

ECLI:NL:CBB:2012:BY2811

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	09-11-2012
Datum publicatie	12-11-2012
Zaaknummer	AWB 10/85 AWB 10/86 tussenuitspraak
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Eerste en enige aanleg
Inhoudsindicatie	Telecommunicatiewet Tussenuitspraak bestuurlijke lus WLR-II besluit
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2013/107 met annotatie van W. Sauter

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 10/85 en 10/86 9 november 2012

15300 Telecommunicatiewet

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 19, zesde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie in de zaken van:

1. Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2), te Amsterdam, en Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium), te Haarlem, appellanten in de zaak 10/85, gemachtigden: mr. M.J. Geus, mr. J. Bessems en mr. G-J. Zwenne, advocaten te Den Haag,
2. Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. (hierna: KPN), te Den Haag, appellante in de zaak 10/86, gemachtigden: mr. P.V. Eijsvoogel en mr. L.P.W. Mensink, advocaten te Amsterdam, hierna ook gezamenlijk aangeduid als appellanten, tegen de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), verweester, gemachtigde: mr. E.C. Pietermaat, advocaat te Den Haag.

1. De procedure

Op 16 december 2009 heeft OPTA het besluit Wholesale Line Rental 2009-2011 (hierna: WLR-II besluit) genomen met kenmerk OPTA/AM/2009/203473.

Tegen dit besluit hebben Tele2 en Pretium bij brief van 25 januari 2010, bij het College op dezelfde datum binnengekomen, bij het College beroep ingesteld. KPN heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij brief van 22 januari 2010, bij het College binnengekomen op 25 januari 2010. Het beroep van Tele2 en Pretium is bij het College geregistreerd onder nummer AWB 10/85, het beroep van KPN onder nummer AWB 10/86.

Appellanten zijn aangemerkt als belanghebbende in elkaars procedures.

Bij brieven van 19 en 25 februari 2010 hebben KPN, respectievelijk Tele2 en Pretium, de gronden van hun beroepen ingediend.

Bij brief van 3 september 2010 heeft OPTA de op de zaken betrekking hebbende stukken toegezonden. Ten aanzien van de vertrouwelijke versies van een aantal van deze gedingstukken genummerd B1 tot en met B14 heeft OPTA met verwijzing naar artikel 8:29, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) medegedeeld dat uitsluitend het College van deze stukken kennis zal mogen nemen.

Bij beschikking van 5 september 2011 heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van de stukken B1 tot en met B4, B5 niet zijnde de hierbij ingediende accountantsverklaring bij overzichten met WLR minus percentages van PricewaterhouseCoopers aan KPN van 26 maart 2009, B6 en B8 tot en met B14 gerechtvaardigd is. Tevens heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van de onder stuk B5 ingediende accountantsverklaring bij overzichten met WLR minus percentages van PricewaterhouseCoopers aan KPN van 26 maart 2009, alsmede van het als B7 ingediende rapport van PricewaterhouseCoopers van 30 juni 2009 niet gerechtvaardigd is. Het College heeft appellanten verzocht kenbaar te maken of zij ermee instemmen dat het College mede op grondslag van de vertrouwelijke versie van bedoelde stukken uitspraak doet. Bij brieven van 29 en 30 september 2009 hebben Tele2 en Pretium, respectievelijk KPN, deze toestemming verleend.

Bij brief van 10 september 2010 heeft OPTA haar op beide zaken betrekking hebbende verweerschrift ingediend.

Bij brieven van 8 en 12 november 2010 hebben KPN, respectievelijk Tele2 en Pretium, hun zienswijzen gegeven op elkaars beroepen alsmede op het verweerschrift van OPTA.

Bij besluit van 23 november 2010 (hierna: het Herstelbesluit) heeft OPTA het WLR-II besluit gewijzigd. Bij brieven van 21 december 2010 heeft het College, onder verwijzing naar het Herstelbesluit, appellanten in de gelegenheid gesteld de gronden van hun beroep aan te vullen.

Bij brief van 3 januari 2011, bij het College op dezelfde datum binnengekomen, hebben Tele2 en Pretium beroep ingesteld tegen het Herstelbesluit. Bij brief van 7 januari 2011 heeft het College aan Tele2 en Pretium medegedeeld dat voornoemde brief is gevoegd in het dossier betreffende het beroep tegen het WLR-II besluit, nu dit beroep met toepassing van artikel 6:19, eerste lid, Awb moet worden geacht te zijn gericht tegen het Herstelbesluit.

Bij brief van 15 februari 2011 hebben Tele2 en Pretium gronden aangevoerd tegen het Herstelbesluit. Naar aanleiding hiervan heeft OPTA bij brief van 24 juni 2011 een aanvullend verweerschrift ingediend. KPN heeft geen aanleiding gezien haar beroepsgronden aan te vullen.

Naar aanleiding van het verzoek hiertoe in de beschikking van het College van 5 september 2011, heeft OPTA van de accountantsverklaring die onder B5 is opgenomen en van het rapport van bevindingen dat als stuk B7 is ingediend, een nieuwe openbare versie opgesteld, waarin enkele specifieke passages zijn weggelakt. OPTA heeft het College verzocht om wat betreft deze passages toepassing te geven aan artikel 8:29, derde lid, Awb en te bepalen dat uitsluitend het College van deze passages kennis zal mogen nemen. Bij beschikking van 14 oktober 2011 heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van de onder stuk B5 ingediende accountantsverklaring bij overzichten met WLR minus percentages van PricewaterhouseCoopers aan KPN van 26 maart 2009 niet gerechtvaardigd is. Tevens heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van het als B7 ingediende rapport van feitelijke bevindingen van PricewaterhouseCoopers van 30 juni 2009 niet gerechtvaardigd is, met uitsluiting van de in de eerste twee alinea's op pagina drie opgenomen bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Het College heeft OPTA verzocht om openbare versies van de stukken B5 en B7 en een vertrouwelijke versie van het stuk ten aanzien waarvan beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht aan het College toe te zenden. Het

College heeft Tele2 en Pretium verzocht om aan het College kenbaar te maken of zij ermee instemmen dat het College mede op grondslag van voornoemde vertrouwelijke versie uitspraak doet op de beroepen. Bij brief van 19 oktober 2011 hebben Tele2 en Pretium de gevraagde toestemming gegeven. Bij brief van 20 oktober 2011 heeft OPTA het College de gevraagde stukken toegezonden.

Op 10 oktober 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij Tele2 en Pretium zijn vertegenwoordigd door mr. M.J. Geus en mr. J. Bessems, KPN door mr. L.P.W. Mensink en OPTA door mr. E.C. Pietermaat.

2. De grondslag van het geschil

2.1 In de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

"Artikel 6a.7

1. Het college [van OPTA; toevoeging College] kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door het college te bepalen vormen van toegang een verplichting opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoe rekening indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers. ()

2. Een verplichting als bedoeld in het eerste lid kan inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief moet worden gerekend of dat een door het college te bepalen of goed te keuren kostentoe rekeningssysteem moet worden gehanteerd.

()

Artikel 6b.1

1. Op de voorbereiding van een besluit van het college als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, 6a.3, 6a.16 en 6a.18, is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing.

2. In afwijking van het eerste lid kan het college besluiten om de in het eerste lid bedoelde procedure niet toe te passen indien het besluit geen aanzienlijke gevolgen heeft voor de desbetreffende markt.

3. ()

Artikel 6b.2

1. Indien een besluit als bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, van invloed is op de handel tussen de lidstaten, legt het college het ontwerp van het desbetreffende besluit en de gronden die aan het ontwerpbesluit ten grondslag liggen, voor aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen en aan de nationale regelgevende instanties, bedoeld in artikel 7 van richtlijn nr. 2002/21/EG en stelt het college hen gedurende een maand in de gelegenheid daarover opmerkingen te maken.

2. ()"

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

Op 19 december 2008 heeft OPTA het marktanalysebesluit Vaste telefonie met kenmerk OPTA/AM/2008/202721 (hierna: het marktanalysebesluit) genomen, dat betrekking heeft op de reguleringsperiode 2009 tot en met 2011. Hierin is aan KPN de verplichting opgelegd alternatieve aanbieders van vaste telefonie in staat te stellen op wholesale-niveau hoog- en laagcapacitaire telefonieaansluitingen af te nemen ten behoeve van wederverkoop op de retailmarkt, oftewel Wholesale

Line Rental (hierna: WLR). De verplichting biedt alternatieve aanbieders de mogelijkheid om naast het verzorgen van verkeer ook een abonnement aan eindgebruikers aan te kunnen bieden. Op die manier wordt het voor alternatieve aanbieders mogelijk de gehele factuurrelatie met eindgebruikers over te nemen. Gedurende de eerste reguleringsperiode (2006 tot en met 2008) rustte dezelfde verplichting op KPN. Die verplichting had toen alleen betrekking op laagcapacitaire aansluitingen. Sinds het marktanalysebesluit ziet de verplichting ook op de hoogcapacitaire aansluitingen. Het zijn met name zakelijke eindgebruikers die van hoogcapacitaire aansluitingen gebruik maken. In het marktanalysebesluit heeft OPTA op grond van artikel 6a.7 Tw geoordeeld dat de tarieven voor WLR moeten worden bepaald op basis van een retail-minus methodiek.

In annex D bij het marktanalysebesluit heeft OPTA de uitgangspunten van deze retail-minus methodiek neergelegd. Retail-minus kan alleen worden toegepast op de kostencategorieën waarvoor een relevant retailtarief beschikbaar is. Voor die kostencategorieën waarvoor retail-minus niet mogelijk is, geldt tariefregulering op basis van kostenoriëntatie. Om te bepalen in hoeverre de retail-minus methodiek op de WLR-dienstverlening kan worden toegepast, heeft OPTA vastgesteld welke retaildiensten van KPN kunnen fungeren als tegenhanger van de diensten waarvoor KPN is gehouden WLR te leveren. In de residentiële markt acht OPTA in ieder geval de volgende retaildiensten van KPN relevant:

- PSTN- en ISDN1, 2-telefoonaansluitingen in ontbundelde vorm, te weten BelBasis;
- PSTN- en ISDN1, 2-telefoonaansluitingen in gebundelde vorm, te weten aansluitingen geleverd in de BelVrij-pakketten;
- de bij de retaildienst bijbehorende faciliteiten en aanvullende diensten.

