van de door het WPC-IIa besluit beperkte tarieven, had een dergelijk verzoek alleszins voor de hand gelegen en kunnen de gevolgen van het uitblijven van een dergelijk verzoek de wholesale-afnemers ten volle worden aangerekend.

<sup>5</sup> Kenmerk: OPTA/AM/2009/203507



Verder heeft KPN in het begin van het proces (in januari 2009) ook nog voorgesteld om haar tarieven gelijk te houden<sup>6</sup> aan de WPC I tariefplafonds. Voor bijvoorbeeld MDF wisten marktpartijen dus dat het tarief binnen de range tussen 7,50 euro bij gedeeltelijk slagen en 8,50 euro bij volledig slagen van de beroepspunten zou kunnen uitkomen.

In randnummer 83 wordt KPN nu voor de voeten geworpen dat ze niet het effect per ingediende beroepsgrond bekend heeft gemaakt. KPN merkt daarover op dat de conclusie van ACM, dat het effect per grond voor wholesale-afnemers niet duidelijk was, onjuist is. Voor de gronden tegen de wholesale specifieke kosten (van invloed op de tarieven voor WLR-overstap en CPS-mutatie) was precies duidelijk wat het effect zou zijn, mochten die grieven van KPN gegrond worden verklaard. Het verschil tussen de causale berekening en de proportionele toerekening van beide diensten (grieven 12 en 13 van KPN) is zelfs in het definitieve WPC-IIa tariefbesluit kenbaar gemaakt<sup>7</sup>. Van deze twee grieven konden wholesale-afnemers dus heel exact de impact bepalen. Verder zijn alle aanpassingen ten opzichte van de oorspronkelijke ingediende kostenrapportage van 31 maart 2009 via het proces van herberekeningsverzoeken van ACM verlopen. Van alle gevraagde en uitgevoerde herberekeningsverzoeken zijn openbare versies verstrekt, waarbij bij het grootste deel van die correspondentie ook de impact inzichtelijk is gemaakt. Bij deze herberekeningsverzoeken heeft KPN telkens het effect per herberekening en het cumulatieve effect weergegeven. Weliswaar sloten de gevraagde herberekeningen niet precies een op een aan bij de door KPN ingediende beroepsgronden. Maar dankzij alle herberekeningen beschikten de wholesale-afnemers echter toch over voldoende informatie om een betrouwbare indicatie te hebben van de impact per grond.

**(ii) Al voor oorspronkelijke WPC-IIa besluit zekerheid dat tariefplafonds zouden stijgen**

ACM stelt in randnummer 84 dat er voor de wholesale-afnemers pas bij de tussenuitspraak van het CBb in september 2013 een redelijke mate van zekerheid is ontstaan dat tariefplafonds daadwerkelijk kunnen gaan stijgen. KPN bestrijdt de juistheid en de relevantie van dit punt.

Allereerst heeft KPN, zoals hiervoor onder (i) reeds genoemd, op 31 maart 2009 een kosten-toerekeningssysteem ingediend. De uitkomsten van die kostenrapportage lagen boven de door ACM in het WPC-IIa tariefbesluit vastgestelde tarieven. ACM heeft gedurende het proces van operationalisering van het tariefbesluit op een viertal momenten herberekeningsverzoeken gedaan. Zoals ook in (randnummer 54 van) het WPC-IIa besluit staat vermeld, heeft KPN de rechtmatigheid van deze herberekeningsverzoeken bestreden en de resultaten van de herberekeningen steeds onder protest aangeboden. Het feit dat KPN het volledig oneens was met de ingrepen en dat, mocht KPN gelijk krijgen in de juridische procedure (wat nu het geval is), de tariefplafonds zouden stijgen was dus vanaf het begin van het proces al duidelijk voor de marktpartijen. De wholesale-afnemers wisten dus al voordat het WPC-IIa tariefbesluit definitief was bekendgemaakt, dat (a) KPN bezwaren had tegen de opvattingen van ACM die aan het WPC-IIa besluit ten grondslag zouden worden gelegd, en (b) als de grieven van KPN tegen die opvattingen gegrond zouden worden verklaard, de tariefplafonds - en daarmee ook de tarieven - zouden stijgen. De stelling in randnummer 84 van het Ontwerpbesluit is derhalve feitelijk onjuist.

<sup>6</sup> Zie Bijlage 2: presentatie KPN t.b.v. industry group van 1 juli 2009

<sup>7</sup> Voor CPS-mutatie zie rnr. 160 en voor WLR-overstap zie rnr. 172 van het WPC-IIa besluit

Voorts merkt KPN op dat niet relevant is of marktpartijen een redelijke mate van zekerheid hadden over de kans dat de tariefplafonds daadwerkelijk zouden gaan stijgen. Het inschatten van de slagingskansen van afzonderlijke beroepsgronden is bijzonder lastig en KPN kan onmogelijk worden tegengeworpen dat zij haar wholesale-afnemers niet heeft geïnformeerd over de inschatting die zij van die kansen heeft gemaakt. Het is voldoende dat wholesale-afnemers kennis hebben kunnen nemen van het feit dat KPN beroep heeft ingesteld en van de daarin geformuleerde beroepsgronden. Tezamen met de informatie uit het traject van de voorbereiding van het WPC-IIa besluit hebben wholesale-afnemers de mogelijke gevolgen van het beroep van KPN kunnen inschatten en zich een beeld kunnen vormen van de argumenten die bij de beoordeling van de beroepsgronden van KPN een rol zouden spelen. Het is vervolgens aan de wholesale-afnemers zelf om te beoordelen of zij in haar bedrijfsvoering met de mogelijkheid van toewijzing van een of meer van de beroepsgronden van KPN rekening wil houden.

