

**AUTORITEIT CONSUMENT EN  
MARKT**

Procedurenummer: 13.0881.37

12 maart 2014

**SCHRIFTELIJKE ZIENSWIJZE**

**namens**

1. **TELE2 NEDERLAND B.V.**

(hierna: "Tele2")

en

2. **EURONET COMMUNICATIONS  
B.V.**

3. **M7 GROUP S.A.**

(hierna gezamenlijk: "Online.nl")

**inzake**

het Ontwerp-besluit aanpassing Tariefbesluit  
WPC-IIa (ACM/DTVP/2013/206187; zk.nr.  
13.0881.37) van 23 januari 2014

---

Tele2 en Online.nl kiezen in deze zaak woonplaats te 's-Gravenhage aan het Zuid-Hollandplein 22 (2596 AW), ten kantore van Bird & Bird LLP (Postbus 30311, 2500 GH, Den Haag, tel. 070 - 353 8800, fax 070 - 353 8892), van wie mr. M.J. Geus en mr.dr.s. D.P. Kuipers, advocaten, zich als gemachtigden stellen, zulks met het recht van substitutie, waarvan eerstgenoemde deze zienswijze ondertekent.

## INHOUD

A.	<u>SAMENVATTING EN INHOUD ZIENSWIJZE</u> .....	3
A.1	Samenvatting .....	3
A.2	Bedrijfsvertrouwelijkheid .....	5
A.3	Voorbehoud met betrekking tot nog niet beschikbaar gestelde informatie .....	6
B.	<u>ONTWERP-BESLUIT GEBASEERD OP TE RESTRICTIEVE UITLEG TUSSENUITSpraak: STRIJD MET DOELSTELLINGEN REGULERING</u> .....	6
B.1	Te restrictieve lezing van de Tussenuitspraak m.b.t. beperking levensduur kopernetwerk van KPN .....	6
B.2	Strijd met de doelstellingen van de regulering: aantasting investeringsklimaat, mededinging en eindgebruikersbelangen .....	9
C.	<u>ACM MISKENT DE REALISTISCHE ECONOMISCHE LEVENSDUUR VAN KOPERNETWERK</u> .....	11
C.1	Nadere analyse – Er moet voor KPN's kopernetwerk nog steeds worden uitgegaan van een levensduur van twintig jaar .....	11
C.2	De gevolgen van de te sterk bekorte economische levensduur .....	16
D.	<u>GEEN RUIMTE VOOR TERUGWERKENDE KRACHT</u> .....	17
D.1	Bestuursrechtelijk en Europeesrechtelijk uitgangspunt – geen terugwerkende kracht.....	17
D.2	Rechtspraak CBB – géén terugwerkende kracht bij strijd met rechtszekerheid .....	17
D.3	Verhoging met terugwerkende kracht van WPC IIa tarieven in strijd met rechtszekerheid .....	23
E.	<u>ONZORGVULDIGE BELANGENAFWEGING IN ONTWERP-BESLUIT</u> .....	26
E.1	De belangenafweging in het Ontwerp-besluit is ten onrechte beperkt tot een toetsing aan de rechtszekerheid .....	26
E.2	Belangenafweging verzet zich tegen terugwerkende kracht.....	27
F.	<u>CONCLUSIE</u> .....	29

## **A. SAMENVATTING EN INHOUD ZIENSWIJZE**

1. Tele2 Nederland B.V. (hierna: "**Tele2**") en Euronet Communications B.V. en M7 Group S.A. (hierna gezamenlijk: "**Online.nl**") maken graag van de gelegenheid gebruik om hun zienswijze te geven op het Ontwerp-besluit aanpassing Tariefbesluit WPC-IIa (ACM/DTVP/2013/206187; zk.nr. 13.0881.37) van 23 januari 2014 ("**het Ontwerp-besluit**").

### **A.1 Samenvatting**

2. Het Ontwerp-besluit voorziet in een omvangrijke verhoging van de WPC IIa-tariefplafonds met terugwerkende kracht vanaf 1 juli 2011. Bij doorbelasting van deze verhoogde tariefplafonds gaat het om een bedrag van naar schatting EUR 16,5 miljoen dat door KPN's wholesale-afnemers zou moeten worden nabetaald. Die nabetaaling treft nagenoeg volledig de MDF-access leveringen vanaf 1 juli 2011. Dat betekent dat het bedrag van EUR 16,5 miljoen nagenoeg volledig ten laste komt van Tele2 en Online.nl aangezien zij de enige wholesale-afnemers waren die in deze periode op substantiële basis MDF-access diensten van KPN afnamen.
3. Tele2 en Online.nl hebben niet op een dergelijke claim van KPN kunnen anticiperen, aangezien deze voor hen niet voorzienbaar was. De omvang van deze potentiële claim is noch door KPN, noch door ACM gecommuniceerd en bij de dienstverlening door Tele2 en Online.nl aan hun afnemers is daarbij geen rekening gehouden en de voorwaarden waaronder die dienstverlening heeft plaatsgevonden kunnen niet meer worden teruggedraaid. Tele2 en Online.nl kunnen een dergelijke claim van KPN derhalve niet verhalen.
4. Vooropgesteld wordt dat Tele2 en Online.nl menen dat de tussenuitspraak van het CBb d.d. 23 september 2013 (hierna "**de Tussenuitspraak**") niet dwingt tot een verhoging van de tariefplafonds maar de ruimte biedt voor een betere motivering van de in het WPC IIa besluit gehanteerde aannames die hebben geleid tot de in dat WPC IIa besluit vastgestelde tariefplafonds. Bovendien wordt tariefregulering volgens het Ontwerp-besluit met terugwerkende kracht niet door het CBb voorgeschreven en verzetten de rechtszekerheid alsmede een zorgvuldige belangenafweging zich tegen verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht.
5. Het Ontwerp-besluit dient dan ook om meerdere redenen te worden aangepast.
  - (i) ACM gaat uit van een te restrictieve uitleg van de Tussenuitspraak door aan te nemen dat de Tussenuitspraak in het bijzonder voor wat betreft de aanpassing van de levensduur van het kopernetwerk voorschrijft dat ACM dient uit te gaan van een levensduur van 15 jaar in plaats van 20 jaar. Het herstelbesluit zal daarentegen het resultaat moeten zijn van een zorgvuldige hernieuwde analyse van de in de Tussenuitspraak genoemde gebreken op basis van juiste en volledige feiten. Het CBb verplicht niet en kan ook niet verplichten tot een onzorgvuldig herstelbesluit op basis van onjuiste of onvolledige feiten. Een dergelijke uitspraak zou ook in strijd zijn met de Awb. Zie hierna **hoofdstuk B.1**.
  - (ii) Het Ontwerp-besluit is daarnaast op belangrijke punten in strijd met de doelstellingen van artikel 1.3, lid 1, Tw en artikel 8 Kaderrichtlijn en aan deze doel-

stellingen heeft ten onrechte in het Ontwerp-besluit geen toetsing plaatsgevonden.

Het Ontwerp-besluit ontmoedigt investeringen in de elektronische communicatiesector in plaats van deze te bevorderen. Investeerders zijn niet bereid te investeren in elektronische communicatie-infrastructuur indien zij jaren na dato met terugwerkende kracht kunnen worden geconfronteerd met naheffingen waarmee zij geen rekening hebben kunnen houden en waarop zij niet hebben kunnen anticiperen.

Het Ontwerp-besluit ondermijnt voorts in strijd met de doelstellingen van de regulering de concurrentie door de alternatieve aanbieders te confronteren met een substantiële onvoorziene schadepost die zij niet hebben veroorzaakt en die zij niet kunnen verhalen. Voorts schaadt het Ontwerp-besluit, eveneens in strijd met de doelstellingen van de regulering de belangen van eindgebruikers, omdat de nabetaling ten koste gaat van investeringen en productinnovatie door de alternatieve aanbieders.

Dat het Ontwerp-besluit, als dit ongewijzigd zou worden vastgesteld, in strijd is met de doelstellingen van de regulering, wordt hierna toegelicht in **hoofdstuk B.2**.

- (iii) Ten onrechte stelt het Ontwerp-besluit dat de levensduur van het kopernet zou moeten worden verkort van 20 jaar naar 15 jaar. ACM is in het WPC IIa besluit terecht uitgegaan van een levensduur van 20 jaar in afwijking van de jaarrekening van KPN. Voor die afwijking is meer dan voldoende steun beschikbaar in zowel de informatie die beschikbaar was ten tijde van het WPC IIa-besluit als in de informatie zoals deze nadien beschikbaar is gekomen.

Een herberekening van de MDF-tarieven op basis van een levensduur van 15 jaar is daarentegen in strijd met de eigen publieke uitlatingen van KPN tijdens onder meer bijeenkomsten met investeerders en in haar jaarverslagen. De aanname van een levensduur van 15 jaar voor het kopernetwerk betekent dat voor de regulering van de tariefplafonds wordt uitgegaan van uitfasering van het kopernetwerk in 2022, terwijl de huidige investeringen van KPN in het kopernetwerk en de vertraging in de uitrol van glas aantonen dat die aanname onjuist is en dat voor de levensduur van het kopernetwerk voor de regulering van de tariefplafonds in het WPC IIa besluit eerder uit moet worden gegaan van een duur van méér in plaats van minder dan 20 jaar.

Een herberekening van de MDF-access tarieven op basis van een levensduur van 15 jaar leidt derhalve niet alleen tot een grote naheffing maar daarnaast ook tot overcompensatie van KPN.

Een en ander wordt hierna in **hoofdstuk C** nader uitgewerkt en onderbouwd.

- (iv) Het Ontwerp-besluit gaat ten onrechte en in strijd met de rechtszekerheid uit van een aanpassing van de gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht tot 1 juli 2011. Het Ontwerp-besluit miskent dat deze verhoging met terugwerkende kracht in strijd is met de rechtszekerheid aangezien de verhogingen van de WPC IIa tariefplafonds (ook) vanaf 1 juli 2011 door wholesale-afnemers niet kon worden voorzien. Een verhoging van gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht (ex post) is bovendien in strijd met het wezen

van ex ante tariefregulering en de doelstellingen van het Europese regelgevend kader, in het bijzonder reguleringszekerheid en de bevordering van investeringen. Zie hierna **hoofdstuk D**.

- (v) Bovendien verzetten de zwaar(der)wegende belangen van Tele2 en Online.nl zich tegen een verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht, nu zij daarmee in hun tarifiering jegens klanten geen rekening hebben gehouden en ook niet konden houden.

Gezien de onvoorzienbaarheid van de verhoging van de tariefplafonds achteraf en de onzekerheid omtrent de hoogte van door KPN in dat geval te rekenen wholesale tarieven, konden Tele2 en Online.nl boekhoudkundig gezien geen reservering treffen. Uit de ontwikkeling van de klantenaantallen en het marktaandeel blijkt bovendien dat er geen reële mogelijkheid was om hogere tarieven te rekenen en dat Tele2 en Online.nl niet zijn bevoordeeld door de in het WPC IIa besluit opgenomen MDF-access tarieven.

Achteraf is er al helemaal geen sprake van dat Tele2 en Online.nl een 'naheffing' door KPN wegens verhoogde tariefplafonds over de periode 2011-2014 nog zouden kunnen doorberekenen, terwijl bovendien toekomstige investeringen op de tocht komen te staan omdat investeerders op deze basis geen risicoschatting meer kunnen maken.

Voorts miskent ACM dat de in het Ontwerp-besluit gekozen datum van 1 juli 2011 onzorgvuldig en willekeurig is omdat het Ontwerp-besluit specifieke marktpartijen willekeurig en onevenredig hard treft.

Tot slot wijkt de keuze van ACM om voor wat betreft de WPC IIa tariefplafonds te besluiten tot een verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht af van eerdere besluitvorming van ACM, waaronder het recente besluit van 21 februari 2014 om de MTA tarieven niet met terugwerkende kracht te reguleren, waarin door ACM terecht is overwogen dat *“het opleggen van regulering, waaronder tariefplafonds, niet meer kan bijdragen aan de reguleringsdoelstellingen van ACM, te weten het bereiken van positieve effecten voor de eindgebruiker in de vorm van tariefverlagingen.”*

De belangenafweging wordt nader besproken in **hoofdstuk E**.

