

# Besluit

## Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/JUZ/2004/202635 (zaaknummer: JB04067 en JB04080)

Datum: 30 november 2004

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna het college), inhoudende de beslissing op het bezwaar van KPN Mobile The Netherlands B.V. (hierna: KPN Mobile) en het bezwaar van Yarosa B.V. (hierna: Yarosa) tegen het besluit van het college van 26 april 2004 , kenmerk Opta/Ibt/2004/201323 (hierna: het bestreden besluit), waarin hij, krachtens artikel 6.3 jo. 6.9 van de Telecommunicatiewet (oud), de regels heeft vastgesteld in het tussen partijen gerezen geschil over bijzondere toegang ten behoeve van SMS-diensten.

### Samenvatting

In het bestreden besluit heeft het college de regels vastgesteld in het tussen partijen gerezen geschil over de door Yarosa aan KPN Mobile gevraagde bijzondere toegang. In het onderhavige besluit ziet het college in een na het bestreden besluit opgetreden wijziging van de omstandigheden aanleiding dit besluit te herzien in die zin dat KPN Mobile niet langer verplicht is de in het bestreden besluit aan haar opgelegde toegang aan Yarosa te verlenen. De gewijzigde omstandigheid bestaat hierin dat uit het marktonderzoek, dat het college thans verricht ingevolge het nieuwe regelgevende kader, naar voren is gekomen dat KPN Mobile op de relevante mobiele markt zeer waarschijnlijk niet meer over een aanmerkelijke marktmacht zal beschikken. Dit gegeven bezien in het licht van de specifieke omstandigheden van dit geschil heeft het college tot de conclusie gebracht dat het in stand houden van het bestreden besluit niet langer redelijk is.

### A. Verloop van de procedure

1. Bij brieven van 29 april 2004 respectievelijk 8 juni 2004 maken KPN Mobile en Yarosa op nader aan te voeren gronden bezwaar tegen het bestreden besluit. Bij brieven van 23 respectievelijk 25 juni 2004 dienen Yarosa en KPN Mobile de gronden van bezwaar in. Op 24 augustus 2004 vindt de hoorzitting in de gevoegde bezwaarprocedure plaats in aanwezigheid van beide partijen. Op 6 oktober 2004 deelt het college partijen mede dat hem na het horen nieuwe feiten bekend zijn geworden die voor de te nemen beslissing op bezwaar van aanmerkelijk belang kunnen zijn en stelt hij partijen, ingevolge artikel 7:9 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), in de gelegenheid hun zienswijze daarover aan hem kenbaar te maken. Bij brieven van 15, respectievelijk 21 oktober 2004 maken Yarosa en KPN Mobile hun zienswijze aan het college bekend.

### B. Feiten

2. Voor de feitelijke grondslag van het geschil wijst het college korthedshalve naar het bestreden besluit.

### C. Het bestreden besluit

3. Het bestreden besluit is het derde opeenvolgende geschilbesluit tussen KPN Mobile en Yarosa. De eerste twee besluiten van respectievelijk 16 oktober 2002 en 23 juli 2003 handelden, evenals het bestreden besluit, over de vraag of, respectievelijk onder welke voorwaarden, Yarosa

# Besluit

## Openbaar

bijzondere toegang dient te krijgen tot het netwerk van KPN Mobile<sup>1</sup>. Aangezien partijen na de eerste twee besluiten nog geen overeenstemming hadden bereikt over enkele voorwaarden uit het aanbod van KPN Mobile heeft Yarosa bij brief van 30 december 2003 het college verzocht hieromtrent de regels te stellen krachtens artikel 6.3 Telecommunicatiewet (hierna: Tw) (oud). In het bestreden besluit heeft het college dit gedaan. De regels hebben met name betrekking op de kosten, die KPN Mobile aan Yarosa in rekening mag brengen voor het tot stand brengen van de gevraagde bijzondere toegang en de tarieven die KPN Mobile mag hanteren voor het afwickelen van SMS-verkeer voor Yarosa.