### **3.3 Aanvragen voorlopige voorziening tegen het WPC-IIa besluit zou zinloze stap zijn geweest**

Een andere omstandigheid die ACM in zijn belangenafweging laat meetellen is de vaststelling (in randnummer 81 van het Ontwerpbesluit) dat KPN geen voorlopige voorziening heeft aangevraagd tegen het WPC-IIa besluit. ACM gaat daarbij niet, althans niet zichtbaar, in op de vraag waarom KPN dat niet heeft gedaan. Ten onrechte, want als ACM dat wel zou hebben gedaan dan zou hij hebben ingezien dat het aanvragen van een voorlopige voorziening tegen het WPC-IIa besluit een zinloze stap zou zijn geweest die niet tot een schorsing van de rechtsgevolgen van dat besluit had kunnen leiden. KPN verwijst in dit verband naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 9 oktober 2003<sup>8</sup>, waarin ten aanzien van het door KPN ingediende verzoek om een voorlopige voorziening tegen het zogenaamde EDC VI/BULRIC III besluit van ACM van 24 juli 2003 als volgt is overwogen:

*Met betrekking tot het verzoek van KPN om schorsing van de niet-goedkeuring van het voorgedraaide BULRIC III- en EDC VI-systeem, alsmede van de door verweerder bij het bestreden besluit opgelegde wijziging van het referentieaanbod van KPN voor de dienstverlening samenhangend met de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, merkt de voorzieningenrechter in de eerste plaats op dat dit een geschil betreft waarin niet reeds aanstonds en onmiskenbaar duidelijk is dat het standpunt van verweerder als neergelegd in het bestreden besluit onjuist is. Zonder een diepgaand onderzoek met betrekking tot de relevante feiten en het recht kan niet adequaat worden vastgesteld of de niet-goedkeuring en de opgelegde wijziging van het referentieaanbod al dan niet onrechtmatig zijn. Voor een dergelijk onderzoek leent de voorlopige voorzieningsprocedure zich echter niet goed.*

*Voorts moet ernstig aan het spoedeisend belang worden getwijfeld. Tegenover de door KPN gestelde concurrentieverschuiving als gevolg van de verlaging van haar tarieven is van de zijde van Tele 2 en ACT naar voren gebracht dat in de eindgebruikerstarieven geen verandering is gebracht en thans het voornemen daartoe ook (nog) niet bestaat. KPN heeft niet aannemelijk gemaakt dat andere partijen wel degelijk deze tarieven hebben gewijzigd. Gelet hierop staat onvoldoende vast dat KPN een onherstelbaar nadeel zal lijden wanneer zij de behandeling van haar bezwaar moet afwachten.*

*Het spoedeisend belang waarop KPN zich voorts op beroept is gelegen in het restitutie-risico. Dit risico heeft KPN echter op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt.*

<sup>8</sup> ECLI: RBROT:2003:AL8228

*Nu het spoedeisend belang van KPN bij de gevraagde voorziening uiterst gering is en de desbetreffende onderdelen van het bestreden besluit niet evident onrechtmatig zijn, is er naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake van onverwijlde spoed die noopt tot het treffen van een voorlopige voorziening. Gezien dit oordeel kan in het midden blijven of schorsing van de niet-goedkeuring van de voorgelegde kostentoerekeningssystemen wel zou kunnen leiden tot hetgeen KPN daarmee beoogt te bereiken: een voorlopige terugkeer naar de oude tarieven.*

De in de hierboven aangehaalde procedure aan de orde zijnde feiten en omstandigheden komen overeen met die in het WPC-IIa besluit. In het licht daarvan heeft KPN met recht besloten en ook kunnen besluiten om tegen het WPC-IIa besluit geen voorlopige voorziening aan te vragen. ACM dient die omstandigheid dan ook buiten beschouwing te laten bij de belangenafweging ten aanzien van de startdatum van de gewijzigde WPC-IIa tariefplafonds. Het is tekenend voor de moeite die ACM heeft om dragende argumenten te vinden voor haar voornemen de tariefplafonds pas op 1 juli 2011 te laten ingaan, dat zelfs het onderhavige argument daarvoor in stelling wordt gebracht.

### **3.4 Wholesale afnemers zijn zelf verantwoordelijk voor het opnemen van een reservering**

In (randnummer 88 van) het Ontwerpbesluit stelt ACM vast dat wholesale-afnemers hebben aangegeven dat het door de accountant niet zou zijn toegestaan om een reservering te nemen voor een eventuele naheffing door KPN, omdat boekhoudkundige regels het niet mogelijk maken om een reservering op te nemen voor een onbekend bedrag waarvan het niet meer zeker dan onzeker is of dit bedrag op enig moment betaald zal moeten worden. Een nadere onderbouwing van deze vaststelling ontbreekt, en evenmin kan uit het Ontwerpbesluit worden opgemaakt of ACM de juistheid van deze beweringen van wholesale-afnemers heeft onderzocht en of dit voor alle betrokken marktpartijen geldt. KPN moet in deze zienswijze daarom noodzakelijkerwijs volstaan met een algemene weerlegging van deze beweringen.