In de zakelijke markt acht OPTA in ieder geval de volgende retaildiensten van KPN relevant:

- meervoudige PSTN- en ISDN1, 2-telefoonaansluitingen in ontbundelde vorm;
- ISDN-aansluitingen met een hogere capaciteit, te weten in ieder geval ISDN15, ISDN20 en SDN30-telefoonaansluitingen alsmede CityPhone;
- (meervoudige) PSTN- en ISDN-telefoonaansluitingen in gebundelde vorm, te weten aansluitingen geleverd met de kortingsregeling CVXL;
- de bij de retaildienst bijbehorende faciliteiten en aanvullende diensten.

OPTA acht concurrenten van KPN voldoende beschermd indien zij in staat worden gesteld om WLR voor elk aansluitingstype en alle bijbehorende faciliteiten en aanvullende diensten, niet zijnde Voice over Broadband, in te kopen tegen een tarief dat is afgeleid van het retailtarief dat KPN gemiddeld op de retailmarkt rekent voor het desbetreffende aansluitingstype. Derhalve dient op zowel de residentiële als de zakelijke retailmarkt per aansluitingstype het gemiddelde retailtarief, dat KPN hiervoor op de markt rekent, te worden bepaald. Hierbij is relevant dat de retailtariefstructuur van KPN veelal bestaat uit een maandelijks abonnementstarief en maandelijks en eenmalige tarieven voor bijbehorende faciliteiten en aanvullende diensten. Er is sprake van verschillende aansluitingstypen indien aansluitingen qua technische en functionele kenmerken niet exact gelijk zijn aan elkaar. Voor de berekening van het gemiddelde retailtarief van een bepaald aansluitingstype dient KPN zowel de los (ontbundeld) verkochte aansluitingen als de in bundelvorm verkochte aansluitingen van hetzelfde type mee te wegen. Voor de bundels dient KPN de retailprijs te schonen van de niet-gereguleerde onderdelen.

In randnummer 11 van Annex D bij het marktanalysebesluit heeft OPTA bepaald dat het "ontbundelde" of geschoonde retailtarief van een aansluiting die deel uitmaakt van een bundel, dient te worden bepaald door de opbrengsten van de overige diensten in de bundel in mindering te brengen op de totale opbrengst van de bundel. KPN mag hierbij corrigeren voor eventuele kostenvoordelen van bundeling. De opbrengsten van de overige diensten in de bundel worden bepaald op basis van de ontbundelde tarieven die in de markt worden aangeboden. Indien zich een situatie voordoet dat er geen ontbundelde tarieven beschikbaar zijn, kan KPN als alternatief EDC-kostprijzen (inclusief een redelijk rendement) hanteren.

Vervolgens dient KPN de verschillende retailtarieven die betrekking hebben op hetzelfde aansluitingstype per markt te wegen naar rato van hun afzetvolume.

Op 21 september 2009 heeft OPTA het Ontwerpbesluit Wholesale Line Rental 2009-2011 (hierna: het Ontwerpbesluit) ter consultatie voorgelegd. In het Ontwerpbesluit heeft OPTA opgemerkt dat indien de in Annex D van het marktanalysebesluit uiteengezette rekenregel wordt gehanteerd, dit ertoe leidt dat op de

zakelijke markt (meervoudige lijnen) een negatief tarief zou ontstaan voor de aansluiting. De oorzaak hiervan is dat OPTA in randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit heeft bepaald dat bundels bestaande uit zowel verkeer als een aansluiting moeten worden geschoond van het verkeer tegen BelBasis-verkeerstarieven. Aangezien op de zakelijke markt de verkeerstarieven lager liggen dan de BelBasis-verkeerstarieven, leidt dit er toe dat de waarde die op deze wijze aan het verkeer wordt toegerekend groter is dan de totale waarde van de bundel. Hierdoor ontstaat er een negatief tarief en zouden WLR-afnemers van KPN geld verkrijgen op het moment dat ze een dergelijke aansluiting administratief wederverkopen. OPTA heeft daarom met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 de tekst van randnummer 11 van Annex D uit het marktanalysebesluit gewijzigd in de zin dat de opbrengsten van de overige diensten worden bepaald op basis van de tarieven van de meest vergelijkbare diensten die in de markt worden aangeboden. Dat zijn de tarieven die worden gehanteerd behorend bij de bundel (BelVrij of CVXL). Indien zich een situatie voordoet dat er geen enkel vergelijkbaar tarief beschikbaar is, dient KPN als alternatief EDC-kostprijzen (inclusief een redelijk rendement) te hanteren.

Tele2, Pretium en KPN hebben tegen het Ontwerpbesluit zienswijzen ingediend.

3. De bestreden besluiten

3.1 Het WLR-II besluit luidt voor zover van belang als volgt:

"22. Naar aanleiding van de zienswijzen van partijen heeft het college [van OPTA; toevoeging College] de keuzes uit het ontwerpbesluit nogmaals overwogen en de overwegingen in het besluit waar nodig aangevuld. Deze overwegingen hebben geleid tot de volgende materiële wijziging [voetnoot: Naast de correctie van onduidelijkheden] in vergelijking met het ontwerpbesluit:

- het college verplicht KPN om bij het schonen van bundels bestaande uit zowel verkeer en een aansluiting voor het verkeer EDC-verkeerstarieven te hanteren.

()

3.2 Gevolg voor de zakelijke markt

40. In het kader van de verplichting van KPN inzake de bekendmaking van het referentie-aanbod heeft het college op 28 januari 2009 van KPN een eerste referentietarievenoverzicht ontvangen. Hieruit bleek dat wanneer de bovenstaande rekenregel wordt gehanteerd, dit ertoe leidt dat op de zakelijke markt (meervoudige lijnen) een negatief referentietarief zou ontstaan voor de aansluiting.

41. De oorzaak hiervan zit in de bepaling van randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit dat bundels bestaande uit zowel verkeer als een aansluiting moeten worden geschoond van het verkeer tegen BelBasis-tarieven. Aangezien op de zakelijke markt verkeerstarieven lager liggen dan de BelBasis-tarieven leidt dit ertoe dat de waarde die op deze wijze aan het verkeer toegerekend wordt groter is dan de totale waarde van de bundel. Hierdoor ontstaat er een negatief tarief en zouden WLR-afnemers van KPN geld toe krijgen op het moment dat ze een dergelijke aansluiting administratief wederverkopen.

42. KPN heeft () voorgesteld voor zakelijke aansluitingen de CVN tarieven te hanteren als ontbundelde tarieven op de zakelijke markt.

43. Het marktanalysebesluit spreekt echter over de BelBasis-tarieven. Het college acht het wenselijk dat bij de ontbundeling van CVXL niet de BelBasis-tarieven worden gebruikt, omdat dit tot een negatief tarief voor de aansluiting leidt. In het besluit is niet (expliciet) de mogelijkheid opgenomen om te ontbundelen op basis van andere tarieven dan BelBasis. Teneinde die mogelijkheid te creëren acht het college het noodzakelijk dat randnummer 11 van Annex D wordt aangepast en wel zodanig dat de tarieven die worden gebruikt voor het ontbundelen van verkeer en aansluiting de relevante tarieven behorend bij de desbetreffende bundel zijn.

()

46. Daarnaast vindt het college het belangrijk dat bundels worden geschoond tegen het tarief dat ook daadwerkelijk relevant is voor de betreffende bundel, te weten de verkeerstarieven behorende bij de bundel.

()

100. KPN heeft op aanwijzing van het college een berekening uitgevoerd, die is gebaseerd op de volgende uitgangspunten:

()

3) De minussen worden gecorrigeerd voor de Interest on Receivables (hierna: IOR). KPN neemt een IOR van 3 maanden op. Deze 3 maanden bestaan uit een wholesale deel, zijnde de termijn van 2 maanden tussen het moment van prestatie en incasso, en een retaildeel, zijnde het gedeerde financieringsvoordeel van 1 maand in verband met het vooruitfactureren van het retailabonnement. KPN dient hierbij aan te geven welke WACC [Weighted Average Cost of Capital; toevoeging College] zij heeft gehanteerd bij het berekenen van de IOR.

()

102. Bij de IOR heeft KPN gebruik gemaakt van de WACC zoals deze op verzoek van KPN is bepaald door Oxera. In het kader van het WPC-IIa besluit heeft het college door NERA onderzoek laten verrichten naar de WACC van KPN. Voor een discussie over de WACC verwijst het college korthedshalve naar hoofdstuk 5 van het WPC-IIa besluit. Het college kiest ervoor om bij het WLR-II besluit, consistent met het WPC-IIa besluit, een WACC te hanteren van 7,1% en gebruikt dit percentage voor het vaststellen van de IOR.

()

152. Het college leest in de beschrijving van KPN dat kosten die KPN heeft gemaakt in de periode "Tot aan Decision to Justify (DJ)" kosten zijn die zij maakt uit hoofde van haar compliance programma. Het college acht het niet redelijk dat concurrenten van KPN deze kosten krijgen doorberekend. Compliance doet KPN ten behoeve van haar eigen bedrijfsvoering en de hieraan verbonden kosten dienen niet doorberekend te worden aan haar concurrenten. Om deze reden worden deze kosten als zijnde niet relevant aangemerkt en niet meegenomen bij het vaststellen van het WLR HC overstaptarief.

()

168. Het college kan zich vinden in de voorkeur van marktpartijen om de tarieven en de methode die worden vastgesteld in dit besluit in werking te laten gaan per 1 januari 2009. Hiermee wordt namelijk de in het marktanalysebesluit opgelegde verplichting om bundels waarin een aansluiting wordt verkocht tezamen met verkeer in aanmerking te nemen bij het bepalen van het relevante retailtarief ook effectief met ingang van 1 januari 2009.