### D. Argumenten KPN Mobile en Yarosa

4. De argumenten ter onderbouwing van het bezwaar van KPN Mobile laten zich als volgt samenvatten:
  - Opta had het verzoek Yarosa als onredelijk (volledig) moeten afwijzen, aangezien de verplichtingen naar alle waarschijnlijkheid niet onder het Nieuwe Regelgevend Kader voor Elektronische Communicatienetwerken en -diensten ("NRK") kunnen worden opgelegd. Opta had zich om die reden in het bestreden besluit onbevoegd moeten verklaren.
  - Opta had het ontwerp-besluit moeten voorleggen aan Europese Commissie.
  - Opta heeft ten onrechte haar bevoegdheid uitsluitend gebaseerd op de verplichting die op KPN Mobile rust om bijzondere toegang te verschaffen en niet ook op de haar rustende interconnectieverplichting.
  - Opta heeft onzorgvuldig gehandeld door KPN Mobile niet in de gelegenheid te stellen voor het nemen van het besluit te reageren op het rapport van Devoteam en door niet, althans onvoldoende, de juistheid van het rapport van Devoteam te verifiëren.
  - De methode op grond waarvan de SMS-verkeerstarieven door Opta zijn vastgesteld is fundamenteel ondeugdelijk en leidt tot tarieven die aanzienlijk onder de kostprijs liggen. De desbetreffende tarieven kunnen derhalve niet redelijk zijn.
  - De methodiek voor de herleiding van het MTA-tarief voor call setup uit het flatrate MTA- tarief is onjuist.
  - De vastgestelde tarieven voor transitverkeer en de methodiek die hiervoor is gebruikt, zijn onjuist.
  - De regels in het bestreden besluit met betrekking tot roaming en OSP's miskennen de complexiteit die met deze onderwerpen gepaard gaat.
  - Opta heeft ten onrechte gesteld dat KPN Mobile geen voorwaarden in haar aanbod mag opnemen in verband met de afhandeling van vragen van eindgebruikers van Yarosa door de helpdesk van KPN Mobile.
  - Ten onrechte heeft Opta bepaald dat KPN Mobile slechts 1/20 deel van de maandelijks vergoeding van Euro 22.500,- aan Yarosa in rekening mag brengen.
  - Ten onrechte heeft Opta bepaald dat KPN Mobile de in haar aanbod separaat opgenomen kostenposten voor impactanalyse en offertetraject niet aan Yarosa in rekening mag brengen.

---

<sup>1</sup> Besluit d.d. 16 oktober 2002, OPTA/IBT 2002/203292 (G.12.02) en besluit d.d. 23 juli 2003, OPTA/IBT/2003/202380 (G.82.02)

# Besluit

## Openbaar

Daarnaast heeft Opta ten onrechte bepaald dat Yarosa niet alle projectkosten dient te vergoeden, omdat Opta het niet redelijk vindt dat Yarosa het investeringsrisico voor de ontwikkeling van de door haar gevraagde dienst volledig voor haar rekening moet nemen. Daarnaast heeft Opta ten onrechte bepaald dat Yarosa in de gelegenheid moet worden gesteld om de projectkosten gedurende een periode van drie jaar terug te verdienen.

- Ten onrechte heeft Opta bepaald dat KPN Mobile de voorwaarde, inhoudende dat wanneer Yarosa in het geval van een prognoseproces 10% meer verkeer realiseert, naast een vergoeding over dat verkeer tevens een boete van 10% van het tarief is verschuldigd, niet mag hanteren.
- Opta heeft ten onrechte bepaald dat KPN Mobile niet de voorwaarde in haar aanbod mag opnemen dat Yarosa verplicht is de SMS gedragscode te hanteren.
- Opta heeft ten onrechte bepaald dat KPN Mobile niet de voorwaarde in haar aanbod mag opnemen dat Yarosa de naam van KPN Mobile niet mag hanteren in reclame-uitingen.

5. De argumenten ter onderbouwing van het bezwaar van Yarosa laten zich als volgt samenvatten: Yarosa maakt bezwaar tegen het bestreden besluit voor zover Opta daarin het verzoek van Yarosa van 30 december 2003 om een preventieve last onder dwangsom op te leggen, heeft afgewezen.

