



Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/207070_OV
Zaaknummer: 14.1207.32.1.01

Datum: 14 januari 2016

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. tegen het boetebesluit van 23 juni 2015. Bezwaar ongegrond. Geen wijziging van de opgelegde boete voor de overtreding van de transparantieplichting, de non-discriminatieplichting en de ND-5verplichting in verband met de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul.

Pagina
1/14

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 23 juni 2015 (kenmerk ACM/DJZ/2015/201745; hierna het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) aan Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. gezamenlijk (hierna: KPN) een boete opgelegd van € 2.000.000,-.
2. Tegen dit besluit heeft KPN bij brief van 3 augustus 2015 bezwaar gemaakt. Bij brief van 9 oktober 2015 heeft KPN de gronden van bezwaar aangevuld.
3. Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) heeft ACM bij brief van 3 augustus 2015 verzocht als belanghebbende tot de bezwaarprocedure te worden toegelaten.
4. ACM heeft zich bij brief van 3 november 2015 op het standpunt gesteld dat Tele2 kan worden beschouwd als belanghebbende bij het boetebesluit van 23 juni 2015. ACM heeft aangegeven dat dit een voorlopige standpunt betreft en dat zij in de beslissing op bezwaar zal beoordelen of zij dit standpunt handhaaft.
5. Op 24 november 2015 heeft op het kantoor van ACM een hoorzitting plaatsgevonden.
6. KPN heeft op 8 december 2015 uit eigen beweging een nader stuk ingediend. Hierop heeft Tele2 bij brief van 23 december 2015 gereageerd.

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl



**Besluit
Openbaar**

II. Het bestreden besluit

7. In het bestreden besluit heeft ACM vastgesteld dat KPN heeft gehandeld in strijd met de aan haar krachtens artikel 6a.2 in samenhang met artikel 6a.9 Telecommunicatiewet (hierna: Tw) opgelegde transparantieplichting, omdat zij geen toereikend referentieaanbod bekend heeft gemaakt voor de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul MB.
8. Verder heeft ACM vastgesteld dat KPN heeft gehandeld in strijd met de aan haar krachtens artikel 6a.2 in samenhang met artikel 6a.8 Tw opgelegde non-discrimatieplichting en ND-5verplichting. KPN heeft de variant van SDF-backhaul MB alleen aan haar downstream gelegen bedrijven aangeboden en geleverd. Verder heeft zij haar eigen downstreambedrijf een wholesaletarief in rekening gebracht waardoor andere afnemers als gevolg van margeuitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten hebben kunnen aanbieden.
9. Voor deze overtredingen heeft ACM in totaal een boete van € 2.000.000,- opgelegd aan KPN.

III. Bezwaargronden

10. Het aanvullend bezwaarschrift van KPN telt vijftig pagina's. Omwille van de leesbaarheid wordt hieronder alleen de kern van bezwaargronden weergegeven. Paragraaf V. van dit besluit behelst vanzelfsprekend wel een volledige beoordeling van de bezwaren door ACM.

Transparantieplichting

11. KPN betoogt dat ACM het in 2006 uitgebrachte aanbod SDF-backhaul MB ten onrechte niet als een toereikend referentieaanbod heeft aangemerkt. Het primaire doel van een referentieaanbod is volgens KPN het bieden van een uitgangspunt voor verdere onderhandeling. Het aanbod uit 2006 was volgens KPN ruimschoots voldoende voor dit primaire doel.
12. Subsidiair voert KPN aan dat haar aanbod uit februari 2009 voor SDF-backhaul GT (Gigabit Transport; een verbinding die uitkoppelt op MC-niveau) kwalificeert als een toereikend referentieaanbod. Daaraan doet volgens KPN niet af dat dit aanbod geen tarieven omvatte. KPN wijst in dit verband onder meer op de rol die ACM heeft gehad bij de tariefregulering.
13. *Non-discrimatieplichting en ND-5verplichting*
Verder betoogt KPN dat ACM ten onrechte overtreding van de non-discrimatieplichting en ND-5verplichting niet afzonderlijk heeft beoordeeld. Specifiek ten aanzien van de overtreding van de non-discrimatieplichting voert KPN aan dat zij al eerder dan 10 februari 2012 SDF-backhaul MB heeft aangeboden en dat er geen enkele andere wholesalepartij daadwerkelijk



**Besluit
Openbaar**

belangstelling had voor deze bijbehorende faciliteit. Voor elke potentiële wholesaleafnemer was kenbaar dat KPN bereid was om in te gaan op elk redelijk verzoek om SDF-backhaul te leveren.