()

9 Dictum

I. Het college wijzigt randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit door de tekst van randnummer 11 van Annex D met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 te vervangen door de volgende tekst:

Het 'ontbundelde' of geschoonde retailtarief, of beter gezegd de ontbundelde retailopbrengst, van een aansluiting die in een bundel wordt aangeboden of geleverd, dient bepaald te worden door de opbrengsten van de overige diensten in de bundel in mindering te brengen op de totale opbrengst van de bundel. De opbrengsten van de overige diensten in de bundel worden bepaald op basis van de tarieven van de meest vergelijkbare diensten die in de markt worden aangeboden. Dat zijn de tarieven die worden gehanteerd behorend bij de bundel (BelVrij of CVXL). Indien zich een situatie voordoet dat er geen enkel vergelijkbaar tarief beschikbaar is, dient KPN als alternatief EDC-kostprijzen (inclusief een redelijk rendement) te hanteren."

()

Bijlage F

()

12. Het College kan zich wel vinden in het voorstel van KPN om voor het verkeer dat in bundel wordt verkocht te schonen tegen EDC-verkeerstarieven. Consumenten zullen immers bij de keuze voor een bepaalde bundel ervoor kiezen om het type verkeer waar ze de meeste waarde aan hechten af te nemen tegen een flat-fee. Voor het overige verkeer, waar ze minder waarde aan hechten, zullen consumenten accepteren dat hiervoor een hoger tarief zal worden gevraagd. Het zou dan onredelijk zijn om de verkeerstarieven die gelden voor dat deel van het verkeer waar de consument minder waarde aan hecht (dat buiten de bundel) van toepassing te verklaren op het verkeer waarvoor de consument bewust heeft gekozen om dit af te kopen.

()"

3.2 Het Herstelbesluit luidt voor zover van belang als volgt:

"2 Aanleiding voor dit besluit

5. KPN heeft op 25 januari 2010 bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven op nader aan te vullen gronden beroep ingesteld tegen het WLR-II tariefbesluit.

6. In onderdeel 5 van de door KPN op 22 februari 2010 ingediende aanvullende gronden () van beroep stelt KPN, samengevat, dat door het college in het WLR-II tariefbesluit in de bepaling van de () IOR een onjuiste () WACC is gehanteerd.

7. KPN voert in dit verband aan dat in het () WPC-IIa besluit, waarin het college de tariefregulering voor andere wholesalediensten van KPN nader heeft uitgewerkt, onder randnummer 74 het volgende staat vermeld:

'Voor meerjarenvensters en de bepaling van de () IOR geldt dat KPN een nominale WACC dient te hanteren.'

8. Deze nominale WACC is in het WPC-IIa besluit vastgesteld op 9,2%. Deze nominale WACC had volgens KPN ook gehanteerd moeten worden voor de IOR in het WLR-II tariefbesluit, nu het hierbij om dezelfde kostencomponent gaat. In haar beroepschrift tegen het WLR-II tariefbesluit constateert KPN echter dat in het WLR-II tariefbesluit niet de nominale WACC van 9,2% is gehanteerd maar de reële WACC van 7,1%. Deze onjuistheid heeft tot hogere minussen geleid en daarmee tot lagere WLR-lijntarieven ten nadele van KPN.

9. In zijn verweerschrift van 10 september 2010 () heeft het college aangegeven dat deze beroepsgrond voor het college aanleiding is de voorgeschreven WACC nader te bezien.

3 Overwegingen

10. In dat verband stelt het college het volgende vast. De WACC, die dient te worden gehanteerd voor het berekenen van de in het kader van de WLR relevante IOR, is vastgesteld in het parallel lopende proces voor het vaststellen van het WPC-IIa besluit en is bepaald op 9,2%. De in het WLR-II tariefbesluit gehanteerde WACC is echter de reële WACC van 7,1%.

11. Het college concludeert derhalve dat de constatering van KPN ten aanzien van de gehanteerde WACC juist is en dat er sprake is van een kennelijke vergissing door het college.

4 Procedure

12. Overeenkomstig artikel 6b.1 van de Tw is op de voorbereiding van een besluit van het college als bedoeld in artikel 6a.2 van de Tw de uniforme openbare voorbereidingsprocedure () van toepassing. In het WLR-II tariefbesluit worden door het college als invulling van de in het marktanalysebesluit van 19 december 2008 opgelegde verplichting als bedoeld in artikel 6a.7 van de Tw, WLR-verkeerstarieven vastgesteld voor de gehele reguleringsperiode. Deze vaststelling is een besluit als bedoeld in artikel 6a.2 van de Tw.

13. Het WLR-II tariefbesluit is tot stand gekomen conform afdeling 3.4 van de Awb. Daarnaast was het college van oordeel dat bij het WLR-II tariefbesluit sprake was van invloed op de handel tussen lidstaten, hetgeen betekent dat het college het WLR-II tariefbesluit ook Europees heeft geconsulteerd en genotificeerd.

14. Uit vaste jurisprudentie komt naar voren dat indien bij de voorbereiding van een besluit afdeling 3.4 van de Awb is gevolgd ook bij een wijziging van een besluit dit wijzigingsbesluit tot stand dient te komen conform afdeling 3.4 van de Awb.

15. Naar het oordeel van het college is hij ten aanzien van onderhavig besluit niet verplicht een nieuw ontwerpbesluit te nemen en dat ter consultatie en notificatie aan te bieden, omdat een dergelijke procedure al is doorlopen en slechts sprake is van herstel van een kennelijke vergissing. Wat betreft de nationale consultatie is in dit verband voorts het bepaalde in artikel 6b.1, tweede lid van de Tw van belang en wat betreft de Europese notificatie dat het onderhavig herstelbesluit naar het oordeel van het college op zichzelf, dus los van het reeds eerder genomen WLR-II tariefbesluit, niet geacht kan worden van invloed te zijn op de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 6b.2, eerste lid van de Tw.

5 Dictum

Het college wijzigt het () [WLR-II besluit; het College] als volgt:

I Randnummer 27 wordt als volgt gewijzigd:

- a) Onder 1) wordt 15,8% gewijzigd in 15,3%;
- b) Onder 2) wordt 14,1% gewijzigd in 13,7%.

II Randnummer 135 wordt als volgt gewijzigd:

- a) Onder 1) wordt 15,8% gewijzigd in 15,3%;
- b) Onder 2) wordt 14,1% gewijzigd in 13,7%.

III Dictum IIa wordt als volgt gewijzigd:

- a) Onder a) "-" wordt 15,8% gewijzigd in 15,3%;
- b) Onder a) "-" wordt 14,1% gewijzigd in 13,7%.

IV Bijlage E komt geheel te vervallen."

4. Het beroep van Tele2 en Pretium

4.1 Tele2 en Pretium hebben samengevat weergegeven de volgende beroepsgronden aangevoerd tegen het WLR-II besluit.

4.1.1 De methode van waardering van overige opbrengsten in de bundel op basis van EDC-kostprijzen is in strijd met het marktanalysebesluit en met het zorgvuldigheidsbeginsel en het willekeurverbod, alsmede het motiveringsbeginsel (beroepsgrond 1).

In het WLR-II besluit heeft OPTA, in afwijking van het Ontwerpbesluit, gesteld dat het relevante retailtarief voor de vaste telefonieaansluiting in bundels wordt bepaald door (a) het verkeer binnen de bundel op basis van EDC kostprijzen te waarderen en vervolgens (b) de aldus bepaalde waarde van het verkeer in mindering te brengen op het voor de bundel (aansluiting én verkeer) in rekening gebrachte retailtarief. Dit is een fundamenteel onjuiste methode omdat EDC is bedoeld om wholesaleprijzen te bepalen en niet om te bepalen welk deel van een voor een bundel in rekening te brengen retailtarief betrekking heeft op verkeer of aansluiting.

De gekozen EDC-methode is onjuist omdat:

- geen rekening kan worden gehouden met de specifieke tariefstructuren van de desbetreffende retailtarieven; in de retailtarieven wordt niet alleen uitgegaan van een onderscheid tussen 'piek' en 'dal', maar ook tussen 'setup' en 'conveyance';
- EDC-kostprijzen niet kunnen worden gezien als een 'vergelijkbaar tarief' of 'alternatief' daarvoor; ze zeggen nauwelijks iets over de bedragen die aan de abonnees in rekening worden gebracht.

Het besluit is innerlijk tegenstrijdig. Enerzijds verlangt randnummer 46 dat bundels worden geschoond tegen het tarief dat ook daadwerkelijk relevant is voor de betreffende bundel, te weten de verkeerstarieven behorende bij de bundel. Anderzijds stelt onderdeel I van het dictum dat bij het ontbreken van een vergelijkbaar tarief 'als alternatief' wordt uitgegaan van de EDC-kostprijzen waarvan vaststaat dat die voor de desbetreffende bundel niet 'daadwerkelijk' relevant zijn en evenmin kunnen worden gezien als 'de verkeerstarieven behorende bij de bundel'.

De verschillende methoden leiden ook tot sterk afwijkende uitkomsten. De waardering op basis van EDC-kostprijzen resulteert in bedragen van circa 0,007 per minuut en een waardering op basis van Belvrij-verkeerstarieven in bedragen van circa 0,045 per minuut plus 0,10 setup. Van te hoge WLR-verkeerstarieven is in elk geval sprake bij de residentiële bundels Belvrij-Weekend, Belvrij-Avond en Weekend en Belvrij-Altijd en bij de zakelijke bundel CVN. Voor deze bundels geldt verder dat er wel degelijk relevante verkeerstarieven zijn en er dus geen reden is om uit te gaan van EDC-kostprijzen.

De onderbouwing die OPTA geeft in randnummer 12 van Bijlage F berust op een evidente misvatting. OPTA stelt enerzijds dat abonnees een hoge waarde toekennen aan het verkeer binnen de bundel, terwijl zij anderzijds stelt dat juist dit verkeer moet worden gewaardeerd op basis van de EDC-methode die tot de

laagste uitkomsten leidt.

Het op basis van EDC-kostprijzen waarden van bundels leidt er bovendien toe dat bundels onvoldoende worden opgeschoond. Dientengevolge wordt in het overblijvende tarief voor de aansluiting een substantieel deel van de verkeerstarieven (circa twee-derde) verdisconteerd. Een gevolg daarvan is dat in de retail-minus methode wordt uitgegaan van een veel te beperkte minus. Hierdoor zijn WLR-afnemers in voorkomende gevallen niet in staat om op basis van WLR concurrerende aanbiedingen in de markt te zetten, terwijl dit door het marktanalysebesluit uitdrukkelijk wel wordt beoogd.

4.1.2 OPTA heeft gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en de bedoelingen van de wetgever bij het consulteren van besluiten (beroepsgrond 2).

