

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2015/201076_OV

Zaaknummer: 13.0423.53

Datum: 6 mei 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van dictumonderdeel VII sub m van het besluit marktanalyse hoge kwaliteit breedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL) van 29 december 2012 inhoudende een besluit op aanvraag tot verlening van toestemming aan KPN B.V. tot intrekking van reeds verleende toegang voor zover deze op de techniek ATM is gebaseerd

**Pagina
1/10**

1 Samenvatting

1. In het Besluit marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL) van 28 december 2012¹ (hierna: marktanalysebesluit HKWBT/HL) heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) wholesaleverplichtingen aan KPN B.V. (hierna: KPN) opgelegd. Onderdeel van deze verplichtingen is dat KPN aan Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) als rechtsopvolger van OPTA toestemming dient te vragen om te besluiten dat KPN de in dit marktanalysebesluit opgelegde toegang mag uitfaseren.
2. KPN heeft op 12 maart 2015 een verzoek ingediend tot uitfasering van de gereguleerde HKWBT-dienst voor zover deze op de techniek Asynchronous Transfer Mode (hierna ATM)² gebaseerd is (hierna: het verzoek). Gelijktijdig heeft KPN haar eerdere uitfaseringsverzoek van 19 juni 2013 met betrekking tot dezelfde dienst ingetrokken.
3. ACM heeft het verzoek beoordeeld volgens de vijf randvoorwaarden zoals deze zijn opgenomen in het marktanalysebesluit HKWBT/HL. ACM oordeelt dat KPN aan de vijf randvoorwaarden heeft voldaan en heeft dan ook besloten dat KPN de HKWBT-dienst voor zover gebaseerd op ATM (hierna: ATM-dienst) mag uitfaseren.

¹ Kenmerk: OPTA/AM/2012/203111.

² Voorheen waren alle vormen van breedbandtoegang gebaseerd op ATM, waaronder ook LKWBT-diensten. De HKWBT-dienst is de laatste variant die nog niet geheel is overgezet naar moderne ethernet-gebaseerde technieken.

Besluit Openbaar

2 Verloop van de procedure

4. Bij brief van 12 maart 2015 heeft KPN het verzoek gezonden aan ACM.
5. Per e-mail van 19 maart 2015 heeft ACM de partijen die actief zijn in de markt voor HKWBT-diensten uitgenodigd hun inbreng in te dienen naar aanleiding van het verzoek van KPN.
6. De volgende partijen gereageerd op de uitnodiging van ACM: Verizon³, BT⁴, Vodafone⁵ en Ziggo (mede namens UPC Business, Esprit Telecom en Zoranet).⁶ Voor zover deze reacties betrekking hebben op de genoemde vijf randvoorwaarden, gaat ACM in dit besluit op deze reacties in. Overigens zij opgemerkt dat voor een deel deze partijen rechtstreeks een ongereguleerd ATM-portfolio afnemen van KPN of dat eerder hebben gedaan.

3 Juridisch Kader

7. In dictumonderdeel VII aanhef en sub m van het marktanalysebesluit HKWBT/HL (hierna: voorschrift m) is bepaald dat op grond van artikel 6a.6 derde lid Tw voorschriften gelden voor de uitfasering van een gereguleerde toegangsdienst waarvoor reeds toegang is verleend.

Dictumonderdeel VII sub m.

KPN mag de al verleende toegang niet intrekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. In dit laatste geval dient KPN een verzoek tot intrekking van reeds verleende toegang aan het college ter goedkeuring voor te leggen. Een dergelijk verzoek zal door het college uitsluitend worden gehonoreerd, indien is voldaan aan in ieder geval de volgende randvoorwaarden:

- (1) een redelijke uitfaseringstermijn,*
- (2) de beschikbaarheid van gereguleerde redelijke alternatieven,*
- (3) een gelijke behandeling wat betreft de uitfasering van gerelateerde door KPN zelf gebruikte diensten,*
- (4) heldere procedures voor de uitfasering en*
- (5) garantie van dienstverlening bij migratie.*

³ Per e-mail van 27 maart 2015.