### E. Juridisch Kader

6. Korthedshalve verwijst het college voor het juridisch kader van dit besluit naar het bestreden besluit. In aanvulling hierop wijst het college op de navolgende bepalingen die verband houden met de wijziging van de Tw per 19 mei 2004.
7. Op 19 mei 2004 is de Tw, zoals gewijzigd door de Wet implementatie Europees regelgevingkader voor de elektronische communicatiesector, in werking getreden (hierna: "gewijzigde Tw").
8. Uit artikel 19.5, tweede lid, van de gewijzigde Tw volgt dat aanbieders van mobiele openbare telefoonnetwerken of mobiele openbare telefoondiensten, die op 19 mei 2004 door het college waren aangewezen op grond van artikel 6.4, eerste lid Tw (oud), de aan deze aanwijzing verbonden verplichtingen behouden tot de inwerkingtreding van de besluiten, bedoeld in artikel 19.4, eerste lid, Tw. Hiermee worden de besluiten bedoeld waarin, op basis van de uitkomsten van de marktanalyse, zal worden besloten tot handhaving, wijziging of intrekking van de bestaande AMM-verplichtingen.
9. Artikel 19.5, achtste lid, van de gewijzigde Tw luidt:  
*Het college behoudt tot vierentwintig maanden na de inwerkingtreding van de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002 de taken en bevoegdheden zoals deze voor het tijdstip van inwerkingtreding van die wet in verband met de verplichtingen, bedoeld in het eerste tot en met vierde lid, aan hem bij of krachtens de hoofdstukken 6 en 7 zijn toegekend of opgedragen, uitgezonderd taken en bevoegdheden die betrekking hebben op de beslechting van geschillen, bedoeld in de artikelen 6.3, 7.7 en 7.8.*
10. Artikel 19.7 van de gewijzigde Tw luidt, voor zover hier van belang:

# Besluit

## Openbaar

*Een aanvraag als bedoeld in de artikelen [...] 6.3, eerste of tweede lid, zoals deze luidde[n] voor de inwerkingtreding van de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002, wordt vanaf dat tijdstip aangemerkt als een aanvraag als bedoeld in artikel 12.2.*

11. Artikel 12.2, eerste lid, van de gewijzigde Tw luidt, voor zover hier van belang:  
*Indien er tussen [...] aanbieders [...] kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, [...] een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een [...] bij of krachtens deze wet rustende verplichting,*
12. Uit artikel 19.11 Tw volgt dat de bezwaarprocedure voor het bestreden besluit blijft gelden aangezien het bestreden besluit kan worden gekwalificeerd als een besluit, door het college genomen op grond van hoofdstuk 6, waartegen bezwaar kon worden ingesteld vóór 19 mei 2004.

### F. Overwegingen

#### *Bevoegdheid*

13. Het bestreden besluit dateert van 26 april 2004, derhalve van vóór de inwerkingtreding van de gewijzigde Tw, per 19 mei 2004. Het college heeft voormeld besluit genomen krachtens zijn bevoegdheid uit artikel 6.3 in samenhang met 6.9 van de Tw oud.
14. Ingevolge artikel 19.5, achtste lid van de overgangsrechtelijke bepalingen van de gewijzigde Tw verliest het college zijn bevoegdheid, genoemd in artikel 6.3 Tw (oud), met de inwerkingtreding van de gewijzigde Tw.
15. Uit de artikelen 19.7, 19.11 en 12.2 van de gewijzigde Tw, in onderlinge samenhang bezien, blijkt dat het college bevoegd is het onderhavige besluit te nemen krachtens artikel 12.2 Tw.<sup>2</sup>

#### *Het toepasselijke materiële recht*

16. Zoals gezegd is het bestreden besluit genomen vóór de inwerkingtreding van de gewijzigde Tw. Het college heeft derhalve in dat besluit het materiële recht zoals dat gold krachtens de Tw (oud) toegepast.
17. Ingevolge artikel 7:11 van de Awb dient de in het kader van het onderhavige besluit te verrichten heroverweging van het bestreden besluit door het college plaats te vinden met inachtneming van het recht zoals dat geldt ten tijde van deze beslissing op bezwaar (ex nunc).
18. Dit betekent dat het college thans de gewijzigde Tw dient toe te passen. Deze gaat voor wat betreft interoperabiliteit en toegang (hoofdstukken 6 en 6a) uit van onmiddellijke werking. Voor

---

<sup>2</sup> Vgl. Tweede Nota van Wijziging 22 september 2003, TK, 2003-2004, 28 851, nr. 21, pp. 8, 9 en 10.

# Besluit

## Openbaar

wat betreft hoofdstuk 6a zal het nog enige tijd duren voordat het college krachtens dat hoofdstuk verplichtingen zal opleggen. Voordat het college verplichtingen kan opleggen, zal hij immers de nodige marktanalyses en consultaties moeten uitvoeren. Voor de tussenliggende periode kent de gewijzigde Tw, in de artikelen 19.4 en 19.5, een overgangsrechtelijke voorziening. Deze voorziening houdt kort gezegd in dat de oude verplichtingen die gelden voor aanbieders met aanmerkelijke marktmacht in stand worden gehouden, totdat het college die verplichtingen heeft geëvalueerd.