## A.2 Bedrijfsvertrouwelijkheid

6. Deze zienswijze en de bijlagen daarbij bevatten bedrijfsvertrouwelijke informatie van en over Tele2 en Online.nl. Deze informatie wordt louter verstrekt ten behoeve van de voorbereiding van het onderhavige herstelbesluit en is dan ook uitsluitend bestemd voor degenen binnen de organisatie van ACM die zijn belast met de genoemde voorbereiding. Tele2 en Online.nl gaan ervan uit dat deze informatie niet zonder toestemming van Tele2 en Online.nl door ACM bekend wordt gemaakt aan derden, waaronder mede begrepen medewerkers van ACM die niet zijn belast met de voorbereiding van het herstelbesluit. Tele2 en Online.nl zullen ACM ook een versie van de zienswijze en de bijlagen verstrekken die wel aan derden bekend mag worden gemaakt.

## **A.3 Voorbehoud met betrekking tot nog niet beschikbaar gestelde informatie**

7. Tele2 en Online.nl hebben ACM het verzoek gedaan om toezending van de stukken waarnaar in het Ontwerp-besluit wordt verwezen.
8. Deze documenten zijn op 4 maart 2014 aan Tele2 en Online.nl verstrekt.
9. Tele2 en Online.nl verzoeken ACM om een nadere termijn tot en met 31 maart 2014 voor de indiening van een nadere zienswijze met betrekking tot deze aanvullend ter beschikking gestelde documenten.

## **B. ONTWERP-BESLUIT GEBASEERD OP TE RESTRICTIEVE UITLEG TUSSENSPRAAK; STRIJD MET DOELSTELLINGEN REGULERING**

10. In de Tussenuitspraak heeft het CBb gewezen op motiveringsgebreken in het WPC IIa besluit (vgl. overw. 9.2 derde en vierde alinea, overw. 9.4.2 zesde alinea, overw. 9.8.1 tweede alinea).
11. Het Ontwerp-besluit is bedoeld om deze door het CBb geconstateerde tekortkomingen te herstellen. De Tussenuitspraak verlangt niet dat ACM zonder nadere analyse en motivering kiest voor een afwijking van het WPC IIa besluit en dit geldt temeer wanneer een dergelijke afwijking getuigt van een onjuiste waardering van de feiten en een onzorgvuldige analyse. De herstelbesluitvorming dient juist plaats te vinden op basis van zorgvuldig nader onderzoek naar de feiten. Indien deze analyse uitwijst dat ACM het in het WPC IIa besluit bij het rechte eind had, dan dient dat besluit onder verbetering van de motivering te worden gehandhaafd.

## **B.1 Te restrictieve lezing van de Tussenuitspraak m.b.t. beperking levensduur kopernetwerk van KPN**

12. ACM stelt, zakelijk weergegeven, dat in de Tussenuitspraak zou zijn uitgemaakt dat zij volgens het CBb in het bestreden WPC-IIa besluit niet had mogen afwijken van de in de boekhouding van KPN gehanteerde afschrijvingsduur van 15 jaar voor het kopernetwerk. In het Ontwerp-besluit gaat ACM vervolgens over tot het schrappen van het onderdeel in het bestreden besluit waarin KPN werd opgedragen om bij de berekening van de wholesaletarieven uit te gaan van een afschrijvingsduur van 20 jaar.
13. De overweging van ACM om over te gaan tot het schrappen van voornoemd onderdeel in het bestreden besluit berust echter op een verkeerde lezing van de Tussenuitspraak. Immers, in de Tussenuitspraak (overw. 9.2) overweegt CBb allereerst:

*“Uitgangspunt is dat ACM ook bij toepassing van het EDC-systeem mag afwijken van de beslissingen inzake kostentoe rekening die zijn genomen in de jaarrekening van KPN, mits zij een dergelijke afwijking naar behoren motiveert.*

(onderstreeping toegevoegd)

14. Vervolgens stelt het CBb vast dat ACM in het bestreden WPC IIa besluit in onvoldoende mate heeft onderbouwd waarom zij is afgeweken van de boekhouding van KPN. En dat betekent dat ACM naar het oordeel van CBb

*“haar afwijking van de boekhouding van KPN onvoldoende draagkrachtig [heeft] gemotiveerd.*

15. In aanvulling daarop heeft ACM naar het oordeel van het CBb ook niet concreet onderbouwd dat de door KPN opgevoerde daadwerkelijke kosten ook aan de eis voldoen dat die redelijk en noodzakelijk zijn en er bijvoorbeeld niet toe dienen om concurrenten, die wholesalediensten van KPN afnemen (zoals Tele2 en Online.nl), onnodig op kosten te jagen.
16. Een en ander leidt dan tot de conclusie dat ACM, volgens het CBb, op basis van de in het bestreden WPC IIa besluit gegeven motivering niet had mogen afwijken van de in de boekhouding van KPN neergelegde afschrijvingsduur van het kopernetwerk van vijftien jaar. Daarmee is evenwel niet gezegd dat CBb daarmee aan ACM de opdracht heeft gegeven om in een herstelbesluit uit te gaan van een afschrijvingsduur van vijftien jaar. De desbetreffende overwegingen in de Tussenuitspraak hebben uitsluitend betrekking op het ontbreken van een voldoende draagkrachtige motivering en de afwezigheid van een concrete onderbouwing. En daarom moet de Tussenuitspraak wat dit betreft worden begrepen als het oordeel van het CBb dat ACM in dit geval, bij gebreke van een voldoende draagkrachtige motivering, niet zomaar had mogen afwijken van de keuze die KPN had gemaakt in haar boekhouding.
17. Het staat ACM derhalve vrij af te wijken van de boekhouding van KPN maar dit dient ACM dan wel te onderbouwen. Dit brengt tevens de verplichting met zich mee om zorgvuldig te analyseren of er aanleiding is om toch vast te houden aan de afschrijvingstermijn van 20 jaar uit het bestreden WPC IIa besluit, en de keus voor een afwijkende afschrijvingstermijn in het te nemen herstelbesluit deugdelijk te motiveren. Die verplichting geldt in dit geval temeer voor ACM gezien enerzijds de betrokken belangen van alternatieve aanbieders en de enorme negatieve impact die een afschrijvingstermijn van 15 jaar voor hen heeft, maar anderzijds ook omdat een analyse laat zien dat er alle aanleiding bestaat om – met deugdelijke motivering – uit te gaan van een afschrijvingstermijn van 20 jaar, zoals hierna toegelicht.
18. In het Ontwerp-besluit kiest ACM daarentegen voor een snelle oplossing door zonder motivering alsnog uit te gaan van de door KPN naar vijftien jaar teruggebrachte levensduur van haar kopernetwerk. ACM besteedt welgeteld slechts twee alinea's om in het Ontwerp-besluit te komen tot een andere levensduur (15 jaar) dan in het oorspronkelijke besluit (20 jaar).
19. In randnr. 31 Ontwerp-besluit geeft ACM de hiervoor aangehaalde overweging 9.2 uit de CBb-uitspraak als volgt weer:

*"31. In randnummer 9.2 van de tussenuitspraak heeft het CBb geoordeeld dat ACM in dit geval niet had mogen afwijken van de in de boekhouding van KPN gehanteerde afschrijvingsduur van het kopernetwerk van vijftien jaar."*
20. Als gezegd verhoudt deze weergave door ACM van de laatste alinea van rechtsoverweging 9.2 zich niet met de argumentatie van het CBb in rechtsoverweging 9.2 van de Tussenuitspraak. De argumentatie van het CBb in rechtsoverweging 9.2 als geheel, kan immers niet anders worden begrepen dan dat het CBb meent dat ACM "in dit geval" niet mocht afwijken van de beslissingen inzake kostentoekening in de jaarrekening, omdat ACM in het WPC IIa besluit "*haar afwijking van de boekhouding van KPN onvoldoend draagkrachtig [heeft] gemotiveerd*".
21. De enig redelijke uitleg van deze overweging 9.2 van de Tussenuitspraak is echter dat de afschrijvingstermijn van 20 jaar voor het kopernetwerk uit het WPC IIa besluit

dient te worden gehandhaafd, indien daarvoor wel draagkrachtige argumenten beschikbaar zijn. Anders ontstaat de situatie waarin niet is voldaan aan de voorwaarde dat "de door KPN opgevoerde daadwerkelijke kosten aan de eis voldoen dat die redelijk en noodzakelijk zijn en er bijvoorbeeld niet toe dienen om concurrenten, die wholesalediensten van KPN afnemen [zoals Tele2 en Online.nl], onnodig op kosten te jagen." Die situatie wil (ook) het CBb blijkens deze aangehaalde alinea in overweging 9.2 nu juist voorkomen.

22. In het Ontwerp-besluit wordt daarentegen op basis van een te beperkte lezing van de Tussenuitspraak, tot een wijziging van het tariefplafond gekomen zonder dat ACM enige analyse van de relevante feiten of belangen heeft gemaakt:

*"32. ACM concludeert dat onderdeel 5.1.3 van het WPC-IIa besluit ingetrokken dient te worden. Het staat KPN derhalve vrij de in dat onderdeel 5.1.3 opgedragen wijziging in het EDC-systeem terug te draaien en met een afschrijvingstermijn van vijftien jaar voor het kopernetwerk te rekenen."*

23. Omdat deze oplossing slechts is gebaseerd op een te restrictieve lezing van de Tussenuitspraak, en omdat ACM in het Ontwerp-besluit geen andere motivering geeft dan een verwijzing naar de Tussenuitspraak, heeft het Ontwerp-besluit dezelfde motiveringsgebreken als het bestreden besluit.

24. ACM dient het herstelbesluit voorts te nemen met inachtneming van alle feiten en omstandigheden die op dit moment (*ex nunc*) bekend zijn. Dit betekent tevens dat ACM daarbij de verplichting van artikel 3:2 Awb dient na te leven om alle relevante feiten te verzamelen en onderzoeken in acht te nemen teneinde op basis daarvan tot een zorgvuldige besluitvorming te komen. Aangenomen dient te worden dat dit uitgangspunt ook geldt voor een herstelbesluit dat dient te worden genomen in het kader van een bestuurlijke lus.

Zie daarover onder meer B.J. van Ettehoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus' JBplus 2010/182:

*"De rechter moet zich er verder van bewust zijn dat de opdracht tot het nemen van een nieuw besluit leidt tot het 'bevriezen' van de feiten. Na de vernietiging van het gebrekkige besluit bevinden partijen zich weer in de 'ex nunc-fase', waarin met nieuwe feiten en omstandigheden rekening gehouden kan of moet worden. Dat geldt evenzeer voor het voorbereiden en nemen van een nieuw besluit naar aanleiding van een tussenuitspraak. Na het bekendmaken van het nieuwe besluit wordt de rechtsbetrekking in de tijd bevroren."*

Zie voorts B.J. Schueler in 'De lus als ontknoping van het proces. De introductie van de bestuurlijke lus in de Awb', TBR 2008/153:

*"7.4 De rechter toetst ex tunc, het bestuur beslist ex nunc De bestuursrechter beoordeelt het bestreden besluit op basis van de feiten en het toepasselijke recht, zoals die waren op het moment waarop het bestreden besluit werd genomen (ex tunc). Het bestuur moet bij het herstel van gebreken de actuele situatie in acht nemen (ex nunc). Het ligt voor de hand dat de rechter vaak van de bestuurlijke lus af zal zien in gevallen waarin de feiten of de toepasselijke voorschriften ingrijpend (kunnen) zijn gewijzigd. Maar het wetsvoorstel sluit niet uit dat de lus in zulke gevallen wel wordt gebruikt. Daar is principieel niets tegen, omdat het besluitvormingsprimaat van het bestuur bij toepassing van de lus behouden blijft."*



25. Samenvattend dient ACM in het kader van het herstelbesluit zorgvuldig te analyseren of er aanleiding is om vast te houden aan de afschrijvingstermijn van 20 jaar uit het bestreden WPC IIa besluit, en de keus voor een afwijkende afschrijvingstermijn in het te nemen herstelbesluit deugdelijk te motiveren. In dat kader dient ACM tevens na te gaan of door KPN opgevoerde daadwerkelijke kosten ook voldoen aan het vereiste dat die redelijk en noodzakelijk zijn en er bijvoorbeeld niet toe dienen om concurrenten die wholesalediensten van KPN afnemen onnodig op kosten te jagen.
26. Deze analyse is temeer van belang omdat onderzoek laat zien dat er alle aanleiding bestaat om – met deugdelijke motivering – uit te gaan van een afschrijvingstermijn van 20 jaar, zoals in hoofdstuk C van deze zienswijze aan de hand van bewijsmateriaal nader wordt onderbouwd en toegelicht.

