

# ECLI:NL:CBB:2001:AB1647

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	25-04-2001
Datum publicatie	04-07-2001
Zaaknummer	AWB 00/829, 00/854 en 00/857
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	-
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet 3:11
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Computerrecht 2001, p. 207 met annotatie van E.J. Dommering

## Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

No. AWB 00/829, 00/854 en 00/857 25 april 2001  
15310

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), te Den Haag,
  2. Koninklijke KPN N.V., te Den Haag,
  3. KPN Telecom B.V., te Den Haag,
  4. KPN Mobile The Netherlands B.V., te Den Haag,
  5. Dutchtone N.V., te Den Haag,
- appellanten,

tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 13 september 2000 in de gedingen tussen appellanten sub 2, 3, 4 en appellante sub 1, respectievelijk appellante sub 5 en appellante sub 1.

Gemachtigde van appellante sub 1: mr E.J. Daalder, advocaat te Den Haag.

Gemachtigde van appellanten sub 2, 3 en 4: mr Q.R. Kroes, advocaat te Amsterdam.

Gemachtigde van appellante sub 5: mr P. Sippens Groenewegen, advocaat te Amsterdam.

### 1. De procedure

Op 17 oktober 2000 heeft het College een hoger beroepschrift van appellante sub 1

(hierna: de OPTA) ontvangen, waarbij beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 13 september 2000, kenmerk TELEC 99/2715-RIP en TELEC 99/2781-RIP.

Op 24 oktober 2000 heeft het College een hoger beroepschrift van appellanten sub 2, 3 en 4 ontvangen, waarbij zij beroep instellen tegen voormelde uitspraak van de rechtbank.

Op 25 oktober 2000 heeft het College een hoger beroepschrift van appelante sub 5

(hierna: Dutchtone) ontvangen, waarbij eveneens hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank van 13 september 2000.

Bij beschikking van 26 oktober 2000 heeft het College bepaald dat het door de OPTA ingestelde hoger beroep versneld wordt behandeld.

Bij beschikkingen van 3 november 2000 heeft het College bepaald dat de door appellanten sub 2, 3 en 4 en door Dutchtone ingestelde hoger beroepen versneld worden behandeld.

Bij brief van 15 november 2000 hebben appellanten sub 2, 3 en 4 de gronden van hun hoger beroep ingediend.

Appellanten sub 2, 3 en 4 hebben op 16 november 2000 een verweerschrift ingediend in reactie op het door de OPTA ingestelde hoger beroep.

Bij brief van 17 november 2000 heeft Dutchtone de gronden van haar hoger beroep ingediend.

Op 1 december 2000 heeft de OPTA een verweerschrift ingediend in reactie op de door appellanten sub 2, 3 en 4 en Dutchtone ingestelde hoger beroepen.

Op 21 februari 2001 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Partijen hebben hierbij hun standpunten doen toelichten door hun gemachtigden. De gemachtigde van appellanten sub 2, 3 en 4 werd bijgestaan door A, de gemachtigde van Dutchtone door

B, C en D.

## 2. De grondslag van het geschil

2.1 Artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet (hierna: de Wet) luidt, voorzover hier van belang:

" 1. De houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die bestemd is voor het aanbieden van openbare telecommunicatienetwerken of openbare telecommunicatiediensten, zijn over en weer verplicht te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten. Hierbij worden in ieder geval de technische mogelijkheden in acht genomen.

2. (...)

3. De houder, bedoeld in het eerste lid, en (...) stellen het medegebruik ter beschikking tegen een redelijke vergoeding.

4. Indien de houders, bedoeld in het eerste lid (...), onderling geen overeenstemming bereiken over het medegebruik kan het college op aanvraag van een der partijen de regels vaststellen die tussen hen zullen gelden.

5. (...)"

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.

- Bij brief van 18 december 1998 heeft Dutchtone de OPTA verzocht om met toepassing van artikel 3.11, vierde lid, van de Wet regels vast te stellen die tussen haar en appelante sub 3 zouden moeten gelden.

- Bij besluit van 2 april 1999 heeft de OPTA in reactie op het verzoek van Dutchtone dergelijke regels vastgesteld.
- Appellanten sub 2 en 3 hebben bij brief van 29 april 1999, aangevuld bij brief van 11 mei 1999, bezwaar gemaakt tegen het besluit van 2 april 1999.
- Dutchtone heeft bij brief van 14 mei 1999, aangevuld bij brief van 11 juni 1999, bezwaar gemaakt tegen het besluit van 2 april 1999.
- Bij twee afzonderlijke besluiten van 3 november 1999 heeft de OPTA de bezwaren van Dutchtone geheel en die van appellanten sub 2 en 3 voor het grootste gedeelte ongegrond verklaard en de te gelden regels als volgt vastgesteld:

#### " F. Regels die tussen partijen zullen gelden

Ter wille van de duidelijkheid stelt het college hierbij nogmaals de regels vast die tussen partijen gelden:

##### Regel 1: Aantal af te sluiten overeenkomsten

Dutchtone hoeft met KPN slechts één overeenkomst tot medegebruik van een antenne-opstelpunt aan te gaan, indien zij, op grond van de in artikel 3.11, eerste lid, Tw neergelegde verplichting, met KPN een overeenkomst sluit tot medegebruik van een antenne-opstelpunt van KPN op of aan een gebouw van KPN. Deze regel geldt wederkerig voor Dutchtone. Partijen dienen hiertoe op korte termijn een raamovereenkomst op te stellen.

##### Regel 2: Informatieplicht met betrekking tot coördinaten bestaande antenne-opstelpunten

KPN dient, binnen vijf werkdagen na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt, aan Dutchtone de coördinaten te verstrekken van al haar antenne-opstelpunten, zowel mastlocaties als daklocaties, ongeacht de vraag of deze locaties volgens KPN geschikt zijn voor medegebruik.

KPN kan het college verzoeken de coördinaten van een antenne-opstelpunt dat is gerealiseerd ten behoeve van een specifieke klant en geen functie vervult bij het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten buiten het aan Dutchtone te verstrekken coördinatenoverzicht te mogen houden.

##### Regel 3 en 4: Aantal af te handelen verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten en tempo waarin dit dient te gebeuren

KPN dient per week tenminste vier aanvragen van Dutchtone tot het medegebruik van een antenne-opstelpunt van KPN in behandeling te nemen en daarover binnen maximaal 10 werkdagen een beslissing te nemen, in de zin dat komt vast te staan of de aanvragen van Dutchtone al dan niet geaccepteerd worden.

KPN dient Dutchtone, indien een aanvraag van Dutchtone tot medegebruik van een antenne-opstelpunt van KPN wordt geaccepteerd, binnen gemiddeld zeven werkdagen aan te geven onder welke voorwaarden de aanvraag wordt geaccepteerd.

KPN dient, bezien over een periode van 60 dagen, gemiddeld binnen 17 werkdagen aanvragen van Dutchtone volledig af te handelen.

KPN dient tenminste 30 courtesy aanvragen van Dutchtone per maand te behandelen, binnen een maximale doorlooptijd van 7 werkdagen, in de zin dat komt vast te staan of de aanvragen al dan niet geaccepteerd worden.

KPN dient Dutchtone, indien een aanvraag van Dutchtone tot courtesy wordt geaccepteerd, gemiddeld binnen 3 werkdagen na acceptatie aan te geven onder welke voorwaarden de aanvraag tot courtesy wordt geaccepteerd.

#### Regel 5: Reserveren van ruimte op antenne-opstelpunten voor eigen gebruik

Partijen mogen een verzoek om medegebruik van een antenne-opstelpunt slechts afwijzen wegens het reserveren van ruimte voor eigen gebruik, indien een gereserveerde ruimte binnen vier maanden daadwerkelijk wordt gebruikt voor het in bedrijf nemen van antennes voor openbare mobiele telefonie.

KPN kan zich beroepen op een reserveringstermijn die loopt tot één maand na de dag waarop de aan KPN toegekende DCS-1800 frequenties door KPN in gebruik mogen worden genomen, indien door Dutchtone een verzoek wordt gedaan om medegebruik van een opstelpunt van KPN dat KPN bestemd heeft voor het gebruik van DCS-1800 frequenties en KPN ten genoegen kan aantonen dat de gereserveerde ruimte op het desbetreffende antenne-opstelpunt, bestemd is voor het gebruik van haar DCS-1800 frequenties.

KPN dient, ook indien ruimte is gereserveerd voor het gebruik van DCS-1800 frequenties, aan te geven of, en zo ja welke, ruimte het opstelpunt na plaatsing van de DCS-1800 apparatuur nog biedt. Eventuele resterende ruimte komt niet voor een langere reserveringstermijn in aanmerking.

#### Regel 6: Vergoedingen voor het medegebruik van antenne-opstelpunten

De vergoeding voor medegebruik van antenne-opstelpunten dient gebaseerd te zijn op de werkelijk gemaakte kosten en niet op de beginselen van kostenoriëntatie.