Alvorens te onderbouwen waarom de stelling in randnummer 88 van het Ontwerpbesluit onjuist is, merkt KPN op dat het al dan niet getroffen zijn van voorzieningen niet relevant is voor de hier te maken afweging van de betrokken belangen. Immers, ook zonder een voorziening te treffen kan een marktpartij rekening houden met de mogelijke verplichting om KPN een nabetaling te doen ter zake van reeds afgenomen wholesale-diensten. Dit kan die marktpartij doen bij het bepalen van zijn prijzen en het aangaan van andere financiële verplichtingen, waaronder die tot het uitkeren van dividend. Kort gezegd, kan een marktpartij zeer wel een reserve opbouwen, ook als die niet boekhoudkundig als reservering in de jaarrekening is opgenomen. In feite is de vraag of een reserve is opgebouwd, en zo ja, of die reserve uit de jaarrekening blijkt, irrelevant. Waar het om gaat, is de vraag of het mogelijk is geweest om feitelijk een vorm van reserve op te bouwen. Die vraag moet worden stellig positief worden beantwoord. KPN stelt vast dat het Ontwerpbesluit in elk geval geen elementen bevat die aan een negatieve beantwoording van die vraag kunnen bijdragen.

Ten overvloede merkt KPN verder nog het volgende op.

Voor het treffen van een boekhoudkundige voorziening gelden drie cumulatieve voorwaarden. In de eerste plaats dient de betrokken onderneming te bepalen of er een verplichting bestaat. In de tweede plaats dient de onderneming te schatten hoe groot de kans is dat de lopende juridische procedure voor haar tot een ongunstig resultaat zal leiden. Als die kans

kleiner of gelijk aan 50% wordt geschat, dan mag de onderneming geen voorziening treffen. De derde cumulatieve voorwaarde is, dat een betrouwbare schatting van de omvang van die voorziening dient te worden gemaakt door de ondernemingsleiding.

De kans inschatting komt volledig voor verantwoordelijkheid van de betrokken onderneming<sup>9</sup>. Met andere woorden, indien de wholesale-afnemers geen reservering voor WPC-IIa hebben genomen op grond van hun eigen inschatting dat de kans dat de lopende juridische procedure voor hun tot een ongunstig resultaat zal leiden kleiner dan of gelijk aan 50% is, dan dient dit argument door ACM hoe dan ook buiten beschouwing te worden gelaten bij de belangenafweging ten aanzien van de startdatum van de gewijzigde WPC-IIa tariefplafonds. Het is niet juist en niet terecht om de gevolgen van een verkeerde kans inschatting op de schouders van KPN leggen. Bovendien zouden wholesale-afnemers dan worden gestimuleerd om een voor hun gunstige kans inschatting te doen omdat daarmee de kans wordt vergroot dat de voor hun nadelige effecten van een ongunstige afloop van de juridische procedure door ACM worden gemitigeerd.

Maar ook indien de wholesale-afnemers de kans wel groter dan 50% hebben geschat, maar geen reservering hebben genomen omdat zij beweerdelijk niet in staat waren de omvang daarvan te bepalen, dan nog is er geen enkele grond om dit argument wel in de belangenafweging te betrekken. Zoals hierboven (in paragraaf 3.2) aangegeven, waren de wholesale-afnemers wel degelijk in staat een betrouwbare schatting te maken van het bedrag dat zij in geval van een voor hun ongunstige afloop van de juridische procedure via een naheffing aan KPN verschuldigd zouden zijn.

Indien een onderneming niet aan de drie cumulatieve voorwaarden voor de vorming van een voorziening voldoet, dient de onderneming te overwegen om een toelichting in haar jaarrekening op te nemen over de niet in de balans opgenomen verplichting. Als deze toelichting ontbreekt, dan zijn er slechts drie mogelijkheden:

- (i) De ondernemingsleiding is van mening dat de onderneming in deze kwestie geen verplichting heeft. Het is, mede gelet op de door KPN gemaakte contractuele voorbehouden, evident dat deze mogelijkheid in dit geval niet van toepassing is.
- (ii) De ondernemingsleiding acht de kans op verlies zeer onwaarschijnlijk, minder dan 10%. Dit acht KPN in deze kwestie niet aannemelijk.
- (iii) De ondernemingsleiding is van mening dat de verplichting niet van materieel belang is voor de jaarrekening van de onderneming. In dat geval is er geen enkele basis voor ACM om het ontbreken van een reservering in beschouwing te nemen bij de belangenafweging ten aanzien van de startdatum van de gewijzigde WPC-IIa tariefplafonds, aangezien de financiële consequenties van de naheffing door de onderneming zelf als niet materieel worden aangemerkt.

Ter onderbouwing van de zienswijze van KPN op dit punt heeft KPMG op verzoek van KPN een zienswijze afgegeven. De zienswijze van KPMG is als Bijlage 4 aan deze zienswijze gehecht en dient al hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

<sup>9</sup> Zie ook de statement van wholesale afnemer Tele2 in hun jaarrekening van 2012 (zie Bijlage 3): *'provision for litigation and contingencies: The Company exercises considerable judgment in recording its accrued liabilities and its exposure to contingent liabilities related to pending litigation or other outstanding claims as well as other contingent liabilities. Judgement is used in assessing the likelihood that a pending claim will succeed or a liability will arise and to quantify the possible range of the final settlement.'*