14. Specifiek ten aanzien van ND5-verplichting betoogt KPN dat er onvoldoende bewijs is om te concluderen tot een overtreding. Het hanteren van een onjuiste kostengrondslag toont volgens KPN niet aan dat sprake was van margeuitholling. Verder is volgens KPN onduidelijk van welke tarieven zij in de ND-5berekeningen had moeten uitgaan. Dit mede aangezien KPN zelf gebruik maakte van een variant van SDF-backhaul die technisch niet equivalent is aan SDF-backhaul GT.
15. Ook ingeval dat KPN tot eind 2011 in haar ND-5toetsen niet had mogen rekenen met de lange termijn incrementele kosten (hierna: LRIC), hetgeen uitmondde in een kostprijs van circa (xxx) per dienst, kan volgens KPN niet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van margeuitholling. Dit geldt volgens KPN ongeacht of de berekening wordt gebaseerd op:
 - (i) de tarieven voor SDF-backhaul MB uit het aanbod van 2006;
 - (ii) de tarieven voor SDF-backhaul GT die KPN ten hoogste had mogen berekenen, indien ACM in zoverre tot tariefregeling zou zijn overgegaan;
 - (iii) de tarieven voor SDF-backhaul MB uit het aanbod van 10 februari 2012.
16. KPN voert aan dat de geconstateerde overtreding van het verbod op margeuitholling berust op een door ACM verlangde correctie van de berekeningen in verband met de toewijzing van gemeenschappelijk kosten van SDF-backhaul aan de verschillende diensten die van deze verbinding gebruik maken. KPN bestrijdt dat zij op grond van het ULL 2010 en 2011 gehouden zou zijn om deze gemeenschappelijke kosten op de door ACM verlangde wijze toe te wijzen. Volgens KPN gold tot 2012 een incrementele benadering bij de invulling van de ND-5verplichting. In haar nadere stuk heeft KPN in dit verband een tweetal citaten uit verslagen van 4 en 8 oktober 2010 weergegeven die deze incrementele benadering zouden bevestigen.

Overige bezwaargronden

17. Daarnaast voert KPN aan dat de boetebevoegdheid is vervallen voor zover de overtredingen meer dan vijf jaar voorafgaand aan het bestreden besluit zijn begaan, dan wel dat er reden is de boete te matigen vanwege de trage besluitvorming door ACM. KPN is ook van mening dat overtredingen korter hebben geduurd en dat de betrokken omzetten lager zijn dan in het bestreden besluit is vermeld.
18. Wat betreft de ernst van de overtredingen betoogt KPN dat in dit geval sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die meebrengen dat negatieve gevolgen voor de concurrentie niet kunnen worden verondersteld. KPN wijst in dit verband onder meer op het ontbreken van belangstelling uit de markt voor SDF-access. Ook meent KPN dat zij te goeder trouw ND-



**Besluit
Openbaar**

5berekeningen heeft uitgevoerd die zijn gebaseerd op beredeneerde uitgangspunten.

19. In het kader van de verwijtbaarheid voert KPN aan dat ACM bekend was met het aanbod uit 2006. ACM heeft volgens KPN pas in maart 2012 duidelijk gemaakt het niet eens te zijn met de door KPN gehanteerde toewijzing van gemeenschappelijke kosten bij de ND5-berekeningen. Ten slotte stelt KPN zich op het standpunt dat in dit geval geen sprake is van recidive en dat de door ACM door opgelegde boete onevenredig hoog is.

IV. Overwegingen

IV.1 Belanghebbendheid Tele2

20. Tele2 heeft er als concurrent belang bij dat KPN de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul op transparante en non-discriminatoire wijze aanbiedt, hetgeen tevens inhoudt dat KPN gelijke voorwaarden hanteert als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf. Dit (concurrentie)belang van Tele2 is naar het oordeel van ACM niet op een rechtstreekse wijze betrokken bij het bestreden boetebesluit. Weliswaar is ACM in dit geval een onderzoek gestart naar mogelijke overtredingen door KPN naar aanleiding van een signaal van Tele2, maar dit neemt niet weg dat ACM op grond van artikel 15.1, tweede lid, Tw is belast met het toezicht op de naleving en dat zij uit eigen beweging is overgegaan tot het opleggen van een boete. De opgelegde boete is gericht op bestraffing, hetgeen wil zeggen het toevoegen van leed aan de overtreder. ACM vindt steun voor deze opvatting in onder meer de uitspraak van de Hoge Raad van 7 januari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BL0214). Tele2 heeft geen rechtstreeks (concurrentie)belang bij het toevoegen van leed aan KPN. Dit is in lijn met de op de hoorzitting door Tele2 gegeven verklaring dat zij op zichzelf genomen geen belang heeft bij de boete, omdat deze niet ten gunste van haar komt.

21. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Tele2 niet kan worden aangemerkt als belanghebbende bij het bestreden besluit. ACM laat om deze reden de inhoudelijke opmerkingen van Tele2 in deze bezwaarprocedure buiten beschouwing.

IV.2 Transparantieverplichting

22. ACM ziet in het bezwaar geen aanknopingspunt voor het oordeel dat KPN niet in strijd met de transparantieverplichting heeft gehandeld. Daartoe verwijst ACM in de eerste plaats naar de randnummers 32 en 34 van het bestreden besluit. In aanvulling hierop overweegt ACM het volgende.
23. KPN stelt dat zowel het aanbod uit 2006 als 2009 kwalificeert als een afdoende referentieaanbod. ACM constateert dat deze stelling wordt gelogenstraft door hetgeen KPN in het kader van het onderzoek van ACM voor het boeterapport naar voren heeft gebracht. Nadat



**Besluit
Openbaar**

OPTA op 26 april 2012 het vermoeden van een overtreding heeft uitgesproken en heeft gevraagd naar het aanbod voor SDF-backhaul, heeft KPN zelf op 7 mei 2012 aangegeven dat dit aanbod tot 2012 louter bestond uit de SDF-backhauldienst GT met uitkoppeling op MC-niveau. Dit terwijl KPN aangeeft intern altijd SDF-backhaul met uitkoppeling op MB-niveau te hebben afgenomen.

24. Vervolgens heeft KPN op 25 mei 2012 andermaal verklaard dat andere varianten dan SDF-backhaul GT nooit zijn uitgewerkt en gepubliceerd. Eerst toen in het opgemaakte boeterapport een overtreding van de transparantieverplichting werd geconstateerd stelde KPN zich op het standpunt dat zij reeds in 2006 een aanbod SDF-backhaul MB zou hebben gedaan.
25. ACM gaat uit van de juistheid van in het kader van het onderzoek door KPN afgelegde verklaringen. Aan de latere verklaringen die daarop terugkomen of daarmee onverenigbaar zijn, komt niet de betekenis toe die KPN daaraan toekent. Volgens vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie komt aan dergelijke verklaringen weinig betekenis toe, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die tot een andere conclusie nopen.¹ ACM is van oordeel dat daarvan geen sprake is.
26. Daarbij overweegt ACM dat KPN tot tweemaal toe – terwijl aan haar was medegedeeld dat er een vermoeden van een overtreding bestond en aan haar bovendien de cautie was gegeven – heeft verklaard dat er slechts sprake was van een referentieaanbod dat bestond uit de SDF-backhauldienst GT met uitkoppeling op MC-niveau.
27. Daarenboven acht ACM het van belang dat op de website van KPN tot op heden via het keuzemenu voor de SDF-backhauldiensten de volgende publicatie is te vinden (figuur 1; markering door ACM)². Uit deze publicatie volgt dat KPN pas op 10 februari 2012 heeft aangekondigd dat er naast de bestaande SDF-backhaul op MC-niveau vanaf dat moment ook een dienst op MB-niveau werd aangeboden.

5/14

¹ Bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2009:BK4309; ECLI:NL:RVS:2005:AU8477; ECLI:NL:CRVB:2010:BO4810; ECLI:NL:RBUTR:2007:3398 en ECLI:NL:RBGEL:2015:3834.

² <https://www.kpn-wholesale.nl/nl/over-kpn-wholesale/nieuws/tweede-variant-SDF-backhaul.aspx> (documentnr. 2014203620)



Besluit
Openbaar



Datum
10 februari 2012
Onderwerp
SDF Backhaul

Tweede variant SDF Backhaul

Voor een betrouwbare verbinding tussen uw netwerkknooppunten bieden we u nu een variant op SDF Backhaul via een MB-locatie (Metro Bridge). Naast de bestaande koppeling van lokale naar regionale netwerken via een MC-locatie (Metro Core) kunt u nu ook kiezen voor de mogelijkheid om uw verkeer te transporteren naar een MB-locatie. SDF Backhaul is een dienst voor partners die al SDF Access en/of SDF Collocatie afnemen bij KPN Wholesale.

U vindt de nieuwe tarievenlijst met de twee varianten op onze website.