## **B.2 Strijd met de doelstellingen van de regulering: aantasting investeringsklimaat, mededinging en eindgebruikersbelangen**

27. Ook voor het herstelbesluit geldt voorts dat dit besluit de doelstellingen van artikel 1.3 Tw en artikel 8 Kaderrichtlijn dient te bevorderen, in het bijzonder het bevorderen van investeringen, de bevordering van concurrentie en de bescherming van de belangen van eindgebruikers
28. In het Ontwerp-besluit ontbreekt echter ten onrechte een toetsing aan de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, Tw en artikel 8 Kaderrichtlijn. Het Ontwerp-besluit is bovendien niet gericht op de verwezenlijking van die doelstellingen en daarmee zelfs in strijd.
29. Een verhoging van gereguleerde wholesale-tarieflafonds met terugwerkende kracht als voorzien in het Ontwerp-besluit heeft grote negatieve en grotendeels onomkeerbare gevolgen voor de bereidheid om in Nederland te investeren in elektronische communicatiediensten en netwerken. Een dergelijke maatregel staat haaks op de in het Europese regelgevend kader verlangde "regelzekerheid" en het "aanmoedigen van investeringen".
30. Daarmee is het Ontwerp-besluit in strijd met de centrale doelstellingen van de Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn en de NGA-Aanbeveling (onderstrepingen toegevoegd):

Verwezen wordt naar Artikel 8, vijfde lid, Kaderrichtlijn:<sup>1</sup>

*"Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:*

a) *Zij bevorderen de voorspelbaarheid van de regelgeving door te zorgen voor een consistente aanpak in de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden;*

*[..]*

d) *Zij bevorderen efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur, onder meer door te zorgen dat er in de toegangsverplichtingen voldoende rekening wordt gehouden met het door de investering genomen risico en door verschillende samenwerkingsafspraken tussen investeerders en partijen die toegang willen hebben, toe te staan om het investe-*

---

<sup>1</sup> Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, Pb 2002 L108/33.

*ringsrisico te spreiden, waarbij ervoor wordt gezorgd dat de concurrentie op de markt en het non-discriminatiebeginsel wordt gevrijwaard."*

Zie voorts artikel 5, eerste lid, Toegangsrichtlijn:<sup>2</sup>

*"Met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van de Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), bevorderen, en waar nodig waarborgen de nationale regelgevende instanties overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten, en oefenen zij daarbij hun bevoegdheid uit op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie, efficiënte investeringen en innovatie, en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt."*

En zie voorts de NGA-Aanbeveling van de Commissie, overweging 6:<sup>3</sup>

*(6) Regelzekerheid is cruciaal voor het bevorderen van doeltreffende investeringen door alle exploitanten. Het op termijn toepassen van een consistente aanpak in de regelgeving is belangrijk om de investeerders vertrouwen te geven bij het opstellen van hun businessplannen."*

Alsmede Artikel 1 van de NGA-Aanbeveling:

*1. Het doel van deze aanbeveling bestaat erin de ontwikkeling van de eenge maakte markt te stimuleren door de rechtszekerheid te verbeteren en investeringen te promoten; ook moeten concurrentie en innovatie in de markt voor breedbanddiensten worden bevorderd, in het bijzonder in de omschakeling naar toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (New Generation Access of NGA-netwerken).*

31. Het Ontwerp-besluit is in strijd met deze doelstellingen, omdat het Ontwerp-besluit leidt tot "regelonzekerheid" in plaats van "regelzekerheid" en omdat investeringen in elektronische communicatie infrastructuur en diensten daardoor ernstig worden ontmoedigd.
32. Het Ontwerp-besluit is bovendien niet in het belang van de bevordering van de mededinging. De mededinging wordt door het onvoorzien opleggen van omvangrijke kosten aan bepaalde marktpartijen niet bevorderd, maar juist ernstig verstoord.
33. Voorts schaadt het Ontwerp-besluit ook de belangen van eindgebruikers die zich geconfronteerd zullen zien met een verschraling van het aanbod en hogere prijzen, omdat alternatieve aanbieders hun interesse in Nederland verliezen indien dit soort onvoorzien claims met terugwerkende kracht kunnen worden opgelegd.
34. In de bedrijfsvertrouwelijke **bijlagen 1 en 2** bij deze zienswijze wordt hierop door respectievelijk Tele2 en Online.nl nader ingegaan.

---

<sup>2</sup> Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, Pb 2002 L108/7.

<sup>3</sup> Aanbeveling van de Commissie over geregelende toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken, Pb 2010 L251/35.

## C. ACM MISKENT DE REALISTISCHE ECONOMISCHE LEVENSDUUR VAN KOPERNETWERK

### C.1 Nadere analyse – Er moet voor KPN's kopernetwerk nog steeds worden uitgegaan van een levensduur van twintig jaar

35. Nader onderzoek en een nadere onderbouwing van het WPC IIa besluit is in het bijzonder van belang waar het gaat om de vraag of ACM is gehouden in het herstelbesluit uit te gaan van de verkorte afschrijvingstermijn die KPN, om haar moverende redenen, met ingang van 1 januari 2007 in haar boekhouding is gaan hanteren voor het kopernetwerk. Eén van de (door KPN mogelijk beoogde?) gevolgen daarvan zou zijn dat, bij ongewijzigde toepassing van de EDC-kostentoerekening, de door haar afnemers – lees Tele2 en Online.nl – te betalen wholesaletarieven substantieel toenemen.
36. Uit het jaarverslag 2008 (p. 94) blijkt dat de herwaardering van het kopernetwerk in dat jaar heeft plaatsgevonden, waarna KPN aangeeft de door haar bepaalde waarde van het kopernetwerk over een (verkorte) periode van 15 jaar volledig te zullen afschrijven:

*"As of January 1, 2008, the remaining estimated useful life of the traditional copper infrastructure was reduced which resulted in a EUR 70 million accelerated depreciation in 2008 and will result in an accelerated depreciation of EUR 54 million in 2009, EUR 42 million in 2010. The copper infrastructure will be fully depreciated in year 2022."*

**Bijlage 3.a:** Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag over de periode 2008

37. ACM is in het WPC IIa besluit voor de bepaling van de MDF-access tariefplafonds echter terecht **afgeweken** van deze verkorting van de levensduur in de jaarrekening over 2008 en heeft terecht vastgehouden aan de levensduur van 20 jaar.
38. Zo maakt KPN zelf ten behoeve van de markt een voorbehoud ten aanzien van de verkorting van de levensduur van het kopernetwerk in de jaarcijfers over 2008. Op p. 98 van het Jaarverslag 2009 neemt KPN, kennelijk met het doel investeerders niet af te schrikken met een onverbiddelijke korte levensduur van koper waar KPN van plan was flink in te investeren, een 'sensitivity analysis' op (onderstreping toegevoegd):

*"At the end of 2009 the book value for Copper and Fiber Cables is Eur 2,307 million, which is included in plant and equipment. The current depreciation rates for these investments are based on estimates and judgement about useful lives of these assets. For copper cables KPN estimates that the current useful life ends in year 2022. If the useful life was set at 20 years, the depreciation charge for 2010 would be 58 million lower."*

**Bijlage 3.b:** Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag over 2009

39. Overigens kan het feit dat de in het jaarverslag over 2009 genoemde EUR 58 miljoen minder afschrijving in 2010 bij een levensduur van 20 jaar aanzienlijk afwijkt van de in 2008 geprognostiseerde (verhoogde) afschrijving van 42 miljoen voor 2010 (zie citaat in randnr. 36 hiervoor), eigenlijk niet anders verklaard worden dan dat KPN in 2009 aanzienlijk in haar kopernetwerk heeft geïnvesteerd. Het spreekt voor zich dat dat niet aan de orde zou zijn indien KPN voor het (langjarig) gebruik van deze infrastructuur geen waarde zag.
40. Vervolgens wordt in de jaarverslagen over 2010-2013 een vergelijkbare 'sensitivity analysis' door KPN opgenomen. Waarom KPN dit doet, blijkt niet uit de jaarverslagen.

Kennelijk wil KPN deze informatie graag delen met de markt, lees: aandeelhouders, beleggers en analisten. De onderliggende reden kan niet anders zijn dan dat het koper-netwerk ook volgens KPN nog wel eens langer dan 15 jaar mee zou kunnen gaan.

**Bijlage 3.c:** Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag over het jaar 2010

**Bijlage 3.d:** Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag over het jaar 2011

**Bijlage 3.e:** Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag over het jaar 2012

**Bijlage 3.f:** Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag over het jaar 2013

41. Vermeldenswaardig is daarbij tevens dat KPN vanaf 2012 ook voor de officiële jaarcijfers al uitgaat van een langere levensduur, namelijk 2023 in plaats van 2022:

*"[...] For copper cables KPN estimates that the current useful life ends in year 2023. If the useful life was set at 20 years, the depreciation charge for 2013 would be EUR 57 million lower."*

42. Voorts blijkt ook weer uit het jaarverslag 2013 dat KPN blijft investeren in het koper-netwerk:

*"[...] For copper cables, KPN estimates that the current useful life is 10 years. If the useful life was set at 20 years, the depreciation charge for 2014 would be EUR 81 million lower. [...]"*

Niet voor niets noemt KPN het toegenomen bedrag van EUR 81 miljoen aan mindere afschrijvingen indien wordt uitgegaan van een afschrijvingstermijn van 20 jaar. KPN kiest ervoor om richting haar aandeelhouders, beleggers en analisten te communiceren dat haar koper-netwerk als gevolg van investeringen alleen maar verder in waarde toeneemt en nog zeker 20 jaar zal meegaan.

43. Tele2 en Online.nl menen derhalve dat reeds op grond van de door KPN in haar eigen jaarstukken gepubliceerde feiten een verkorting van de afschrijvingsduur van KPN's koper-netwerk van twintig naar vijftien jaar onverdedigbaar is. Al tijdens het nemen van het WPC-IIa besluit was een dergelijke verkorting van de economische levensduur van het koper-netwerk zeer onaannemelijk. Reeds in 2009 neutraliseerde KPN immers het effect van de bekorting van de afschrijvingstermijn voor investeerders door parallel daaraan in het jaarverslag de waarde bij een afschrijvingstermijn van 20 jaar te publiceren. In de daaropvolgende jaarverslagen is KPN dit blijven doen, waarbij zij een steeds hogere waarde aan het koper-netwerk is gaan toekennen.
44. Voor een handhaving van de afschrijvingstermijn van 20 jaar voor het koper-netwerk (of juist een verdere verlenging van die afschrijvingstermijn) is eens te meer aanleiding, omdat de aannemelijkheid daarvan tevens weerklinkt in andere uitlatingen door KPN over dit onderwerp:
- Reeds in het kader van de in 2006 aangekondigde All IP vernieuwing van haar netwerk ging KPN uitdrukkelijk uit van een hybride netwerk van glasvezel en koper waarbij voor koper dan VDSL in combinatie met 'subloop unbundling' zou worden ingezet.
- Bijlage 3.g:** Presentatie over All IP tijdens de KPN Wholesale klantendag van 29 maart 2006, zie met name slides 6, 11 en 12
- Tijdens de ACM (OPTA) hoorzitting op 2 oktober 2009 naar aanleiding van het concept WPC IIa besluit erkent KPN bij monde van Jan Wolfs met zoveel woor-

den dat nieuwe technologieën als VDSL van invloed zijn op de levensduur van het kopernet: *“Wat dat betreft zitten alle portfolio ontwikkelingen die mogelijk-erwijs en alle portfolio vernieuwingen die mogelijk-erwijs zich zouden kunnen gaan voordoen, ook degenen die nog niet hard gepland of inmiddels ingevoerd zijn, zitten in die beschouwing meegenomen, dus ook VDSL”*.<sup>4</sup>

- In 2011 publiceerde TNO (rechtsopvolger van KPN Research) een artikel over de mogelijkheden om volledig FttH te vervangen door Hybrid FttH/Copper.<sup>5</sup> In grote lijnen komt het erop neer dat (voor de eigenaar van een kopernetwerk) grote winsten te behalen zijn met de inzet van zg. 'pair bonding'. Bij *pair bonding* wordt, in plaats van diensten leveren over 1 koperpaar, de dienst geleverd over twee koperparen (90% van de Nederlandse huishoudens heeft hier de beschikking over) en vectoring.<sup>6</sup> Daarnaast wordt beschreven dat er nieuwe verbeteringen zoals G Fast aan staan te komen, waarmee een met FttH vergelijkbare performance gerealiseerd kan worden met gebruik van het laatste stuk van het kopernetwerk.
- Dat KPN wel degelijk toekomst voor haar kopernetwerk is blijven zien, blijkt bijvoorbeeld ook uit de presentatie die KPN in februari 2012 aan haar afnemers van wholesale breedbanddiensten heeft gegeven. Hierin komen de verbeterde mogelijkheden voor toekomstig gebruik van het kopernet uitgebreid aan de orde en worden deze ingepast in de uitrol van KPN's DSL portfolio.