⁴ Per e-mail van 1 april 2015.

⁵ Per e-mail van 2 april 2015.

⁶ Per e-mail van 10 april 2015

Besluit Openbaar

8. Deze voorschriften zijn toegelicht in de randnummers 672 en 686 tot en met 691 van het marktanalysebesluit HKWBT/HL.
9. In de uitspraak van 18 september 2014 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB)⁷ inzake het marktanalysebesluit Vaste Telefoonie 2012 van 1 mei 2012⁸ heeft het CBB bepaald dat in dictumonderdeel XIV, onder m, alsmede in dictumonderdeel XLII, onder l, van het marktanalysebesluit Vaste Telefoonie de bepaling "(2) de beschikbaarheid van gereguleerde redelijke alternatieven" wordt vervangen door "(2) de beschikbaarheid van redelijke alternatieven". ACM overweegt dat hangende de beroepen tegen het marktanalysebesluit HKWBT/HL deze vervanging naar analogie dient te worden toegepast in de interpretatie van de gelijklopende bepaling in het marktanalysebesluit HKWBT/HL. In het vervolg van onderhavig besluit dient daarom randvoorwaarde twee gelezen te worden als:

(2) de beschikbaarheid van redelijke alternatieven,

4 Het verzoek van KPN

10. In haar verzoek van 12 maart 2015 doet KPN een beroep op voorschrift m uit het marktanalysebesluit HKWBT/HL. KPN doet een verzoek tot intrekking van reeds verleende toegang van de gereguleerde ATM-dienst per 1 juli 2015 of per de datum waarop de laatste door de afnemer Tele2 afgenomen ATM-verbinding is gemigreerd c.q. opgeheven, doch uiterlijk per 31 december 2015.
11. KPN benadrukt dat er ten aanzien van dit verzoek overeenstemming bestaat met haar enige afnemer Tele2 en voegt ter onderbouwing getekende documenten bij waaruit dit blijkt. Voorts geeft KPN met een korte toelichting aan dat met dit verzoek aan de randvoorwaarden uit het marktanalysebesluit HKWBT/HL voldaan is, onder verdere verwijzing naar de bijgevoegde documenten.

5 Overwegingen

5.1 Wettelijke eisen bevoegdheid

12. ACM is op grond van dictum onderdeel VII aanhef en sub m van het marktanalysebesluit HKWBT/HL in samenhang gelezen met art. 6a.6 lid 3 Tw bevoegd om een besluit te nemen op het verzoek van KPN.

⁷ ECLI:NL:CBB:2014:342.

⁸ Kenmerk: OPTA/AM/2012/201189

Besluit Openbaar

5.2 Beoordeling randvoorwaarden

13. In randnummer 672 onder m van het marktanalysebesluit HKWBT/HL wordt in de eerste volzin de hoofdregel van de beoordeling van het uitfaseringsverzoek gesteld: "KPN mag de al verleende toegang niet intrekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd". De hoofdregel wordt door ACM ingevuld aan de hand van de vijf randvoorwaarden in de randnummers 686 tot en met 691 van het marktanalysebesluit HKWBT/HL. Dit betekent dat ACM KPN's verzoek eerst toetst aan de vijf randvoorwaarden alvorens ACM een oordeel uitspreekt over de redelijkheidsvraag.
14. ACM overweegt ten aanzien van dit toetsingsproces dat in dit verzoek de betrokken dienst slechts één directe afnemer kent, te weten Tele2. Verder overweegt ACM hierbij dat KPN in gesprek is gegaan met Tele2 over de verbindingen waarop de ATM-dienst door Tele2 wordt afgenomen en dat dit geleid heeft tot een gezamenlijke oplossing met Tele2 ten aanzien van de overgang van de ATM-dienst naar andere toegangsvormen.