### *Overwegingen ten aanzien van het geschil*

19. In het bestreden besluit, maar ook in de hiermee nauw samenhangende besluiten<sup>3</sup>, die alle betrekking hebben op de vraag of, respectievelijk onder welke voorwaarden, KPN Mobile bijzondere toegang moet verlenen aan Yarosa, heeft het college steeds het standpunt ingenomen dat de inwerkingtreding van het Nieuwe Europese Regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (NRK)<sup>4</sup> niet in de weg stond aan zijn bevoegdheid om KPN Mobile te gelasten deze toegang te verlenen aan Yarosa. Daarbij heeft het college zich beroepen op artikel 27 van de Kaderrichtlijn, in verbinding met artikel 7 van de Toegangsrichtlijn. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft het college tot tweemaal toe in dit standpunt gevolgd.<sup>5</sup>
20. Het college handhaaft dit standpunt ook onder het regime van de inmiddels gewijzigde Tw, en verwijst daartoe naar de artikelen 19.4 en 19.5, waarin bovengenoemde richtlijnbepalingen zijn geïmplementeerd. Voor zover het bezwaar van KPN ertoe strekt dat het college zich in het bestreden besluit niet bevoegd had moeten verklaren acht het college dit bezwaar ongegrond.
21. Daarnaast heeft KPN Mobile in feite betoogd dat het niet redelijk is om haar te verplichten om bijzondere toegang tot stand te brengen in het licht van het vooruitzicht dat zij daartoe binnenkort niet meer gehouden zal zijn. In dat verband wijst KPN Mobile op het feit dat de Europese Commissie, blijkens haar Aanbeveling van 11 februari 2003, geen aanleiding zag om een wholesalemarkt voor SMS vast te stellen en ook het college, in lijn met de Aanbeveling, kennelijk geen onderzoek doet naar de markt voor wholesale SMS als zodanig. KPN Mobile heeft aangevoerd dat het verzoek van Yarosa om bijzondere toegang om die reden niet redelijk was en het college zich derhalve in het bestreden besluit onbevoegd had moeten verklaren om de regels tussen partijen vast te stellen.

---

<sup>3</sup> de besluiten, genoemd in voetnoot 1

<sup>4</sup> Het NRK, in werking getreden op 24 april 2002, bestaat uit een vijftal richtlijnen: Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn), Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn), Richtlijn 2002/22/EG (Universeledienstrichtlijn), Richtlijn 2002/20/EG (Machtigingsrichtlijn) en Richtlijn 2002/58/EG (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie. Het NRK diende ten laatste op 24 juli 2003 in nationale regelgeving te zijn geïmplementeerd. Implementatie vond plaats in de Tw, op 19 mei 2004.

<sup>5</sup> Vz Rb Rotterdam, 3/9 oktober 2003 (VTELEC 03/2259, 03/2756, 03/2826) en Vz Rb Rotterdam, 12 juli 2004 (VTELEC 04/1288, 04/1289, 04/1875, 04/1876 en 04/1887-HRK).

# Besluit

## Openbaar

22. In het bestreden besluit heeft het college daaromtrent overwogen dat hij op dat moment (26 april 2004) in de aanvangsfase zat van de analyse van de markt voor mobiele telefonie. Ter illustratie wijst het college erop dat hij marktpartijen bij brief van 18 februari 2004 heeft medegedeeld dat het onderzoek een aanvang had genomen en dat het college op 22 maart 2004 de vragenlijsten ten behoeve van het onderzoek aan marktpartijen heeft toegezonden. In de analyse van de markt voor mobiele telefonie onderscheidt het college een tweetal deelmarkten, te weten de markt voor "toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken" en de markt voor "gespreksafgifte op een afzonderlijk mobiel netwerk". Voor beide deelmarkten geldt dat een groot deel van de benodigde informatie op het moment dat het bestreden besluit werd genomen nog niet was aangeleverd door marktpartijen en derhalve nog niet bekend was bij het college. In die fase was voor de in casu relevante deelmarkt voor toegang en gespreksopbouw dus nog ongewis of KPN Mobile haar huidige machtspositie zou behouden of verliezen. Voor anticipatie op de uitkomst van het marktonderzoek was ten tijde van het bestreden besluit voor het college dan ook redelijkerwijs geen aanleiding. Voor zover KPN Mobile met haar bezwaar betoogt dat dit wel het geval was, faalt dit betoog.