Het is partijen die op grond van de in artikel 3.11, eerste lid, Tw neergelegde verplichting voldoen aan een redelijk verzoek tot medegebruik van een antenne-opstelpunt, niet toegestaan een winststopslag te nemen in de voor het medegebruik gevraagde vergoeding."

Voorzover voor de toetsing in hoger beroep van belang, luiden de overwegingen in de besluiten van 3 november 1999 die aan deze regels ten grondslag liggen:

" 24. (...) Wanneer meerdere antennes op eenzelfde daklocatie worden geplaatst, bestaat de kans dat deze antennes of de bijbehorende apparatuur elkaar als gevolg van interferenties zullen storen. Om dit te voorkomen, moeten er tussen vergunninghouders afspraken gemaakt worden over de wijze waarop antennes worden opgesteld indien er meerdere antennes op een zelfde locatie worden geplaatst. Deze procedure om te voorkomen dat het gebruik van een zelfde locatie leidt tot storingen wordt de courtesy-procedure genoemd. Nadat de courtesy-procedure is afgerond, kan de op of aan het gebouw geplaatste nieuwe antenne in gebruik worden genomen.

25. Het college merkt op dat een courtesy-procedure in vrijwel alle gevallen van medegebruik van antenne-opstelpunten noodzakelijk is. Niet alleen in geval van medegebruik van daklocaties, maar ook in geval van medegebruik van mastlocaties.

(...)

72. Op grond van de door KPN verstrekte gegevens heeft het college regels vastgesteld over aantallen af te handelen verzoeken en doorlooptijden (...) waarvan kan worden aangenomen dat KPN deze redelijkerwijs kan nakomen, zonder dat dit onredelijke gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering van KPN. Het college is er daarbij van uitgegaan dat het KPN mogelijk moet zijn deze regels na te komen met haar

bestaande personeelscapaciteit. Om die reden heeft het college de werkprocessen bij KPN terzake van de beoordeling van verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten beoordeeld. Op grond van die beoordeling is het college tot de conclusie gekomen dat er op een aantal punten tijdwinst kan worden geboekt door KPN bij de behandeling van verzoeken tot medegebruik, zonder dat hiertoe bestaande bedrijfsprocessen moeten worden veranderd.

73. Op grond van het door KPN verstrekte materiaal over de wijze waarop aanvragen om medegebruik worden afgehandeld, is het college van oordeel dat, alleen al door andere vergunninghouders te verzoeken aanvragen zo veel mogelijk gebundeld in te dienen en een eenvoudige standaardisering doorvoeren bij het beoordelen van technische aspecten van een aanvraag, waarbij gebruik gemaakt kan worden van bestaande standaarden en normen, 4 aanvragen kunnen worden behandeld - in de zin dat vast komt te staan of een aanvraag gehonoreerd kan worden of afgewezen dient te worden - in een tijd die nagenoeg gelijk is aan de tijd die KPN volgens de door haar verstrekte gegevens voor de afhandeling van een aanvraag nodig heeft.

(...)

75. Het college is voor het vaststellen van de af te handelen aantallen verzoeken en doorlooptijden uitgegaan van door KPN verstrekte gegevens. KPN heeft aangegeven dat zij de afhandeling van een aanvraag per week per operator kan garanderen. Uit de door KPN overgelegd overzicht (...) blijkt dat KPN stelt hiervoor 7,2 FTE's nodig te hebben. Gezien het door KPN gegarandeerde aantal per operator per week af te handelen verzoeken, mag worden verondersteld dat KPN deze arbeidscapaciteit van 7,2 FTE's in ieder geval voor de afhandeling van verzoeken om medegebruik vrij kan maken. Deze voor de afhandeling van verzoeken beschikbare capaciteit van 7,2 FTE's heeft het college als uitgangspunt genomen bij het bepalen van de bij KPN voor de afhandeling van verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten beschikbare capaciteit.

(...)

78. Op grond van de door KPN verstrekte informatie heeft het college inzicht gekregen in de bij KPN voor de afhandeling van verzoeken beschikbare capaciteit. Dit betreft de in het algemeen voor verzoeken van vergunninghouders beschikbare capaciteit. Een gedeelte van deze capaciteit is beschikbaar voor verzoeken van Dutchtone. Bij de beoordeling van het verzoek van Dutchtone is het college van deze in beginsel voor Dutchtone beschikbare capaciteit uitgegaan. Het college heeft zich gerealiseerd dat in de praktijk het aantal verzoeken tot medegebruik aan KPN zal verschillen per vergunninghouder. Aangenomen mag worden dat bijvoorbeeld Libertel minder verzoeken om medegebruik zal indienen dan bijvoorbeeld een nieuwe marktpartij als Dutchtone. Met de in een dergelijk geval ongebruikte capaciteit heeft het college voorzichtigheidshalve geen rekening gehouden bij het vaststellen van minimale aantallen en maximale doorlooptijden.

79. Uit berekeningen van het college blijkt dat indien alle vier de vergunninghouders (Ben, Dutchtone, Libertel en Telfort) elk vier aanvragen voor medegebruik per week zouden indienen bij KPN dit een werklast van 19,6 uur met zich mee brengt. De afhandeling van voornoemd aantal verzoeken zou dan, volgens de regels van het college, gerealiseerd moeten worden binnen een tijdsbestek van 10 werkdagen. Voor het volledig behandelen van vier aanvragen kan naar het oordeel van het college worden volstaan met een tijdsbesteding van 37,9 uur ofwel 4,7 werkdagen. De totale doorlooptijd wordt indien alle vier de andere vergunninghouders vier aanvragen per week indienen in het totaal 18,7 werkdagen. Deze doorlooptijd is iets langer dan de door KPN opgegeven doorlooptijd van 17 werkdagen. Het is echter niet aannemelijk dat alle vergunninghouders tegelijkertijd vier aanvragen zullen indienen, zodat gemiddeld genomen de werkzaamheden binnen een doorlooptijd van 17 werkdagen kunnen blijven. Een volledig overzicht in alle processtappen en de beoordeling daarvan door het college is weergegeven in bijlage A bij dit besluit.

80. Aanvragen voor het medegebruik van antenne-opstelpunten op of aan gebouwen, de zogenaamde daklocaties, kunnen in het kader van de courtesy-procedure met één processtap minder worden afgehandeld. Voor de overige processtappen geldt een gelijke redenering als hiervoor aangegeven. Het college is van oordeel dat in het tijdsbestek van 3,75 uur dat door KPN is vastgesteld voor het behandelen van een aanvraag, drie aanvragen kunnen worden behandeld. Een volledig overzicht van alle processtappen en de beoordeling daarvan door het college is weergegeven in bijlage B.

(...)

83. Indien het college de door Dutchtone gewenste aantallen te behandelen aanvragen en looptijden zou overnemen, zou KPN in plaats van zeven FTE's, 34 FTE's ter beschikking moeten stellen voor de afhandeling van de verzoeken van Dutchtone.

84. Het college is van oordeel dat op grond van artikel 3.11 Tw onredelijk is van KPN te verlangen dat zij haar bedrijfsprocessen dusdanig aanpast dat aan het verzoek van Dutchtone tegemoet kan worden gekomen. Gezien de door Dutchtone gewenste aantallen en doorlooptijden is aannemelijk dat deze grote aanpassingen in de interne organisatie van KPN zullen vergen. Dergelijke gevolgen kunnen in redelijkheid niet voortvloeien uit de in artikel 3.11, eerste lid, Tw neergelegde verplichting. (...)

(...)

88. (...) Het college acht het niet redelijk een regel vast te stellen die zover ingrijpt in de bedrijfsvoering van KPN dat KPN gedwongen wordt tegen haar zin derden in te zetten bij de afhandeling van verzoeken tot medegebruik.

(...)

90. Het college stelt op grond van artikel 3.11, vierde lid, Tw op verzoek de regels vast die tussen partijen zullen gelden. Het college is van oordeel dat het door Dutchtone ingediende verzoek de regels van het besluit te doen gelden vanaf de eerste verzoeken om medegebruik van antenne-opstelpunten van 21 augustus 1998 in strijd zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. De door het college vastgestelde regels zullen gelden vanaf het moment dat het besluit waarin deze zijn opgenomen aan partijen bekend is geworden.

(...)

95. Indien partijen, in deze procedure Dutchtone en KPN, van mening verschillen over de vraag of reservering van antenne-opstelpunten voor eigen gebruik mogelijk is en indien dit het geval is, onder welke omstandigheden en voor hoelang, is het college op grond van artikel 3.11, vierde lid, Tw bevoegd de regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden. Een al te ruime mogelijkheid om opstelpunten voor eigen gebruik te reserveren zou immers de bedoelingen van de wetgever met artikel 3.11 Tw kunnen frustreren.