### 3.5 Wholesale afnemers kunnen naheffing alsnog aanrekenen aan eindgebruikers

Volgens ACM is het voor wholesale-afnemers niet mogelijk om een naheffing alsnog door te berekenen aan hun eindgebruikers. Ook dit argument van ACM om de belangenafweging in het nadeel van KPN te doen uitvallen, is gezocht, niet deugdelijk onderbouwd, onaannemelijk en niet relevant. Uit het Ontwerpbesluit blijkt niet op basis van welk onderzoek ACM tot deze bevinding is gekomen. Blijkens de formulering van randnummer 89 van het Ontwerpbesluit gaat ACM er kennelijk vanuit dat een doorbelasting van de hogere wholesale-tarieven ook exact zou moeten plaatsvinden aan de klanten uit de periode waarop de aanpassing van de tarieven betrekking heeft. Dat zou inderdaad niet praktisch zijn, maar is ook helemaal niet nodig. Een wholesale-afnemer van KPN kan het bedrag van de nabetaling waarop KPN recht heeft, eenvoudigweg goed maken uit zijn bedrijfsresultaten voor de lopende en toekomstige periodes. ACM gaat er volledig aan voorbij dat de wholesale-afnemers wel over andere mogelijkheden beschikken om tegenvallers op te vangen. In de eerste plaats hadden zij, zoals hierboven in paragraaf 3.4 is toegelicht, wel degelijk een reserve kunnen treffen. Wholesale-afnemers die dat wel hebben gedaan (in het Ontwerpbesluit wordt de indruk gewekt dat geen enkele wholesale-afnemer dat heeft gedaan, maar of dat daadwerkelijk het geval is kan KPN niet verifiëren) zouden door de voorgenomen ingreep van ACM ten onrechte profiteren van de (gedeeltelijke) vrijval van deze reserve/voorziening, en wel ten koste van KPN. In de tweede plaats kunnen zij de eventuele tegenvaller doorberekenen in de tarieven voor toekomstige dienstverlening. En in de derde plaats kunnen zij de eventuele tegenvaller ten laste brengen van hun resultaat. ACM heeft dit alles ten onrechte niet, althans niet zichtbaar, onderzocht en meegewogen in de belangenafweging. Dit illustreert hoe gezocht ook dit argument is.

ACM stelt (in randnummer 94) dat het disproportioneel belastend zou zijn dat de naheffing volledig ten laste van de bedrijfsreserve zou komen. In 2009 heeft KPN als gevolg van de (naar intussen gebleken) onterechte ingrepen in het WPC-IIa tariefbesluit een 'hit' gehad van EUR 34 mln. omzet en EUR 21 mln. EBITDA. Dit blijkt uit het jaarverslag van KPN over 2009 (waarvan de relevante pagina's als Bijlage 5 aan deze zienswijze gehecht):

*The impact on revenues from regulation in 2009 comprised EUR 124 million from additional MTA tariff reductions, around EUR 30 million from roaming tariff reductions and EUR 34 million from new Wholesale Price Cap regulation.....*

*The EBITDA in 2009 includes the negative impact of Wholesale Price Cap (EUR 21 million)*

Dit effect is in 2009 ook ineens ten laste van het resultaat van KPN gekomen. ACM heeft destijds in 2009 ook niet overwogen om in het kader van belangenafweging de hit voor KPN te beperken. Niet valt in te zien dat en waarom een effect van 30 mln. voor alle wholesale-afnemers<sup>10</sup> samen nu disproportioneel zou zijn.

Daarnaast dient ACM in overweging te nemen dat het WPC-IIa besluit pas eind 2009 definitief is geworden en dat afnemers het hele jaar 2009 de oude – hogere - wholesale tarieven aangerekend kregen. Het is niet heel waarschijnlijk dat marktpartijen in 2009 voor hun eindgebruikerstarieven een voorschot genomen hebben op de grote tariefdalings die het gevolg zijn geweest van de (achteraf gebleken onterechte) ingrepen in de kostprijzen van KPN. Het argument dat afnemers niet in staat zijn om de naheffing door te berekenen aan eindgebruikers is dus in ieder geval voor het jaar 2009 onjuist.

<sup>10</sup> Dit ook gezien het feit dat de bijvoorbeeld Tele2 over 2012 een omzet van ruim 5 miljard euro had en een winst van 384 miljoen euro. Deutsche Telecom (moederorganisatie van T-mobile) had een omzet van 58,2 miljard euro over 2012.

### 3.6 Belangenafweging – willekeurig en ondeugdelijk gemotiveerd

In de randnummers 90 t/m 101 van het Ontwerpbesluit komt ACM tot de feitelijke afweging van de betrokken belangen tegen de achtergrond van deze feiten en omstandigheden. Uit de zienswijze van KPN in de voorgaande paragrafen kan worden opgemaakt dat KPN alleen al op die gronden meent dat de belangenafweging niet op een deugdelijke motivering berust. Aan die conclusie van KPN liggen echter nog meer overwegingen ten grondslag, zoals in het navolgende zal worden toegelicht. KPN zal ingaan op de onderstaande punten:

- (i) Belangen van KPN onvoldoende meegewogen
- (ii) Geen retroactieve werking ND-5
- (iii) Halvering van de totale som naheffingen is onjuist en willekeurig

#### (i) Belangen van KPN onvoldoende meegewogen

In de eerste plaats is het opmerkelijk dat ACM in de belangenafweging niet of nauwelijks, laat staan deugdelijk gemotiveerd, ingaat op de belangen van KPN. Zo besteedt ACM geen enkele aandacht aan het belang van KPN om een vergoeding te krijgen voor de – efficiënte – kosten die zij heeft moeten maken om de diensten te leveren. Dat is strijdig met de marktanalysebesluiten waarin aan KPN – op basis van kostenoriëntatie – de tariefregulering is opgelegd die door ACM in het WPC-IIa besluit is geïmplementeerd. Zie in dit verband:

- randnummer 980 van het marktanalysebesluit ULL van 27 april 2010<sup>11</sup>: *“Bij de toepassing van kostenoriëntatie geldt dat KPN een vergoeding dient te krijgen voor de kosten die zij moet maken om de diensten te leveren.”*
- Idem randnummer 789 van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie van 19 december 2008<sup>12</sup> en randnummer 506 van het marktanalysebesluit vaste gespreksafgifte van 19 december 2008<sup>13</sup>.

Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel brengen mee dat KPN er op moet kunnen vertrouwen dat indien het CBB van oordeel is dat de door KPN tegen het WPC-IIa besluit aangevoerde beroepsgronden doel treffen, vervolgens de tariefplafonds daadwerkelijk worden gewijzigd met inachtneming van de overwegingen van het CBB. Indien de als gevolg hiervan gewijzigde tariefplafonds niet voor de volledige betrokken reguleringsperiode zouden gelden, wordt er immers afbreuk gedaan aan de verplichting tot het hanteren van daadwerkelijk kostengeoriënteerde tarieven. Indien ACM –in de ogen van KPN ten onrechte – meent dat volledig terugwerkende kracht in dit geval voor de wholesale-afnemers disproportioneel belastend zou zijn, dan ligt het op de weg van ACM te onderzoeken op welke alternatieve wijzen KPN een vergoeding kan krijgen voor de efficiënte kosten die zij heeft gemaakt om de desbetreffende diensten te leveren en die zij, indien ACM de voorgenomen ingreep in het definitieve herstelbesluit niet heroverweegt, niet via de tarieven voor die diensten vergoed krijgt. ACM gaat hier ten onrechte totaal niet op in. Dat terwijl dat in het verleden wel is gebeurd. KPN verwijst daartoe naar de navolgende besluiten:

- De beslissing op bezwaar van 11 februari 2002<sup>14</sup> inzake een geschil tussen BabyXL en KPN met betrekking tot de eenmalige vergoedingen voor collocatie. In die beslissing heeft ACM uitdrukkelijk overwogen dat KPN over de mogelijkheid dient te beschikken

<sup>11</sup> OPTA/AM/2010/201285.

<sup>12</sup> OPTA/AM/2008/202721.

<sup>13</sup> OPTA/AM/2008/202723.

<sup>14</sup> OPTA/JZ/2002/2200392.

om de kosten voor de (gedeeltelijke) inrichting van de zogenaamde over-ruimte ook goed te maken door deze kosten als ‘gezamenlijke’ wholesale specifieke kosten te bestempelen, en dit deel van de kosten proportioneel toe te rekenen aan “al het verkeer dat van KPN’s netwerk gebruik maakt”.

- Het besluit van 6 maart 2006<sup>15</sup> inhoudende goedkeuring van het kostentoe-rekenings-systeem ter bepaling van de door KPN Telecom B.V. voor haar MDF co-locatiediensten en ICA/ILL co-locatiediensten te hanteren kosten georiënteerde periodieke tarieven voor de periode 1 juli 2005 tot en met 31 december 2005. Nadat naar aanleiding van een geschil van BabyXL en de daarop volgende beroepsprocedure was komen vast te staan dat de periodieke vergoeding voor collocatie die ACM in zijn geschilbesluit had bepaald niet voldoende was om de kosten van KPN te dekken, heeft ACM besloten het tekort althans een deel daarvan over te hevelen naar de kosten voor MDF lijnen.
- Het MTA-2 besluit<sup>16</sup> van 30 juli 2007. Hierbij werden de MTA tariefplafonds vastgesteld op het niveau van de convenants-tarieven (onderling overeengekomen door mobiele aanbieders). In het besluit oordeelde ACM dat het verschil met de berekende kostprijzen niet groot was, en dat de extra te behalen welvaartsvoordelen beperkt waren. Het CbB vernietigde dit besluit. Het door ACM genomen herstelbesluit MTA-2b werd ook vernietigd (op 26 mei 2010). Vervolgens nam ACM op 7 juli 2010 het FTA-MTA3 besluit, waarin ACM het glijpad van MTA tarief-plafonds heeft aangepast t.o.v. het ontwerpbesluit. De reden hiervoor was de uitspraak van het CbB. Per saldo werden de tariefplafonds naar de toekomst toe lager vastgesteld. Weliswaar werd niet met terugwerkende kracht verlaagd, maar de afnemers van MTA kregen n.a.v. de CbB-uitspraak toch een voordeel.

ACM heeft verzuimd dergelijke mogelijkheden zelfs maar te onderzoeken, laat staan mee te wegen in de in het Ontwerpbesluit opgenomen belangenafweging.

#### **(ii) Geen retroactieve werking ND-5**

In de tweede plaats wijst KPN op het ontbreken van enige overweging ten aanzien van de effecten van een eventuele retroactieve werking van ND-5, terwijl dat gelet op de discussie die in het kader van de voorbereiding van het Ontwerpbesluit tussen ACM en KPN is gevoerd bepaald voor de hand had gelegen. Nu KPN bij de (vertrouwelijke) brief van 6 maart 2014 ACM heeft geïnformeerd over de financiële impact van het retroactief in acht nemen van ND-5 gaat KPN ervan uit dat ACM dit in het definitieve herstelbesluit alsnog in de belangenafweging zal betrekken.

Dit laat onverlet dat KPN onverkort haar standpunten handhaaft, primair dat ND-5 niet met terugwerkende kracht dient te worden getoetst en subsidiair, ingeval ND-5 wel met terugwerkende kracht zou dienen te worden getoetst, dat de ND-5 toets in dat geval alleen betrekking kan hebben op de daadwerkelijk afgenomen ND-5 plichtige diensten die door een verhoging van de tarieven tot onvoldoende ND-5 ruimte leiden en dat het KPN alsdan vrijstaat om haar downstreamaanbod met terugwerkende kracht aan te passen. Voor een uitvoerige onderbouwing van deze standpunten verwijst KPN naar haar brief van 6 februari 2014 (als Bijlage 6 aan deze zienswijze gehecht). In aanvulling daarop brengt KPN nog de volgende punten naar voren naar aanleiding van de reactie die ACM in zijn brief van 19 februari 2014 op de standpunten van KPN heeft gegeven:

<sup>15</sup> OPTA/IBT/2005/202112.