### *Gewijzigde omstandigheid*

23. Inmiddels bevindt het proces van marktanalyse zich in een ver gevorderd stadium. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat KPN Mobile op de in casu relevante deelmarkt zeer waarschijnlijk niet meer over een economische machtspositie beschikt. Ook is door de projectgroep, die binnen Opta is belast met de marktanalyses, geconcludeerd dat er op dit moment geen aanleiding bestaat om een aparte wholesalemarkt voor SMS te bepalen.
24. Hoewel de analyse nog overeenkomstig de artikelen 6b.1 en 6b.2 Tw, in de vorm van een nog te concipiëren ontwerp besluit, ter consultatie aan de markt en de Europese Commissie dient te worden voorgelegd en de genoemde analyse derhalve geen formele status heeft, heeft het college besloten om zijn kennis hiervan met de partijen in het geschil te delen.
25. Het college achtte dit nodig gelet op artikel 7:9 van de Awb. Deze bepaling schrijft voor dat, wanneer na een hoorzitting in een bezwaarprocedure feiten of omstandigheden bekend worden die voor de op het bezwaar te nemen beslissing van aanmerkelijk belang kunnen zijn, dit aan belanghebbenden wordt medegedeeld en zij in de gelegenheid worden gesteld daarover te worden gehoord. Het college is van oordeel dat zijn kennis van de uitkomsten van de marktanalyse, en de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de toegangsverplichting van KPN Mobile, als een omstandigheid "van aanmerkelijk belang" in voormelde zin moet worden aangemerkt. Overeenkomstig deze bepaling heeft het college partijen in deze bezwaarprocedure dan ook in de gelegenheid gesteld hun zienswijze daarover aan hem bekend te maken.

# Besluit

## Openbaar

### *Reacties partijen ten aanzien van de nieuwe omstandigheid*

26. Yarosa wijst er in haar reactie op dat het bestreden besluit alleen handelt over nadere geschilpunten en niet over de principiële vraag inzake de bijzondere toegang. Deze laatste vraag is volgens Yarosa reeds door het college beantwoord in zijn besluit van 23 juli 2003. In dat besluit heeft het college bepaald dat KPN Mobile de door Yarosa gewenste toegang voor een termijn van drie jaar dient te bieden. Deze zaak is nu in beroep aanhangig bij de rechtbank. Aangezien het beroep geen schorsende werking heeft geldt het besluit van Opta volgens Yarosa onverkort tussen partijen. Yarosa trekt hieruit de conclusie dat in deze procedure de vraag of KPN Mobile verplicht kan worden tot de door Yarosa gevraagde bijzondere toegang buiten de orde is.

Yarosa wijst er ten overvloede op dat de verplichting voor drie jaar, nog steeds kan worden opgelegd op basis van de thans bestaande verplichtingen van KPN Mobile, ook al verliest KPN tussentijds haar AMM-verplichtingen. Ook vindt Yarosa dat in aanmerking dient te worden genomen dat KPN Mobile al meer dan drie jaar de toegang traineert. Als onmiddellijk toegang was verleend, dan was de minimale periode van drie jaar immers inmiddels verstreken, aldus Yarosa.

27. KPN Mobile wijst erop dat zij op grond van artikel 6.9 Tw (oud) verplicht was te voldoen aan “redelijke verzoeken tot bijzondere toegang”. Bij de beoordeling van de redelijkheid (mede op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 1.3, vierde lid, Tw) dient het college volgens KPN Mobile onder meer de evenredigheid mee te wegen. KPN Mobile is van oordeel dat het onevenredig zou zijn om haar te verplichten te investeren in een geheel nieuwe vorm van toegang, terwijl de marktanalyse inmiddels heeft uitgewezen dat deze verplichting binnen afzienbare termijn zal komen te vervallen. Dit geldt volgens KPN Mobile temeer nu zij hiervoor aanzienlijke investeringen (onder meer in de ontwikkeling van een nieuw wholesalesysteem en in blokkeringsmaatregelen ten aanzien van klanten van Onafhankelijke Service Providers) zal moeten verrichten. KPN Mobile stelt voorts dat onzeker is of die toegang wel realiseerbaar is vóór het moment dat Opta haar definitieve besluit zal nemen naar aanleiding van de marktanalyse. Wel staat voor KPN Mobile reeds vast dat zij haar investeringen zeker niet binnen die periode zal kunnen terugverdienen. Tenslotte wijst KPN Mobile erop dat (zelfs tijdelijke) implementatie van de opgelegde toegang zal leiden tot een ernstige verstoring van de marktwerking, en dus tot aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt, hetgeen volgens KPN Mobile ingevolge artikel 1.3, vierde lid, Tw ook in de afweging dient te worden betrokken.