**Bijlage 3.h:** KPN presentatie Workshop WBA 16 februari 2012

Voor meer informatie over deze bijeenkomst, zie <https://www.kpn-wholesale.com/nl/over-kpn-wholesale/nieuws/workshop-met-wba-meer-bandbreedte-via-koper.aspx>

- In januari 2014 publiceert onderzoeksbureau Bernstein Research een rapport getiteld "KPN: CEO Unplugged - An Exclusive Q&A with Eelco Blok" met een analyse van KPN's strategie op basis van onder meer een interview met Eelco Blok. Ook hierin wordt uitgebreid aandacht besteed aan FttH uitrol van KPN en de mogelijkheden van de opwaardering van het kopernetwerk.

Bernstein Research stelt op pagina 1 dat het in de lijn der verwachting ligt dat KPN de voorgenomen uitbreiding van de zeggenschap in Reggefibre zal gebruiken om de roll-out van FttH verder te vertragen:

*"We expect Reggefibre's FttH build to slow now that KPN has control".* Op pagina 8 bevestigt Eelco Blok dit desgevraagd:

*"We believe that where we are today, especially in our fixed network with the copper technologies available today and will come available in the near future, we have a nice opportunity to balance our investments in copper and fibre in favour of copper giving the results we are achieving with our copper upgrades".*

<sup>4</sup> <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9940/Verslag-hoorzitting-WPC-IIa/>, p. 10

<sup>5</sup> [http://www.4gbb.eu/images/4GBB\\_Publications/pub\\_2011\\_04\\_tno35514\\_enabling4gbb.pdf](http://www.4gbb.eu/images/4GBB_Publications/pub_2011_04_tno35514_enabling4gbb.pdf)

<sup>6</sup> Zie over KPN en vectoring: <http://www.youchooseweconnect.com/nl/onze-producten/zakelijk-eindgebruikers/breedband-toegang-en-datanetwerken/w/wba-vectoring.aspx>.

Op pagina 13 geeft Eelco Blok aan de investeringen in het kopernetwerk in 2011 al te hebben opgevoerd en gebruik te gaan maken van Vectoring en Pair Bonding. Verderop dezelfde pagina geeft Blok aan dat de balans tussen koper en fiber nauwlettend in de gaten gehouden wordt en dat als koper zo blijft performen de glasvezel roll out teruggebracht wordt:

*"And if we continue to perform as we are doing today within our copper areas then for sure we will take the decision to reduce the fibre to the home roll out".*

**Bijlage 3.i:** Bernstein Research "KPN: CEO Unplugged - An Exclusive Q&A with Eelco Blok", 9 January 2014

- Tijdens de zg. Capital Markets Day die KPN op 19 februari 2014 organiseerde (zie <http://corporate.kpn.com/investor-relations/capital-markets-day.htm>) gaf Managing Director Netherlands, Joost Farwerck, in zijn presentatie "The Netherlands" aan dat KPN streeft naar een hybride situatie van koper- en glasnetwerken (slides 4, 5 en 7) en dat de continue verbeteringen van het kopernetwerk leiden tot een verminderde investering in glasvezelnetwerken.
- Tijdens dezelfde bijeenkomst is door CTO Erik Hoving in de presentatie "Industry Trends" nogmaals uitgelegd (slide 6) dat de opwaardering van het kopernetwerk hoog op de KPN agenda staat. Ook wordt daar na 2016 de inzet van G-Fast aangekondigd. Opvallend is dat op slide 7 van de presentatie: The Netherlands en op slide 6 van Industry Trends hetzelfde plaatje getoond wordt. In het ene geval wordt 500 Mb symmetrisch gerealiseerd met glas, in het andere geval met het op kopernetwerk gebaseerde G-Fast. KPN zegt daar te verwachten halverwege 2016 zo'n twee miljoen *homes passed* te hebben met FttH. Het daadwerkelijke aantal glasaansluitingen zal naar verwachting slechts ca. 30% daarvan bedragen.

**Bijlage 3.j:** Presentaties KPN Capital Markets Day – 19 februari 2014

- a) The Netherlands
- b) Industry Trends

45. Dit alles verhoudt zich op geen enkele manier met een bekorting van de levensduur van het kopernetwerk door KPN. Een bekorting van de afschrijvingstermijn van het kopernetwerk tot 15 jaar zou immers betekenen dat KPN ervan uitgaat dat het kopernetwerk vanaf 2022 is afgeschreven. Dit zou tevens moeten betekenen dat het gebruik ervan dan uitgefaseerd zou zijn voor de miljoenen huishoudens die daarop momenteel zijn aangesloten.
46. Inmiddels staat vast dat ook dit onrealistisch is. De meest recente marktmonitor<sup>7</sup> van ACM laat zien dat van de 7 miljoen huishoudens in Nederland medio 2013 1,625 miljoen huishoudens op glasvezel (FttH) waren aangesloten. Het gaat hier om "homes passed"; het werkelijke aantal glasaansluitingen ligt veel lager, namelijk 457.000 aansluitingen (28%). Dat betekent dat **slechts ca. 7%** van de Nederlandse huishoudens per medio 2013 gebruik maakte van een glasaansluiting.
  - De meest recente prognose met betrekking tot de uitrol van glasvezel heeft KPN begin 2014 gedaan in bovengenoemde presentaties tijdens de Capital Markets

---

Telecommonitor tweede kwartaal 2013: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12199/Telecommonitor-tweede-kwartaal-2013-Vrije-val-aantal-smsjes-likt-gestopt/>

Day 2014 (**bijlage 3.j**). KPN geeft daarin aan dat zij verwacht halverwege 2015 2 miljoen *homes passed* te hebben gerealiseerd. Er zijn dan nog ca. 5 miljoen *homes* te gaan om een volledige dekking van Nederland met glasvezel te bereiken. En bovendien betekent dit als gezegd geenszins dat die huishoudens daarmee daadwerkelijk zullen beschikken over een glasvezelaansluiting (momenteel ca. 30% van de *homes passed*).

47. Uit de hiervoor aangehaalde mededelingen van KPN kan daarenboven worden opgemaakt dat het tempo waarin KPN glasvezel wil uitrollen eerder wordt vertraagd dan versneld. Zo verwacht KPN in 2014 niet veel meer dan een kwart miljoen huishoudens te gaan aansluiten, en vervolgens jaarlijks circa 200.000.

- In het Dialogic onderzoek dat in 2014 in opdracht van ACM wordt uitgevoerd, wordt voor de jaren daarna tot en met 2018 een roll out van 200.000 *homes passed* gehanteerd. Dit zou eind 2018 een aantal van 2.7 miljoen *homes passed* betekenen. Om in 2022 dan in het geheel geen gebruik meer te hoeven maken van het koperen netwerk moeten nog 4.3 miljoen *homes* worden aangesloten, d.w.z. meer dan 1 miljoen aansluitingen per jaar. Dit kan zonder meer onhoudbaar genoemd worden.

**Bijlage 3.k:** Dialogic concept rapport d.d. 21 februari 2014 (p. 24)

- Die onhoudbaarheid wordt onderstreept omdat aan de capaciteit van de maximale uitrol van glasvezel een grens zit. In een artikel in Tweakers (2010) geeft Reggefiber aan dat zij bij een goede medewerking van de gemeentes de maximale capaciteit van 350.000 *homes passed* per jaar zou kunnen uitbreiden naar maximaal 600.000 *homes passed*. Dit zou betekenen dat tenminste 7 jaar na 2018 nodig zijn om de resterende 4.3 mio huishoudens van glasvezel te voorzien. Dan zou Nederland, in het meest gunstige geval en met een volledige omkering van de door KPN gecommuniceerde glasvezelstrategie, begin 2026 volledig van glasvezel kunnen zijn voorzien. Dat is ver voorbij de horizon van 2022 waar KPN nu van uitgaat met de beweerdelijke verkorte afschrijving van haar koperen netwerk.

Als daarentegen met het in het Dialogic onderzoek opgenomen getal van 200.000 *homes passed* per jaar wordt gerekend, dan duurt het nog ongeveer 25 jaar voordat Nederland volledig van glasvezel is voorzien, dat wil zeggen tot 2039.

**Bijlage 3.l:** Artikel Tweakers.net "Snelle uitrol dekkend glasvezelnetwerk moet prioriteit zijn" (2010)

48. Of de door KPN voorspelde uitrol van glas naar ca. 250.000 in 2014 en 200.000 huishoudens in daarop volgende jaren haalbaar zal blijken te zijn is, gelet op de uitspraken van Eelco Blok en de informatie van KPN aan de Kapitaalmarkten, maar zeer de vraag.
49. Echter, zelfs als wordt uitgegaan van het meest optimistische scenario, is het uitgesloten dat in 2022 honderd procent van alle huishoudens zal kunnen worden aangesloten op glasvezel. Om deze reden ligt een verkorting van de afschrijvingstermijn tot 15 jaar allerm minst voor de hand.
50. Daarnaast wijzen de plannen die door KPN de laatste tijd ontvouwd worden eveneens op een veel langere levensduur van het koperen netwerk. Uit de presentaties van KPN

tijdens de Capital Markets Day op 19 februari jl. blijkt dat KPN voortvarend inzet op vectoring, pair bonding en G-fast (**bijlage 3.j**).

51. Tele2 en Online.nl gaan ervanuit dat ACM beschikt, of zo-nodig kan beschikken, over nauwkeuriger ramingen met betrekking tot het aansluiten van huishoudens op glasvezel. In de rede ligt dan ook dat ACM, overeenkomstig de door CBb verwoorde motiveeringsvereisten, in het wijzigingsbesluit op basis van onder andere die ramingen onderbouwt waarom er is gekozen voor het hanteren van een bepaalde afschrijvingstermijn. Tele2 en Online.nl menen dat deze termijn niet korter kan zijn dan 20 jaar (als die niet al veel langer zou moeten zijn).

## **C.2 De gevolgen van de te sterk bekorte economische levensduur van het kopernetwerk**

52. In het Ontwerp-besluit heeft ACM op een voor Tele2 en Online.nl niet inzichtelijke wijze onderzocht wat de financiële implicaties gaan zijn (c.q. wat de door marktpartijen te lijden schade gaat zijn) als het WPC IIa besluit overeenkomstig het Ontwerp-besluit zou worden aangepast.
53. De inschatting van Tele2 en Online.nl is dat het overgrote deel van het in het Ontwerp-besluit genoemde bedrag van EUR 33 miljoen is toe te schrijven aan de verhoging van de MDF-tarieven als gevolg van de bekorting van de levensduur van het kopernetwerk tot 15 jaar.
54. Zoals in het voorgaande onderdeel C.1 van deze zienswijze is uiteengezet is een afschrijvingstermijn van vijftien jaar niet reëel. Als niettemin wordt uitgegaan van deze afschrijvingstermijn betekent dit dat er, op het moment dat het netwerk volgens het Ontwerp-besluit inderdaad zou zijn afgeschreven (d.w.z. op 1 januari 2022), vanaf dat moment geleverd wordt op een volledig afgeschreven kopernetwerk. Als gevolg daarvan betalen de huidige afnemers (en dus ook de consumenten die gebruik maken van op koper gebaseerde diensten) teveel om de afnemers na 2022 te weinig te laten betalen. Afgaand op de verwachtingen van KPN moet ervan uitgegaan worden dat het kopernetwerk ook na 2022 nog steeds zal worden gebruikt door een substantieel aantal abonnees en eindgebruikers (geschat op enkele miljoenen).
55. Het ligt dan voor de hand dat er alsdan wordt vastgesteld dat de afschrijvingstermijn waarvan in het gewijzigde WPC-IIa besluit is uitgegaan inderdaad te kort was, en dat er teveel is betaald aan KPN. De schadelijke gevolgen van die onjuiste vaststelling van de afschrijvingstermijn kunnen op dat moment echter niet meer worden hersteld. De concurrentieverhoudingen zijn op dat moment reeds onherstelbaar verstoord.
56. Daarbij is van groot belang dat Tele2 en Online.nl onevenredig hard in hun concurrentiepositie worden geraakt, indien verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht zou worden doorgevoerd. Zoals hierna in hoofdstuk E wordt toegelicht heeft ACM deze belangen ten onrechte niet in een belangenafweging betrokken dan wel een onjuiste belangenafweging gemaakt.