Figuur 1

28. Al vanwege de hiervoor genoemde verklaringen en publicatie treft het bezwaar van KPN ten aanzien van de schending van de transparantieplichting geen doel. Maar zelfs als ACM hieraan voorbij zou gaan, zou zij geen aanknopingspunt zien voor een ander oordeel ten aanzien van dit bezwaar. Zowel het aanbod uit 2006 als 2009 kwalificeert namelijk niet als toereikend referentieaanbod.
29. Uitgangspunt van de transparantieplichting als bedoeld in artikel 6a.9 Tw is het toegankelijk maken van essentiële informatie over de toegang tot netwerken en bijbehorende faciliteiten, zodat andere ondernemingen in staat zijn snel duidelijkheid te verkrijgen over wat (technisch) mogelijk is en op welke wijze efficiënt en snel de noodzakelijke toegang kan worden gerealiseerd.³ Een referentieplichting vormt een bijzondere vorm van deze transparantieplichting die er toe dient om toegangsbelemmeringen en beperkingen van de mededinging te remediëren.⁴ Een referentieaanbod dient dan ook kenbaar, gespecificeerd en uitgesplitst te zijn.⁵
30. De aankondiging uit 2006 waarnaar KPN in bezwaar verwijst, is onvoldoende om als zodanig te kwalificeren. Daarbij verwijst ACM allereerst naar randnummer 33 van het bestreden besluit. ACM overweegt dat in de brief van 10 november 2006 wordt gesproken over een pilot die beschikbaar wordt gesteld aan wholesaleklanten in het kader van de kleinschalige All-IP

³ Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 121

⁴ Vergelijk ECLI:NL:CBB:2011:BR6195 (ro. 4.7.3.2) en Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 122

⁵ Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 23, p. 77 t/m 78, p. 122



Besluit
Openbaar

testprojecten in Diemen, Den Haag-Bezuidenhout en Enschede. De reguliere SDF Backhaul dienstverlening was op dat moment, zo blijkt uit deze brief, nog in ontwikkeling en in deze brief wordt gesteld: “De pilot versie heeft een projectmatig en tijdelijk karakter” (onderstreping ACM).

31. Verder constateert ACM dat de brief een aankondiging van de ontwikkeling en eventueel toekomstig aanbod van de diensten SDF-backhaul op zowel MC als MB niveau behelst. Daarbij geeft KPN expliciet aan dat de daadwerkelijke reguliere dienstverlening nog in ontwikkeling is. Dat de betreffende dienst op dat moment nog geen onderdeel was van een volwaardig aanbod blijkt niet alleen aan het zeer kleinschalige en tijdelijke karakter van de pilot, maar ook uit het feit dat KPN in aanvullend bezwaar zelf expliciet aangeeft dat de dienst op dat moment nog niet uitontwikkeld was.
32. De aankondiging in 2006 van een tijdelijke projectmatige pilot op slechts drie locaties kan dan ook bezwaarlijk met terugwerkende kracht – na de inwerkingtreding van de ULL 2010 – alsnog als een volwaardig referentieaanbod worden gezien. De aankondiging van de pilot is op enig moment uit het keuzemenu op de website van KPN gehaald en tijdens het onderzoek naar de overtreding waren de eigen medewerkers van KPN niet bekend met enig referentieaanbod ter zake van SDF-backhaul MB.
33. De opvatting van KPN dat het aanbod afdoende was omdat dit voldeed aan het primaire doel van een referentieaanbod – namelijk het faciliteren van verdere onderhandelingen – vindt geen steun in het recht. Deze zienswijze staat haaks op wetsgeschiedenis bij de invoering van artikel 6a.9 Tw waaruit blijkt dat de wetgever heeft beoogd middels de transparantieplichting langdurige onderhandelingen te voorkomen.⁶ Nu er in 2006 slechts sprake is geweest van een pilot en de aankondiging van een nog uit te werken dienst, is er volgens ACM dan ook geen sprake van een concreet, gespecificeerd en uitgewerkt referentieaanbod in de zin van artikel 6a.9 Tw.
34. Om de voornoemde redenen kan ook hetgeen in bezwaar is aangevoerd over de bekendmaking in 2009 KPN niet baten. Immers betreft het hier een aanbod van de variant SDF-backhaul GT met een uitrol op MC-niveau. Voor zover hier sprake is van een referentieaanbod met betrekking tot deze laatstgenoemde dienst, brengt dit niet met zich dat er een kenbaar, gespecificeerd en uitgesplitst referentieaanbod voor de variant SDF-backhaul MB is gedaan. Reeds om hetgeen ACM hiervoor ten aanzien van de mededeling in 2006 heeft overwogen is van een toereikend referentieaanbod voor SDF-backhaul MB geen sprake.
35. Tot slot overweegt ACM dat ook een beroep op het vertrouwensbeginsel dient te worden afgewezen. In het ULL 2008 wordt slechts over SDF-backhaul in zijn algemeenheid gesproken.