### *Afweging van belangen*

28. Zoals gezegd heeft het college ten tijde van het bestreden besluit geen grondslag aanwezig geacht voor anticipatie op het nieuwe kader omdat hij op dat moment geen concreet zicht had op de uitkomst van de marktanalyse. Derhalve heeft het college in het bestreden besluit toepassing gegeven aan het overgangsrecht, als bedoeld in de artikelen 7 van de Toegangsrichtlijn, respectievelijk 27 van de Kaderrichtlijn. Deze artikelen zijn nadien, per 19 mei 2004, geïmplementeerd in o.m. artikel 19.5, tweede lid, van de Tw. Op grond hiervan blijft

# Besluit

## Openbaar

KPN Mobile gehouden bijzondere toegang te bieden aan Yarosa totdat de relevante markt is geanalyseerd en het besluit waarin het college, op basis van de uitkomst van deze analyse, zal overgaan tot handhaving, wijziging of intrekking van deze bestaande AMM-verplichting in werking zal zijn getreden.

29. Het verloop van deze analyse is zoals gezegd inmiddels ver gevorderd. De uitkomsten van het marktonderzoek op de markt voor toegang en gespreksopbouw geven een eenduidig beeld van de mate van mededinging op deze markt. Dit beeld laat zien dat noch KPN Mobile, noch andere partijen, op deze markt beschikken over een dominante positie. Een belangrijke bepalende factor in dit verband is het marktaandeel dat partijen op de relevante markt innemen. Maar ook andere indicatoren bepalen dit beeld, zoals kopersmacht, diversificatie, breedte- en schaalvoordelen, het bestaan van potentiële concurrentie en de toetredingsdrempels. De uitkomsten van het marktonderzoek geven voldoende aanleiding te veronderstellen dat het college op de genoemde markt zal overgaan tot intrekking van de bestaande AMM-aanwijzing van KPN Mobile en dat de verplichting van KPN Mobile om Yarosa op grond van artikel 6.9 Tw (oud) toegang te verlenen, zal komen te vervallen.
30. Het college is van oordeel dat hij met deze nieuwe omstandigheid rekening dient te houden in het onderhavige besluit op bezwaar. Daartoe overweegt hij dat zijn bevoegdheid ingevolge artikel 12.2 Tw discretionair van aard is, hetgeen meebrengt dat het college in zijn geschilbesluiten, genomen krachtens deze bepaling, rekening moet houden met alle relevante belangen, die door de te nemen beslissing zullen worden geraakt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de bevoegdheid een beperking voortvloeit (artikel 3:4, eerste lid, van de Awb). Ook dient het college zich ervan te vergewissen dat de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig bezwarend zijn voor een of meer belanghebbenden (artikel 3:4, tweede lid, van de Awb).
31. In het onderhavige besluit heeft het college zich de vraag gesteld of het, gelet op de specifieke omstandigheden van dit geschil, nog langer redelijk is dat hij KPN Mobile verplicht bijzondere toegang te verlenen aan Yarosa onder de door Yarosa gevraagde voorwaarden. Ondanks dat ingevolge het overgangsrecht als uitgangspunt geldt dat de verplichtingen, verbonden aan de bestaande AMM-aanwijzing van KPN Mobile, blijven bestaan totdat hierover besluiten zijn genomen krachtens hoofdstuk 6a Tw, is het college van oordeel dat de hierboven genoemde beginselen van behoorlijk bestuur ertoe kunnen nopen dat onder omstandigheden afgeweken wordt van dit uitgangspunt.
32. Het college is tot de conclusie gekomen dat deze omstandigheden zich in het onderhavige geval voordoen. Het college acht het derhalve niet langer redelijk om KPN Mobile te verplichten de in het bestreden besluit opgelegde bijzondere toegang aan Yarosa te bieden. Ter onderbouwing van deze conclusie overweegt het college het volgende.
33. In de eerste plaats is uit de marktanalyse voor het college duidelijk geworden dat het zeer

# Besluit

## Openbaar

waarschijnlijk is dat KPN Mobile na de herziening van haar positie als partij met aanmerkelijke marktmacht onder het nieuwe regulerende kader niet langer verplicht zal zijn de in het bestreden besluit opgelegde bijzondere toegang aan Yarosa te bieden.