96. (...) Bij het bepalen van de termijn van vier maanden heeft het college het belang van KPN, om zolang mogelijk een antenne-opstelpunt voor eigen gebruik te kunnen reserveren, afgewogen tegen het belang van Dutchtone, om op een zo kort mogelijke termijn te kunnen beschikken over zoveel mogelijk antenne-opstelpunten die voor medegebruik in aanmerking komen. Daarbij heeft het college ook laten meewegen de uit de wetsgeschiedenis blijkende bedoelingen van de wetgever. Immers een al te lange reserveringsperiode zal er in de praktijk toe leiden dat vergunninghouders eerder zullen kiezen voor het inrichten van nieuwe antenne-opstelpunten en zal tevens leiden tot een vertraging van de roll-out van de netwerken van de nieuwe vergunninghouders.

97. (...) Wanneer men voor een langere periode een antenne-opstelpunt wenst te reserveren, is er in de praktijk voldoende gelegenheid het antenne-opstelpunt aan te passen zodat zowel het geplande eigen

gebruik, als het medegebruik mogelijk is. Te denken valt met name aan het aanpassen van antenne-masten, door deze te verlengen of te vervangen. Het college is zich er ten aanzien van de vier maanden termijn van bewust dat in voorkomende gevallen voor aanpassing van een antenne-opstelpunt een bouwvergunning nodig is. Deze omstandigheid doet echter niets af aan de redelijkheid van de vier maanden termijn in het algemeen.

(...)

130. Het college is van oordeel dat op dit moment nog geen sprake is van de situatie dat partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de voor het medegebruik te vragen redelijke vergoeding op basis van werkelijk gemaakte kosten. Voorzover de opmerkingen van partijen over te verwachten problemen en te bevestigen uitgangspunten bij het bepalen van vergoedingen voor medegebruik moeten worden gezien als bezwaren tegen de door het college vastgestelde regel, is het college van oordeel dat deze bezwaren om voornoemde redenen moeten worden afgewezen.

131. Ten overvloede merkt het college op dat partijen bij het vaststellen van de hoogte van de voor medegebruik te vragen vergoedingen uit dienen te gaan van de werkelijk gemaakte kosten. (...)"

- Bij faxbericht van 14 december 1999 hebben appellanten sub 2 en 3 tegen het aan hen gerichte besluit van 3 november 1999 beroep ingesteld bij de rechtbank.

- Bij brief van 15 december 1999 heeft Dutchtone tegen het aan haar gerichte besluit van 3 november 1999 beroep ingesteld bij de rechtbank.

- Bij de in hoger beroep aangevallen uitspraak van 13 september 2000 heeft de rechtbank de beroepen gegrond verklaard, de besluiten van 3 november 1999 vernietigd en de OPTA opgedragen nieuwe beslissingen op de bezwaarschriften te nemen. Voor de overwegingen welke de rechtbank tot deze beslissing hebben geleid verwijst het College naar de uitspraak van de rechtbank.

### 3. Het standpunt van de OPTA

In haar hoger beroepschrift concludeert de OPTA tot vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en ongegrondverklaring van de beroepen. Subsidiair vraagt zij om waar mogelijk gebruik te maken van 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

Ter onderbouwing hiervan heeft de OPTA - samenvattend weergegeven - het volgende aangevoerd.

De rechtbank heeft onvoldoende aandacht besteed aan de wettelijke taak van de OPTA, de context waarbinnen de OPTA haar bevoegdheden uitoefent en de bijzondere aard van het besluit dat ter toetsing werd voorgelegd.

Hiertoe merkt de OPTA op dat sprake is van sectorspecifiek mededingingsrecht, hetgeen mede tot uitdrukking komt in toekenning aan de toezichthouder van de taak van regulator. De "regulatory function" van de OPTA en de context van de zich liberaliserende telecommarkt waarop zij haar bevoegdheden uitoefent, brengen mee dat de haar verleende bevoegdheden niet (onnodig) beperkt moeten worden uitgelegd en dat haar de nodige ruimte moet worden gelaten bij de invulling van deze bevoegdheden.

De uitoefening van bevoegdheden door de OPTA moet worden beschouwd in Europees licht, in welk verband van belang is dat de communautaire voorschriften uitdrukking geven aan de noodzaak om al het nodige te doen om te komen tot een level playing field, waarbij onnodige belemmeringen voor de mededinging worden opgeheven. Hierbij is uitdrukkelijk voorzien in een anticiperend en indringend toezicht op de totstandkoming van de vrije mededinging op de desbetreffende markt.

Voorts wijst de OPTA in dit verband op de semi-judiciële functie die zij als geschilbeslechter ten aanzien van besluiten als de onderhavige vervult. Hierbij passen maatstaven voor een rechterlijke toetsing als die welke de burgerlijke rechter hanteert bij de beoordeling van een bindend advies.

Bij de uitleg van het begrip "delen van antenne-opstelpunten" komt de OPTA beoordelingsvrijheid toe. De rechterlijke toets heeft zich te beperken tot de vraag: heeft de OPTA in de bestreden besluiten een oordeel gegeven dat als "rechtens niet houdbaar" moet worden beschouwd?

Waar het gaat om de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, geldt daarenboven de gebruikelijke "kennelijke onredelijkheidstoets".

Niet duidelijk is wat de rechtbank verstaat onder het begrip antenne-opstelpunt. Voorzover de uitspraak van de rechtbank inhoudt dat geen sprake is van een antenne-opstelpunt indien op of in een antenne-opstelpunt meerdere masten kunnen worden aangebracht, is deze onjuist. De OPTA kan zich vinden in de door de rechtbank gegeven definitie op bladzijde 6

van de uitspraak. Deze definitie valt in ieder geval binnen de beoordelingsmarge die de OPTA toekomt.

Ten onrechte gaat de rechtbank ervan uit dat een verplichting om een overzicht met coördinaten van meerdere opstelpunten te verstrekken redelijkerwijs niet binnen de wettelijke omschrijving valt te brengen. Zonder een dergelijke verplichting zou artikel 3.11 van de Wet de facto tot een dode letter worden. Ook zou dan onvoldoende rekening worden gehouden met de historische voorsprong die de KPN heeft als voormalig concessiehouder en eerste houder van een vergunning voor mobiele telefonie, welke voorsprong haar in staat stelt een voldoende snelle uitrol door concurrenten te belemmeren.

Degene op wie de wettelijke verplichting tot site sharing rust, moet het nodige doen om derden de mogelijkheid te bieden om van de hun toekomstige wettelijke bevoegdheden gebruik te maken. In civiele termen: er is sprake van een in acht te nemen precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Het is een misvatting dat Dutchtone ingevolge de in beroep bestreden besluiten "zonder enige eigen inspanning" een compleet overzicht van opstelpunten zou krijgen, terwijl zij deze informatie ook langs andere weg zou kunnen verkrijgen. Het vinden van opstelpunten is niet eenvoudig; veel locaties, masten en antennes zijn niet eenvoudig zichtbaar vanaf de openbare weg. Als men een mast met een antenne ziet, kan men hieruit niet afleiden wie de eigenaar ervan is en wat de coördinaten ervan zijn.

De veronderstelling dat via gemeentelijke bouwvergunningen inzicht in een en ander kan worden verkregen, is onjuist. Gemeentelijke administraties zijn niet ingericht op verstrekking van de gewenste informatie. Bovendien is het overgrote deel van de antennemasten zonder vergunning gebouwd, terwijl het de vraag is of gemeenten zonder meer dergelijke (bedrijfs)gegevens beschikbaar mogen stellen.

Zonder regel 2 zou het van Dutchtone zeer grote, kostbare inspanningen vergen om het overzicht van opstelpunten te verkrijgen, terwijl de belasting voor KPN om het overzicht te verstrekken beperkt is.

Wanneer KPN voor het vervaardigen van het overzicht kosten in rekening zou willen brengen, lijkt dit de OPTA op zichzelf niet onredelijk.

De rechtbank gaat te ver in haar toetsing van de besluiten van de OPTA door de OPTA een procedure van besluitvorming voor te schrijven met betrekking tot het tot stand brengen van een regel over het tempo van afhandeling van verzoeken om medegebruik. De rechtbank gaat er ten onrechte vanuit dat het redelijk en mogelijk is van Dutchtone een plan tot uitrol van het netwerk te vragen. Uitrol is een dynamisch en technisch zeer ingewikkeld proces dat zich niet laat neerleggen in harde, toetsbare plannen met gedetailleerde termijnen en beslispunten. Beschikkend over een overzicht van opstelpunten zal een operator een dekingsplan opstellen, waarbij - conform de bedoeling van artikel 3.11 - zo min mogelijk gebruik wordt gemaakt van nieuw op te richten opstelpunten.

De OPTA heeft bij het stellen van de regels 3 en 4 een afweging gemaakt tussen enerzijds het belang van KPN bij een normale bedrijfsvoering en anderzijds het belang van Dutchtone om te komen tot een snelle uitrol. De regel dat per week vier aanvragen in behandeling moeten worden genomen is gebaseerd op door KPN zelf verstrekte gegevens met betrekking tot beschikbare capaciteit.