## **D. GEEN RUIMTE VOOR TERUGWERKENDE KRACHT**

### **D.1 Bestuursrechtelijk en Europeesrechtelijk uitgangspunt – geen terugwerkende kracht**

57. In het bestuursrecht is het uitgangspunt dat een besluit ingaat op de dag van het nemen van dat besluit, of op een datum in de toekomst, en dus in beginsel niet in het verleden.<sup>8</sup> En, zoals in het Ontwerp-besluit wordt opgemerkt, geldt dit in beginsel ook voor een herstelbesluit, zoals i.c. het herstelbesluit waarmee de gebreken in het WPC-IIa besluit moeten worden hersteld (vgl. randnr. 65 Ontwerp-besluit).
58. Op basis van dit bestuursrechtelijke uitgangspunt dient in het Ontwerp-besluit juist niet te worden uitgegaan van terugwerkende kracht. Tele2 en Online.nl kunnen dan ook ACM niet volgen waar in het Ontwerp-besluit, na het noemen van dit terechte bestuursrechtelijke uitgangspunt, toch wordt opgemerkt dat voor haar het uitgangspunt is dat de verhoogde tariefplafonds zouden moeten ingaan op 1 januari 2009 (zie randnr. 66 Ontwerp-besluit).
59. Dit geldt temeer nu ook de doelstellingen van de Kaderrichtlijn en de NGA-Aanbeveling zich tegen verhoging van gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht verzetten, aangezien dergelijke verhogingen in strijd zijn met de regelzekerheid en de voorspelbaarheid van de regulering. Zie de hierboven in hoofdstuk B.2 geciteerde artikelen uit de Kaderrichtlijn en de NGA-Aanbeveling ("*voorspelbaarheid van regelgeving*" en "*regelzekerheid*").

### **D.2 Rechtspraak CBb – géén terugwerkende kracht bij strijd met rechtszekerheid**

60. In het Ontwerp-besluit (randnrs. 67 t/m 71) worden enkele uitspraken van het CBb aangehaald. Op grond daarvan komt ACM tot het oordeel dat herstelbesluiten terugwerkende kracht kunnen hebben, als dat de uitkomst is van een afweging van de relevante belangen. Vervolgens komt ACM, na een onnavolgbare belangenafweging (waarover meer in onderdeel D.3 van deze zienswijze), tot de conclusie dat in het onderhavige geval terugwerkende kracht wél mogelijk zou zijn.
61. Deze conclusie vindt geen steun in de in het Ontwerp-besluit aangehaalde uitspraken van het CBb, noch in andere uitspraken van het CBb die in het Ontwerp-besluit niet worden genoemd en waarin het onderwerp "*terugwerkende kracht of niet*" eveneens aan de orde was.
62. Integendeel, nadere bestudering van de in het Ontwerp-besluit genoemde en niet-genoemde jurisprudentie van het CBb leidt tot de conclusie dat de gewijzigde tariefplafonds in het Ontwerp-besluit juist niet met terugwerkende kracht dienen te worden vastgesteld, omdat dit in strijd is met de rechtszekerheid.
63. Het CBb hanteert in zijn uitspraken als uitgangspunt dat terugwerkende kracht van besluiten waarin gereguleerde tarieven op een afwijkend niveau worden vastgesteld niet aan de orde is, indien marktpartijen daarop niet hebben kunnen anticiperen of –

---

<sup>8</sup> Dit vloeit voort uit het zg. formele rechtszekerheidsbeginsel en de rechtsregel dat een rechtssubject alleen aan het recht gebonden kan zijn wanneer hij daarvan kennis heeft genomen of redelijkernvijs had kunnen nemen (vgl. PG Awb I, p. 231; HR 19 november 1948, AB 1949, p. 277; NJ 1949/86, m.nt. Houwing; HR 4 november 1949, AB 1950, p. 178; HR 4 december 1985, AB 1986/277, m.nt. Van der Burg; NJ 1986/668, m.nt. Scheltema).

anders gezegd – indien het afwijkend vaststellen van een gereguleerd tarief met terugwerkende kracht in strijd zou zijn met de rechtszekerheid.

64. Exemplarisch voor deze benadering door het CBb is in de eerste plaats de in het Ontwerp-besluit genoemde uitspraak van het CBb van 22 mei 2013 inzake FTA/MTA 3b.<sup>9</sup>

In overw. 3.2.1. ev. van deze uitspraak gaat het CBb in op de mogelijkheid om aan het desbetreffende tariefbesluit terugwerkende kracht toe te kennen. Het CBb overweegt daartoe dat moet worden voorkomen dat marktpartijen in onzekerheid zouden komen te verkeren en niet hebben kunnen anticiperen op tariefswijzigingen:

*“3.2.3 Het College heeft het marktanalysebesluit deels vernietigd en in de uitspraak bij wege van voorlopige voorziening bepaald dat tot het tijdstip waarop door ACM een nieuw besluit is genomen, voor vaste gespreksafgifte de tariefplafonds zullen gelden die zijn vastgesteld voor de tweede helft van 2011. Door het treffen van deze voorziening heeft het College willen voorkomen dat door de gedeeltelijke vernietiging van het marktanalysebesluit een situatie zou ontstaan waarin partijen in onzekerheid zouden verkeren over de te hanteren tariefplafonds voor vaste gespreksafgifte. Gelet hierop heeft ACM naar het oordeel van het College de betreffende tariefplafonds met het oog op de met de rechtszekerheid te dienen belangen in redelijkheid per 1 augustus 2012 kunnen laten ingaan.*

*Het College volgt ACM voorts in haar verweer dat het niet opportuun is om terugwerkende kracht te verlenen aan de inwerkingtreding van de tariefplafonds voor gespreksafgifte op 084/087-nummers zonder vervolgdienst. Daarvoor is in de eerste plaats van belang dat ACM, zoals zij in haar verweer terecht heeft gesteld, beoordelingsruimte toekomt bij de keuze of een tariefverplichting in een herstelbesluit als hier aan de orde, al dan niet met terugwerkende kracht dient te worden opgelegd. Ten aanzien van het bestreden besluit geldt voorts in het bijzonder dat gespreksafgifte op 084/087-nummers zonder vervolgdienst niet eerder gereguleerd is geweest en marktpartijen niet hebben kunnen anticiperen op de bij het bestreden besluit opgelegde tariefmaatregel. Daaraan doet niet af dat in het marktanalysebesluit aan marktpartijen een tariefverplichting met betrekking tot gespreksafgifte op 084/087-nummers met vervolgdienst was opgelegd, waarbij het tariefplafond lager was dan het tariefplafond dat in het bestreden besluit wordt opgelegd. Deze tariefverplichting in het marktanalysebesluit is immers door het College vernietigd zonder dat daarbij een voorlopige voorziening is getroffen of aan ACM de opdracht is gegeven een nieuw besluit te nemen. Aldus is na de uitspraak een situatie ontstaan waarin het voor marktpartijen niet op voorhand duidelijk was dat ACM in het te nemen herstelbesluit alsnog zou komen tot het opleggen van tariefregulering voor gespreksafgifte op 084/087-nummers zonder vervolgdienst.”*

(onderstrepingen toegevoegd)

65. Verder verwijst ACM in het Ontwerp-besluit naar CBb 9 november 2012, [ECLI:NL:CBB:2012:BY2811](#). Uit deze uitspraak wordt in het Ontwerp-besluit een passage uit overweging 6.6.3 aangehaald. Daarin wordt geconcludeerd dat OPTA bij de beantwoording van de vraag of aan het besluit al dan niet terugwerkende kracht moet worden toegekend, de belangen van KPN enerzijds en de WLR-afnemers anderzijds tegen elkaar moet afwegen. Het CBb expliciteert daarbij het belang van WLR-afnemers, dat erin is gelegen “[...] niet te worden geconfronteerd met een navordering die zij niet op hun afnemers kunnen verhalen.”<sup>10</sup>
66. Deze uitspraak onderstreept echter vooral dat naar het oordeel van het CBb bepalend is in hoeverre marktpartijen rekening hebben kunnen houden met een aanpassing van

<sup>9</sup> CBb 22 mei 2013 [ECLI:NL:CBB:2013:CA1165](#).

<sup>10</sup> Zie CBb 9 november 2012, r.o. 6.6.3, [ECLI: NL:CBB:2012:BY2811](#).

tariefplafonds met terugwerkende kracht. Daarbij is van belang dat het in deze uitspraak van het CBb van 9 november 2012 ging om een “kennelijke vergissing” in de regulering van de WLR-tariefplafonds, die door ACM uit eigen beweging was hersteld. ACM heeft in de beroepsprocedure die tot de uitspraak van 9 november 2012 heeft geleid betoogd, dat het hier een correctie betrof die voor WLR-afnemers kenbaar was en waarop zij dus juist wel hadden kunnen anticiperen. Het CBb was echter niet overtuigd van het argument van ACM dat ook de WLR-afnemers op de aan de orde zijnde “kennelijke vergissing” in de berekening van de WACC hadden kunnen anticiperen. Dat was voor het CBb aanleiding om het herstelbesluit te vernietigen op grond van een door ACM niet geciteerde overweging uit dezelfde rechtsoverweging 6.6.3:

*"6.6.3 (...) Dat er sprake was van een kennelijke vergissing brengt niet zonder meer met zich mee dat Tele2 en Pretium rekening moesten houden met een wijziging in de minussen. Zoals ook uit randnummer 74 van het WPC-IIa besluit kan worden afgeleid, is de keuze voor een nominale WACC in dit besluit een uitzondering op de regel dat aan KPN een reële WACC wordt toegestaan. Tele2 en Pretium hebben in dit verband nog gewezen op randnummer 78 van het WPC-IIa besluit waarin OPTA onder het kopje 'Conclusie' tot de slotsom komt dat uit de door OPTA onderschreven berekeningen van NERA volgt dat KPN voor 2009-2011 een WACC van 7,1% dient te hanteren. Dit ondersteunt de opvatting dat het niet eenvoudig kenbaar was dat KPN een WACC van 9,2% was toegestaan, maar tot deze conclusie pas kon worden gekomen door het WLR-II besluit en het WPC-IIa besluit in hun onderlinge samenhang secuur te lezen. Een verdere bevestiging hiervan geeft het feit dat OPTA pas op 23 november 2010 overging tot aanpassing van de WACC, nadat KPN daar pas op 22 februari 2010 om had verzocht.*

(onderstrepingen toegevoegd)

67. In het op de CBb-uitspraak van 9 november 2012 gevolgde herstel-herstelbesluit heeft ACM dan ook met name onderzocht in hoeverre WLR-afnemers bekend hadden kunnen zijn met het feit dat sprake was van een “kennelijke vergissing”. Dit heeft in het herstel-herstelbesluit geleid tot een beperking van de terugwerkende kracht ten gunste van de WLR-afnemers. Zelfs bij een “kennelijke vergissing” verzet de rechtszekerheid zich tegen terugwerkende kracht. Dat geldt temeer indien van een dergelijk vergissing geen sprake is.
68. Uit de in het Ontwerp-besluit aangehaalde CBb-uitspraken en de in het Ontwerp-besluit opgenomen overwegingen volgt reeds dat van aanpassing van de tariefplafonds met terugwerkende kracht in het onderhavige geval geen sprake kan zijn. Vaststaat immers dat de wholesale-afnemers tariefsverhogingen met terugwerkende kracht in het onderhavige geval juist niet hebben kunnen voorzien en daarop bovendien niet konden anticiperen.<sup>44</sup> Nu ACM zelf heeft vastgesteld dat de wholesale-afnemers niet op de tariefsverhogingen van KPN konden anticiperen, kan ACM niet op rechtmatige wijze de tariefplafonds met terugwerkende kracht verhogen.
69. Van belang is verder dat in geen enkel ander geval waarin gereguleerde tariefplafonds door het CBb werden vernietigd, sprake is geweest van een verhoging met terugwerkende kracht van de gereguleerde tariefplafonds door het CBb, of door ACM. Er is dan ook geen precedent van achteraf aangepaste tariefplafonds die tot navorderingen van de gereguleerde partij of diens wholesale-afnemers aanleiding hebben gegeven terwijl wholesale-afnemers daarop niet konden anticiperen. Voor zover al sprake was van

---

<sup>44</sup> Zie randnrs. 84-87 en 98 van het Ontwerpbesluit, zoals hierna besproken onder randnr. 81 e.v. van deze zienswijze.

hernieuwde vaststelling van gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht werden die tariefplafonds vastgesteld op het niveau waarop deze ook eerder waren vastgesteld of lager zoals het geval is geweest bij de vaststelling van het WLR II besluit<sup>12</sup>, zodat navorderingen door de AMM-partij werden voorkomen.

70. Zie de uitspraak van het CBB van 26 september 2012,<sup>13</sup> waarin het CBB, onder verwijzing naar de rechtszekerheid, bepaalde dat de door OPTA in het herstelbesluit vastgestelde tariefplafonds met terugwerkende kracht hadden moeten worden vastgesteld. Daarbij ging het – in het belang van de rechtszekerheid – om een vaststelling van tariefplafonds op exact hetzelfde niveau als in het oorspronkelijke vernietigde besluit.
71. Zie voorts de uitspraken van het CBB met betrekking tot de MTA-tariefregulering en de naar aanleiding daarvan door ACM genomen (herstel)besluiten. Ondanks het feit dat de tariefregulering in de MTA-besluiten keer op keer is vernietigd door het CBB heeft dit nimmer aanleiding gegeven tot een aanpassing van de gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht op een afwijkend niveau.