⁶ Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 122



**Besluit
Openbaar**

Uit dit marktanalysebesluit noch andere feiten en omstandigheden heeft KPN het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontleenen dat ACM niet handhavend zou optreden ten aanzien van de overtreding van transparantieverplichting.

36. Het bezwaar van KPN op dit punt is dan ook ongegrond.

IV.3 Non-discriminatieverplichting en ND-5verplichting

37. ACM ziet in het bezwaar evenmin een aanknopingspunt voor het oordeel dat KPN niet in strijd met de non-discriminatieverplichting en de ND-5 verplichting heeft gehandeld. Daartoe verwijst ACM in de eerste plaats naar de randnummers 38 tot en met 44 van het bestreden besluit. In aanvulling hierop overweegt ACM het volgende.

Non-discriminatieverplichting

38. Op grond van het ULL 2010 en 2011 is KPN verplicht om toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze non-discriminatieverplichting als bedoeld in artikel 6a.8 Tw strekt ertoe om bij het verlenen van toegang ondernemingen gelijk te behandelen als er gelijke omstandigheden gelden. Als naast een plicht tot bekend maken van een referentieaanbod ook een non-discriminatieverplichting als bedoeld in artikel 6a.8 Tw is opgelegd, brengt laatstgenoemde verplichting met zich mee dat het de onderneming verboden is informatie over toegang achter te houden of later te verstrekken aan andere ondernemingen dan aan haar eigen bedrijfsonderdelen of dochterbedrijven.⁷

39. ACM constateert, onder verwijzing naar randnummer 52 tot en met 55 van het onderzoeksrapport, dat de retailorganisatie van KPN tot 10 februari 2012 als interne wholesaleafnemer SDF-backhaul MB bij zichzelf heeft afgenomen, maar dat deze dienst niet aan externe afnemers is aangeboden. Tot die tijd bood KPN aan laatstgenoemde afnemers slechts SDF-backhaul op MC-niveau aan tegen een significant hoger tarief dan SDF-backhaul MB. Daarmee heeft KPN voormelde non-discriminatieverplichting geschonden.

40. De stelling van KPN dat van discriminatoir handelen geen sprake kan zijn, nu externe afnemers nimmer een concreet verzoek hebben gedaan tot levering van SDF-backhaul MB, is onjuist. Een schending van de non-discriminatieverplichting ontstaat niet pas bij een weigering om SDF-backhaul MB op verzoek aan te bieden aan andere afnemers dan aan de eigen (dochter)onderneming, maar reeds bij het niet actief aanbieden van de betrokken dienst, terwijl daarvan wel zelf gebruik wordt gemaakt. Het is KPN immers verboden informatie over toegang achter te houden of later te verstrekken aan andere ondernemingen dan aan haar eigen bedrijfsonderdelen of dochterbedrijven. Het gevolg hiervan was dat andere afnemers dan KPN en haar (dochter)ondernemingen een informatieachterstand opliepen waardoor er geen sprake

⁷ Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 122



**Besluit
Openbaar**

was van gelijke omstandigheden in gelijke gevallen voor alle afnemers.

41. Uit de jurisprudentie⁸ blijkt ook dat voor het vaststellen van een overtreding van het discriminatieverbod op zichzelf niet relevant is dat achteraf is gebleken dat er weinig belangstelling was. Deze omstandigheid dient voor rekening en risico van KPN te blijven, mede omdat zij – zoals hiervoor is overwogen – tot 10 februari 2012 heeft verzuimd een toereikend referentieaanbod SDF-backhaul MB uit te brengen.
42. KPN heeft kortom de non-discriminatieverplichting geschonden enerzijds door zelf gebruik te maken van SDF-backhaul MB en anderzijds door deze variant niet aan andere afnemers aan te bieden dan wel een verzoek tot afname daarvan passief af te wachten.

ND-5verplichting

43. De non-discriminatieverplichting houdt tevens in dat tariefdifferentiatie niet is toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream gelegen bedrijven een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van margeuitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.
44. De ND-5verplichting oftewel het verbod van margeuitholling is nader geoperationaliseerd in het ULL 2010 en 2011. Deze operationalisering brengt mee dat KPN's downstreamdiensten prijstechnisch repliceerbaar moeten zijn. Om te beoordelen of een downstreamdienst repliceerbaar is op basis van KPN's voortbrengingswijze dient de downstreamtariefstelling van KPN, voor zover hier van belang, in ieder geval de inkoopkosten van de gereguleerde wholesalebouwstenen gebaseerd op de tarieven uit het referentieaanbod te dekken. Pas als deze kosten worden terugverdiend wordt het voordeel dat KPN heeft van verticale integratie voldoende geremedieerd. In het geval het tarief van een downstreamdienst voormelde kosten niet dekt, wordt geconcludeerd dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door een gereguleerde wholesalebouwsteen (impliciet) tegen een lager tarief aan zichzelf te leveren dan opgenomen in het referentieaanbod.
45. ACM stelt vast dat KPN tot april 2012 de kosten van SDF-backhaul in haar ND-5 toetsen heeft beschouwd als lange termijn incrementele kosten (hierna: LRIC). Dit mondde uit in een kostprijs van circa (xxx) per dienst. Ten einde te beoordelen of sprake is geweest van margeuitholling heeft ACM KPN meerdere malen verzocht nieuwe dan wel aanvullende berekeningen te overleggen.⁹ Daarbij heeft ACM aangegeven dat deze berekeningen niet op LRIC, maar op (i) het inmiddels gepubliceerde tarief voor SDF-backhaul MC en (ii) een versnijding van het