Ten aanzien van de regels 3 en 4 benadrukt de OPTA dat site sharing zonder courtesy niet mogelijk is: alleen wanneer het gebruik van de antenne van Dutchtone met die van KPN wordt afgestemd, is site sharing mogelijk.

Ten aanzien van regel 5 is sprake van een ontoelaatbare ambtshalve vernietiging door de rechtbank. Het uitgangspunt van de rechtbank mist feitelijke grondslag: in een groot aantal gevallen - in ieder geval



wanneer sprake is van "bijhanging"- is helemaal geen bouwvergunning nodig. Is deze wel nodig, dan geldt een beslistermijn van dertien weken, bij het ongebruikt verstrijken waarvan een vergunning geacht wordt van rechtswege te zijn verleend.

In de uitzonderlijke gevallen waarin de vier maandetermijn te kort is om de benodigde planologische toestemming te verkrijgen, kan KPN de OPTA vragen om de termijn te verlengen.

In ieder geval gaat de uitspraak van de rechtbank ten aanzien van deze regel te ver. Denkbaar is dat de rechtbank zelf voorzienend zou hebben bepaald dat de desbetreffende regel uitzondering lijdt in de gevallen waarin ingebruikneming (nog) niet mogelijk is tengevolge van een aan KPN niet toerekenbare planologische belemmering.

Regel 6 bevat een enkele vingerwijzing voor de wijze waarop deze geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld. De OPTA heeft beoogd duidelijkheid te verschaffen omtrent de wezenlijke bouwstenen voor een redelijk tarief, zulks ten behoeve van toekomstige beslissingen.

#### 4. Het standpunt van appellanten sub 2, 3 en 4

4.1 Appellanten sub 2, 3 en 4 hebben - samenvattend weergegeven - aangevoerd dat de rechtbank blijk geeft van een onjuiste, althans onduidelijke, rechtsopvatting omtrent de betekenis van het begrip antenne-opstelpunt door dit begrip te definiëren als: "de desbetreffende mast alsmede het gedeelte van het dak of de wand waarop of waaraan de technische faciliteit waarop het verzoek tot medegebruik betrekking heeft, is bevestigd. De rechtbank acht een dergelijk opstelpunt vervolgens beperkt tot haar natuurlijke grenzen, d.w.z. (in de meeste gevallen) de grenzen van het dak of de wand waarom het gaat".

Verwarring had kunnen worden voorkomen indien de rechtbank - in navolging van haar president in diens uitspraak van 3 juni 1999 - onder antenne-opstelpunt had verstaan: "het geheel van de technische faciliteit - waaronder de mast of andersoortige bevestigingspunten voor de antenne(s) -, alsmede het stuk grond waarop of het deel van het gebouw waarop of waaraan de technische faciliteit is geplaatst danwel bevestigd".

Artikel 3.11 van de Wet is alleen van toepassing als de ene vergunninghouder (technische) faciliteiten wenst te delen die toebehoren aan een andere vergunninghouder, die daarover ook zeggenschap mag uitoefenen. De bepaling is dus niet van toepassing indien vergunninghouders ieder een eigen technische faciliteit hebben op het eigendom van een derde zonder enige faciliteit van elkaar te delen. Omdat vergunninghouders op daken niet of nauwelijks gebruik maken van elkaars faciliteiten, maar ieder hun eigen opstelpunt realiseren, is er op daken vrijwel nooit sprake van een situatie waarvoor artikel 3.11 is bedoeld. Dit wordt bevestigd door het gegeven dat artikel 3.11 voorziet in een regeling van een vergoeding, waarvoor alleen plaats is indien men een faciliteit van een ander benut.

Het bespoedigen van de uitrol is een gevolg van de verplichting om faciliteiten te delen en geen doel op zichzelf, waaraan de OPTA de bevoegdheid kan ontlenen regels te stellen, ook indien van gebruik van elkaars faciliteiten geen sprake is.

In het licht van het voorgaande gaat het te ver van KPN ook verstrekking van coördinaten van daklocaties te verlangen. Slechts ten aanzien van faciliteiten zoals masten zou het voor een andere vergunninghouder handig kunnen zijn met het oog op eventueel medegebruik de coördinaten van een andere vergunninghouder te kennen. Bij daklocaties is KPN niet degene die bepaalt of een andere vergunninghouder daarvan gebruik mag maken en kan KPN dus niet gehouden worden geacht een overzicht van ook deze locaties te verschaffen. Dit geldt temeer nu plaatsing van een extra antenne naast een bestaande antenne van KPN het doel van artikel 3.11 - beperken van het aantal opstelpunten - niet dient. Bovendien geldt in Nederland het uitgangspunt dat concurrenten elkaar niet hoeven te helpen.

Overigens is KPN steeds bereid geweest een overzicht van eigen masten beschikbaar te stellen.

4.2 In reactie op het door de OPTA ingestelde hoger beroep hebben appellanten sub 2, 3 en 4 voorts - samenvattend weergegeven - het volgende opgemerkt.

In lijn met de algemene doelstelling van artikel 3.11 van de Wet - het beperken van horizonvervuiling - geldt deze bepaling voor alle vergunninghouders, ongeacht hun eventuele marktmacht. De verplichtingen zijn symmetrisch, al hebben zij mogelijk een asymmetrisch effect. Hiermee is niet gezegd dat gaat om

sectorspecifiek ordeningsrecht en dat de OPTA zich primair zou moeten laten leiden door marktordeningsdoelstellingen.

Het standpunt van de OPTA dat de rechtbank zich extra terughoudend had behoren op te stellen, delen appellanten sub 2, 3 en 4 niet. Ondanks haar "adjudicatory function", is en blijft de OPTA een bestuursorgaan. Als zodanig orgaan heeft zij een duidelijke beleidsmatige agenda, die nog wel eens botst met haar rol als onafhankelijke arbiter.

Ten aanzien van de regels over de voortgang van de afhandeling van verzoeken tot medegebruik wordt erkend dat de OPTA enige mate van beleidsvrijheid toekomt, nu het gaat om de beoordeling van omstandigheden van feitelijke aard. Appellanten sub 2, 3 en 4 delen het bezwaar van de OPTA om zich bij haar oordeel mede te richten naar een roll-out-plan van Dutchtone. De OPTA heeft in het door haar verdedigde besluit de door KPN aangedragen feiten echter kennelijk verkeerd geïnterpreteerd.

De OPTA kan aan artikel 3.11 van de Wet niet de bevoegdheid ontlenen om regels te stellen voor de courtesy-procedure.

Regel 5 is terecht door de rechtbank vernietigd. Indien de eigenaar van een mast op grond van deze regel wordt gedwongen medegebruik toe te staan en de mast daardoor wordt "volgehangen", is de eigenaar voor verdere eigen behoeften aangewezen op plaatsing van een extra mast of uitbreiding van de bestaande mast, waartoe doorgaans een vrijstelling van het bestemmingsplan vereist is. In de praktijk is een dergelijke vrijstelling niet binnen vier maanden te verkrijgen, terwijl geen sprake is van een verlening van rechtswege bij het uitblijven van een besluit. Mede in aanmerking nemend dat de bouwtijd gemiddeld twaalf weken bedraagt, wordt de "uit zijn mast gedrukte" eigenaar geconfronteerd met een onredelijk oponthoud. Deze onredelijkheid wordt nog versterkt door het risico dat de vrijstelling of bouwvergunning wordt geweigerd.

Met regel 5 worden noch het algemeen belang, noch de door artikel 3.11 van de Wet nagestreefde doelen gediend. Deze regel verschuift slechts de lasten, samenhangend met het aanleggen van een nieuwe mast, van de nieuwe vergunninghouder naar de eigenaar van de bestaande mast.

Op het moment dat de OPTA regel 6 stelde, had KPN nog niet eens een concreet tariefvoorstel aan Dutchtone gedaan. Over de wezenlijke bouwstenen van het tarief was slechts op hoofdlijnen gesproken. Terecht heeft de rechtbank dus de OPTA niet bevoegd geacht deze regel te stellen, die bovendien nauwelijks duidelijkheid verschafte en veel strenger was dan het wettelijke kader.

Het ingevolge artikel III van de (nog niet in werking getreden) Wet van 2 november 2000 (Stb. 491) aan de Wet toegevoegde artikel 3.12 doet aan de reikwijdte van artikel 3.11 niet af. Integendeel: de regels die krachtens artikel 3.12 van de Wet bij algemene maatregel van bestuur gesteld kunnen worden, moeten binnen de reikwijdte van artikel 3.11 blijven.