De MTA-besluiten van 14 november 2005 zijn bij de uitspraak van het CBB d.d. 29 augustus 2006, [ECLI:NL:CBB:2006:AY7997](#), vernietigd en ACM werd genoodzaakt om een nieuwe marktanalyse te doen.

Op 30 juli 2007 heeft ACM nieuwe marktanalysebesluiten genomen (MTA-2).<sup>14</sup> Daarin was voorzien in tariefregulering met ingang van augustus 2007 tot 1 juli 2010 waarbij voor de hoogte van de MTA-tariefplafonds werd aangesloten bij een (tweede) door de mobiele partijen gesloten convenant, waarin de mobiele partijen zijn overeengekomen om de tarieven voor mobiele gespreksafgifte vanaf 15 augustus 2007 in drie stappen te verlagen voor een periode van drie jaar tot 1 juli 2010. Het CBB oordeelde dat sprake was van een motiveringsgebrek aangezien OPTA in het marktanalysebesluit tot de conclusie was gekomen dat tariefregulering op basis van kostenoriëntatie (BULRIC) noodzakelijk en passend was, waarmee het niettemin aansluiten in het marktanalysebesluit bij de in het convenant overeengekomen MTA-tarieven volgens het CBB niet verenigbaar was. ACM kreeg van het CBB de gelegenheid om het besluit op dit punt aan te passen. Het herstelbesluit d.d. 19 december 2008 (MTA-2b), waarin ACM de tariefregulering op basis van de convenantstarieven heeft gehandhaafd<sup>15</sup>, kwam echter wederom niet door de toetsing van het CBB heen. Bij uitspraak van het CBB d.d. 26 mei 2010 is ook dit besluit vernietigd, omdat daarin naar de mening van het CBB nog steeds ten onrechte aan de convenantstarieven in plaats van de in het marktanalysebesluit genoemde kostengeoriënteerde tarieven werd vastgehouden.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Zie WLR II-besluit d.d. 16 december 2009 (OPTA/AM/2009/203473), Herstelbesluit WLR II d.d. 23 november 2010 (OPTA/AM/2010/203284) en Besluit aanpassing WLR II-besluit en Herstelbesluit WLR II, 27 juni 2013 (ACM/DTVP/2013/202257).

<sup>13</sup> Zie CBB d.d. 26 september 2012, r.o.7.9, [ECLI:NL:CBB:2012:BY0191](#) (inzake WLR I herstelbesluit 2008, d.d. 8 september 2008 met kenmerk: OPTA/AM/2008/201839).

<sup>14</sup> Zie Besluit ACM d.d. 30 juli 2007 (OPTA/TN/2007/201479).

<sup>15</sup> Besluit tot wijziging van het besluit van 30 juli 2007 dat betrekking heeft op de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op de afzonderlijke mobiele telefoonnetwerken van KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone d.d. 19 december 2008 (OPTA/AM/2008/202914), zie <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=9699>.

<sup>16</sup> CBB 26 mei 2010, [ECLI:NL:CBB:2010:BM5564](#).

ACM heeft naar aanleiding van de CBb uitspraak van 26 mei 2010 besloten om geen nieuw besluit te nemen wat betreft de MTA-tariefplafonds over de periode vóór 7 juli 2010. In plaats daarvan heeft ACM op 7 juli 2010 een nieuw marktanalysebesluit genomen, waarin de MTA-tarieven met ingang van die datum werden gereguleerd. Ditmaal koos ACM voor regulering van zowel de mobiele afgifte tarieven als de vaste afgiftetarieven (MTA-FTA-3). In dat besluit wordt gekozen voor tariefregulering op basis van een zogenaamd "pure BULRIC" model in lijn met de aanbeveling van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU<sup>17</sup>, waarin dit model wordt aanbevolen. Daarmee week ACM af van de BULRIC Plus berekening die leidt tot een hoger tariefplafond. Bij uitspraak van 31 augustus 2011 oordeelde het CBb dat ACM ten onrechte voor het strengere Pure BULRIC model in plaats van BULRIC Plus had gekozen.<sup>18</sup> Vervolgens heeft het CBb zelf in de zaak voorzien en de maximumtarieven op BULRIC Plus niveau in plaats van op Pure BULRIC niveau vastgesteld. Voor het verleden betekende dit echter dat de tariefplafonds op hetzelfde niveau werden vastgesteld. De uitspraak van het CBb leidde slechts tot een wijziging in de gereguleerde tariefplafonds voor de toekomst (per 1 september 2012 een tariefplafond van 2,4 eurocent per minuut in plaats van 1,2 eurocent per minuut).<sup>19</sup>

Concluderend stelde het CBb de MTA-tariefplafonds met terugwerkende kracht derhalve vast op exact het niveau waarop deze tarieven overeenkomstig het eerder door ACM bepaalde glijpad waren bepaald zodat er wederom geen sprake was van een verhoging van de gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht.

72. Ook voor wat betreft de FTA-tariefplafonds blijkt uit de uitspraak van het CBb van 31 augustus 2011,<sup>20</sup> hoezeer het hoogste rechtscollege hecht aan het belang van rechtszekerheid bij de vaststelling van tariefplafonds. In die uitspraak heeft het CBb in het belang van de rechtszekerheid voor de FTA-tarieven in afwachting van het herstelbesluit van ACM een voorziening getroffen, op grond waarvan tijdens een ongereguleerde periode tarieven werden vastgesteld, waarbij werd aangeknoopt bij de op dat moment geldende tarieven:

*"4.11.5 Voorlopige voorziening.*

*Het College is in paragraaf 4.11.4 tot de slotsom gekomen dat een glijpad dat overeenkomt met hetgeen voor het jaar 2011 is vastgelegd in het WPC-IIa besluit door OPTA in redelijkheid kon worden vastgesteld. In het licht van die conclusie acht het College het, ter voorkoming van onzekerheid bij partijen omtrent de tariefplafonds die gelden zolang door OPTA niet opnieuw is beslist, geraden bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat tot het tijdstip waarop door OPTA een nieuw besluit is genomen, voor vaste gespreksafgifte regionaal en lokaal de tariefplafonds zullen gelden die in Annex A bij het marktanalysebesluit zijn vastgesteld voor de periode 2011 H2." (onderstrepingen toegevoegd)*

<sup>17</sup> Commission Recommendation 7 May 2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, Pb EU 2009/396/EG.

<sup>18</sup> CBb 31 augustus 2011, ECLI: NL:CBB:2011:BR6195, *Mediaforum* 2012-2, nr. 5 m.nt. L.J. Wildeboer.

<sup>19</sup> CBb 5 november 2010, ECLI: NL:CBB:2010:BO3594, *Mediaforum* 2011-5, nr. 15 m.nt. L.J. Wildeboer; CBb 31 augustus 2011, ECLI: NL:CBB:2011:BR6195, *Mediaforum* 2012-2, nr. 5 m.nt. L.J. Wildeboer; CBb 31 augustus 2011, ECLI: NL:CBB:2011:BR6195, *Mediaforum* 2012-5, nr. 16 m.nt. L.Y.M. Parret.

<sup>20</sup> [ECLI:NL:CBB:2011:BR6195](#)

ACM heeft vervolgens in het FTA-herstelbesluit d.d. 2 juli 2012 op haar beurt aangesloten bij de door het CBb bij wijze van voorlopige voorziening bepaalde tariefplafonds.

73. En geheel in lijn met deze standaard rechtspraak heeft ACM bij besluit van 21 februari 2014 een verzoek van UPC om alsnog een besluit tot regulering van de MTA-tarieven over de periode 2005 – 2010 te nemen afgewezen:<sup>21</sup>

*"In het verzoek van UPC wordt aangegeven dat een herstelbesluit ook nu nog zou kunnen bijdragen aan het bevorderen van concurrentie.*

*ACM is van mening dat dat niet mogelijk is en het vaststellen van dergelijke herstelbesluiten ook in strijd is met de rechtszekerheid. Indien UPC van mening was dat ACM gehouden was om herstelbesluiten vast te stellen had zij dit moeten verzoeken nadat ACM kenbaar had gemaakt (2010) dat zij van mening was dat herstelbesluiten niet meer bij zouden dragen aan de door ACM beoogde reguleringsdoelstellingen.*

*Ook voor het concurrentieproces in de huidige periode draagt een marktanalysebesluit met tariefmaatregelen voor de periode 2005-2010 niet bij. Daartoe volstaat de huidige analyse FTA-MTA-4 voor de driejaars-periode vanaf 5 augustus jl.*

*ACM stelt derhalve vast dat het heeft voldaan aan zowel de wettelijke verplichtingen als aan de opdrachten van het CBb zoals deze zijn vervat in dienst uitspraken. Omdat de doelstellingen van art. 1.3 lid 1 van de Telecommunicatiewet niet meer zijn te realiseren wijst ACM uw verzoek af."*

74. Terecht toetst ACM in dit besluit van 21 februari 2014 derhalve wél aan de rechtszekerheid en wél aan de doelstellingen van artikel 1.3 lid 1 van de Telecommunicatiewet.
75. Indien ACM die toetsing aan de rechtszekerheid en de doelstellingen van de regulering in het Ontwerp-besluit wél (op juiste wijze) had uitgevoerd, dan was ACM eveneens tot de conclusie gekomen dat een wijziging van de gereguleerde tarieven met terugwerkende kracht niet bijdraagt aan het realiseren van die doelstellingen.
76. Ook de vaststelling van de WPC-IIa tarieven met terugwerkende kracht, waarnaar in het Ontwerp-besluit in randnummer 72 wordt verwezen, vormt geen uitzondering op de regel dat tariefregulering met terugwerkende kracht niet aan de orde kan zijn indien de rechtszekerheid zich daartegen verzet en/of indien de doelstellingen van de regulering daarmee niet zijn gediend.
77. In het WPC IIa besluit werden de gereguleerde tariefplafonds voor het wholesaleaanbod met terugwerkende kracht verlaagd. Dat sprake zou zijn van een verlaging was voor zowel KPN als marktpartijen duidelijk. Dat gold in het bijzonder voor KPN die als gereguleerde partij een goede inschatting kon maken. KPN heeft dan ook geen beroep ingesteld tegen de terugwerkende kracht van de verlaging van de WPC IIa tariefplafonds.
78. Uit de hiervoor genoemde rechtspraak van het CBb en de besluiten van ACM blijkt derhalve dat niet eerder tariefplafonds met terugwerkende kracht zijn verhoogd op zodanige wijze dat dit aanleiding gaf tot navorderingen of terugvorderingen door de AMM-partij op wholesaleniveau, anders dan in het geval van een "kennelijke vergissing" voor zover marktpartijen daarmee rekening hadden *kunnen en moeten* houden.
79. Indien het daarentegen gaat om een verhoging van de reguleerde tariefplafonds waarmee marktpartijen geen rekening hebben kunnen houden bij de bepaling van

<sup>21</sup> Besluit ACM op verzoek MTA 2005-2010, 21 februari 2014, ACM/DTVP/2014/201080, <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=12645>.

hun eindgebruikerstarieven, dan zal een tariefbesluit met terugwerkende kracht in strijd worden geacht met de rechtszekerheid, terwijl een dergelijk besluit bovendien niet in het belang is van de doelstellingen van de regulering.

80. En dit alles geldt als gezegd met name in het onderhavige geval, waarin ACM in het Ontwerp-besluit terecht heeft overwogen dat wholesale-afnemers, althans tot de datum van de uitspraak van het CBb, geen rekening konden houden met een verhoging van de gereguleerde wholesaletarieflafonds met terugwerkende kracht in hun retail-aanbiedingen aan eindgebruikers (Ontwerp-besluit randnummer 84).
81. Zie voorts de hiervoor in randnummer 30 aangehaalde overwegingen en artikelen uit de Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn en de NGA-Aanbeveling, waarin het belang van regelzekerheid, voorspelbaarheid en rechtszekerheid eveneens wordt benadrukt, waaronder artikel 1 van de NGA-Aanbeveling:

*"1. Het doel van deze aanbeveling bestaat erin de ontwikkeling van de eengemaakte markt te stimuleren door de rechtszekerheid te verbeteren en investeringen te promoten."*

82. Uit zowel de rechtspraak van het CBb als het Europese regelgevend kader volgt derhalve dat een verhoging van gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht niet rechtmatig is, tenzij deze verhoging niet in strijd met de rechtszekerheid moet worden geacht.
83. ACM heeft ook niet de vrijheid, om de terugwerkende kracht dan maar later te laten ingaan, namelijk per 1 juli 2011 zoals in het Ontwerp-besluit is gebeurd. Ook een verhoging van de gereguleerde tariefplafonds per 1 juli 2011 kon door marktpartijen niet worden voorzien en is derhalve in strijd met de rechtszekerheid.