<sup>16</sup> OPTA/AM/2008/202914

- ACM meent dat het in de marktanalysebesluiten aangehangen adagium dat KPN's downstreamdiensten te allen tijde en overall prijstechnisch replicerbaar moeten zijn, aan tariefwijzigingen met terugwerkende kracht in de weg staat omdat er alleen op die manier een level playing field bestaat tussen de interne en externe wholesale-afnemers van KPN. ACM miskent daarmee dat er nooit met terugwerkende kracht geconcurrereerd wordt en dat tariefwijzigingen met terugwerkende kracht niet meer van invloed kunnen zijn op de concurrentie op de downstream markt, nu die concurrentie heeft plaatsgevonden op basis van de dat op moment in de markt staande tarieven. Dat waren immers de tarieven waarmee wholesale-afnemers werden geconfronteerd op het moment van mededinging en op basis waarvan zij het aanbod van KPN prijstechnisch moesten kunnen repliceren.
- ACM volhardt in haar stelling dat zij alleen dan geen overtreding van ND-5 zal vaststellen als KPN door regulering of rechterlijke uitspraken gedwongen wordt om met terugwerkende kracht haar tarieven aan te passen. ACM gaat daarmee voorbij aan de door KPN (op pagina 3 van haar brief van 6 februari 2014) geciteerde passage uit het verweerschrift van ACM naar aanleiding van het door KPN ingestelde beroep tegen het marktanalysebesluit ODF access (FttO). Daarin staat uitdrukkelijk dat ND-5 altijd wordt getoetst *“aan de hand van de tarieven die op dat moment feitelijk in de markt worden gehanteerd, en nooit met terugwerkende kracht, ook niet als bijvoorbeeld<sup>17</sup> op een later moment gereguleerde wholesaletarieven met terugwerkende kracht zouden moeten worden aangepast vanwege een uitspraak van uw College”*. Uit het woord “bijvoorbeeld” blijkt wel dat de uitleg van ACM in het Ontwerpbesluit, inhoudende dat sprake moet zijn van een verplichte tariefverhoging wil afgezien kunnen worden van toetsing met terugwerkende kracht, niet juist is.
- Uit de stellingen van ACM lijkt te kunnen worden opgemaakt dat ACM meent dat KPN er zelf voor had moeten zorgen dat in de periode vanaf 1 januari 2009 (visie KPN) respectievelijk 1 juli 2011 (voornemen ACM) de juiste concurrentievoorwaarden golden:
  - a) door de (hogere) tarieven in de markt te zetten die KPN zou hebben gerekend in een situatie waarin ACM niet in het kostentoe rekeningssysteem had ingegrepen, of
  - b) door in de tarieven voor haar downstreamdiensten extra ND-5 ruimte op te nemen rekening houdend met de kans dat haar beroepsgronden tegen het WPC IIa besluit zouden slagen.

Geen van deze beide opties is echter realistisch. Als KPN tarieven zou hebben gehanteerd boven de tariefplafonds uit het WPC-IIa besluit, dan zou ACM KPN door middel van een last onder dwangsom hebben gedwongen om de tarieven in overeenstemming te brengen met de tariefplafonds uit het WPC-IIa besluit. Zoals in paragraaf 3.3 is aangegeven, zou het aanvragen van een voorlopige voorziening tegen een dergelijk handhavingsbesluit niet tot een schorsing van de rechtsgevolgen van het WPC-IIa besluit hebben kunnen leiden. Wat betreft de tweede optie wijst KPN erop dat deze niet zou hebben geleid tot het met ND-5 beoogde gelijke speelveld, maar juist tot een situatie waarin de concurrentie was verminderd. Het is immers allerm minst zeker dat de wholesale-afnemers – in de wetenschap dat ND-5 altijd wordt getoetst aan de hand van de tarieven voor de upstreamdiensten die op dat moment feitelijk in de markt worden gehanteerd – hetzelfde zouden hebben gedaan. Uit de vaststelling

---

<sup>17</sup> Onderstreping toegevoegd



van ACM in (randnummer 89 van) het Ontwerpbesluit dat het voor wholesale-afnemers niet mogelijk is om een naheffing alsnog door te berekenen aan hun eindgebruikers kan worden opgemaakt dat zij dat niet hebben gedaan. In feite presenteert ACM KPN nu met de rekening voor het feit dat zij (KPN) zich in de jaren vanaf 2009 niet uit de stroomafwaarts gelegen markten heeft geprijsd om op die manier rekening te houden met de verplichting om nog steeds aan Gedragsregel 5 te kunnen voldoen in geval haar beroepsgronden tegen het WPC-IIa besluit zouden slagen en de tariefplafonds en de daardoor gereguleerde tarieven bijgevolg zouden stijgen. Dat kan uiteraard geen stand houden.

Het is van tweeën een:

- ofwel de afnemers van KPN hebben – zoals ACM beweert – geen inschatting kunnen maken van de mogelijkheid en de mate waarin de tarieven na grondverklaring van het beroep van KPN zouden stijgen, maar dan is terugwerkende kracht van ND-5 niet nodig voor het bereiken van een level playing field,
- ofwel de afnemers van KPN hebben wel rekening kunnen houden met de mogelijkheid van verhoging van de gereguleerde tarieven, maar dan moeten ze ook in staat geacht worden om die verhogingen integraal aan KPN na te betalen.

Aangezien de gewijzigde plafonds via de safety cap regulering een doorwerking hebben naar de reguleringsperiode (2012-2014), leidt ND-5 met terugwerkende kracht bovendien ook in deze periode tot beperkingen in de potentiële tariefsverhoging.