5.2.1 Randvoorwaarde 1: een redelijke uitfaseringstermijn

15. KPN stelt in haar uitfaseringsverzoek voor dat de door Tele2 afgenomen ATM-verbindingen zoveel mogelijk voor 1 juli 2015 zullen worden gemigreerd naar een alternatieve wholesaledienst. KPN stelt voor dat de resterende ATM-verbindingen zo spoedig mogelijk daarna gemigreerd zullen worden doch uiterlijk op 31 december 2015. ACM interpreteert het verzoek van KPN in die zin dat bij de migratie van de laatste ATM-verbinding sprake zal zijn van de uitfasering van de ATM-dienst, dus ten laatste op 31 december 2015. Voor zover het verzoek inhoudt dat 1 juli 2015 als uitfaseringsdatum vastgelegd dient te worden, merkt ACM op dat uit het marktanalysebesluit HKWBT/HL duidelijk volgt dat van een uitfaseringsdatum pas sprake kan zijn als de dienst in zijn geheel niet meer gebruikt wordt. KPN stelt in het verzoek nadrukkelijk dat rekening gehouden moet worden met een uitloop van de migratie van een deel van de ATM-verbindingen tot na 1 juli 2015. Nu hiermee uit het verzoek reeds gebleken is dat het naar alle waarschijnlijkheid niet mogelijk is dat op 1 juli 2015 reeds alle lijnen gemigreerd zijn, is die datum op grond daarvan alleen al niet aan de orde als uitfaseringsdatum.
16. Bij haar overwegingen ten aanzien van een redelijke uitfaseringstermijn kent ACM in belangrijke mate waarde toe aan de overeenkomst die KPN met Tele2, de enige wholesaleafnemer van de gereguleerde ATM-dienst, ten aanzien van de uitfaseringstermijn heeft bereikt. Op grond van deze overeenstemming beschouwt ACM de door KPN gehanteerde uitfaseringstermijn in beginsel als redelijk.
17. ACM overweegt voorts dat Tele2 de door haar afgenomen verbindingen weer verkoopt aan haar wholesaleafnemers. ACM stelt vast dat deze omstandigheden zijn meegenomen in de tijdspaden van het verzoek. ACM overweegt dat deze tijdspaden in gezamenlijkheid van

Besluit Openbaar

KPN en haar afnemer tot stand zijn gekomen en dat hierin Tele2's behoefte om voldoende lange termijn te hebben om de diverse migraties met haar afnemers af te stemmen is meegenomen. Uit de reactie van Ziggo van 10 april 2015 blijkt dat een uitfaseringsdatum van 31 december 2015 weliswaar een strakke deadline vormt, maar dat indien KPN de aangekondigde alternatieven ook daadwerkelijk levert deze dan wel degelijk mogelijk is. Voor de ongereguleerde ATM-dienst die een vergelijkbaar uitfaseringstraject heeft doorlopen geeft Verizon in haar reactie van 27 maart 2015 ook aan dat een uitfaseringsdatum van 31 december 2015 haalbaar is. Dit ziet ACM als een aanwijzing dat ook voor uitfasering van andere delen van het ATM-portfolio, die immers vergelijkbaar zijn, een datum van 31 december 2015 haalbaar is. Ten aanzien van zoals BT in haar reactie van 1 april 2015 stelt dat ACM de [VERTROUWELIJK] in het oordeel over de uitfaseringsdatum zou moeten betrekken, benadrukt ACM dat uitfasering wel inspanningen zal vergen van zowel Tele2's wholesale-afnemers als ook van eindgebruikers maar dat dat niet betekent dat uitfasering per die datum onmogelijk zou zijn.