### **D.3 Verhoging met terugwerkende kracht van WPC IIa tarieven in strijd met rechtszekerheid**

84. Terecht memoreert ACM in randnummer 91 van het Ontwerp-besluit het belang van de rechtszekerheid: *"ACM overweegt dat rechtszekerheid een algemeen belang is dat juist in een gereguleerde sector een belang is dat alle betrokken partijen direct raakt."*
85. In het Ontwerp-besluit wordt een groot aantal omstandigheden genoemd die ieder op zich, en in combinatie met elkaar, de conclusie rechtvaardigen dat de rechtszekerheid zich verzet tegen verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht in het herstelbesluit en dat er geen sprake van kan zijn dat wholesale-afnemers jaren na dato zouden kunnen worden geconfronteerd met een naheffing van KPN. Ten onrechte trekt ACM die conclusie niet, althans wordt zonder enige rechtvaardiging en deugdelijke motivering slechts de periode vanaf 1 januari 2009 tot 1 juli 2011 buiten de terugwerkende kracht gehouden.
86. Het gaat om de volgende in het Ontwerp-besluit genoemde omstandigheden waaruit volgt dat de verhoging van de tariefplafonds voor marktpartijen niet voorzienbaar was, en al helemaal niet tot welke wholesale tarieven dit zou kunnen leiden, zodat het met terugwerkende kracht toestaan van het in rekening brengen van hogere wholesale tarieven door KPN in strijd met de rechtszekerheid zou zijn:
  - a) Verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht heeft potentieel – want KPN is immers niet gehouden een verhoging van de wholesale tarieven toe

te passen - een enorme negatieve financiële impact voor de wholesale-afnemers (randnr. 78). Indien KPN met terugwerkende kracht de maximale tarieven op basis van de herstelde hogere tariefplafonds in rekening zou brengen, zou dit een totaalbedrag van EUR 33 miljoen (met rente) ten laste van de wholesale afnemers, met name Tele2 en Online.nl, betekenen.

- b) KPN heeft ervoor gekozen om lopende haar beroep geen voorlopige voorziening te vragen (randnr. 81 Ontwerp-besluit). Daaruit volgt dat de omstandigheid dat de verhoging van de tariefplafonds niet kenbaar was, en KPN dit desgevraagd ook niet aan marktpartijen wilde mededelen (zie hierna onder d), aan KPN is toe te rekenen;
- c) ACM verwijst in randnummer 82 Ontwerp-besluit naar een publicatie van KPN van 31 maart 2009, waarin tarieven voor MDF-access waren opgenomen die nog veel hoger waren dan de WPC I tarieven. Deze gepubliceerde bedragen vormden voor marktpartijen geen enkel aanknopingspunt voor een serieuze inschatting van een eventuele claim. Terecht overweegt ACM in randnummer 83 dat KPN niet tegen de volle werking van alle ingrepen door OPTA in het kostentoerekeningssysteem beroepsgronden had aangevoerd en dat KPN geen tarieven bekend heeft gemaakt die zij zou mogen rekenen indien al haar beroepsgronden door het CBb zouden worden gehonoreerd (cumulatief) en evenmin het effect per ingediende grond.
- d) KPN heeft sinds 2009 geen inzicht willen geven wat haar tarieven zouden zijn geweest als haar beroep geheel of gedeeltelijk gegrond wordt verklaard (randnr. 83 Ontwerp-besluit). Hieruit volgt dat de wholesale afnemers weliswaar wisten op welke gronden KPN beroep tegen het WPC IIa besluit had ingesteld maar niet konden voorzien waartoe dit mogelijk in financiële zin zou leiden.

KPN heeft dat inzicht niet gegeven in de Tariff Schedule voor MDF-services, waar KPN slechts een algemeen voorbehoud van rechten opneemt en aangeeft dat een aanpassing van de indexering ook tot een credit nota zou kunnen leiden (“[...] Het verschil met de over die periode feitelijk in rekening gebrachte bedragen zal door middel van een debet dan wel creditnota in rekening worden gebracht.”).

**Bijlage 4:** Disclaimer Tariff Schedule for MDF-services

KPN heeft voorts ook op uitdrukkelijk verzoek geweigerd om inzicht te geven in de hoogte van het door haar gewenste tariefniveau. Zie in dit verband **bijlage 5**.

**Bijlage 5:** Email van Tele2 aan KPN d.d. 5 februari 2010:

*“Tarieven kunnen alleen met terugwerkende kracht worden verhoogd als expliciet is gesteld en aangekondigd dat gehanteerde tarieven onder voorbehoud in rekening worden gebracht. Dan moet ook expliciet de hoogte van het gewenste tariefniveau zijn gecommuniceerd. Dit is noodzakelijk vanwege (wholesale) doorbelasting aan derden. Alleen indien hieraan is voldaan kan dit gewenste tarief nu als nog in rekening worden gebracht met als maximum het WPC IIa tarief.”*

Ook naar aanleiding van deze email van Tele2 heeft KPN het door haar gewenste tariefniveau niet gecommuniceerd.



De informatie omtrent de door KPN bepleite verkorting van de levensduur van het kopernetwerk, werd aanvankelijk door KPN zelfs “vertrouwelijk” gehouden voor wholesale-afnemers:

**Bijlage 6:** Annex 8 bij de EDC-rapportage met vertrouwelijke aanpassing afschrijvingstermijn (p. 8-6). Pas in het aanvullend beroepschrift d.d. maart 2010 werd duidelijk dat de door KPN in deze annex zwartgemaakte aanpassing van de terugverdiendtijd betrekking had op een verkorting van de levensduur van het kopernetwerk van 20 naar 15 jaar.

- e) ACM stelt vast dat wholesale-afnemers geen reservering hebben genomen voor een eventuele naheffing door KPN, omdat het boekhoudkundig niet mogelijk is *"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"* (randnr. 88 Ontwerp-besluit, onderstrepingen toegevoegd). Ter nadere onderbouwing wordt verwezen naar de vertrouwelijke **bijlagen 1 en 2**.
- f) ACM overweegt terecht dat het in het onderhavige geval gaat om *"een bijzonder lange periode van onzekerheid over de uiteindelijke tariefplafonds"* (randnr. 87 Ontwerp-besluit, onderstreping toegevoegd).

Overigens merken Tele2 en Online.nl op dat de door ACM in het Ontwerp-besluit genoemde 'omstandigheid' dat *"met het wijzen van de tussenuitspraak van het CBB voor het eerst een redelijke mate van zekerheid is ontstaan voor de wholesale-afnemers dat de tariefplafonds daadwerkelijk kunnen gaan stijgen"* (randnr. 84 Ontwerp-besluit) ongefundeerd en onjuist is.

Wholesale-afnemers konden uit de Tussenuitspraak afleiden dat ACM het WPC IIa op onderdelen niet goed had gemotiveerd zodat ACM een herstelbesluit zou moeten nemen. Dat een herstelbesluit niet tot een nieuwe, deugdelijke motivering zou leiden, maar tot een verhoging van tariefplafonds, was daarbij helemaal niet duidelijk, laat staan dat het zou gaan om een verhoging van tariefplafonds met terugwerkende kracht. Dat een verhoging van tariefplafonds met terugwerkende kracht aan de orde kon zijn en tot welk bedrag, bleek voor de wholesale-afnemers pas uit het Ontwerp-besluit op 29 januari 2014.

Voor wat betreft de uiteindelijke hoogte van de tariefplafonds (laat staan: de tarieven) overweegt ACM overigens zelf in randnr. 96 Ontwerp-besluit dat het *"tot op de datum dat dit besluit van kracht wordt (...) voor marktpartijen niet te bepalen [is] op welke hoogte de tariefplafonds exact zullen worden gesteld"*.

- 87. Al deze door ACM zelf genoemde omstandigheden tonen reeds aan dat – conform bestendige rechtspraak van het CBB – het met terugwerkende kracht verhogen van de tariefplafonds in casu niet aan de orde kan zijn wegens strijd met de rechtszekerheid. Al deze omstandigheden wijzen immers op onvoorzienbaarheid en onzekerheid ten aanzien van de mogelijkheid van een verhoging van de tariefplafonds met terugwerkende kracht. Die onzekerheid betreft de volledige periode vanaf 1 januari 2009, dus evenzeer de periode per 1 juli 2011.
- 88. Het enige argument dat ACM daar in randnr. 92 Ontwerp-besluit tegenover lijkt te stellen is dat *"de betrokken partijen er op mogen vertrouwen dat ACM uitvoering geeft aan de opgelegde verplichtingen, waaronder de verplichting tot het hanteren*

van kostengeoriënteerde maximale tarieven zoals met het WPC-IIa besluit is beoogd" en vervolgt in randnr. 93 ten onrechte dat "Inherent hieraan is dat partijen er tevens op mogen vertrouwen dat wanneer het CBb van oordeel is dat bepaalde gronden tegen een besluit doel treffen, ook vervolgens de tariefplafonds daadwerkelijk worden gewijzigd voor zover deze direct met die gronden samenhangen. Indien de als gevolg hiervan gewijzigde tariefplafonds uitsluitend voor de toekomst zouden gelden, zou er afbreuk worden gedaan aan de verplichting tot het hanteren van daadwerkelijk kostengeoriënteerde maximale tarieven".

89. ACM miskent daarbij echter dat op de grond dat ACM geacht wordt kostengeoriënteerde maximumtarieven vast te stellen, nog niet kan worden geconcludeerd dat de rechtszekerheid verlangt dat die vaststelling van een verhoging van het gereguleerde tariefplafond met terugwerkende kracht zou moeten plaatsvinden. In tegendeel, de uitgebreide jurisprudentie van het CBb en het beleid van ACM tonen nu juist aan dat een dergelijke tariefvaststelling, ook indien ACM geacht werd om kostengeoriënteerde tariefplafonds vast te stellen, niet met terugwerkende kracht kan plaatsvinden indien dit in strijd is met de rechtszekerheid. Juist om deze reden heeft ACM niet met terugwerkende kracht de MTA-tarieven gereguleerd, die eveneens door ACM op een kostengeoriënteerd maximum niveau hadden moeten worden vastgesteld (zie randnummer 74 van deze zienswijze).
90. Concluderend konden de wholesale-afnemers in het onderhavige geval een verhoging van de gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht niet voorzien en daarop niet anticiperen. Derhalve is de in het Ontwerp-besluit voorgenomen verhoging van de gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht in strijd met de rechtszekerheid.

## **E. ONZORGVULDIGE BELANGENAFWEGING IN ONTWERP-BESLUIT**

91. Hiervoor (hoofdstuk D) is toegelicht dat ACM reeds op grond van de rechtszekerheid dient te besluiten dat verhogingen van de gereguleerde tariefplafonds niet met terugwerkende kracht in werking dienen te treden.
92. In het onderhavige geval dient echter ook afgezien van de rechtszekerheid op grond van de betrokken zwaarwegende belangen van wholesale-afnemers als Tele2 en Online.nl tot de conclusie te worden gekomen dat terugwerkende kracht van verhogingen van de gereguleerde tariefplafonds niet aan de orde kan zijn.

### **E.1 De belangenafweging in het Ontwerp-besluit is ten onrechte beperkt tot een toetsing aan de rechtszekerheid**

93. De aanvullende belangenafweging, die onafhankelijk van de toetsing aan de rechtszekerheid dient plaats te vinden, ontbreekt ten onrechte in het Ontwerp-besluit. Zo stelt ACM in randnr. 76 Ontwerp-besluit slechts dat

*"de direct betrokken belangen de financiële belangen van de betrokken partijen zijn. Deze belangen zijn ingebed in het belang dat de partijen hebben bij rechtszekerheid."*

94. Ook in randnummer 94 beperkt ACM zich tot het belang van de rechtszekerheid

*"ACM overweegt dat het belang van de rechtszekerheid zich er in dit geval tegen verzet om de tariefplafonds op de datum van dit besluit in werking te doen treden."*

95. In randnummer 96 van het Ontwerp-besluit wordt ten aanzien van de verderstrekende belangenafweging slechts volstaan met de niet onderbouwde overweging dat:

*“geen zwaarder belang voor een van de partijen (KPN en wholesale-afnemers) kan worden aangetoond”.*

96. Los van de gebrekkige toetsing aan de rechtszekerheid welke hiervoor in hoofdstuk D is toegelicht, ontbreekt in het Ontwerp-besluit derhalve een zorgvuldige belangenafweging, die mede in het licht van een toetsing aan de doelstellingen van de regulering dient plaats te vinden.