OPTA was in het Ontwerpbesluit nog uitgegaan van een heel andere methodiek dan de EDC-kostprijzen zoals bepaald in het WLR-II besluit en waarover in beroepsgrond 1 is geklaagd. Het is onaanvaardbaar dat Tele2, Pretium en andere marktpartijen niet ten minste in de gelegenheid zijn gesteld daarover hun zienswijze kenbaar te maken.

4.1.3 Het WLR-II besluit is onzorgvuldig tot stand gekomen en ontbeert een toereikende motivering (beroepsgrond 3).

De tarieven die in rekening worden gebracht, zijn opgenomen in bijlage E van het WLR-II besluit. Deze tarieven zijn voor Tele2 en Pretium onverklaarbaar. De keuze voor retail-minus brengt logischerwijs met zich dat stijgingen of dalingen van de WLR-verkeerstarieven altijd verband houden met stijgingen en dalingen van de relevante retailtarieven, maar dit blijkt niet het geval. In 2009 zijn de retailtarieven op de residentiële markt gelijk gebleven, terwijl de WLR-verkeerstarieven betrekkelijk substantiële fluctuaties vertoonden. Verder overstijgen de WLR-tariefsverhogingen in de periode van Q1 2009 tot en met Q2 2010 de indexering.

4.1.4 Waar het gaat om zogenaamd restverkeer staat OPTA toe dat KPN veel te hoge tarieven in rekening brengt aan WLR-afnemers (beroepsgrond 4).

Tele2 en Pretium verwijzen in dit verband naar de op het restverkeer betrekking hebbende beroepsgrond die zij hebben aangevoerd tegen OPTA's Herstelbesluit implementatie Wholesale Line Rental met kenmerk OPTA/AM/2008/201944 van 8 september 2008.

4.1.5 De vastgestelde rendementstoeslag (RoS) van 6,5% is te hoog, gegeven het doel van bevordering van dienstenconcurrentie (beroepsgrond 5).

Tele2 en Pretium verwijzen in dit verband naar de op de RoS betrekking hebbende beroepsgrond die zij hebben aangevoerd tegen OPTA's besluit Tariefregulering Wholesale Line Rental met kenmerk OPTA/TN/2006/203318 (hierna: Besluit WLR-verkeerstarieven I) van 15 december 2006.

4.2 Naar aanleiding van het Herstelbesluit hebben Tele2 en Pretium samengevat weergegeven hun beroepsgronden als volgt aangevuld.

4.2.1 In het Herstelbesluit heeft OPTA zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat in het WLR-II besluit en het WPC-IIa besluit (OPTA's besluit Wholesale price cap 2009-2011 met kenmerk OPTA/AM/2009/203507 van 16 december 2009) eenzelfde WACC zou moeten worden gehanteerd en daarom de WACC verhoogd naar 9,2% (beroepsgrond 6).

Al aangenomen dat in het WLR-II besluit en het WPC-IIa besluit eenzelfde WACC had moeten worden gehanteerd, dan had OPTA de WACC in het WPC-IIa besluit moeten verlagen in plaats van de WACC in het WLR-II besluit te verhogen. Dit is temeer van belang aangezien de marges voor de op WLR gebaseerde retaildienstverlening zeer gering zijn. Als gevolg hiervan heeft de verhoging van de WACC aanzienlijke negatieve implicaties voor WLR-afnemers.

Verder heeft OPTA nagelaten in het Herstelbesluit uit te leggen hoe de verhoging van het WACC-percentage zich vertaalt in de gewijzigde minussen. OPTA volstaat met aanpassing van een tweetal onderdelen en het dictum van het WLR-II besluit: de minus van 15,8% wordt teruggebracht naar 15,3% en de minus van 14,1% naar 13,7%. De wijze waarop de verlaagde WACC leidt tot lagere minussen is onduidelijk en aldus willekeurig.

4.2.2 Bij de totstandkoming van het Herstelbesluit is OPTA voorbijgegaan aan de in de wet vastgelegde procedurele waarborgen: artikel 6b.1 en 6b.2 Tw en ook artikel 3:2 en 3:4 Awb (beroepsgrond 7).

OPTA denkt dit te kunnen doen omdat sprake zou zijn van een 'kennelijke vergissing' en suggereert hiermee dat voor betrokken partijen (WLR-afnemers en KPN) al bij de bekendmaking van het Ontwerpbesluit duidelijk was of had moeten zijn dat uit werd gegaan van een verkeerd percentage. Dit is onjuist en onterecht, hetgeen blijkt uit de omstandigheid dat OPTA pas in november 2010 overging tot aanpassing van de WACC, nadat KPN daar in februari 2010 om had verzocht.

4.2.3 OPTA gaat uit van een veel te hoge IOR (beroepsgrond 8).

Op basis van de vaststelling van de IOR rekent KPN twee maanden voor de wholesale billing en één maand voor de retail billing. Daarbij wordt er vanuit gegaan dat KPN niet eerder factureert dan op de 15de van de maand. KPN blijkt evenwel in de praktijk reeds op de eerste of tweede dag van de maand te factureren met als gevolg dat een periode van 2,5 maanden zou gelden in plaats van de in het WLR-II besluit gehanteerde drie maanden.

4.2.4 Het Herstelbesluit voorziet niet in een overgangstermijn (beroepsgrond 9).

Het ontbreken van een overgangstermijn is onrechtmatig, aangezien Tele2, Pretium en andere WLR-afnemers niet in staat zijn gesteld om hun bedrijfsplannen aan te passen aan de (veel) hogere wholesale-verkeersstarieven die KPN in rekening mag brengen en die zij niet met terugwerkende kracht aan hun eigen (retail)afnemers kunnen doorberekenen. OPTA heeft gehandeld in strijd met het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

4.2.5 Beroepsgrond 10 betreft de terugwerkende kracht van het Herstelbesluit.

Uit het Herstelbesluit blijkt niet duidelijk dat hieraan terugwerkende kracht toekomt. Voor zover dit toch het geval mocht zijn, zou dit in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Hierbij is allereerst van belang dat niet kan worden aangenomen dat Tele2 en Pretium de gestelde 'kennelijke vergissing' eerder hadden kunnen of moeten opmerken. Verder is van belang dat de WLR-afnemers de hogere tarieven niet alsnog aan hun eigen (retail-)afnemers in rekening kunnen brengen.

5. Het beroep van KPN

KPN heeft geen beroepsgronden aangevoerd tegen het Herstelbesluit. Tegen het WLR-II besluit heeft KPN, samengevat weergegeven, de volgende beroepsgronden ingebracht.

5.1 OPTA heeft ten onrechte bepaald dat tot de residentiële markt gerekende bundels van een aansluiting en verkeersdiensten in het kader van de retail-minus tariefregulering altijd dienen te worden ontbundeld aan de hand van "de meest vergelijkbare tarieven die in de markt worden aangeboden", hetgeen nader is bepaald als de "verkeersstarieven behorend bij de bundel" (beroepsgrond 1).

OPTA heeft er in het WLR-II besluit terecht voor gekozen randnummer 11 van Annex D te wijzigen, gelet op het onbedoelde gevolg dat toepassen van het BelBasis-verkeersstarief bij het schonen van bundels voor de zakelijke markt er toe leidde dat een negatieve waarde werd toegekend aan de aansluiting. Deze uitkomst vormt echter geen geldige reden om de keuze voor schoning aan de hand van BelBasis-verkeersstarieven ook te herzien op de residentiële markt, waar genoemd probleem zich niet voordoet. Consistentie is geen valide argument omdat het om twee afzonderlijke relevante markten gaat. De koerswijziging van OPTA blijkt te zijn gemotiveerd door de belangen van de WLR-afnemers, die een voordeel hebben ten koste van KPN bij de significante verlaging van WLR-verkeersstarieven die hiervan het gevolg is. OPTA heeft nagelaten de noodzaak of rechtvaardiging van deze verschuiving te kwantificeren of te motiveren.

De stelling van OPTA dat de BelBasis-verkeersstarieven onlosmakelijk zijn verbonden aan het afnemen van een BelBasis-aansluiting, op dezelfde wijze als dat een consument enkel BelVrij-verkeersstarieven krijgt bij een BelVrij-abonnement waarbij zowel aansluiting als verkeer in één bundel zitten, is feitelijk onjuist.

Het bundelkarakter van de BelVrij-aanbiedingen brengt met zich dat een onlosmakelijk verband bestaat tussen het abonnementstarief en de bij die bundel behorende verkeersstarieven. Zo geeft bijvoorbeeld de bundel BelVrij-Altijd recht op gratis bellen naar alle aansluitingen met een Nederlands geografisch nummer. De bundel bevat derhalve geen verkeersstarieven voor het bellen naar deze nummers, maar uitsluitend voor het bellen naar andere soorten nummers. Daarentegen zijn de verkeersstarieven voor de abonnees met de ongebundelde aansluiting BelBasis niet onlosmakelijk met hun abonnement verbonden:

de BelBasis-verkeerstarieven gelden ook in tal van andere aanbiedingen van KPN.

Bovendien is, anders dan OPTA beweert, het schonen van de bundels op basis van de bundel behorende verkeerstarieven ook niet logisch. Anders dan de BelBasis-verkeerstarieven zijn de verkeerstarieven uit de BelVrij-bundels nooit gereguleerd geweest. Laatstgenoemde tarieven konden daarom hoger zijn en zijn dat doorgaans ook omdat zij ook een deel van de kosten van de in een bundel gratis aangeboden diensten moeten dekken. Om deze reden zijn zij echter niet geschikt voor het schonen van een bundel van verkeerstarieven. De verkeerstarieven worden dan te hoog berekend, zodat de waarde van de aansluiting te laag uitvalt. De BelBasis-verkeerstarieven kunnen als marktconforme verkeerstarieven worden aangemerkt omdat zij, onafhankelijk van andere diensten die in bundels worden aangeboden, een afspiegeling van de onderliggende kosten vormen.

Tenslotte merkt KPN op dat het criterium "tarieven van de meest vergelijkbare diensten die in de markt worden aangeboden" vaag is.