18. Gelet op het voortraject van het verzoek, de afspraak tussen KPN en Tele2 om per 1 juli 2015 zoveel mogelijk lijnen te hebben gemigreerd en de vaststelling van ACM reeds in het HKWBT-besluit dat de ATM-techniek zijn levenseinde aan het naderen is, ziet ACM geen overige bezwaren tegen de voorgestelde uitfaseringstermijn, voor zover deze inhoudt dat uitfasering zal plaatsvinden per de datum waarop de laatste door Tele2 afgenomen ATM verbinding is gemigreerd c.q. opgeheven, doch uiterlijk per 31 december 2015. ACM benadrukt dat KPN na deze datum op geen enkele wijze meer verplicht is om de dienst te ondersteunen en op geen enkele wijze een uitlooptermijn hoeft te faciliteren. Betrokken partijen en al hun afnemers dienen derhalve voor deze datum de migraties afgerond te hebben. ACM oordeelt dat KPN aan de eerste randvoorwaarde voldaan heeft.

5.2.2 Randvoorwaarde 2: de beschikbaarheid van een redelijke alternatieven

19. KPN stelt in haar verzoek dat het samenstel van diverse diensten uit de referentie-aanbiedingen MDF Access, WBA en WEAS een alternatief zijn voor de door Tele2 afgenomen ATM-verbindingen.
20. ACM constateert dat KPN zowel voorwaarden als tarieven van alternatieve diensten⁹ bij het verzoek heeft gevoegd. Uit het door KPN bij het verzoek overgelegde amendement blijkt

⁹ Bijlage 2a bij uitfaseringsverzoek ATM (20150306 wba annex-4 pricing cm v3.16b geldig per 1 maart 2015);

Bijlage 2a bij uitfaseringsverzoek ATM (20150306 wba annex-4 pricing zm ethernet on nwaps v3.9.8b geldig per 1 maart 2015);

Bijlage 2a bij uitfaseringsverzoek ATM (20150306 wba annex-4 pricing zm ethernet on lwaps v1.7c geldig per 1 maart 2015);

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK] verbindingen die naar diensten uit de aangegeven te onderscheiden referentieaanbiedingen worden gemigreerd.

21. ACM overweegt dat de bepalingen uit het marktanalysebesluit HKWBT/HL er niet aan in de weg staan dat het alternatief uit een samenstel van verschillende diensten kan bestaan. In dit verband hecht ACM er ook belang aan dat er in het concrete geval één afnemer van de uit te faseren dienst is en het samenstel van migratiealternatieven tot stand is gekomen in een gezamenlijke analyse waarin zowel de belangen van KPN als Tele2 (en de afnemers van Tele2) afgewogen zijn.
22. ACM overweegt verder dat het samenstel van de verschillende referentieaanbiedingen die dienen als redelijk alternatief een samenstel is van enerzijds reeds bestaande diensten die op een eerder moment al door ACM zijn beoordeeld ex art. 6a.9 lid 4 Tw op zowel functionaliteit als tariefstelling en anderzijds nieuwe toevoegingen aan deze referentieaanbiedingen die een dergelijke beoordeling nog niet eerder hebben gehad. In deze laatste categorie vallen de nieuwe WBA-E PtP-dienst en de nieuwe WEAS single copper access.
23. Normaal gesproken doorlopen nieuwe referentieaanbiedingen een uitgebreid implementatieproces, waarbij mogelijkerwijs met betrekking tot de functionaliteit van de toegang een aanwijzing gegeven wordt en ten aanzien van de tarieven door ACM tariefplafonds vastgesteld worden. In casu overweegt ACM dat er voldoende redenen bestaan om in het kader van de beoordeling van dit verzoek af te zien van een dergelijke uitgebreide implementatie- en tariefbeoordeling. De nieuwe diensten dienen als alternatief voor een dienst waarvan slechts één afnemer is en de specificaties van deze alternatieve diensten zijn in afstemming tussen leverancier en die afnemer tot stand gekomen. De nieuwe diensten zijn door KPN bovendien opgenomen in de referentieaanbiedingen op de KPN-Wholesale website en daarmee transparant en non-discriminatoire beschikbaar voor potentiële afnemers. In haar eerder genoemde reactie stelt Ziggo dat bepaalde diensten ten tijde van haar reactie nog niet daadwerkelijk beschikbaar zijn. ACM constateert hierbij dat

