

ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2562

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	13-07-2009
Datum publicatie	15-07-2009
Zaaknummer	AWB 09/1978 VTELEC-T1
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie	Last onder dwangsom opgelegd om te bewerkstelligen dat Telfort alsnog aan haar vergunningvoorwaarden (uiterlijk op 1 januari 2007 dekking) voldoet. Doordat bij een latere meting is vastgesteld dat nog steeds geen, althans onvoldoende dekking is gerealiseerd op de aan Telfort toegewezen UMTS-frequentiebanden is een van de dwangsommen verbeurd. Telfort betoogt dat de last niet anders kan worden gelezen dan dat voor dekking het aanwezig zijn van een signaal op de Telfort-frequenties voldoende moet zijn. De voorzieningenrechter kan niet met zekerheid vaststellen of, indien in de hoofdzaak zou blijken dat het bestreden besluit voor wat betreft de interpretatie van de last niet in stand kan blijven, het uit deze - in dat geval vruchteloos gebleken - investering van Telfort voortvloeiende nadeel geheel kan worden gecompenseerd. Nu er geen sprake is van een louter financieel belang is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk gemaakt dat Telfort een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening. De voorzieningenrechter oordeelt dat Telfort voor een bruikbaar UMTS-signaal dient te zorgen, hetgeen betekent dat haar frequenties bruikbaar zijn en worden afgeschermd van die van KPN, zodat de gebruiker van UMTS-randapparaten in staat wordt gesteld gebruik te maken van UMTS-diensten die over Telfort frequenties worden aangeboden.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Voorzieningenrechter

Reg.nr.: AWB 09/1978 VTELEC-T1

Uitspraak naar aanleiding van het verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht

in het geding tussen

Telfort B.V. (hierna: Telfort), gevestigd te Amsterdam-Zuidoost, verzoekster,
gemachtigde mr. P.V. Eijsvoogel, advocaat te Amsterdam,

en

de Staatssecretaris van Economische Zaken, verweerder,
gemachtigde mr. A.J. Boorsma, advocaat te Den Haag.

Aan het geding hebben mede als partij deelgenomen:
Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone), gevestigd te Maastricht,
gemachtigde mr. P.M. Waszink, advocaat te Amsterdam,

Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2), gevestigd te Amsterdam,
Gemachtigde mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 10 juni 2008 (hierna: het primaire besluit) heeft verweerder Telfort gesommeerd binnen een termijn van drie maanden na de dag waarop de beschikking is bekendgemaakt:

- In tenminste 98% van het in de vergunningsvoorschriften beschreven gebied dekking te hebben gerealiseerd op de aan Telfort toegewezen UMTS-frequenties;
- en daarbij in tenminste 93,1 % van het in de vergunningvoorschriften beschreven gebied, op ieder tijdstip te voldoen aan het minimum serviceniveau buitenshuis van 144 kbit/s.

Dit op straffe van een dwangsom van 5.000.000,= per geconstateerde overtreding per kwartaal, met een maximum van 40.000.000,=.

Tegen dit besluit heeft verzoekster bij brief van 22 juli 2007 (lees: 2008) bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 27 januari 2009 heeft verweerder het bezwaar gegrond verklaard voorzover het gaat om de formulering van de last en voor het overige ongegrond verklaard. De last dient in die zin gelezen te worden dat Telfort gesommeerd wordt binnen een termijn van drie maanden na de dag waarop de beschikking is bekend gemaakt:

- op de meetlocaties, bedoeld in de brief met kenmerk AT-EZ/6186607, waar geen dekking is geconstateerd, in tenminste 98% van de meetlocaties dekking te realiseren op de aan Telfort toegewezen UMTS-frequenties;
- en daarbij op tenminste 93,1 % van de meetlocaties, bedoeld in de brief met kenmerk AT-EZ/6186607, waar is geconstateerd dat Telfort niet heeft voldaan aan het minimum serviceniveau, op ieder tijdstip te voldoen aan het minimum serviceniveau buitenshuis van 144 kbit/s.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft verzoekster bij brief van 9 maart 2009 beroep ingesteld.