## 5. Het standpunt van Dutchtone

### 5.1 In hoger beroep heeft Dutchtone - samenvattend weergegeven - het volgende naar voren gebracht.

Ten onrechte oordeelt de rechtbank dat artikel 3.11, vierde lid, van de Wet niet mede de verplichting voor KPN omvat om een lijst te verschaffen van alle, althans meerdere, antenne-opstelpunten. Artikel 3.11 beoogt marktpartijen aan te zetten tot een coöperatieve opstelling. Voor Dutchtone als nieuwkomer op de markt is het, ten behoeve van de uitrol en verdichting van haar netwerk, van groot belang inzicht te verkrijgen in bestaande en gereserveerde antenne-opstelpunten van KPN. De door Dutchtone voorgestane interpretatie is conform het doel van artikel 3.11, namelijk het voorkomen van onnodige horizonvervuiling en het bevorderen van een snelle roll-out van mobiele telefoonnetten en daarmee het bevorderen van concurrentie op de markt voor mobiele telefonie.

Door het verschaffen van inzicht in de locaties van opstelpunten wordt de marktpositie van KPN niet nadelig beïnvloed.

Van Dutchtone kan niet worden gevergd dat zij op eigen kracht de opstelpunten van KPN in kaart brengt; dat is inefficiënt en leidt tot forse vertraging.

Anders dan de rechtbank heeft overwogen, geven gemeenten doorgaans geen informatie omtrent de opstelpunten, nog daargelaten dat deze informatie aldaar niet gegroepeerd beschikbaar is.

Dat de wetgever de mening van Dutchtone en de OPTA deelt, blijkt uit het bij de Wet van 2 november 2000 toegevoegde artikel 3.12.

Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat voor het stellen van regels met betrekking tot de vergoeding voor medegebruik geen plaats was, nu hierover geen geschil zou hebben bestaan tussen Dutchtone en KPN. In ieder geval bestond ten tijde van het stellen van de regels geen enkele overeenstemming. In bezwaar is verder duidelijk geworden dat KPN aan het begrip "werkelijke kosten" een andere betekenis hecht dan KPN. Voor zover geen sprake is van een uitdrukkelijk geschil, kan in redelijkheid worden verwacht dat dit geschil zal ontstaan.

De rechtbank heeft haar oordeel dat regel 3 een deugdelijke motivering ontbeert niet deugdelijk onderbouwd. Terecht is de rechtbank van mening dat de OPTA ten onrechte uitsluitend aandacht heeft besteed aan de informatie die KPN heeft verschaft. Ten onrechte overweegt de rechtbank echter dat de OPTA van Dutchtone een plan van de roll-out van haar netwerk had moeten krijgen. Een dergelijk plan zou wel zeer bedrijfsvertrouwelijk zijn. Bovendien gaat de rechtbank eraan voorbij dat de OPTA reeds over omvangrijke en relevante informatie van Dutchtone beschikte. Regel 3 had tot stand moeten komen met inachtneming van de gegevens die Dutchtone aan de OPTA had verstrekt.

Dutchtone kan instemmen met een uitzondering op de maximale reserveringstermijn van vier maanden, in de (in aantal beperkte) gevallen dat KPN een procedure ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening moet doorlopen. Alsdan is een verlenging aanvaardbaar voor de duur van de aan de procedure ingevolge deze wet toe te rekenen vertraging. In zoverre kan dus met de uitspraak van de rechtbank worden ingestemd. In de overige gevallen echter is de door de OPTA geformuleerde regel 5 redelijk.

Ten onrechte heeft de rechtbank nagelaten te oordelen over de stelling van Dutchtone dat de regels van de OPTA op een eerder tijdstip gelding hadden moeten krijgen dan het door de OPTA bepaalde tijdstip.

De OPTA of de rechtbank had moeten vaststellen dat KPN vanaf de eerste verzoeken van Dutchtone in augustus 1998 in gebreke is gebleven bij het voldoen aan haar wettelijke verplichtingen. Het zou redelijk zijn geweest KPN te verplichten de opgelopen achterstand in de afhandeling van verzoeken tot site sharing ongedaan te maken. In andere gevallen heeft de OPTA wel een dergelijke regel (ongedaanmakingsverplichting) opgelegd. Dit is iets anders dan het geven van terugwerkende kracht aan de regels.

KPN komt in dit verband geen beroep op de rechtszekerheid toe, omdat zij bewust zelf ervoor gekozen heeft haar verplichtingen ex artikel 3.11 beperkt te interpreteren.

Zelfs als wel sprake zou zijn van terugwerkende kracht, dan hoeft dit niet zonder meer tot de conclusie te leiden dat de belangen van Dutchtone achtergesteld dienen te worden bij die van KPN.

Inmiddels is de Nota Nationaal Antennebeleid verschenen (aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 12 december 2000, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27561, nrs. 1 en 2). Hieruit blijken de (maatschappelijke) belangen, gemoeid met het delen van antenne-opstelpunten.

5.2 In reactie op de beroepen van appellanten sub 2, 3 en 4 en van de OPTA heeft Dutchtone voorts het volgende naar voren gebracht.

De zeer beperkte uitleg van het begrip antenne-opstelpunt door appellanten sub 2, 3 en 4 is onjuist. De - terdege gemotiveerde - uitleg van de rechtbank daarentegen is juist. In de parlementaire stukken worden de begrippen opstelpunten, locaties en opstelplaatsen als synoniemen gebruikt. Ook uit de Nota Nationaal Antennebeleid blijkt dat het bij antenne-opstelpunten gaat om locaties en dat de staatssecretaris de interpretatie van appellanten sub 2, 3 en 4 niet deelt.

Appellanten sub 2, 3 en 4 suggereren ten onrechte dat bij gezamenlijk gebruik van

(daken in) eigendom van derden op de vergunninghouder geen uit artikel 3.11 van de Wet voortvloeiende verplichtingen rusten. Door het gedeeld gebruiken van (dak)locaties onder de reikwijdte van artikel 3.11 te begrijpen, wordt voorkomen dat een vergunninghouder exclusiviteitsafspraken maakt met eigenaren van gebouwen of anderszins - bijvoorbeeld door een inefficiënte opstelling van apparatuur - een locatie feitelijk

monopoliseert.

De wettelijke regeling is er niet op gericht om investeringen van vergunninghouders te beschermen, maar heeft tot doel om de verworven sites zoveel mogelijk te delen.

Anders dan appellanten sub 2, 3 en 4 stellen, worden op daklocaties wel degelijk technische faciliteiten gedeeld. In circa 80% van de courtesy-situaties worden kabelgoten en/of leased lines en/of stroomvoorzieningen gedeeld.

Indien al - zoals appellanten sub 2, 3 en 4 vrezen - op grond van een overzicht van coördinaten een analyse van verkeersstromen kan plaatsvinden, dan ontstaat hierdoor geen strategisch voordeel voor een andere vergunninghouder. Realisering van sites vindt immers niet plaats op basis van verwachte verkeersstromen, maar op grond van concreet gebleken dreigend capaciteitstekort. Overigens leveren appellanten sub 2, 3 en 4 op het punt van de coördinatenverstrekking een achterhoedegevecht, nu de Nota Nationaal Antennebeleid een nationale databank van opstelpunten aankondigt.

## 6. De beoordeling van de hoger beroepen

6.1 Ter zitting is namens appellanten sub 2 en 3 verklaard dat thans alle voor deze zaak relevante activiteiten worden verricht door appellante sub 4 (hierna: KPN) en dat zij zelf geen belang meer hebben bij de door hen ingestelde hoger beroepen. Dientengevolge zal het College het hoger beroep van appellanten sub 2 en 3 niet-ontvankelijk verklaren.

6.2 De reikwijdte van de door de OPTA op grond van artikel 3.11, vierde lid, van de Wet gestelde regels wordt in belangrijke mate bepaald door de wettelijke betekenis van het begrip "antenne-opstelpunt". Partijen verschillen van mening over de wettelijke betekenis van dit begrip ingeval sprake is van plaatsing van een antenne(mast) op een dak. De rechtbank heeft in dit verband "antenne-opstelpunt" als volgt gedefinieerd: de desbetreffende mast alsmede het gedeelte van het dak of de wand waarop of waaraan de technische faciliteit waarop het verzoek tot medegebruik betrekking heeft, is bevestigd. Het antenne-opstelpunt wordt beperkt door zijn natuurlijke grenzen, dat wil zeggen (in de meeste gevallen) de grenzen van het dak of de wand waar het om gaat. De OPTA kan zich vinden in deze definitie, evenals Dutchtone. KPN acht deze omschrijving evenwel te ruim. Naar haar mening dient - kort gezegd - niet het gehele dakvlak als antenne-opstelpunt te worden beschouwd, maar enkel het stuk van het dak waarop de antenne(mast) staat. In ieder geval is volgens KPN geen sprake van een zelfde opstelpunt, indien twee vergunninghouders op dezelfde daklocatie elk hun eigen technische installatie plaatsen.

Het College overweegt hieromtrent als volgt.

Artikel 3.11 van de Wet heeft dezelfde strekking als het voorheen geldende artikel 130a van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: Wtv). Laatstbedoeld artikel strekte er - blijkens de parlementaire stukken betreffende zijn totstandkoming - toe om te bevorderen dat vergunninghouders van mobiele telefonie tot een snelle uitrol van hun netwerk komen en om te voorkomen dat veel meer, de horizon vervuilende, opstelpunten voor mobiele telefoonnetten worden gerealiseerd dan noodzakelijk is.