5.2 OPTA heeft ten onrechte bepaald dat tot de zakelijke markt gerekende bundels van een aansluiting en verkeersdiensten altijd dienen te worden ontbundeld aan de hand van "de meest vergelijkbare tarieven die in de markt worden aangeboden", hetgeen nader is bepaald als de "verkeerstarieven behorend bij de bundel" (beroepsgrond 2).

Hetgeen KPN heeft aangevoerd voor de residentiële markt onder beroepsgrond 1, acht zij ook van belang voor de zakelijke markt, met dien verstande dat hier de schoning voor verkeerstarieven had moeten geschieden aan de hand van de CVN-verkeerstarieven. Dit zijn de tarieven die op de zakelijke markt ongebundeld worden geleverd en daar het meeste voorkomen.

5.3 OPTA heeft ten onrechte bepaald dat de wholesalespecifieke kosten (WSK) proportioneel moeten worden toegerekend bij de bepaling van de op kostenoriëntatie gereguleerde WLR-verkeerstarieven (beroepsgrond 3).

In geval van proportionele toerekening wordt afgeweken van de hoofdregel dat kosten causaal worden toegerekend. Uit de jurisprudentie van het College volgt dat hieraan zware motiveringseisen worden gesteld.

OPTA heeft aan deze motiveringseisen niet voldaan. OPTA heeft niet aangetoond dat er bij causale toerekening van WSK geen markt zou zijn voor WLR-afnemers. OPTA heeft zelf geen analyse gedaan naar de terugverdientijd, maar slechts overwogen dat marktpartijen hebben aangegeven wat de terugverdientijd van op basis van causale toerekening gebaseerde kosten zou zijn. Het is bovendien twijfelachtig of hierbij rekening is gehouden met de marge die WLR-afnemers op de door hen in rekening gebrachte verkeerstarieven maken, terwijl zij hun business case zullen baseren op de combinatie van aansluitingen en verkeer.

OPTA heeft bovendien verzuimd na te gaan of er een minder ingrijpend alternatief is dan een volledig proportionele toerekening. De proportioneel toegerekende kosten bedragen minder dan tien procent van de causaal toegerekende kosten. Als al vast zou komen te staan dat WLR-afnemers bij causale toerekening geen business case zouden hebben, dan zou OPTA moeten kijken naar de effecten van minder ingrijpende alternatieven alvorens over te gaan tot decimering van het tarief.

5.4 OPTA heeft ten onrechte bepaald dat KPN de kosten die zij maakt om de WLR-dienstverlening te laten voldoen aan de eisen van compliance, niet mag doorberekenen aan haar concurrenten (beroepsgrond 4).

In randnummer 152 van het WLR-II besluit overweegt OPTA dat KPN de kosten die zij maakt om de WLR-dienstverlening te laten voldoen aan de eisen van compliance niet zou mogen doorberekenen aan de WLR-afnemers, aangezien KPN deze kosten zou maken ten behoeve van haar eigen bedrijfsvoering. Het gaat echter niet om algemene kosten van het compliance-programma van KPN maar om specifieke kosten die er direct betrekking op hebben de WLR HC-dienst zo in te richten dat hij voldoet aan de eisen van compliance. Zo wordt er bijvoorbeeld voor gezorgd dat de WLR-afnemers, inclusief de retail-afdeling van KPN, met de dienst kunnen werken zonder dat zij in aanraking komen met concurrentiegevoelige informatie van de andere partijen. Daarbij komt dat de keuze voor de inrichting van het proces door OPTA zelf is voorgeschreven. Daarbij heeft OPTA op sommige punten voor zware en dus kostbare compliance processen gekozen, terwijl KPN en de WLR-afnemers akkoord waren met het minder kostbare proces van contractoverzetting.

5.5 OPTA heeft in het WLR-II besluit een onjuiste WACC voorgeschreven (beroepsgrond 5).

Het College ziet af van een nadere weergave van deze beroepsgrond. Het Herstelbesluit strekte er toe aan deze beroepsgrond tegemoet te komen en in de wijze waarop OPTA dit heeft gedaan, heeft KPN geen aanleiding gezien om (nadere) beroepsgronden aan te voeren.

6. De beoordeling van de beroepen

6.1 Het College ziet aanleiding om beroepsgrond 1 van Tele2 en Pretium, alsmede de beroepsgronden 1 en 2 van KPN gezamenlijk te behandelen.

6.1.1 Voornoemde beroepsgronden richten zich tegen de wijze waarop OPTA de waarde van de aansluiting berekent in de gevallen waarin de aansluiting samen met telefoonverkeer in een bundel wordt aangeboden, het zogenaamde schonen van de bundel voor verkeerstarieven. Het verkeer dat deel uitmaakt van de bundel wordt in dit verband aangemerkt als afgekocht verkeer, terwijl sprake is van niet-afgekocht verkeer indien een abonnee buiten de bundel belt.

De beroepsgrond 1 van Tele2 en Pretium heeft betrekking op de methode waarop volgens OPTA de waarde van het afgekochte verkeer dient te worden bepaald, namelijk op basis van EDC-kostprijzen. Aangezien dit kostengeoriënteerde tarief relatief laag is, leidt genoemde methode er toe dat het afgekochte verkeer laag wordt gewaardeerd. Wanneer vervolgens de waarde van de aansluiting wordt berekend door het verschil te bepalen tussen het tarief voor de totale bundel en de waarde voor het afgekochte verkeer daarin, dan resteert een relatief hoog bedrag. Tele2 en Pretium geven de voorkeur aan het alternatief dat verkeer wordt gewaardeerd tegen het aanmerkelijk hogere tarief dat aan de abonnee die de bundel afneemt in rekening wordt gebracht voor het niet-afgekochte verkeer.

De beroepsgronden 1 en 2 van KPN hebben daarentegen betrekking op de methode waarop volgens OPTA de waarde van het niet-afgekochte verkeer dient te worden bepaald. Beroepsgrond 1 ziet hierbij op de residentiële markt, beroepsgrond 2 op de zakelijke markt. OPTA heeft besloten dat het niet-afgekochte verkeer dient te worden gewaardeerd tegen de verkeerstarieven behorend bij de bundel. Volgens KPN had OPTA in plaats hiervan op de residentiële markt moeten kiezen voor BelBasis-verkeerstarieven en op de zakelijke markt voor CVN-verkeerstarieven.

6.1.2 Het College overweegt dat OPTA bij de bepaling van de methode voor het schonen van de bundel voor verkeerstarieven, dient te blijven binnen de grenzen die zijn gesteld in het marktanalysebesluit. Hierin is gekozen voor tariefregulering op basis van retail-minus: invulling op basis van kostenoriëntatie heeft OPTA niet nodig geacht (randnummer 890). Een prijsniveau boven de kosten maakt het namelijk niet onmogelijk voor alternatieve aanbieders om op de markt toe te treden of actief te blijven. Wel moet worden voorkomen dat marge-utholling plaatsvindt (randnummer 891). Voorts is van belang dat volgens OPTA de minus niet zo hoog moet worden dat inefficiënte toetreding mogelijk is (Annex D, randnummer 19).

Ter beoordeling staat derhalve of OPTA inderdaad binnen de gestelde randvoorwaarden is gebleven.

Dat de door OPTA voor de schoning van bundels voor verkeerstarieven gekozen methode er toe leidt dat buiten de door bovengenoemde randvoorwaarden gestelde grenzen wordt getreden, acht het College niet aannemelijk.

Het College wijst er in de eerste plaats op dat toepassing van de methode die OPTA had neergelegd in randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit (schooning aan de hand van BelBasis-verkeerstarieven) tot gevolg had dat voor zakelijke bundels een negatief tarief voor de aansluiting zou ontstaan. Aldus zou een uitkomst resulteren die evident in strijd is met het uitgangspunt dat KPN als regel tarieven zou mogen hanteren die boven het niveau van kostenoriëntatie liggen, alsmede met het uitgangspunt dat inefficiënte toetreding dient te worden voorkomen. Deze uitkomst was het gevolg van de waardering van het verkeer tegen BelBasis-verkeerstarieven, welke hoger liggen dan de verkeerstarieven op de zakelijke markt. Het in afwijking van de wens van Tele2 en Pretium waarderen van het niet-afgekochte verkeer tegen EDC-kostprijzen, draagt er toe bij te voorkomen dat een dergelijk te laag aansluittarief zal worden berekend.

Anderzijds heeft OPTA er ook rekening mee te houden dat de gekozen methode er toe zou kunnen leiden dat de aansluittarieven dermate hoog worden bepaald dat de marge die de WLR-afnemers nodig hebben om te concurreren zou verdwijnen. Dit zou het resultaat kunnen zijn indien de schoning van een bundel voor niet-afgekocht verkeer zou geschieden tegen tarieven die lager liggen dan de door abonnees van de betreffende bundel betaalde tarieven. Het door KPN voorgestelde alternatief dat wordt geschoond voor niet-afgekocht verkeer op basis van BelBasis-verkeerstarieven onderscheidenlijk CVN-verkeerstarieven, terwijl de abonnees van de betreffende bundel de facto voor dit niet-afgekochte verkeer de hogere bij de bundel behorende tarieven betalen, is relatief gevoelig voor dit risico. De door OPTA voor het niet-afgekochte verkeer gehanteerde methode die, zoals KPN ook opmerkt in haar zienswijze, er op neer komt dat het niet-afgekochte verkeer geheel buiten beschouwing wordt gelaten, draagt daarentegen bij aan verkleining van dit risico. In dit verband kan het College OPTA ook volgen in haar stelling dat de gekozen methode de kans verkleint dat KPN bij de prijsstelling van haar bundels inclusief de bijbehorende tarieven voor niet-afgekocht verkeer, strategisch zou handelen teneinde op een hoger WLR-tarief te kunnen uitkomen.

Evenmin ziet het College in de daadwerkelijke ontwikkelingen van de aansluittarieven aanleiding voor de conclusie dat OPTA niet is gebleven binnen de randvoorwaarden als gesteld in het marktanalysebesluit.

Dat de in het WLR-II besluit gekozen methode heeft geleid tot uitkomsten waarbij KPN geen tarieven kan hanteren die als regel liggen boven het niveau van kostenoriëntatie en/of tot inefficiënte toetreding kunnen leiden, is niet betoogd.