9/14

⁸ ECLI:NL:CBB:2007:BB4250

⁹ Bij e-mail van 21 december 2012 (2013303896), brief van 16 april 2013 (2013200904) en brief van 25 juni 2013 (2013201984)



Besluit
Openbaar

backhaultarief naar rato van het aantal lijnen dat in gebruik is, dienen te worden gebaseerd. Uit de berekeningen die KPN naar aanleiding hiervan heeft overgelegd,¹⁰ volgt dat – in elk geval gedurende periode van 9 oktober 2009 tot en met 31 december 2011 – in werkelijkheid sprake is geweest van een (substantieel) hogere kostprijs dan (xxx) per dienst. Dit heeft geleid tot een zogenoemde ND-5 marge squeeze in de berekeningen oftewel margeuitholling.

46. ACM stelt vast dat de bezwaargronden van KPN zich richten tegen de uitgangspunten die ACM heeft gevraagd in acht te nemen bij het aanleveren van voormelde berekeningen. Voor zover KPN heeft aangevoerd dat onduidelijk is van welke tarieven zij in de ND-5berekeningen moest uitgaan, overweegt ACM het volgende. Volgens het ULL 2010 en 2011 dient de downstreamtariefstelling van KPN in ieder geval de inkoopkosten van de gereguleerde wholesalebouwstenen gebaseerd op de tarieven uit het referentieaanbod (onderstreping ACM) te dekken. In lijn hiermee heeft ACM aan KPN verzocht de nieuwe berekeningen te baseren op het inmiddels gepubliceerde tarief voor SDF-backhaul MC. Dit betrof het tarief voor SDF-backhaul GT welke verbinding wordt uitgekoppeld op MC-niveau. Bij gebrek aan een toereikend referentieaanbod (voor SDF-backhaul MB) konden alternatieve aanbieders in de betreffende periode namelijk alleen gebruik maken van SDF-backhaul MC.

47. Voor zover KPN bezwaren heeft aangevoerd over de toewijzing van kosten van gemeenschappelijke bouwstenen, overweegt ACM het volgende. Volgens het ULL 2010 en 2011 dient de beoordeling of een downstreamdienst repliceerbaar is, plaats te vinden op basis van KPN's voortbrengingswijze (onderstreping ACM). Dat wil zeggen dat de manier waarop KPN in de praktijk diensten voortbrengt en haar netwerk vormgeeft, het uitgangspunt is. In lijn hiermee heeft ACM aan KPN gevraagd om in de nieuwe ND-5berekeningen het gereguleerde inkooptarief SDF-backhaul MC te betrekken op basis van de werkelijke gemiddelde bezetting per straatkast. ACM heeft daarbij beredeneerd dat de werkelijke gemiddelde bezetting in de betreffende periode niet hoger kan zijn geweest dan circa (xxx). KPN heeft zelf aangegeven¹¹ dat volgens haar business plan over de periode 2012-2014 de werkelijke gemiddelde bezetting van straatkasten circa (xxx) zal bedragen. Gelet hierop ligt het in de rede dat deze gemiddelde bezetting vóór 2012 hoger zal zijn geweest.

48. Overigens heeft KPN berekeningen overgelegd waarin wordt uitgegaan van een fictieve hogere gemiddelde bezettingsgraad dan (xxx) per straatkast.¹² Uit deze berekeningen blijkt – zoals ook in randnummer 36 van het rapport is vermeld – dat zelfs wanneer zou worden uitgegaan van een gemiddelde bezettingsgraad van (xxx) per straatkast er sprake is geweest van margeuitholling. Dit illustreert dat de schending van ND-5verplichting niet erg gevoelig is voor het hanteren van een hogere gemiddelde bezettingsgraad.