6/10

Bijlage 2a bij uitfaseringsverzoek ATM (20141219 wba annex 3 procedures en serviceniveaus v3 6a geldig per 15 januari 2015);

Bijlage 2a bij uitfaseringsverzoek AT (20141114 wba annex 2 technische specificaties v5.10 geldig per 15 januari 2015);

Bijlage 2a bij uitfaseringsverzoek ATM (20130728 wba raamovereenkomst v 3.2);

Bijlage 2b bij uitfaseringsverzoek ATM (20141219 weas annex1 tariff schedule version 6.2 valid from 26 january 2015);

Bijlage 2b bij uitfaseringsverzoek ATM (20141219 weas service description version 5.6 valid from 26 january 2015);

Bijlage 2b bij uitfaseringsverzoek ATM (20130729 wholesale huurlijnen raamovereenkomst v 1.1 31-07-2013);

Bijlage 3a bij uitfaseringsverzoek ATM (20140627 introductie wba point to point op ethernet technologie);

Bijlage 3b bij uitfaseringsverzoek ATM (20141219 weas single copper line access);

Bijlage 4 bij uitfaseringsverzoek ATM (20141031 mdf access tariff schedule v6).

Besluit Openbaar

KPN gehouden is om diensten in haar referentieaanbiedingen ook daadwerkelijk te leveren en eventuele leveringsproblemen onverwijld op te lossen.

24. ACM overweegt dat de tariefstelling van de alternatieve nieuwe diensten zoals opgenomen in de bijlagen bij het uitfaseringsverzoek van dusdanig niveau is dat het onwaarschijnlijk is dat indien er een formele tariefbeoordeling zou plaatsvinden de betreffende diensten boven de tariefplafonds zouden uitkomen. De nieuwe diensten bestaan uit componenten die reeds bekend zijn in de tariefbeoordelingssystematiek in de vorm van componenten bij andere diensten uit de referentieaanbiedingen WBA en WEAS. De tarieven van deze componenten zijn eerder door ACM beoordeeld.¹⁰
25. Op grond van het voorgaande oordeelt ACM dat er een redelijk alternatief voor de uit te faseren ATM-dienst voor handen is en dat KPN hiermee aan randvoorwaarde twee heeft voldaan.

7/10

5.2.3 Randvoorwaarde 3: gelijke behandeling wat betreft de uitfasering van gerelateerde KPN-diensten

26. In haar uitfaseringsverzoek stelt KPN dat haar ATM-migratie voor eigen gebruik volledig is afgerond. KPN heeft ten aanzien van haar interne ATM-leveringen voor zich zelf eerdere uitfaseringsdata opgelegd dan het geval is bij het gereguleerde wholesaleportfolio. Er kan dus geen sprake van zijn dat KPN zichzelf in deze zou bevoordelen. Bij het uitfaseringsverzoek heeft KPN stukken overgelegd ter onderbouwing.
27. ACM is van oordeel dat deze stukken KPN's stelling onderbouwen. Ook de eerder genoemde reacties van Verizon en Vodafone waarin deze aangeven dat hun ATM-migratie inmiddels grotendeels is afgerond, wijzen in de richting van een zeer spoedige afbouw van iedere vorm van KPN's interne ATM-dienstverlening.
28. Hiermee heeft KPN ook aan randvoorwaarde drie voldaan.