Tele2 en Pretium hebben er over geklaagd dat de aansluittarieven zouden zijn gestegen, maar hebben in ieder geval niet aannemelijk gemaakt dat zodanige marge-utholling heeft plaatsgevonden dat het onmogelijk werd voor alternatieve aanbieders om op de markt toe te treden of actief te blijven. In randnummer 41 van hun nadere zienswijze hebben Tele2 en Pretium gewezen op de ontwikkelingen van de (wholesale) aansluittarieven in de periode van 1 januari 2009 tot en met 1 oktober 2010. Hieruit blijkt echter geen eenduidig beeld: sommige tarieven zijn inderdaad gestegen, maar andere zijn gelijk gebleven of zelfs gedaald. Over de vraag in hoeverre het door Tele2 en Pretium gegeven overzicht steun geeft aan beroepsgrond 3 in welk kader Tele2 en Pretium het overzicht hebben gepresenteerd zal het College zich uitlaten in paragraaf 6.3. In het kader van beroepsgrond 1 kan het overzicht Tele2 en Pretium in ieder geval niet baten. Ter zitting hebben Tele2 en Pretium nog een grafiek getoond met een weergave van de verhouding tussen het WLR-tariefplafond en KPN's BelVrij Weekend-verkeerstarieven in de periode van Q1 2009 tot en met Q1 2012. Uit deze grafiek blijkt echter dat na de inwerkingtreding van het WLR-II besluit de WLR-verkeerstarieven aanvankelijk zijn gedaald. Weliswaar is daarna een stijging ingezet, maar deze heeft er pas in het eerste kwartaal van 2011 toe geleid dat de tarieven hoger uitkwamen dan in het eerste kwartaal van 2009. De stijging van de WLR-verkeerstarieven heeft zich nadien voortgezet, maar ook aan het eind van de door de grafiek weergegeven periode is er nog steeds sprake van een marge tussen het WLR-tariefplafond en KPN BelVrij Weekend-tarief. Bovendien verschaft de grafiek geen inzicht in de verhouding tussen WLR tariefplafond en de door KPN in andere bundels gehanteerde tarieven.

Ook het overige dat appellanten hebben aangevoerd, kan niet leiden tot het oordeel dat OPTA bij haar keuze voor de bestreden methode van schoning van bundels voor verkeerstarieven, niet is gebleven binnen de eerder genoemde randvoorwaarden.

Het College volgt Tele2 en Pretium niet in hun standpunt dat het besluit innerlijk tegenstrijdig is omdat randnummer 46 en onderdeel I van het dictum onderling onvereenigbare eisen zouden stellen. Tele2 en Pretium gaan er aan voorbij dat OPTA randnummer 46 heeft geplaatst in paragraaf 3.2, getiteld 'Gevolg voor de zakelijke markt'. Hierin zet OPTA in randnummer 41 uiteen tot welke onbeoogde consequenties de in het marktanalysebesluit gekozen methode voor schoning van zakelijke bundels voor verkeer aan de hand van BelBasis-verkeerstarieven zou hebben geleid. Als remedie hiervoor geeft OPTA vervolgens in randnummer 43 aan dat randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit zodanig wordt aangepast dat het mogelijk wordt te ontbundelen voor andere tarieven dan BelBasis. De gemaakte aanpassing ziet op de tarieven voor niet-afgekocht verkeer en is in overeenstemming met hetgeen OPTA in randnummer 46 heeft gesteld. Wat Tele2 en Pretium beogen, is dat de bij een bundel behorende verkeerstarieven voor niet-afgekocht verkeer ook worden toegepast voor de waardering van het afgekochte verkeer. Uit hetgeen hierboven door het College is opgemerkt, blijkt echter niet dat randnummer 46 ook ziet op dit afgekochte verkeer. Het bepaalde in onderdeel I van het dictum dient

bovendien te worden gelezen in het licht van randnummer 22 van het WLR-II besluit, dat expliciet bepaalt dat KPN bij het schonen van bundels die bestaan uit zowel verkeer als een aansluiting, voor het afgekochte verkeer EDC-verkeerstarieven moet hanteren.

Het College wijst er voorts op dat Tele2 en Pretium er blijkens hun standpunt van uit lijken te gaan, dat het bij een bundel behorende tarief voor niet-afgekocht verkeer ook maatgevend is voor de waardering van de abonnee voor het afgekochte verkeer. Dit komt het College echter onaannemelijk voor. Zo zal een abonnee die kiest voor een bundel waarin telefoonverkeer in het weekend is afgekocht, wellicht bereid zijn een hoge prijs te betalen voor verkeer buiten het weekend indien hij amper buiten het weekend belt. Deze hoge prijs zegt dan echter niets over zijn waardering voor het bellen in het weekend. Ook om deze reden ziet het College geen beletsel om in geval van afgekocht verkeer te spreken van een situatie dat geen enkel vergelijkbaar tarief beschikbaar is en KPN als alternatief EDC-kostprijzen (inclusief een redelijk rendement) dient te hanteren. Om dezelfde reden Tele2 en Pretium zien niet in dat er bij de schoning van bundels voor verkeerstarieven aanleiding kan zijn om afgekocht verkeer en niet-afgekocht verkeer verschillend te waarderen stuit ook het overige af dat Tele2 en Pretium in hun beroepsgrond 1 hebben aangevoerd en hierboven nog niet is besproken.

Ter zitting hebben Tele2 en Pretium betoogd dat het College in de uitspraak van 30 september 2011 inzake het marktanalysebesluit (LJN: BT6098; hierna de marktanalyse-uitspraak) reeds overwegingen heeft gewijd aan de beroepsgronden van Tele2 en Pretium, alsmede van KPN, tegen de wijziging in het WLR-II besluit van randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit. Het College overweegt hieromtrent het volgende. Het College heeft in rechtsoverweging 10.9.11 van de marktanalyse-uitspraak grief D5 van KPN gegrond verklaard. Deze grief zag in de in de onderhavige uitspraak gehanteerde terminologie op de schoning van bundels voor verkeerstarieven. KPN heeft in dit verband verwezen naar de wijziging van Annex D van het marktanalysebesluit, zoals vastgesteld bij het WLR-II besluit. Het College heeft vervolgens geconstateerd dat OPTA met de wijziging in het WLR-II besluit afstand heeft genomen van het door haar in Annex D van het marktanalysebesluit ingenomen standpunt met betrekking tot de wijze waarop het ontbundelde tarief voor de aansluiting moet worden bepaald in het geval dat aansluiting en verkeer in één bundel worden aangeboden. Het marktanalysebesluit kon derhalve wat betreft dat standpunt niet worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering en werd door het College in strijd geoordeeld met artikel 3:46 Awb. Het College heeft hierbij echter uitdrukkelijk bepaald dat de in grief D5 geformuleerde inhoudelijke bezwaren van KPN door het College zouden worden beoordeeld bij de behandeling van het beroep tegen het WLR-II besluit. In rechtsoverweging 10.4.2 van de marktanalyse-uitspraak heeft het College, onder verwijzing naar voornoemde rechtsoverweging 10.9.11, overwogen dat eventuele met grief D5 van KPN verband houdende bezwaren van Tele2 en Pretium door het College eveneens zouden worden betrokken in de behandeling van het beroep tegen het WLR-II besluit.

KPN heeft er in haar beroepsgrond 1 nog over geklaagd dat de gesignaleerde problematiek bij het schonen van bundels voor de zakelijke markt geen geldige reden vormde om de keuze voor schoning aan de hand van BelBasis-verkeerstarieven ook te herzien op de residentiële markt. De koerswijziging van OPTA zou zijn gemotiveerd door de belangen van de WLR-afnemers, die een voordeel zouden hebben ten koste van KPN bij de significante verlaging van WLR-verkeerstarieven die hiervan het gevolg zou zijn. KPN gaat in dit betoog echter voorbij aan de gelijktijdig door OPTA voorgeschreven wijziging in de waardering van het niet-afgekochte verkeer, die juist weer voordelig is voor KPN. Dat sprake is van een koerswijziging die nadrukkelijk ten nadele van KPN uitpakt, heeft KPN derhalve niet aangetoond. Het College ziet om die reden dan ook geen aanleiding om KPN te volgen in haar stelling dat OPTA die koerswijziging uitgebreider had behoren te motiveren dan zij heeft gedaan.

De stelling van KPN dat het bundelkarakter van de BelVrij-aanbiedingen met zich brengt dat een onlosmakelijk verband bestaat tussen het abonnementstarief en de bij die bundel behorende verkeerstarieven, acht het College op zich niet onjuist. Het College heeft zich hiervan ook rekenschap gegeven bij de bespreking van de beroepsgrond van Tele2 en Pretium voor zover deze betrekking had op de waardering van afgekocht verkeer. Tot de conclusie dat verkeerstarieven uit de BelVrij-bundels minder dan BelBasis-tarieven geschikt zijn voor het schonen van een bundel van verkeerstarieven, kan zij echter niet leiden. Dit zou anders zijn als KPN aannemelijk had weten te maken dat de door OPTA gehanteerde methode inclusief schoning van niet-afgekocht verkeer voor EDC-kostprijzen zou leiden tot uitkomsten die

in strijd zijn met de in rechtsoverweging 6.1.1 genoemde randvoorwaarden uit het marktanalysebesluit. KPN heeft echter nagelaten om informatie te geven zoals bijvoorbeeld ontwikkelingen in de WLR-tarieven of zelfs maar representatieve getalenvoorbeelden die deze conclusie aannemelijk zouden kunnen maken.

Evenmin kan beroepsgrond 1 van KPN slagen voor zover zij hierin opmerkt dat het criterium "tarieven van de meest vergelijkbare diensten die in de markt worden aangeboden" vaag is. OPTA heeft dit criterium geconcretiseerd als "de tarieven die worden gehanteerd behorend bij de bundel (BelVrij of CVXL)". Op specifieke gevallen waarin deze concretisering ontoereikend is om voldoende duidelijkheid te scheppen, heeft KPN niet gewezen.

6.1.3 Het College concludeert dat beroepsgrond 1 van Tele2 en Pretium, alsmede de beroepsgronden 1 en 2 van KPN, ongegrond zijn.

6.2 Beroepsgrond 2 van Tele2 en Pretium houdt in dat OPTA hen in de gelegenheid had moeten stellen hun zienswijze kenbaar te maken naar aanleiding van de wijziging van het Ontwerpbesluit op het punt van de waardering van het afgekochte verkeer in een bundel.