In artikel 3.11 wordt het begrip antenne-opstelpunt gebruikt als omschrijving van hetgeen waarvan, overeenkomstig de in het eerste lid geformuleerde algemene verplichting, medegebruik moet worden toegestaan. Om vast te stellen welke betekenis toekomt aan het begrip antenne-opstelpunt, dient dit begrip te worden beschouwd in de context van bedoelde verplichting. De reikwijdte van de verplichting om medegebruik toe te staan dient te worden vastgesteld met inachtneming van de bedoeling ervan, te weten het bevorderen van een snelle uitrol van nieuwe netwerken en het tegengaan van horizonvervuiling. Het College onderschrijft de opvatting van de rechtbank dat uit deze bedoeling valt af te leiden dat een beperkte uitleg van het "voldoen aan een verzoek tot medegebruik" in de zin van artikel 3.11, eerste lid, niet in de rede ligt.

Het voorgaande rechtvaardigt de gevolgtrekking dat "voldoen aan een verzoek tot medegebruik" van een antenne-opstelpunt niet enkel moet worden opgevat als het beschikbaar stellen van faciliteiten waarover

men als eigenaar of gebruiksgerechtigde van het dak zelf de beschikking heeft, doch tevens andere handelingen omvat die neerkomen op het toestaan van, het medewerken aan c.q. het zich niet verzetten tegen plaatsing en gebruik van een antenne(mast). Een beperkter opvatting zou wezenlijk afbreuk doen aan de strekking van artikel 3.11, aangezien dan de vergunninghouder die als eerste een antenne plaatst op een dak in staat zou zijn andere vergunninghouders van het dak te weren, bijvoorbeeld door in zijn (huur)overeenkomst met de eigenaar van het gebouw bepaalde bedingen met betrekking tot (beïnvloeding van) de toelaatbaarheid van plaatsing en gebruik van andere antennes op te nemen. Dergelijke bedingen zouden zeer wel in de weg kunnen staan zowel aan een voorspoedige netwerkuitrol door andere vergunninghouders

- die gedwongen worden te gaan zoeken naar alternatieve locaties - als aan het streven tot beperking van horizonvervuiling, welke vervuiling in niet geringe mate toe kan nemen indien antennes niet op één gebouw worden geconcentreerd, doch op meerdere gebouwen worden geplaatst.

Het voorgaande brengt mee dat de beperkte uitleg van het begrip antenne-opstelpunt als bepleit door KPN - die erop neer zou komen dat de vergunninghouder die als eerste een antenne op een dak van een derde plaatst doorgaans niet verplicht is aan een verzoek tot medegebruik van dit dak door een andere vergunninghouder te voldoen, omdat hij geen eigenaar of gebruiker is van de rest van het dak c.q. aldaar geen technische voorziening heeft - moet worden verworpen.

Dat in artikel 3.11, derde lid, van de Wet wordt bepaald dat het medegebruik ter beschikking wordt gesteld tegen een redelijke vergoeding, doet aan het voorgaande niet af. Dit voorschrift brengt immers niet zonder meer mee dat in alle (concrete) gevallen waarin sprake is van medegebruik in de zin van artikel 3.11, eerste lid, een bedrag verschuldigd is.

Gelet op het vorenoverwogene is het door KPN ingestelde hoger beroep ongegrond en dient de uitspraak van de rechtbank op het (enige) door KPN bestreden onderdeel te worden bevestigd.

6.3 Dutchtone en de OPTA bestrijden in hoger beroep het oordeel van de rechtbank dat een verplichting als aangenomen in regel 2 van de in beroep bestreden besluiten om een lijst te verstrekken met (coördinaten van) meerdere opstelpunten, redelijkerwijs niet binnen de reikwijdte van artikel 3.11 van de Wet zijn te brengen.

Het College overweegt hieromtrent als volgt.

Vaststaat dat KPN en Dutchtone als vergunninghouders geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over het medegebruik van antenne-opstelpunten op gebouwen. Ingevolge artikel 3.11, vierde lid, is de OPTA dan bevoegd regels vast te stellen die tussen hen zullen gelden. Deze bepaling zelf bevat geen beperking van de inhoud van de aldus te stellen regels. Gelet op de in deze bepaling gegeven omschrijving van de voorwaarde waaraan voldaan moet zijn voordat de OPTA regels mag stellen en gelet op de samenhang met

- voorzover hier van belang - het eerste lid van artikel 3.11, moet evenwel worden aangenomen dat de regels invulling dienen te geven aan de in het eerste lid bedoelde verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten. Aan de orde is dus of deze verplichting zo ver strekt, dat deze de vergunninghouder kan verplichten om de coördinaten van zijn opstelpunten - op gebouwen - aan de hierin belang stellende andere vergunninghouder kenbaar te maken.

Anders dan de rechtbank is het College van oordeel dat niet kan worden geoordeeld dat deze verplichting redelijkerwijs niet binnen de wettelijke omschrijving van artikel 3.11, eerste lid, valt te brengen. Het College overweegt hiertoe allereerst dat de formulering "voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik" naar zijn oordeel zo open is, dat deze ruimte voor de door de OPTA gehanteerde interpretatie biedt.

Het College deelt voorts het oordeel van de OPTA dat één van de doelstellingen van artikel 3.11 - het bespoedigen van netwerkuitrol door andere vergunninghouders - wordt gediend met een interpretatie als voorgestaan door de OPTA. Aannemelijk is immers op grond van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, dat Dutchtone mét beschikking over de coördinaten in staat is sneller tot een uitrol van haar netwerk te geraken dan zonder beschikking hierover.

Nu de door de OPTA geformuleerde regel omtrent de verstrekking van coördinaten niet onverenigbaar is met de tekst van artikel 3.11 en ook één van haar doelstellingen dient, komt naar het oordeel van het

College deze regel slechts voor rechterlijke vernietiging in aanmerking indien geoordeeld moet worden dat de OPTA in redelijkheid niet tot vaststelling ervan heeft kunnen komen. Aldus komt tot uitdrukking dat aan de OPTA als op het terrein van de telecommunicatie deskundige toezichthouder een zekere beleidsvrijheid toekomt bij het gebruik van de door artikel 3.11 van de Wet aan haar toegekende bevoegdheid.

Het College is niet van oordeel dat de OPTA in redelijkheid niet tot vaststelling van regel 2 heeft kunnen komen. Hiertoe wordt allereerst overwogen dat de OPTA een begrijpelijke motivering aan deze regel ten grondslag heeft gelegd, kort gezegd neerkomend op twee hoofdargumenten: ten eerste: zonder de desbetreffende verplichting is het vinden van de coördinaten lastig en tijdrovend en wordt de mogelijkheid om overeenkomstig artikel 3.11 medegebruik te vragen beperkt; ten tweede: de historische voorsprong waarover KPN beschikt als voormalig concessiehouder en eerste houder van een vergunning voor mobiele telefonie rechtvaardigt dat, ter bevordering van de mededinging, van KPN in zekere mate wordt verlangd dat zij tot de markt toetredende concurrenten in staat stelt een snelle uitrol te bewerkstelligen. Voorts heeft de OPTA voldoende onderbouwd aangegeven waarom uit een coördinatenoverzicht geen bedrijfsvertrouwelijke informatie valt af te leiden, die aan het verschaffen van coördinaten in de weg zou staan.

Voorts acht het College voor zijn oordeel van belang dat de OPTA er blijk van heeft gegeven de lasten die het al dan niet stellen van de desbetreffende regel meebrengt voor enerzijds KPN en anderzijds Dutchtone te hebben bepaald en gewogen, een en ander op een inzichtelijke en niet van willekeur getuigende wijze.

Het voorgaande leidt ertoe dat het oordeel van de rechtbank over regel 2 van de in beroep bestreden besluiten in hoger beroep geen stand kan houden.

6.4 Regel 3 bepaalt hoeveel door Dutchtone ingediende verzoeken tot medegebruik van een antenne-opstelpunt van KPN in behandeling moeten worden genomen door KPN en binnen welke termijn KPN hierop beslissingen dient te nemen omtrent acceptatie c.q. omtrent vaststelling van de voorwaarden waaronder deze acceptatie plaatsvindt. Blijkens de in beroep bestreden besluiten en de bijbehorende bijlagen A en B wordt in dit verband onder medegebruik verstaan "site sharing", welk begrip wordt onderscheiden van het - door de OPTA eveneens tot medegebruik in de zin van artikel 3.11 van de Wet gerekende - begrip "courtesy".

Regel 4 bepaalt op hoeveel door Dutchtone ingediende courtesy-aanvragen KPN per maand dient te beslissen en binnen welke termijn KPN deze beslissingen dient te nemen c.q. dient aan te geven onder welke voorwaarden acceptatie plaatsvindt.