¹⁰ Bij e-mail van 1 februari 2013 (2013303896), e-mail van 26 april 2013 (2013303900), e-mail van 29 mei 2013 (2013307434) en e-mail van 9 juli 2013 (2013303901)

¹¹ Intern memo van KPN van 19 maart 2012, p. 2 (2014203621)

¹² E-mail van 9 juli 2013 (2013303901)



**Besluit
Openbaar**

49. De redenering in het bezwaarschrift van KPN staat haaks op de operationalisering van de ND-5verplichting in het ULL 2010 en 2011 en slaagt om deze reden niet. De door KPN gehanteerde incrementele benadering bij de toewijzing van de kosten van SDF-backhaul aan de verschillende diensten die van deze bijbehorende faciliteit gebruik maken, komt er in wezen op neer dat de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul wordt behandeld als ware het een ongereguleerde wholesalebouwsteen. Ongereguleerde wholesalebouwstenen mogen op grond van ULL 2010 en 2011 worden gewaardeerd op basis van LRIC. SDF-backhaul is echter geen ongereguleerde, maar een gereguleerde wholesalebouwsteen. KPN's downstreamtariefstelling dient zodoende in ieder geval de inkoopkosten gebaseerd op de tarieven uit het referentieaanbod te dekken.
50. Aan de twee citaten waarnaar KPN in haar nadere stuk heeft verwezen, komt een andere betekenis toe dan KPN meent. Beide citaten hebben betrekking op ongereguleerde wholesalebouwstenen, terwijl de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul dat niet is. Daarbij komt dat uit het citaat dat afkomstig is uit het verslag van het operationeel overleg tussen OPTA en KPN van 4 oktober 2010, naar voren komt dat OPTA de visie van KPN over de incrementele benadering bij de ND-5toets niet deelt. Hierin is namelijk (ook) vermeld dat: "*OPTA niet uitsluit dat er in de tussentijd alsnog wordt ingegrepen indien er zich situaties voordoen die daartoe aanleiding geven.*" Juist de gedragingen van KPN met betrekking tot SDF-backhaul zijn aanleiding geweest voor ACM om een boete op te leggen.
51. Gezien het voorgaande acht ACM de schending van de ND-5verplichting bewezen. Het bezwaar van KPN op dit punt slaagt niet.

IV.4 Overige bezwaren

52. Het betoog van KPN dat de boetebevoegdheid deels is verjaard, faalt. Op grond van artikel 5:45, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht vervalt de bevoegdheid van ACM tot het opleggen van een boete vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. De bij het bestreden besluit opgelegde boete is opgelegd binnen deze termijn. Immers, het bestreden besluit dateert van 23 juni 2015 en de schending van zowel de transparantieverplichting als de non-discriminatieverplichting en ND-5verplichting heeft voortgeduurd tot (begin) 2012. ACM merkt in dit verband onder verwijzing naar ECLI:NL:CBB:2014:118 op dat de hiervoor genoemde termijn van vijf jaren pas een aanvang neemt op het moment dat de overtreding is beëindigd.
53. ACM ziet in het bezwaar van KPN geen aanleiding uit te gaan van een kortere duur van de overtredingen dan zij in het bestreden besluit heeft vermeld. Anders dan KPN meent, is de herinrichting van haar website in september 2010 niet relevant voor de duur van de schending



**Besluit
Openbaar**

van de transparantieplichting. De schending van de transparantieplichting hangt samen met het ontbreken tot 10 februari 2012 van een toereikend referentieaanbod SDF backhaul MB. Voormelde herinrichting van website van KPN had uitsluitend gevolgen voor de raadpleegbaarheid van het aanbod SDF-backhaul MB van KPN uit 2006 dat – zoals hiervoor is uiteengezet – niet als toereikend referentieaanbod kan worden beschouwd.