Naar vaste jurisprudentie van het College (zie de uitspraak van 25 september 2007, LJN: BB4187; bevestigd in de uitspraak van 31 augustus 2011, LJN: BR6195), heeft als criterium te gelden of er sprake is van zodanige wijzigingen van het besluit of van de relevante feiten of omstandigheden dat OPTA behoorde te verwachten dat een herhaalde consultatieronde voor een zorgvuldige besluitvorming noodzakelijke nieuwe zienswijzen zou opleveren. Het College deelt ook in het onderhavige geval de opvatting van OPTA dat dergelijke nieuwe zienswijzen niet behoeften te worden verwacht. Van nieuwe feiten of omstandigheden is hier geen sprake. OPTA heeft weliswaar een substantiële wijziging aangebracht ten opzichte van het Ontwerpbesluit, maar dit betreft niet een aspect van de besluitvorming waarover Tele2 en Pretium zich niet eerder hebben kunnen uitlaten. Hun standpunt in deze dat er kort gezegd op neerkomt dat afgekocht verkeer relatief hoog moet worden gewaardeerd hebben Tele2 en Pretium in de procedure die leidde tot het Ontwerpbesluit en vervolgens het WLR-II besluit, voldoende naar voren kunnen brengen.

Beroepsgrond 2 kan niet slagen.

6.3 In beroepsgrond 3 klagen Tele2 en Pretium er over dat de fluctuaties in de WLR-verkeersstarieven niet kunnen worden verklaard uit de stijgingen en dalingen van de bijbehorende retailtarieven.

OPTA heeft in reactie op deze beroepsgrond gewezen op de wijze waarop de WLR-verkeersstarieven worden berekend. Uitgangspunt voor de bepaling van een WLR-tarief zijn meerdere door KPN aangeboden retaildiensten die betrekking hebben op eenzelfde aansluittype. Bij verschillende retaildiensten kunnen verschillende retailtarieven worden berekend. Het bij een aansluittype behorende retailtarief wordt bepaald door die verschillende retailtarieven te wegen naar rato van het afzetvolume van de desbetreffende dienst. Vanwege de schommelingen in de afzetvolumes kunnen de wegingen veranderen en kunnen derhalve ook de WLR-verkeersstarieven schommelingen vertonen.

Naar het oordeel van het College is het voorgaande een adequate verklaring voor de door Tele2 en Pretium geconstateerde fluctuaties.

In reactie op de stelling van Tele2 en Pretium dat de WLR-tariefsverhogingen in de periode van Q1 tot en met Q2 2010 de indexering overstijgen, heeft OPTA opgemerkt dat geen sprake is van een tariefsverhoging die uitgaat boven de door OPTA vastgestelde price cap. Gegevens waaruit zou kunnen blijken dat deze opmerking van OPTA niet op juistheid berust, zijn door Tele2 en Pretium in hun beroepschrift niet geleverd en in hun nadere reactie zijn Tele2 en Pretium in het geheel niet op deze opmerking ingegaan.

Beroepsgrond 3 faalt.

6.4 Ten aanzien van beroepsgrond 4 van Tele2 en Pretium die betrekking heeft op het zogenaamde restverkeer, heeft OPTA opgemerkt dat de wijze waarop KPN het restverkeer aan haar afnemers in rekening mag brengen niet wordt geregeld door het WLR-II besluit, maar in dictumonderdeel xli, punt d), onder v) van het marktanalysebesluit. De hoogte van het in dat dictumonderdeel genoemde customer billing percentage is vervolgens vastgelegd in het WPC-IIa besluit. Volgens OPTA kan de facturering van het restverkeer derhalve niet in het kader van het WLR-II besluit aan de orde worden gesteld.

Het College volgt OPTA hierin. Hieraan doet niet af dat OPTA zich in paragraaf 4.4 van de Nota van Bevindingen (Bijlage F van het WLR-II besluit) over het restverkeer heeft uitgelaten. OPTA heeft zich ter zitting terecht op het standpunt gesteld dat de Nota van Bevindingen in zoverre niet kan worden beschouwd als een formeel besluit, maar slechts als een reactie op de zienswijzen van (onder andere) Tele2 en Pretium inzake het restverkeer.

Beroepsgrond 4 kan niet slagen.

6.5 OPTA heeft de RoS bepaald op 6,5%. Hiertegen richt zich beroepsgrond 5 van Tele2 en Pretium.

Tele2 en Pretium hebben ter zake van deze beroepsgrond verwezen naar hun beroep tegen het Besluit WLR-verkeersstarieven I. Het College merkt op dat OPTA in het Besluit WLR-verkeersstarieven I een RoS van 5% had vastgesteld. Bij de voorbereiding van het WLR-II besluit heeft OPTA nieuw onderzoek verricht en naar aanleiding van dit onderzoek de RoS op 6,5% bepaald. Tele2 en Pretium hebben geen gronden aangevoerd die betrekking hebben op dit ten behoeve van de nieuwe reguleringsperiode uitgevoerde onderzoek.

Het oordeel van het College over de beroepsgrond tegen het Besluit WLR-verkeersstarieven I blijkt uit de uitspraak van 26 september 2012 (LJN: BY0191) inzake OPTA's besluit Tariefregulering Wholesale Line Rental van 8 september 2008 (hierna Besluit WLR-verkeersstarieven II). In rechtsoverweging 4.2.3 van deze uitspraak is vermeld dat Tele2 en Pretium ook in hun beroep tegen het Besluit WLR-verkeersstarieven II hadden verwezen naar hun beroepsgrond betreffende de RoS in het Besluit WLR-verkeersstarieven I. In paragraaf 7.6 van voornoemde uitspraak heeft het College geoordeeld dat de door Tele2 en Pretium tegen de vaststelling van de RoS ingebrachte grief faalt.

Gelet op het voorgaande ziet het College geen aanleiding om te oordelen dat OPTA ditmaal niet mocht komen tot een RoS van 6,5%, die leidt tot een grotere minus en derhalve een lager en daarmee voor Tele2 en Pretium gunstiger WLR-tarief. Dit wordt niet anders door het door Tele2 en Pretium ter zitting gehouden betoog dat nu OPTA in het Herstelbesluit komt tot een hogere WACC, de effecten hiervan moeten worden gecompenseerd door een verhoging van de RoS om op een passende marge tussen wholesale- en retailprijzen uit te komen. OPTA heeft in reactie hierop terecht opgemerkt dat de gehanteerde methodiek vereist dat WACC en RoS zelfstandig worden vastgesteld en de waarde hiervan niet wordt bepaald aan de hand van het te bereiken doel.

Ook beroepsgrond 5 faalt derhalve.

6.6 De beroepsgronden 6 en 7 van Tele2 en Pretium hebben betrekking op de bepaling van de WACC in het Herstelbesluit en lenen zich voor een gezamenlijke bespreking met de beroepsgrond 10.

6.6.1 Voor zover Tele2 en Pretium er in hun beroepsgrond 6 over klagen dat de in het WPC-IIa besluit voor KPN bepaalde WACC moet worden verlaagd, betreft het een kwestie die in het onderhavige beroep niet aan de orde is. Over de in het WPC-IIa besluit vastgestelde WACC wordt door het College geoordeeld in de beroepen die tegen het WPC-IIa besluit zijn ingesteld.

OPTA was, anders dan Tele2 en Pretium betogen, niet gehouden om in het Herstelbesluit uit te leggen hoe de verhoging van het WACC-percentage zich vertaalt in de gewijzigde minussen. Deze vertaling is een rechtstreeks gevolg van de door OPTA voor de bepaling van de retail-minussen gehanteerde methodiek. In deze methodiek heeft het Herstelbesluit geen wijziging gebracht.

Derhalve faalt beroepsgrond 6 van Tele2 en Pretium.

6.6.2 In beroepsgrond 7 klagen Tele2 en Pretium erover dat OPTA de wijziging die zij doorvoert in het Herstelbesluit aanmerkt als het gevolg van een 'kennelijke vergissing'. Het College overweegt naar aanleiding hiervan het volgende.

OPTA heeft in haar nadere verweerschrift in de eerste plaats verwezen naar randnummer 102 van het WLR-II besluit, waaruit de uitdrukkelijke bedoeling van OPTA zou blijken om wat betreft de hoogte van de WACC aan te sluiten bij het WPC-IIa besluit. In dit WPC-IIa besluit onderscheidt OPTA een nominale WACC van 9,2% en een reële WACC van 7,1%. OPTA wijst vervolgens op randnummer 74 van het WPC-IIa besluit, waarin het volgende staat vermeld:

"74. Op grond van het vorenstaande zal het college het kostentoerekeningsstelsel slechts goedkeuren als hierin als vergoeding van de vermogenskosten de reële WACC wordt gehanteerd. Daarbij wordt KPN via een correctie van de holding gain/losses een inflatievergoeding toegestaan. Voor meerjarenvensters en de bepaling van de Interest on Receivables (IOR) geldt dat KPN een nominale WACC dient te hanteren."

Het College onderschrijft de opvatting van OPTA dat hieruit blijkt dat zij een kennelijke vergissing heeft gemaakt door in randnummer 102 van het WLR-II besluit een WACC van 7,1% te noemen. Hiermee heeft OPTA aangesloten bij de reële WACC als bepaald in het WPC-IIa besluit in plaats van bij de nominale WACC uit dit besluit, terwijl uit randnummer 74 hiervan volgt dat voor de IOR deze nominale WACC moest worden gehanteerd.

Het College deelt de opvatting van OPTA dat nu slechts sprake is van herstel van een kennelijke vergissing, OPTA geen hernieuwde consultatieronde als bedoeld in de artikelen 6b.1 en 6b.2 Tw had hoeven houden.

Beroepsgrond 7 van Tele2 en Pretium kan derhalve niet slagen.

6.6.3 In beroepsgrond 10 richten Tele2 en Pretium zich tegen de terugwerkende kracht van het Herstelbesluit.

OPTA heeft in haar nadere verweerschrift bevestigd dat de aanpassing van de minussen met terugwerkende kracht geldt. Het dictum van het Herstelbesluit bepaalt dat bepaalde randnummers van het WLR-II besluit worden gewijzigd, maar in de datum van inwerkingtreding van het WLR-II besluit wordt geen verandering aangebracht.