Niet in geschil is dat de OPTA bevoegd is regels (van de aard van regel 3) ten aanzien van het aantal te behandelen verzoeken tot site sharing en het tempo van afhandeling hiervan te geven.

Met betrekking tot regel 4 heeft de rechtbank evenwel - met KPN - geoordeeld, kort weergegeven, dat de OPTA aan artikel 3.11 niet de bevoegdheid kon ontlenen regels te stellen ten aanzien van (verzoeken om afstemming met betrekking tot) antennes, bevestigd aan verschillende opstelpunten, terwijl regel 4 dergelijke regels wel mede omvat.

Het College overweegt dienaangaande, naar aanleiding van de in hoger beroep door de OPTA en Dutchtone ter zake naar voren gebrachte grieven, als volgt.

Uit de overwegingen (in het bijzonder overweging 25) van de in beroep bestreden besluiten valt op te maken dat de OPTA onder de courtesy-procedure verstaat het maken van - de (vrijwel) steeds noodzakelijke - afspraken tussen vergunninghouders over de wijze waarop antennes worden opgesteld, indien er meerdere antennes worden geplaatst op één antenne-opstelpunt, waarbij evenzeer sprake kan zijn van een daklocatie als van een mastlocatie. Dat regel 4 enkel betrekking heeft op het maken van afspraken tussen vergunninghouders die gebruik maken van eenzelfde antenne-opstelpunt - waarbij het begrip antenne-opstelpunt dient te worden opgevat in de betekenis als door het College, overeenkomstig de definitie van de OPTA, onder 6.2 van deze uitspraak aanvaard - blijkt ook uit het opschrift boven de regels 3 en 4 in de bestreden besluiten, volgens welk opschrift deze regels de afhandeling van verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten betreffen.

Regel 4 komt dus niet voor vernietiging in aanmerking op grond van de vorenvermelde door de rechtbank hieraan ten grondslag gelegde overweging, zodat het hierop betrekking hebbende gedeelte van de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep geen stand kan houden.

Ook overigens faalt de in beroep bij de rechtbank door KPN betrokken stelling dat artikel 3.11, vierde lid, van de Wet geen grondslag kan bieden voor regels als gesteld in regel 4. Hiertoe overweegt het College dat, blijkens het verhandelde ter zitting, partijen het erover eens zijn, dat het maken van afspraken tussen van eenzelfde antenne-opstelpunt gebruik makende vergunninghouders over de exacte opstelling van beider antennes in het algemeen noodzakelijk is om de antennes feitelijk aan hun doel te kunnen doen beantwoorden. Aansluitend op hetgeen onder 6.2 is overwogen omtrent de betekenis die toekomt aan "voldoen aan een verzoek tot medegebruik", is het College van oordeel dat ook het meewerken aan een verzoek tot het maken van afspraken in het kader van de courtesy-procedure hiertoe te rekenen valt. Dit brengt met zich dat ook regels ten aanzien van het aantal te behandelen verzoeken van deze strekking en het tempo van afhandeling ervan, ingeval vergunninghouders hierover van mening verschillen, hun grond kunnen vinden in artikel 3.11.

6.5 Regel 3 van de in beroep bestreden besluiten heeft betrekking op het aantal te behandelen verzoeken tot site sharing en het tempo van afhandeling hiervan. Uit de besluiten, in samenhang met de bijbehorende bijlagen, valt op te maken dat met site sharing wordt bedoeld op de vormen van verlening van medegebruik, die een verdergaande betrokkenheid van KPN vergen dan enkel de medewerking zoals deze benodigd is bij het afhandelen van courtesy-aanvragen.

De rechtbank heeft regel 3 vernietigd, omdat de OPTA voornamelijk de door KPN verstrekte gegevens tot uitgangspunt heeft genomen, terwijl een meer met strekking en systeem van artikel 3.11 van de Wet overeenkomende handelwijze zou zijn geweest uit te gaan van een door Dutchtone opgesteld plan met betrekking tot de roll-out. Aan de hand van informatie enerzijds van Dutchtone over het gewenste aantal opstelpunten en de plaats ervan en anderzijds van KPN over de potentiële voor medegebruik in aanmerking komende locaties, had de OPTA dan adequate aantallen en termijnen kunnen vaststellen.

Dutchtone voert in hoger beroep aan dat de rechtbank ten onrechte stelt dat de OPTA haar regel mede had moeten baseren op een plan tot netwerkuitrol van Dutchtone. Regel 3 had volgens Dutchtone tot stand moeten komen op basis van de reeds door haar verstrekte gegevens. Ook de OPTA richt zich in hoger beroep tegen het stellen van de eis dat Dutchtone een plan tot uitrol verschaft, nu uitrol een dynamisch en technisch zeer ingewikkeld proces is, dat zich niet laat neerleggen in harde plannen. KPN deelt dit standpunt.

Het College overweegt hieromtrent als volgt.

Uit het voorgaande blijkt dat geen van de partijen zich op het standpunt stelt dat voor het stellen van regels een plan tot netwerkuitrol van Dutchtone kan worden verlangd. Zowel KPN als Dutchtone stellen zich op het standpunt dat de OPTA zich bij het formuleren van de desbetreffende regel had dienen te baseren op de door hen aan de OPTA verstrekte gegevens. Nu artikel 3.11 van de Wet evenmin dwingt tot het overleggen van een plan als hierbedoeld, dient - mede tegen de achtergrond dat artikel 3.11, vierde lid, ertoe strekt slechts een regeling te bieden bij gebreke van overeenstemming tussen vergunninghouders - een beoordeling van de rechtmatigheid van regel 3 zich dan ook te beperken tot beantwoording van de vraag of de OPTA, afgaande op de haar door KPN en Dutchtone ter beschikking gestelde gegevens, in redelijkheid de aantallen en termijnen heeft kunnen vaststellen als is geschied.

Het voorgaande leidt ertoe dat het oordeel van de rechtbank over regel 3 van de in beroep bestreden besluiten in hoger beroep geen stand kan houden.

Ter beantwoording van de vraag of de OPTA in redelijkheid de aantallen en termijnen heeft kunnen vaststellen als is geschied - welke vraag, gelet op het onder 6.4 overwogene, ook dient te worden beantwoord ten aanzien van de in regel 4 vermelde aantallen en termijnen, nu de op dit punt met betrekking tot regel 3 door KPN en Dutchtone bij de rechtbank naar voren gebrachte grieven evenzeer betrekking hebben op regel 4 - overweegt het College als volgt.

Blijkens de in de besluiten van 3 november 1999 aan de regels 3 en 4 ten grondslag gelegde overwegingen (in het bijzonder overwegingen 75 en 80) heeft de OPTA bij het opstellen van deze regels de volgens KPN bij haar aanwezige personeelscapaciteit voor het beoordelen van verzoeken om medegebruik tot uitgangspunt genomen. Rekening houdende met de werkprocessen bij KPN, aannemende dat door bundeling van aanvragen en een zekere standaardisering van de beoordeling tijdwinst kan worden geboekt en ervan uitgaande dat ook andere vergunninghouders medegebruik zouden kunnen vragen, heeft de OPTA vervolgens het minimumaantal te behandelen verzoeken en de maximale doorlooptijd vastgesteld,

onder bijvoeging van de door haar hierbij gevolgde berekening. Dat de OPTA aldus de relevante feiten en omstandigheden onvoldoende in ogenschouw zou hebben genomen of haar besluit onvoldoende (kenbaar) zou hebben gemotiveerd, vermag het College niet in te zien, zodat de hierop betrekking hebbende in beroep bij de rechtbank aangevoerde gronden van KPN en Dutchtone falen.

Evenmin valt in te zien dat de OPTA de grenzen van de haar bij het stellen van regels op grond van artikel 3.11 toekomstige beleidsvrijheid zou hebben overschreden door KPN niet te dwingen haar werkprocessen aan te passen of haar arbeidscapaciteit (eventueel op kosten van Dutchtone) uit te breiden. Dat de OPTA er de voorkeur aan geeft bij het stellen van de regels uit te gaan van de in potentie aanwezige mogelijkheid van andere vergunninghouders om ook medegebruik aan KPN te vragen, is een keuze waarvan evenmin kan worden volgehouden dat de OPTA deze in redelijkheid niet heeft kunnen maken.

Vorenstaande overwegingen leiden ertoe dat de in beroep bij de rechtbank door KPN en Dutchtone ingebrachte grieven tegen zowel regel 3 als regel 4 ongegrond zijn.

6.6 Regel 5 beperkt - kort gezegd - de mogelijkheid voor KPN en Dutchtone om zich, ter weigering van gevraagd medegebruik van een antenne-opstelpunt, te beroepen op het argument dat het opstelpunt voor eigen behoeften wordt gereserveerd, tot een periode van vier maanden. De rechtbank heeft deze regel vernietigd, omdat de OPTA over het hoofd zou hebben gezien dat in veel gevallen voor het oprichten van opstelpunten een planologische procedure moet worden doorlopen. De hiermee gemoeide tijd zal er veelal toe leiden dat KPN niet binnen bedoelde vier maanden tot het daadwerkelijk in gebruik nemen van een antenne voor eigen gebruik zal kunnen overgaan, terwijl zich tevens de situatie zal kunnen voordoen dat waar KPN plaatsruimte moet afstaan aan Dutchtone, geen bruikbaar en binnen afzienbare tijd te realiseren alternatief voorhanden is.