## **E.2 Belangenafweging verzet zich tegen terugwerkende kracht**

97. Ook afgezien van een toetsing aan de rechtszekerheid dient in het onderhavige geval op grond van een zorgvuldige weging van de betrokken belangen te worden geconcludeerd dat van een verhoging van de gereguleerde tariefplafonds met terugwerkende kracht geen sprake kan zijn om de navolgende redenen.

***Rekening houden met tariefsverhogingen “met terugwerkende kracht” op eindgebruikersniveau is de jure en de facto onmogelijk***

98. Zelfs indien een verhoging van tariefplafonds met terugwerkende kracht voorzienbaar was geweest, dan hadden Tele2 en Online.nl hiermee geen rekening kunnen houden, noch door het aanleggen van een boekhoudkundige voorziening (aangezien noch een mogelijke verhoging, noch de aangepaste tarieven voor wholesale-afnemers voorzienbaar waren) noch door bij hun eindgebruikers hogere retailtarieven in rekening te brengen. Het achteraf doorberekenen van een naheffing door KPN aan eindgebruikers behoort eveneens niet tot de mogelijkheden. Dit is niet alleen praktisch en commercieel gezien ondoenlijk, maar ook juridisch onmogelijk.
99. Tele2 en Online.nl onderschrijven dat het met terugwerkende kracht in rekening brengen van tariefsverhogingen aan consumenten onmogelijk is op grond van het BW en het consumentenrecht. Alleen al uit de tekst en de systematiek van artikel 7.2 Tw. volgt dat elke wijziging van voorwaarden en tarieven die in het nadeel van de klant kan zijn *vooraf* aan de klant meegedeeld dient te worden en wel op een dusdanig tijdstip dat de klant nog de keuze heeft om de wijziging al dan niet te accepteren. Daarnaast geldt dat een voorbehoud om met terugwerkende kracht alsnog tarieven in rekening te brengen zowel op wholesale (WBA) niveau als op retailniveau volstrekt onbruikbaar is en derhalve voor klanten onacceptabel gegeven ook het feit dat KPN een dergelijke voorwaarde niet stelt.
100. Dit alles wordt door ACM terecht vastgesteld in randnr. 89 Ontwerp-besluit, waar ACM overweegt dat het voor wholesale-afnemers als Tele2 en Online.nl zowel de jure als de facto *“niet mogelijk is om een naheffing alsnog door te berekenen aan hun eindgebruikers”*), zodat een eventuele naheffing volledig ten laste van bedrijfsreserves moet komen (randnr. 94 Ontwerp-besluit).
101. In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat het voor Tele2 en Online.nl ook niet mogelijk was geweest om in hun tariefstelling richting eindgebruikers een latere tariefsverhoging van de wholesale-tarieven in te calculeren. Zelfs indien marktpartijen als Tele2 en Online.nl hadden moeten weten of zelfs maar hadden kunnen voorzien dat zij op wholesale niveau (met terugwerkende kracht) hogere wholesale-tarieven aan KPN zouden moeten gaan betalen, dan hadden zij daarmee in hun tarifiering jegens klanten

geen rekening kunnen houden. De retailprijzen liggen op een door de markt bepaald niveau. Verhoging boven dat niveau wordt afgestraft. Zie voor een nadere toelichting de bedrijfsvertrouwelijke **bijlagen 1 en 2**.

102. Het bewijs dat marktpartijen niet in staat waren om deze extra kosten volgens het Ontwerp-besluit in hun retailtarieven te verwerken blijkt voorts al uit het feit dat partijen de afgelopen jaren überhaupt géén significante groei hebben doorgemaakt. Zie eveneens de bedrijfsvertrouwelijke **bijlagen 1 en 2**.
103. Verder is duidelijk dat KPN, door indertijd geen voorlopige voorziening te vragen en door evenmin bekend te maken welke wholesale-tarieven volgens haar in rekening hadden mogen worden gebracht, ervoor heeft gekozen (of: op de koop toe heeft genomen) dat er met betrekking tot de in het verleden betaalde tarieven een situatie heeft kunnen ontstaan die niet kan worden gewijzigd zonder onevenredige benadeling van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk eindgebruikers.

***Belangenafweging in Ontwerp-besluit ongemotiveerd, willekeurig en onbegrijpelijk***

104. Daarnaast is de belangenafweging in het Ontwerp-besluit ongemotiveerd, willekeurig en onbegrijpelijk.
105. De 'belangenafweging' in het Ontwerp-besluit lijkt beperkt te zijn door een enkele overweging (in randnr. 96), waarin ACM stelt dat de helft van de schade door de markt en de helft door KPN moet worden gedragen. Dit omdat volgens ACM *“geen zwaarder belang voor één van beide partijen (KPN en wholesale-afnemers) kan worden aangetoond”*. Om deze reden is, zo meent ACM, *“het passend [...] om de gewijzigde tariefplafonds in werking te laten treden op het moment waarop de totale som naheffingen in twee gelijken delen gedeeld wordt”*.
106. In de eerste plaats miskent ACM aldus dat een euro voor een dominante marktpartij als KPN niet op één lijn kan worden gesteld met een euro voor Tele2 en Online.nl die zich met zeer krappe marges en voortdurend onderbieden van de retailprijzen van KPN enerzijds en hoge wholesale inkoopkosten anderzijds met veel moeite in de markt staande proberen te houden en die bovendien qua omvang in Nederland niet met KPN te vergelijken zijn.
107. Daarnaast is onduidelijk om welke redenen ACM meent dat er *“geen zwaarder belang kan worden aangetoond voor een van de partijen”*. KPN is niet in haar marktpositie benadeeld als gevolg van het feit dat op wholesaleniveau is uitgegaan van de in het WPC IIa besluit gereguleerde tariefplafonds. Omgekeerd worden Tele2 en Online.nl ernstig in hun marktpositie aangetast, indien zij thans alsnog met een claim over het verleden worden geconfronteerd die zij uit eigen middelen dienen te voldoen.
108. Bovendien miskent ACM dat de in het Ontwerp-besluit gekozen datum onzorgvuldig is omdat deze twee wholesale afnemers - Tele2 en Online.nl – onevenredig hard treft en derhalve in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Hoewel in de volledige periode van het WPC-IIa besluit meer wholesale afnemers dan deze twee ondernemingen actief waren, worden de schadelijke gevolgen – mede als gevolg van de willekeur bij het leggen van de knip – vrijwel volledig bij Tele2 en Online.nl gelegd. Ook dit leidt ertoe dat Tele2 en Online.nl onevenredig door het Ontwerp-besluit worden geraakt.
109. ACM meet ook met twee maten door enerzijds in het Ontwerp-besluit ten koste van Tele2 en Online.nl tariefplafonds met terugwerkende kracht te verhogen, terwijl an-

derzijds in andere gevallen, waarin gereguleerde tariefplafonds ten koste van Tele2 en Online.nl te hoog zijn vastgesteld juist niet wordt overgegaan tot correctie met terugwerkende kracht.

110. Zie in dit verband de regulering van de MTA-tarieven, de WPC-I tarieven en de IOR-tarieven.<sup>22</sup>
111. Tele2 en Online.nl wijzen er in dit verband nogmaals op dat ACM in andere gevallen nadrukkelijk heeft afgezien van tariefregulering met terugwerkende kracht. Onlangs nog stelde de toezichthouder zich op het standpunt dat er geen aanleiding is om voor zgn. mobiele afgiftetarieven (MTA) tariefplafonds te bepalen. Dit omdat:

*“het opleggen van regulering, waaronder tariefplafonds, niet meer kan bijdragen aan de reguleringsdoelstellingen van ACM, te weten het bereiken van positieve effecten voor de eindgebruiker in de vorm van tariefverlagingen.”*

Zie brief van ACM aan UPC van 21 februari 2014 (ACM/DTVP/2014/201080) te vinden op de website van ACM.
112. Anders dan in dit besluit van 21 februari 2014 ontbreekt in het Ontwerp-besluit elke toetsing aan reguleringsdoelstellingen. ACM dient ook in het herstelbesluit voor WPC IIa in het licht van de reguleringsdoeleinden de door haar geïdentificeerde belangen tegen elkaar af te wegen. In deze afweging moet worden beoordeeld op welke wijze het herstelbesluit bijdraagt aan het bevorderen van concurrentie en aan efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur en aan innovatie, alsmede op welke wijze de belangen van eindgebruikers wat betreft prijs, kwaliteit en keuze het best worden bevorderd. Uiteraard moet deze beoordeling worden gedaan met inachtneming van alle op dit moment bekende relevante feiten en omstandigheden (d.w.z. *ex nunc*).
113. Ten onrechte worden deze afwegingen in het Ontwerp-besluit niet gemaakt en vindt de toetsing aan de beleidsdoelstellingen voor de regulering van artikel 1.3 lid 1 Tw. en artikel 8 Kaderrichtlijn in het Ontwerp-besluit niet plaats.

## F. CONCLUSIE

114. Op grond van het voorgaande menen Tele2 en Online.nl dat het Ontwerp-besluit ingrijpend gewijzigd zou moeten worden, teneinde enerzijds de relevante feiten met betrekking tot de levensduur van het kopernetwerk van KPN in aanmerking te nemen en op de juiste wijze te beoordelen en anderzijds op zorgvuldige wijze de belangen van de betrokken partijen met het oog op de beginselen van rechtszekerheid, gelijkheid en redelijkheid af te wegen.
115. Dit alles dient ertoe te leiden dat ACM in het te nemen Herstelbesluit afziet van een verhoging van de tariefplafonds in het WPC IIa besluit, en daaraan in geen geval terugwerkende kracht zal verbinden.
116. Tele2 en Online.nl zijn graag bereid om hun zienswijzen nader toe te lichten.

---

<sup>22</sup> Zie regulering MTA-tarieven: FTA-MTA-3-besluit, 7 juli 2010 (OPTA/ACM/2010/201951), regulering WPC I-tarieven: WPC-I-besluit, 27 september 2006 (OPTA/TN/2006/201811), regulering IOR-tarieven: WLR II-besluit d.d. 16 december 2009 (OPTA/AM/2009/203473), Herstelbesluit WLR II d.d. 23 november 2010 (OPTA/AM/2010/203284) en Besluit aanpassing WLR II-besluit en Herstelbesluit WLR II, 27 juni 2013 (ACM/DTVP/2013/202257).

**OVERZICHT VAN BIJLAGEN**  
BEHORENDE BIJ DE SCHRIFTELIJK ZIENSWIJZE  
NAMENS TELE2 EN ONLINE.NL

D.D. 12 MAART 2013

**BEDRIJFSVERTROUWELIJKE BIJLAGEN SLECHTS TER KENNISNEMING ACM**

- Bijlage 1**    **BEDRIJFSVERTROUWELIJKE** bijlage Tele2
- Bijlage 2**    **BEDRIJFSVERTROUWELIJKE** bijlage Online.nl
- Bijlage 3.a**    Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag 2008
- Bijlage 3.b**    Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag 2009
- Bijlage 3.c**    Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag 2010
- Bijlage 3.d**    Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag 2011
- Bijlage 3.e**    Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag 2012
- Bijlage 3.f**    Relevante pagina's uit KPN's jaarverslag 2013
- Bijlage 3.g**    Presentatie over All IP tijdens de KPN Wholesale klantendag van 29 maart 2006, zie met name slides 6, 11 en 12
- Bijlage 3.h**    KPN presentatie Workshop WBA 16 februari 2012
- Bijlage 3.i**    Bernstein Research "KPN: CEO Unplugged - An Exclusive Q&A with Eelco Blok", 9 January 2014
- Bijlage 3.j**    Presentaties KPN Capital Markets Day – 19 februari 2014
- A. The Netherlands
- B. Industry Trends
- Bijlage 3.k**    Dialogic concept rapport d.d. 21 februari 2014
- Bijlage 3.l**    Artikel Tweakers.net "Snelle uitrol dekkend glasvezelnetwerk moet prioriteit zijn" (2010)
- Bijlage 4**    Disclaimer Tariff Schedule for MDF-services
- Bijlage 5**    E-mail van Tele2 aan KPN d.d. 2 mei 2010
- Bijlage 6**    Annex 8 bij de EDC-rapportage met vertrouwelijke aanpassing afschrijvingstermijn. Pas in het aanvullend beroepschrift d.d. maart 2010 werd duidelijk dat de door KPN in deze annex zwartgemaakte aanpassing van de terugverdientijd betrekking had op een verkorting van de levensduur van het kopernetwerk van 20 naar 15 jaar.