34. Het college acht het in beginsel onredelijk c.q. onevenredig om gelet op dit vooruitzicht KPN Mobile nog te verplichten tot het verrichten van investeringen in deze vorm van toegang. In dit verband weegt zwaar dat de overeenkomst tussen partijen met betrekking tot de bijzondere toegang tot op heden niet tot stand is gekomen aangezien partijen hierover nog geen overeenstemming hebben kunnen bereiken. Daarbij komt dat nadat overeenstemming wordt bereikt, het nog zes maanden kan duren voordat KPN Mobile haar netwerk volledig zal hebben ingericht op de dienstverlening ten behoeve van Yarosa. Volgens de huidige planning zal het college het ontwerpbesluit over de AMM-aanwijzing van KPN Mobile op de nieuwe markten begin februari 2005 en het definitieve besluit begin juni 2005 nemen. De kans is reëel dat op het moment dat het definitieve besluit wordt genomen de toegang tot het netwerk van KPN Mobile nog niet is gerealiseerd. Tot slot heeft in de afweging van het college meegespeeld dat, voor zover de bijzondere toegang op dat moment al zou zijn gerealiseerd, KPN Mobile gerechtigd is deze -krachtens het bestreden besluit opgelegde- dienstverlening aan Yarosa te beëindigen.
35. De onevenredige impact van het besluit voor KPN Mobile blijkt te meer als gekeken wordt naar de zwaarte van de door haar te verrichten investeringen. De door Yarosa gevraagde toegang is een geheel nieuwe vorm van toegang. Voor deze toegang zal KPN Mobile aanzienlijke investeringen moeten plegen, onder meer in de ontwikkeling van een wholesalefactureringsysteem en blokkeringsmaatregelen ten aanzien van klanten van Onafhankelijke Service Providers. Uit het bestreden besluit volgt dat KPN Mobile een deel van die investeringen (de projectkosten) voor eigen rekening dient te nemen.

De door KPN Mobile te verrichten investeringen, die noodzakelijk zijn om de toegangsdienst mogelijk te maken, zijn door het college vastgesteld op een bedrag van € 875.000. In het bestreden besluit stelde het college vast dat KPN Mobile er voor had gekozen een generieke dienst te ontwikkelen die zij, behalve aan Yarosa, desgevraagd aan andere aanbieders van SMS-diensten kan aanbieden. KPN Mobile koos voor deze oplossing omdat zij op grond van haar verplichtingen als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele telefonie op non-discriminatoire wijze dient te voldoen aan alle redelijke verzoeken tot toegang. Het college stelde vast dat deze generieke dienst duurder is dan een specifiek voor Yarosa te ontwikkelen dienst. Het college schatte het aantal potentiële afnemers van deze generieke dienst, naast Yarosa, in op twee. Het college besloot derhalve dat KPN Mobile het deel van de projectkosten dat specifiek aan Yarosa kon worden toegerekend, een bedrag van €341.667, aan Yarosa in rekening mocht brengen en het resterende bedrag (ad € 533.333) voor eigen rekening moest nemen. Het college stelde in het bestreden besluit vast dat KPN Mobile de investering zou moeten kunnen terugverdienen door deze dienst ook aan derden aan te bieden.

36. In het licht van de nieuwe omstandigheid is het college van oordeel dat niet aannemelijk is dat

# Besluit

## Openbaar

er potentiële aanbieders gebruik zullen maken van de thans nog gereuleerde, generieke bijzondere toegangsdienst van KPN Mobile. Het is derhalve redelijkerwijs aan te nemen dat KPN Mobile de investering niet kan terugverdienen. Het bestreden besluit is om die reden onevenredig bezwarend voor KPN Mobile.