In hoger beroep heeft Dutchtone aangegeven in te kunnen stemmen met een uitzondering op de maximale reserveringstermijn van vier maanden, in de situaties dat KPN een procedure ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening moet doorlopen. Ook de OPTA erkent in hoger beroep dat er gevallen zijn waarin de vier maandentermijn te kort is om de benodigde planologische toestemming te verkrijgen. In deze gevallen, zo stelt de OPTA, kan KPN haar vragen de termijn te verlengen.

Nu de OPTA erkent dat regel 5 zoals deze door haar is geformuleerd niet onverkort kan worden toegepast, kan deze regel, gelet op de rechtszekerheid, geen stand houden.

Naar aanleiding van de overigens door KPN bij de rechtbank ingebrachte grieven tegen regel 5 overweegt het College nog het volgende. Niet valt in te zien dat de OPTA, buiten de gevallen waarin een procedure ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening moet worden doorlopen, de maximale reserveringstermijn niet in redelijkheid heeft kunnen stellen op vier maanden. Van de door KPN betrokken stelling dat met regel 5 niet de belangen worden gediend die artikel 3.11 van de Wet beoogt te dienen, is het College niet overtuigd. De OPTA heeft in redelijkheid kunnen oordelen dat een beperking van de mogelijkheid om medegebruik te weigeren met een beroep op reservering, bijdraagt aan een beperking van het aantal de horizon vervuilende antennemasten en aan een bespoediging van de netwerkuitrol door medegebruik vragende vergunninghouders. Dat hiermee extra lasten kunnen komen te rusten op de eigenaar van de bestaande mast vormt heeft de OPTA niet hoeven weerhouden van het stellen van de regel, nu zij ervan uitgaat dat tegenover deze lasten - overeenkomstig artikel 3.11, derde lid, van de Wet - een redelijke vergoeding dient te staan.

6.7 Regel 6 houdt in dat de vergoeding voor medegebruik van antenne-opstelpunten gebaseerd dient te zijn op de werkelijk gemaakte kosten en niet op de beginselen van kostenoriëntatie. De rechtbank heeft deze regel vernietigd, omdat artikel 3.11 van de Wet nog geen grondslag biedt om ten aanzien van de vergoedingen een regel te stellen, nu tussen KPN en Dutchtone nog geen sprake was van een geschil ter zake van de vergoedingen. KPN heeft zich in hoger beroep niet tegen dit onderdeel van de uitspraak verzet; Dutchtone en de OPTA wel.

Het College overweegt hieromtrent als volgt.

In de bestreden besluiten (onder nr. 130) overweegt de OPTA dat nog geen sprake is van de situatie dat partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken. Naar het oordeel van het College heeft de OPTA uit hetgeen Dutchtone dienaangaande tot aan de bestreden besluiten had aangevoerd, terecht deze conclusie getrokken.



Het voorgaande leidt ertoe dat de OPTA ten tijde van de in beroep bestreden besluiten in artikel 3.11, vierde lid, van de Wet (nog) geen grondslag kon vinden om regels als bedoeld in deze bepaling te stellen. Dat wellicht bij sommigen behoefte bestond aan een - wat de OPTA noemt - vingerwijzing voor de wijze waarop geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld, kan hieraan niet afdoen.

Op grond van het vorenoverwogene dient het oordeel van de rechtbank omtrent regel 6 in hoger beroep te worden bevestigd.

6.8 Dutchtone voert aan dat de rechtbank zich ten onrechte niet heeft uitgesproken over haar grief dat - kort gezegd - de OPTA ten onrechte heeft nagelaten de regels op enige wijze werking te geven over de periode voorafgaand aan de vaststelling ervan.

Nu, gelet op het voorgaande, de uitspraak van de rechtbank had dienen in te houden dat een aantal van de gestelde regels uit de in beroep bestreden besluiten stand houdt, moet de desbetreffende grief van Dutchtone inderdaad worden beoordeeld.

Ten aanzien van bedoelde grief overweegt het College het volgende.

Artikel 3.11, vierde lid, van de Wet verschaft de bevoegdheid om, nadat is gebleken dat vergunninghouders zelf geen overeenstemming kunnen bereiken, op verzoek regels te stellen die tussen hen zullen gelden. De redactie van deze bepaling en de in acht te nemen rechtszekerheid staan er in beginsel aan in de weg aan de inwerkingtreding van regels als hierbedoeld terugwerkende kracht toe te kennen. Voor het maken van een uitzondering op dit uitgangspunt acht het College in het onderhavige geval in ieder geval geen plaats, nu het verzoek van Dutchtone aan de OPTA om tot het stellen van regels over te gaan met voortvarendheid is behandeld. Immers, het verzoek van 18 december 1998 is beantwoord bij besluit van 2 april 1999, nadat de OPTA een schriftelijke reactie van KPN en een schriftelijke verduidelijking van de standpunten had gevraagd en ontvangen en nadat zij zowel Dutchtone als KPN had gehoord.

De voortvarendheid die is betracht bij de beantwoording van het verzoek van Dutchtone brengt tevens mee dat de OPTA er in redelijkheid van heeft kunnen afzien om het niet naleven van de regels voordat zij waren vastgesteld te compenseren door KPN tijdelijk extra te belasten met een verplichting tot het afhandelen van een groter aantal verzoeken om medegebruik.

Voor een afzonderlijke vaststelling dat KPN sedert augustus 1998 in gebreke is gebleven bij het voldoen aan haar wettelijke verplichtingen, biedt artikel 3.11 van de Wet hoe dan ook geen grondslag. De in beroep door Dutchtone aangevoerde grief dat de OPTA ten onrechte een dergelijke vaststelling achterwege heeft gelaten, faalt reeds hierom.

6.9 Het voorgaande leidt ertoe dat de hoger beroepen van Dutchtone en de OPTA gegrond zijn, voor zover gericht tegen de door de rechtbank uitgesproken vernietiging van de regels 2, 3 en 4 van de in beroep bestreden besluiten. De uitspraak van de rechtbank dient derhalve in zoverre te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank had behoren te doen verklaart het College de bij de rechtbank ingediende beroepen van KPN tegen regel 2 en van KPN en Dutchtone tegen de regels 3 en 4 ongegrond. Ook de - thans aan de orde komende - onder 6.8 van deze uitspraak beoordeelde grief betreffende de periode waarover de regels werking hebben faalt, zodat het door Dutchtone bij de rechtbank ingediende beroep, voorzover het betrekking heeft op dit punt, ongegrond is.

De hoger beroepen van Dutchtone en de OPTA zijn voor het overige ongegrond en de uitspraak van de rechtbank dient in zoverre te worden bevestigd.

Het voorgaande brengt met zich dat de opdracht om nieuwe beslissingen op de bezwaren te nemen enkel nog betrekking heeft op de vernietigde regels 5 en 6 van de in beroep bestreden besluiten.

Het College acht voorts termen aanwezig tot nadere beslissingen als hierna vermeld.

## 7. De beslissing

Het College:

- verklaart het hoger beroep van appellanten sub 2 en 3 niet-ontvankelijk;
- verklaart de hoger beroepen van Dutchtone en de OPTA gegrond, voorzover gericht tegen de vernietiging van de regels 2, 3 en 4 van de in beroep bestreden besluiten. De uitspraak van de rechtbank wordt in zoverre vernietigd;
- verklaart de bij de rechtbank ingediende beroepen van KPN voorzover betrekking hebbend op regel 2 en van KPN en Dutchtone voorzover betrekking hebbend op de regels 3 en 4 ongegrond;
- verklaart het door Dutchtone bij de rechtbank ingediende beroep ongegrond, voorzover dit betrekking heeft op de onder 6.8 van deze uitspraak behandelde grief betreffende de periode waarover de regels werking hebben;
- bepaalt dat de door de rechtbank aan de OPTA verstrekte opdracht om nieuwe beslissingen op de bezwaren te nemen beperkt is tot de in de bestreden besluiten gestelde regels 5 en 6 en dient te worden uitgevoerd met inachtneming van de uitspraak van het College;
- bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;
- veroordeelt verweerder in de door Dutchtone in hoger beroep gemaakte kosten tot een bedrag van fl. 1420,-- (zegge: eenduizendvierhonderdtwintig gulden);
- bepaalt dat verweerder aan Dutchtone het door haar betaalde griffierecht van fl. 600,-- (zegge: zeshonderd gulden) vergoedt.

Aldus gewezen door mr D. Roemers, mr H.G. Lubberdink en mr C.J. Borman, in tegenwoordigheid van mr A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 25 april 2001.

w.g. D. Roemers w.g. A. Bruining