5.2.4 Randvoorwaarde 4: Heldere procedures voor de uitfasering en een redelijke kwaliteit

29. KPN verwijst in haar uitfaseringsverzoek naar de procedures die zijn opgenomen in Annex A bij het amendement. Het betreft hier het document "WBA Point tot Point;

¹⁰ *Tariefbesluit hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL) 2013*, 25 november 2013, ACM/DTVP/2013/205887 en *Tariefbesluit hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL) 2013 - aangepaste tariefplafonds (annex A)*, 23 september 2014, ACM/DTVP/2014/205363.

Besluit Openbaar

Migratieprocedures en garanties 1.1". ACM overweegt dat in dit document aandacht is besteed aan de voor de te onderscheiden bestemmingscategorieën verschillende migratieprocedures en dat KPN de betreffende procedures uit de verschillende referentieaanbiedingen bij het uitfaseringsverzoek heeft overgelegd. ACM constateert verder dat er overeenstemming bestaat tussen KPN en haar afnemer Tele2 over de inhoud van de procedures en dat beide partijen samenwerken om de afspraken zo goed mogelijk uit te voeren hetgeen ook blijkt uit de uitvoeringsplannen zoals deze bij het verzoek zijn gevoegd.

30. In de toelichting bij randvoorwaarde vier in het marktanalysebesluit HKWBT/HL¹¹ geeft ACM aan dat onderdeel van de beoordeling van randvoorwaarde 4 ook de vraag inhoudt naar de redelijkheid van de overlaytermijn. ACM kent ook ten aanzien van dit beoordelingspunt in overwegende mate waarde toe aan de overeenkomst die KPN met Tele2 als enige afnemer heeft bereikt. Gezien de instemming van de enige afnemer met de tijdslijnen hierin dient de overeengekomen overlaytermijn in beginsel als redelijk beoordeeld te worden.
31. Op grond van het voorgaande oordeelt ACM dat KPN voldaan heeft aan de vierde randvoorwaarde.

8/10

5.2.5 Randvoorwaarde 5: Garantie van dienstverlening bij migratie

32. KPN verwijst bij deze randvoorwaarde in haar uitfaseringsverzoek eveneens naar de procedures die zijn opgenomen in Annex A bij het amendement. Het betreft hier het document "WBA Point tot Point; Migratieprocedures en garanties 1.1". ACM constateert dat in dit document kpi's zijn opgenomen ten aanzien van migratieprocedures naar verschillende migratie-alternatieven. Mede overwegende dat er overeenstemming bestaat tussen KPN en haar afnemer over de migratieprocedure met daarbij behorende garanties van dienstverlening, stelt ACM vast dat er in voldoende mate sprake is van redelijke garanties van dienstverlening.
33. Op grond van het voorgaande oordeelt ACM dat KPN voldaan heeft aan de vijfde randvoorwaarde.

5.2.6 De redelijkheid van voortzetting van ATM-dienstverlening

34. ACM overweegt dat indien de ATM-dienst vervangen wordt conform de in het verzoek van KPN voorgestelde alternatieven de toegang niet wezenlijk beperkt wordt. Voorts overweegt ACM dat aan de belangen van de wholesaleafnemer van de ATM-dienst voldoende

¹¹ Randnummer 690.

Besluit
Openbaar

tegemoet gekomen is en dat er geen andere dringende redenen bij ACM bekend zijn die de intrekking van de reeds verleende toegang conform het verzoek in de weg staan. ACM concludeert daarom dat in redelijkheid niet van KPN verlangd kan worden de ATM-dienst voort te zetten.

Besluit Openbaar

6 Dictum

35. De Autoriteit Consument en Markt:

I. bepaalt dat met inachtneming van de overwegingen in dit besluit aan KPN toestemming wordt verleend om de door middel van de ATM-dienst reeds verleende toegang in te trekken per de datum waarop de laatste door Tele2 afgenomen ATM verbinding is gemigreerd c.q. opgeheven, doch uiterlijk per 31 december 2015.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

drs. J. Francke
Teammanager Directie Telecom, Vervoer en Post

10/10

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij ACM. Het postadres is: ACM, Postbus 90420, 2509 LK Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.