KPN heeft begin 2012 als gevolg van gewijzigde ND-5 regulering, waarbij de kostengrondslag is gewijzigd van LRIC naar EDC minus, meerdere tarieven van downstream diensten moeten verhogen. Als KPN in deze situatie voor optie (b) had gekozen, dan was er nog een extra tariefsverhoging bovenop gekomen om de benodigde ND-5 ruimte te creëren. Wholesale afnemers van actieve diensten zouden dan zijn geconfronteerd met een nog grotere tariefsverhoging als gevolg van ND-5 regelgeving. Er bestaat dan een aanzienlijke kans dat er dan teveel aan ND-5 ruimte is gereserveerd en dat KPN de tariefsverhoging van de downstream diensten uiteindelijk jaren later weer deels moet terugdraaien. ND-5 met terugwerkende kracht leidt dan tot een ongewenst jojo effect in de tarieven van de downstream diensten.

- Het door ACM (bovenaan bladzijde 4 van haar reactie) genoemde voorbeeld is misleidend omdat het gebaseerd is op de onjuiste veronderstelling dat KPN vrij zou zijn om haar tarieven naar believen met terugwerkende kracht te verhogen. Dat is natuurlijk niet het geval. Bij het onderhavige herstelbesluit gaat het echter om rechtmatige aanspraken op een verhoging van tarieven waarvan KPN vanaf het begin en voortdurend kenbaar heeft gemaakt dat die zouden worden ingeroepen indien de uitkomst van haar beroep tegen het WPC-IIa besluit haar daartoe de mogelijkheid zou geven.
- ACM stelt zich op het standpunt dat KPN bij de implementatie van het herstelbesluit onverkort alle verplichtingen uit de toepasselijke marktanalysebesluiten in acht dient te nemen, ook ten aanzien van diensten die KPN destijds heeft aangeboden, maar die niet zijn afgenomen, omdat het aanbod als zodanig een effect zou hebben gehad op de concurrentie. Dit standpunt geeft blijk van onvoldoende besef voor de

context waarin deze mogelijkheden door KPN zijn geopperd, namelijk de belangenafweging die ACM meent te moeten maken ten aanzien van de datum waarop de aangepaste tariefplafonds ingaan. Indien KPN vanwege de non-discriminatieverplichtingen (inclusief ND-5 en het verbod op tariefdifferentiatie) nog verder beperkt wordt in haar mogelijkheden om haar tarieven te verhogen tot de tariefplafonds in het definitieve herstelbesluit, dient dat gevolgen te hebben voor deze belangenafweging omdat er dan zelfs geen sprake meer zou zijn van een halvering van de totale som aan naheffingen.

### **(iii) Halvering van de totale som naheffingen is onjuist en willekeurig**

ACM stelt (in randnummer 95) dat het belang van de rechtszekerheid zich er tegen verzet om de tariefplafonds op de datum van het besluit in te laten gaan. De rechtszekerheid is in dit geval gekoppeld aan het in randnummer 87 genoemde feit dat er in deze zaak sprake is van een bijzonder lange periode van onzekerheid over de tariefplafonds. Precies op dit punt heeft KPN ACM reeds gewezen in haar zienswijze op het ontwerpbesluit WPC-IIa van ACM van 7 september 2009:

#### *2.1 Tariefzekerheid*

*KPN heeft in de aanloop naar het Ontwerpbesluit met diverse marktpartijen gesproken. In dat kader heeft KPN diverse malen aangegeven veel waarde te hechten aan tariefzekerheid voor de komende periode om zodoende alle aandacht te kunnen richten op de in het licht van de concurrentiesituatie in Nederland noodzakelijke netwerkvernieuwing.*

*Om die reden heeft KPN diverse marktpartijen een aantal arrangementen voorgelegd waarin de belangrijkste tarieven niet als gevolg van kostprijsstijgingen zouden verhogen, maar stabiel zouden blijven. Door nu in te zetten op forse tariefdalingen voor een aantal oude diensten kiest OPTA echter voor een onvermijdelijke juridische confrontatie met als gevolg een jarenlange onzekerheid over de uiteindelijk te gelden tarieven. KPN betreurt deze keuze omdat die een rem zet op innovatieve investeringen en niet in het belang is van de markt als geheel. Kennelijk vindt OPTA een sterke verlaging van tarieven van oude diensten belangrijker dan daadwerkelijke meerjarige tariefzekerheid.*

Het feit dat ACM nu juist dit punt gebruikt om te motiveren dat de totale som naheffingen niet volledig ten laste van de betrokken partijen mag worden gebracht is onzorgvuldig.

De tariefplafonds in het Ontwerpbesluit zijn vastgesteld voor de periode 1 januari 2009<sup>18</sup> t/m 31 december 2011. Als gevolg van de belangenafweging van ACM gelden de tariefplafonds echter pas vanaf 1 juli 2011. Dat betekent dat effectief maar voor 1/6 deel van de periode waarvoor het CBb een correctie heeft opgedragen, ook daadwerkelijke een correctie wordt toegepast. Dit lijkt niet verenigbaar met de opdracht van het CBb.

ACM verwijst naar een uitspraak van het CBb (in randnummer 69) om aan te geven dat zij een belangenafweging moet maken ten aanzien van de datum van ingang van de aangepaste tariefplafonds). Het CBb heeft in de aangehaalde uitspraak zeer nauwkeurig gekeken naar timing van de ingang van het besluit in het kader van de belangenafweging. Als ACM conform die rechtspraak had gehandeld met betrekking tot de terugwerkende kracht, dan zou dat betekenen dat de terugwerkende kracht zou moeten gaan tot het moment dat KPN haar kostenrapportage heeft gepubliceerd (begin 2009, zie paragraaf 3.2). De gekozen datum is

<sup>18</sup> In de tabellen in annex A staat dat het ingaat vanaf de periode 1-4-2009. KPN gaat er vanuit dat dit een kennelijke verschrijving is

bij het onderhavige Ontwerpbesluit alleen gebaseerd op de wens de naheffing in gelijke delen te delen. Deze datum heeft geen enkele relatie met op dat moment bekende inzichten en is dus willekeurig gekozen.