OPTA doet zo blijkt eveneens uit het nadere verweerschrift haar motivering voor de terugwerkende kracht steunen op haar standpunt dat sprake is van een kennelijke vergissing. Dat die vergissing pas in de beroepsfase is opgemerkt, doet er volgens OPTA niet aan af dat partijen er rekening mee hadden kunnen houden dat het WLR-II besluit op dit punt zou worden aangepast. Bovendien zou het ten opzichte van KPN bepaald onredelijk zijn als zij enkel vanwege een kennelijke vergissing ten onrechte gedurende een bepaalde periode te lage tarieven voor haar wholesale-dienst zou hebben ontvangen.

Deze motivering acht het College niet houdbaar. 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.

Tegenover het belang van KPN dat ten onrechte te lage tarieven heeft ontvangen, staat het belang van de WLR-afnemers om niet te worden geconfronteerd met een navordering die zij niet op hun afnemers kunnen verhalen. Beroepsgrond 10 van Tele2 en Pretium slaagt, aangezien OPTA wat betreft de ingangsdatum van de hierin bepaalde minussen, in strijd met artikel 3:4, eerste lid, Awb de belangen van partijen niet heeft afgewogen en het Herstelbesluit in strijd met artikel 3:46 Awb niet berust op een deugdelijke motivering. OPTA zal de terugwerkende kracht van het Herstelbesluit moeten heroverwegen en hierbij de belangen van KPN enerzijds en de WLR-afnemers anderzijds tegen elkaar moeten afwegen.

6.7 In beroepsgrond 8 klagen Tele2 en Pretium erover dat OPTA een te hoge IOR hanteert.

Tele2 en Pretium beargumenteren in deze beroepsgrond dat de IOR te hoog is, omdat de gehanteerde termijn niet aansluit bij het tijdstip van facturering door KPN. Voor zover OPTA zich in het Herstelbesluit over de IOR heeft uitgelaten, betreft dit echter slechts de consequenties die de keuze voor een nominale in plaats van voor een reële WACC heeft voor de hoogte van de IOR. Dat voor de IOR een termijn van drie maanden wordt gehanteerd, is reeds besloten in (randnummer 100 van) het WLR-II besluit, dat op dit punt niet afwijkt van het Ontwerpbesluit. Het College deelt de opvatting van OPTA dat nu Tele2 en Pretium

hebben nagelaten om reeds in een eerder stadium te wijzen op het verschil tussen de datum waarop KPN in de praktijk factureert en het tijdstip waarvan bij de berekening van de termijn van de IOR is uitgegaan, het OPTA niet valt aan te rekenen dat zij hiermee bij haar besluitvorming geen rekening heeft gehouden. Het betreft hier een feitelijke omstandigheid waarvan OPTA niet zonder meer op de hoogte hoefde te zijn. Beroepsgrond 8 kan gelet op het voorgaande niet slagen.

6.8 Beroepsgrond 9 van Tele2 en Pretium houdt in dat OPTA voor de inwerkingtreding van het Herstelbesluit in een overgangstermijn had behoren te voorzien.

Het College deelt deze opvatting niet. Vanaf het moment van publicatie van het Herstelbesluit kunnen de WLR-afnemers de hogere WLR-tarieven doorberekenen aan hun afnemers, zodat het in paragraaf 6.6.3 genoemde probleem zich niet voordoet. Dat het voor de WLR-afnemers hierdoor moeilijker wordt om te concurreren, doet hier niet aan af. Het College heeft herhaaldelijk geoordeeld over de rechtmatigheid van overgangsmaatregelen in de vorm van een zogenaamd glijpad in de context van afgiftetarieven. Een dergelijk glijpad diende ter voorkoming van abrupt optreden, dat zou leiden tot onevenredig nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering van de aanbieders als gevolg van het plotseling wegvallen van een groot deel van een belangrijke inkomstenbron.

OPTA heeft in haar nadere verweerschrift becijferd dat op de residentiële markt de WLR-tarieven met 0,5% kunnen stijgen en op de zakelijke markt met 0,4%. Bovendien gold voor veel tarieven dat deze al waren gemaximeerd vanwege de price cap die ook in het WLR-II besluit is opgelegd. In het licht van deze gegevens die door Tele2 en Pretium niet zijn bestreden ziet het College geen licht om hier te oordelen dat sprake is van nadelige gevolgen met een dusdanig onevenredig karakter dat OPTA in een overgangstermijn had moeten voorzien.

Beroepsgrond 9 faalt.

6.9 De beroepsgronden 3 en 4 van KPN hebben beide betrekking op de levering van WLR HC.

6.9.1 Beroepsgrond 3 klaagt erover dat OPTA ten onrechte heeft bepaald dat de WSK proportioneel moeten worden toegerekend.

Het College overweegt dat naar vaste jurisprudentie OPTA kan besluiten tot een proportionele toerekening van WSK, maar dat hierbij een zware motiveringsplicht geldt. Het College wijst op randnummer 10.9.1 van de marktanalyse-uitspraak, waarin is overwogen dat OPTA voor iedere vorm van toegang afzonderlijk op basis van een concrete weging van alle van belang zijnde factoren en daarop afgestemde berekeningen zal dienen te onderzoeken, of er een bijzondere reden bestaat om af te wijken van het beginsel van causale kostentoe-rekening.

OPTA moet worden nagegeven dat zij haar motivering voor de keuze voor proportionele toerekening van WSK in het WLR-II besluit heeft toegespitst op de vorm van toegang die hier aan de orde is, namelijk bij de berekening van het WLR HC overstaptarief. Dit neemt echter niet weg dat de gegeven motivering te kort schiet. OPTA heeft geen eigen onderzoek verricht, maar er mee volstaan te wijzen op de door marktpartijen aangegeven terugverdientijd bij het hanteren van causale toerekening. OPTA is er vervolgens toe overgegaan om in plaats van het op basis van causale toerekening gebaseerde tarief van 457,93 een op basis van proportionele toerekening gebaseerd tarief van 42,07 op te leggen. KPN heeft er terecht op gewezen dat ook indien WLR-afnemers geen business case hebben bij causale toerekening, dit nog niet betekent dat een dergelijke business case pas bestaat bij een volledig proportionele toerekening van WSK. KPN heeft er ook terecht op gewezen dat OPTA er toe had mogen overgaan om een minder vergaande vorm van proportionele toerekening op te leggen. Indien het een bestuursorgaan is toegestaan om een ingrijpende maatregel op te leggen, zal zij immers in de regel ook de bevoegdheid hebben om een minder ingrijpende maatregel op te leggen en op basis van overwegingen van proportionaliteit hiertoe zelfs gehouden zijn indien ook deze minder ingrijpende maatregel effectief is.

Uit het bovenstaande volgt dat beroepsgrond 3 van KPN gegrond is. OPTA heeft het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel van artikel 3:46 Awb geschonden. OPTA dient eigen onderzoek te verrichten teneinde na te gaan welke mate van proportionele toerekening van WSK is vereist om voor WLR-afnemers een business case te bieden voor het bedienen van hun klanten via WLR HC.

6.9.2 Beroepsgrond 4 heeft betrekking op de kosten voor compliance die KPN volgens haar ten onrechte niet mag doorberekenen aan de WLR-afnemers.

OPTA heeft terecht als uitgangspunt gesteld dat het bij de kosten van compliance gaat om kosten die KPN maakt ten einde te verzekeren dat KPN zich bij de levering van WLR HC houdt aan de daarvoor toepasselijke wet- en regelgeving en deze kosten in zoverre maakt ten behoeve van haar eigen belang. Dit uitgangspunt gaat echter voorbij aan de stelling van KPN dat in het onderhavige geval (ook) sprake is van kosten die KPN specifiek maakt ten behoeve van de WLR-afnemers. Zo heeft KPN betoogd dat de WLR-afnemers, inclusief overigens de retail-afdeling van KPN, met de dienst moeten kunnen werken zonder dat zij in aanraking komen met concurrentiegevoelige informatie van de andere partijen. OPTA heeft hier in het verweerschrift op gereageerd door er op te wijzen dat met name KPN retail profiteert van de compliance maatregelen. Dit punt staat echter tussen partijen niet ter discussie, terwijl het College in het gebruik van de aanduiding 'met name' een erkenning leest van KPN's stelling dat ook andere WLR-afnemers profiteren.

De conclusie is dat beroepsgrond 4 slaagt aangezien het WLR-II besluit in strijd met artikel 3:2 en 3:46 Awb onvoldoende zorgvuldig is voorbereid en gemotiveerd. OPTA dient na te gaan in hoeverre KPN compliance kosten maakt ten behoeve van zichzelf en in hoeverre ten behoeve van anderen en dient hiermee rekening te houden bij de bepaling van het WLR HC-tarief.

6.10 Het College ziet in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding om OPTA op te dragen de gesignaleerde gebreken in het WLR-II besluit en het Herstelbesluit te herstellen. OPTA dient daartoe het WLR-II besluit aan te passen overeenkomstig hetgeen in de paragrafen 6.9.1 en 6.9.2 van deze uitspraak is overwogen en dient zich uit te laten over de ingangsdatum van de in het Herstelbesluit vastgestelde minussen in overeenstemming met hetgeen hieromtrent is overwogen in paragraaf 6.6.3 van deze uitspraak. OPTA dient hiertoe het bestreden besluit van een deugdelijke motivering te voorzien dan wel een ander besluit te nemen. Hiervoor zal een termijn worden gesteld.

6.11 Nadat het besluit is hersteld of vervangen zal op het beroep tegen dat besluit worden beslist. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

7. De beslissing

Het College draagt OPTA op om met inachtneming van deze tussenuitspraak binnen zes maanden na verzending het bestreden besluit van een deugdelijke motivering te voorzien dan wel een ander besluit te nemen omtrent:

- het door KPN in rekening te brengen WLR HC overstaptarief;
 - de ingangsdatum van de in het Herstelbesluit bepaalde minussen;
- en het College over het resultaat te informeren.

Aldus gewezen door mr. H.O. Kerkmeester, mr. S.C. Stuldreher en mr. H.S.J. Albers, in tegenwoordigheid van mr. G.D. Kleijne als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 9 november 2012.

w.g. H.O. Kerkmeester w.g. G.D. Kleijne