54. Evenmin ziet ACM in het bezwaar van KPN aanleiding om de betrokken omzet die is gebruikt om de basisboete vast te stellen, neerwaarts bij te stellen. De door KPN aangevoerde omstandigheid dat overtredingen geen negatief effect hebben gehad op de betrokken markten is niet relevant voor het vaststellen van de betrokken omzet. ACM wijst in dit verband op de definitie van het begrip betrokken omzet in artikel 1.1, eerste lid, van de Boetebeleidsregel ACM 2014. Hierin is vermeld, voor zover hier van belang, dat onder betrokken omzet wordt verstaan de opbrengst die een overtreder heeft behaald met de levering van goederen en diensten die direct of indirect verband houden met een overtreding, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen. Verder heeft ACM, anders dan KPN heeft aangevoerd, bij het vaststellen van de betrokken omzet de schending van de non-discriminatieplichting en ND-5verplichting niet op één hoop gegooid. ACM heeft in het bestreden besluit toegelicht dat de betrokken omzet die verband houdt met de schending van de ND-5verplichting een (klein) onderdeel vormt van de betrokken omzet die verband houdt met de schending van de non-discriminatieplichting. Door in zoverre voor beide normen gedurende één aaneengesloten periode de betrokken omzet vast te stellen, heeft ACM voorkomen dat deze dubbel wordt geteld.
55. Voor zover KPN heeft aangevoerd dat geen of in verminderde mate sprake is van verwijtbaarheid overweegt ACM in aanvulling op de randnummers 69 tot en met 72 van het bestreden besluit het volgende. ACM kan de stelling van KPN niet volgen dat haar pas in maart 2012 duidelijk is geworden dat ACM het niet eens was met de door haar gehanteerde toewijzing van gemeenschappelijke kosten van SDF-backhaul aan de verschillende diensten die van deze verbinding gebruik maken. Zoals hiervoor in randnummer 51 is vermeld, heeft OPTA reeds in oktober 2010 aangegeven de visie van KPN op dit punt niet te delen. De bewoordingen van het ULL 2010 en 2011 bieden in het geval van gereguleerde wholesalebouwstenen geen ruimte voor de KPN voorgestane incrementele benadering. Voor KPN moet dan ook voldoende duidelijk en kenbaar zijn geweest op welke wijze zij op grond van het ULL 2010 en 2011 de replicerbaarheid van een downstreamdienst diende te beoordelen. Verder heeft KPN aan de omstandigheid dat ACM lange tijd niet is opgetreden tegen de overtredingen, niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontleenen dat ACM niet (meer) tot beboeting zou overgegaan. Nog daargelaten dat deze omstandigheid moet worden gerelativeerd doordat ACM pas op 13 april 2012 een signaal van Tele2 ontving, overweegt ACM dat zij nimmer enige toezegging van voormelde strekking aan KPN heeft gedaan.



**Besluit
Openbaar**

56. Voor zover KPN heeft aangevoerd dat geen sprake is van recidive overweegt ACM in aanvulling op de randnummers 73 tot en met 76 van het bestreden besluit het volgende. Op grond van artikel 2.9, eerste lid, onderdeel a, van de Boetebeleidsregel ACM 2014 is een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval de omstandigheid dat ACM reeds eerder onherroepelijk eenzelfde of vergelijkbare door KPN begane overtreding heeft vastgesteld. ACM stelt zich op het standpunt dat niet kan worden volgehouden dat in dit geval van een dergelijke eerdere overtreding geen sprake is. Immers, ACM heeft laatstelijk in de zaak OT2010¹³ onherroepelijk een door KPN begane schending van de transparantieplichting en non-discriminatieplichting vastgesteld. Het handelt daarbij om een zodanig vergelijkbare overtredingen dat KPN, kennis dragend van het standpunt van ACM, het risico heeft genomen opnieuw overtredingen te begaan.
57. De resterende bezwaargronden van KPN hebben alle betrekking op de ernst van de overtredingen en de omstandigheden waaronder deze zijn gepleegd. ACM is in de randnummers 77 tot en met 83 van het bestreden besluit nader ingegaan op de omstandigheden van het geval die aanleiding hebben gegeven de opgelegde boete te matigen tot een bedrag van € 2.000.000,-. ACM constateert dat de omstandigheden die KPN in bezwaar heeft aangevoerd in deze afweging zijn betrokken. In het bijzonder heeft ACM bij deze afweging betrokken dat er een aantal indicaties is dat de markt voor SDF-backhaul, ongeacht de wijze waarop KPN haar aanmerkelijk marktmacht heeft gebruikt, onderontwikkeld zou zijn gebleven. ACM ziet geen aanleiding om in het kader van de volledige heroverweging in bezwaar deze eerdere afweging verder ten gunste van KPN aan te passen. In dit verband overweegt ACM dat – anders dan KPN kennelijk veronderstelt – een verstoring van de betrokken markten niet hoeft te worden bewezen om tot de slotsom te komen dat de zwaarwegende verplichtingen zijn geschonden. Tevens overweegt ACM dat zij niet inziet dat zij in dit geval in de duur van de besluitvorming aanleiding had moeten zien om de boete verder te matigen.
58. Gezien het voorgaande treffen de overige bezwaren eveneens geen doel.

13/14

¹³ Besluit van 21 december 2011 met kenmerk OPTA/AM/2011/202837

Autoriteit Consument & Markt



**Besluit
Openbaar**

V. Dictum

59. De Autoriteit Consument en Markt verklaart het bezwaar ongegrond.

Datum: 14 januari 2016

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
mr. J.G. Vegter
Bestuurslid

14/14

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.