ACM pretendeert verder de som van de naheffing in twee gelijke delen te hebben gedeeld. Dit wordt echter niet bewerkstelligd door enkele ernstige onzorgvuldigheden:

- Zoals in paragraaf 3.5 al is aangegeven, hebben marktpartijen hoogst waarschijnlijk heel 2009 de oude – hogere – wholesale tarieven in rekening gebracht bij hun eindgebruikers. Dat betekent dat het jaar 2009 niet betrokken had mogen worden bij de bepaling van de impact omdat wholesale-afnemers over die periode wel de naheffing hebben kunnen doorberekenen. Voor de bepaling van de helft van de naheffing zou dus hooguit gekeken mogen worden naar de periode vanaf 1 januari 2010.
- ACM laat de periode doorlopen waarover zij de impact bepaalt, tot en met de datum waarop het definitieve herstelbesluit inwerking zal treden (naar verwachting eind Q1 2014). Volgens ACM (zie randnummer 98) is tot dat moment niet te bepalen wat de tariefplafonds exact zullen worden. Echter, vanaf het moment dat het CBB uitspraak heeft gedaan konden marktpartijen dus al rekening houden met de impact en een voorziening treffen. Bovendien heeft ACM bij het voorbereidingstraject van dit Ontwerpbesluit heeft ACM de betrokken wholesale-afnemers op de hoogte gehouden van de actuele stand van zaken. Op 29 november 2013 (2 maanden voor de start van de consultatie) heeft ACM de openbare versie van de resultaten van het herberekeningsverzoek aan de betrokken partijen gestuurd (zie randnummer 13 van het Ontwerpbesluit). Dat betekent dat de betrokken partijen op 29 november 2013 al wisten wat de gewijzigde tariefplafonds zouden kunnen gaan worden. De periode tussen 23 september 2013 en Q1 2014 wordt dan ook ten onrechte meegenomen bij de bepaling van de impact<sup>19</sup>.
- ACM heeft de impactberekening van KPN op basis van de door haar her berekende tarieven overgenomen voor het vaststellen van het totale effect. ACM heeft echter in het Ontwerpbesluit aangegeven van oordeel te zijn dat het tarief voor WLR-overstap op basis van proportionele toerekening blijft. De door KPN opgeleverde impactbepaling was op basis van het tarief door middel van causale toerekening. De 2,2 mln. euro impact voor WLR-overstap zal door dit Ontwerpbesluit volledig komen te vervallen en had derhalve niet in de berekening meegenomen mogen worden.
- Verder heeft ACM het bedrag verhoogd met de wettelijke rentes. Deze nacorrectie had voor de impactbepaling ook niet meegenomen mogen worden, immers ACM motiveert de halvering van de naheffing o.a. met het feit dat deze volledig ten laste van het resultaat van de wholesale-afnemers zou komen. Als naar de zuivere impact op het resultaat wordt gekeken, dient de EBITDA of EBIT<sup>20</sup> te worden genomen waarbij kosten en opbrengsten van de financiering buiten beschouwing worden gelaten.

Hierbij is nog geen rekening gehouden met de financiële impact van het retroactief in acht nemen van ND-5 (zie paragraaf 3.6) **[KPN vertrouwelijk –**

**]** en van mogelijke beperkingen in de contractuele sfeer aan navordering in de weg kunnen staan.

<sup>19</sup> Bovendien is ACM er vanuit gegaan dat de resultaten Q3 2013 representatief zijn voor Q4 2013 en Q1 2014. Met dalende aantallen kan deze conclusie echter niet worden getrokken.

<sup>20</sup> EBITDA staat voor Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization.

ACM meent dat met halvering van het na te vorderen bedrag recht wordt gedaan aan de belangen van KPN en van marktpartijen. Nog los van het (hierboven) gemaakte punt dat volgens KPN het zetten van welke knip dan ook onjuist is, valt op de wijze van het zetten van een knip ook nog wel een en ander aan te merken. ACM meent dat met de voorgestelde halvering recht wordt gedaan aan enerzijds de belangen van KPN en anderzijds ook aan de belangen van marktpartijen. Niet alleen is deze keuze voor het zetten van een knip onjuist, ook heeft de voorgestelde halvering het gevolg dat KPN in zijn eentje net zoveel schade leidt als alle andere marktpartijen samen. KPN leidt dus meer schade door de voorgestelde halvering door ACM dan elke andere partij in de markt. Dat kan volgens KPN redelijkerwijs niet als een verdeling worden beschouwd die recht doet aan de situatie: van een 'eerlijke' verdeling van de schade is met dit voorstel geen sprake.

#### **4 OVERZICHT BIJLAGEN**

Bij deze reactie worden de volgende bijlagen meegezonden. De bijlagen worden alleen elektronisch aan ACM gezonden en de opsomming bevat daarom de namen van de elektronische bestanden.

- Bijlage 1 – Managementsummary EDC rapportage -27 maart 2009
- Bijlage 2 – Presentatie KPN t.b.v. de IG van 1 juli 2009
- Bijlage 3 – Relevantie pagina's uit Tele2 annual report 2012
- Bijlage 4 – Zienswijze KPMG
- Bijlage 5 – Relevante pagina's uit KPN Annual Report 2009
- Bijlage 6 – Brief van KPN aan ACM van 6 februari 2014 [**openbare versie**]