37. Voorts volgt uit het bestreden besluit dat KPN Mobile, bij beëindiging van de dienstverlening aan Yarosa binnen drie jaar een deel van de investering, die voor rekening van Yarosa was gebleven, dient terug te betalen aan Yarosa, naar rato van de feitelijke duur van de dienstverlening. Ook deze voorwaarde in het besluit acht het college niet meer redelijk gezien zijn stellige verwachting dat KPN Mobile binnen afzienbare tijd niet meer rechtens gehouden zal zijn tot dienstverlening aan Yarosa.
38. Ten aanzien van de stelling die Yarosa inneemt in haar brief van 15 oktober 2004, inhoudende dat de vraag of KPN Mobile verplicht kan worden tot de door Yarosa gevraagde bijzondere toegang "eenvoudigweg buiten de orde" van de onderhavige beslissing zou zijn, overweegt het college als volgt. De besluiten die het college tot nu toe heeft genomen in het geschil tussen partijen hangen nauw met elkaar samen, nu zij alle betrekking hebben op de vraag welke voorwaarden KPN Mobile aan Yarosa mag stellen voor de aan Yarosa te verlenen bijzondere toegang. Aan al die besluiten ligt vanzelfsprekend de presumptie ten grondslag dat op KPN Mobile de verplichting rust om bijzondere toegang te verlenen in de zin van artikel 6.9 Tw (oud). Met de besluiten is aan deze verplichting invulling gegeven, waarbij het in de diverse besluiten telkens om verschillende voorwaarden ging. Anders dan Yarosa stelt is dan ook niet juist dat in het dictum van het besluit van 23 juli 2003 "de principiële vraag van de toegang" als zodanig is beslist, als gevolg waarvan deze vraag in de onderhavige procedure buiten de orde zou zijn. Overigens wijst het college er in dit verband op dat KPN Mobile in haar brief van 21 oktober 2004 om intrekking van de eerdere geschilbesluiten van het college heeft verzocht. Het college zal op dit verzoek bij separaat besluit terugkomen.
39. Yarosa heeft in haar brief van 15 oktober 2004 tevens naar voren gebracht dat KPN Mobile al meer dan drie jaar de toegang traineert. Yarosa verzoekt het college dit aspect nadrukkelijk ook in zijn redelijkheidsafweging te betrekken. Het college merkt ten aanzien hiervan op dat hij begrip heeft voor de reactie van Yarosa over de gang van zaken. De pogingen van Yarosa om bijzondere toegang te verkrijgen tot het netwerk van KPN Mobile hebben zonder twijfel grote inzet van Yarosa gevergd. Naar het oordeel van het college gaat dit argument echter evenzo goed op voor KPN Mobile, die zich steeds heeft verzet tegen de wijze waarop en de voorwaarden waaronder Yarosa deze bijzondere toegang wilde realiseren. KPN Mobile heeft daarbij gebruik gemaakt van de haar ter beschikking staande rechtsmiddelen. Van onrechtmatig gedrag door KPN Mobile bij het gebruik hiervan is het college niet gebleken. Het college is dan ook van oordeel dat het "trainingsargument" van Yarosa in de belangenafweging geen rechtens relevante betekenis toekomt. Overigens merkt het college ten aanzien hiervan op dat hem in de verschillende geschilprocedures duidelijk is geworden dat KPN Mobile zich weliswaar tot het uiterste heeft verweerd tegen de door Yarosa gevraagde

# Besluit

## Openbaar

toegang, maar dat de inzet door Yarosa in de onderhandelingen evenmin getypeerd werd door een grote compromisbereidheid. In de houding van beide partijen is naar het oordeel van het college dan ook een belangrijke oorzaak gelegen voor de lange looptijd van het geschil tussen hen.

### *Conclusie*

40. Gelet op het overgangsrecht in de Tw heeft het college op juiste gronden tot het bestreden besluit kunnen komen. De bezwaren van KPN Mobile, die ertoe strekken dat het college onbevoegd was tot het nemen van dat besluit, acht het college ongegrond. De gewijzigde omstandigheid, die zich na het bestreden besluit heeft voorgedaan, heeft het college echter genoopt tot de afweging of het vasthouden aan dit overgangsrecht in dit concrete geval nog langer redelijk is. Het college is na weging van de betrokken belangen tot het oordeel gekomen dat dit niet het geval is.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het bestreden besluit in stand blijft in de periode tot de datum van het nemen van het onderhavige besluit en voor de periode daarna wordt gewijzigd in die zin dat KPN Mobile dan niet langer verplicht is de in het bestreden besluit aan haar opgelegde toegang aan Yarosa te verlenen.

Gelet hierop komt het college aan de bespreking van de overige bezwaren van partijen niet toe.

### **G. Beslissing**

Op basis van bovenstaande overwegingen herzielt het college het bestreden besluit in die zin dat KPN Mobile met ingang van de datum van het onderhavige besluit niet langer verplicht is de in het bestreden besluit aan haar opgelegde toegang aan Yarosa te verlenen.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

W.G.

Prof. dr. J.C. Arnbak, voorzitter van het college

# Besluit

## Openbaar

### Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden, die zich met de bijgaande beslissing niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop de beslissing is bekendgemaakt, daartegen een beroepschrift indienen bij de Rechtbank, sector Bestuursrecht, te Rotterdam. Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift dient te zijn ondertekend en dient ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht, alsmede de gronden van het beroep te bevatten. Zo mogelijk dient bij het beroepschrift tevens een afschrift van het besluit, waarop het beroepschrift betrekking heeft, te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie kan worden ingewonnen bij de griffie van de rechtbank.