Voorts heeft verzoekster bij brief van 22 juni 2009 de voorzieningenrechter verzocht zowel het primaire als het bestreden besluit te schorsen omdat het haar niet duidelijk is hoe verweerder de naleving van de last onder dwangsom (verder) zal controleren.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 2 juli 2009. Namens verzoekster was haar gemachtigde aanwezig, bijgestaan door M. Vocke en ir. C.A. van Holten. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, bijgestaan door mr. J. Sijbrandij,

mr. G.E. Dijkstra, F. Holl en mr. J.M. Sardjoe. Namens Vodafone is haar gemachtigde verschenen, bijgestaan door mr. W.H. Kroeze. Tele2 is - met kennisgeving - niet verschenen.

2 Overwegingen

2.1 Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Voor zover de daartoe uit te voeren toetsing meebrengt dat de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter een voorlopig karakter en is dat oordeel niet bindend voor de beslissing in de hoofdzaak.

2.2 Wettelijk kader

Artikel 3.3, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) luidt als volgt:

Voor het gebruik van frequentieruimte is een vergunning vereist van Onze Minister welke op aanvraag kan worden verleend.

Artikel 15.1, eerste lid, van de Tw luidt als volgt:

Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet zijn belast de bij besluit van Onze Minister aangewezen ambtenaren, voorzover het betreft de bepalingen die betrekking hebben op:

a. het gebruik van frequentieruimte;

(..)

Artikel 15.2 Tw luidt als volgt:

Onze Minister is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, eerste lid, bedoelde bepalingen.

Artikel 5:32 van de Awb luidt, ten tijde hier van belang, als volgt:

1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.
2. Een last onder dwangsom strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen.
3. Voor het opleggen van een last onder dwangsom wordt niet gekozen, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet.
4. Het bestuursorgaan stelt de dwangsom vast hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last. Het bestuursorgaan stelt tevens een bedrag vast waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd. Het vastgestelde bedrag staat in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging.
5. In de beschikking tot oplegging van een last onder dwangsom die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.

2.3 Feiten en omstandigheden

Bij besluit van 7 augustus 2000 is aan de rechtsvoorganger van Telfort, na een veiling, een vergunning verleend voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van IMT-2000. De vergunning bevat onder meer de volgende bepalingen:

Artikel 2

Aan (...) vergunninghouder, wordt een vergunning verleend voor het gebruik van de in de bijlage genoemde frequentieruimte.

Artikel 3

Aan de vergunning worden de volgende voorschriften en beperkingen verbonden:

- a. de vergunninghouder biedt zijn diensten aan volgens het UMTS systeem;
- b. de vergunninghouder realiseert met zijn IMT-2000 net uiterlijk 1 januari 2007 ten minste dekking binnen de bebouwde kom van alle gemeenten met meer dan 25.000 inwoners, op alle hoofdverbindingswegen (auto- spoor- en waterwegen) tussen deze gemeenten, langs doorgaande autosnelwegen naar Duitsland en België en op of rond de luchthavens Amsterdam Schiphol Airport, Maastricht Aachen Airport en Rotterdam Airport, en bereikt daarbij een minimum serviceniveau buitenshuis van 144 kbit/s. Dit niveau wordt op ieder tijdstip in ten minste 95% van de gevallen gehaald.

Op 23 augustus 2007 heeft verweerder de Beleidsregel sancties frequentiegebruik UMTS (hierna: de Beleidsregel) vastgesteld. Bij deze Beleidsregel is in de bijlage een meetmethode opgenomen. Daarnaast wordt in het rapport Van vergunningvoorwaarden naar Toezicht van 7 september 2007 (hierna: het Meetprotocol) beschreven op welke wijze het toezicht op de uitrolverplichting vorm wordt gegeven.

In het rapport van bevindingen van 6 maart 2008 hebben rapporteurs, allen als inspecteur Toezicht bij het Agentschap Telecom (AT) van verweerdere ministerie werkzaam, aangegeven dat zij in de periode oktober tot en met december 2007 metingen, en in januari en februari 2008 hermetingen hebben uitgevoerd. Daarbij is geconstateerd dat Telfort op 300 van de 300 willekeurig gekozen meetlocaties niet heeft voldaan aan de vergunningsvoorwaarden zoals gesteld in artikel 3, onderdeel b, van haar vergunning voor het gebruik van frequentieruimte.

Bij het primaire besluit heeft verweerder aan Telfort een last onder dwangsom (hierna: last) opgelegd om te bewerkstelligen dat zij alsnog aan haar vergunningvoorwaarden voldoet. Omdat deze last niet overeenkomstig artikel 4, derde lid, van de Beleidsregel is geformuleerd heeft verweerder het primaire besluit bij het bestreden besluit in die zin herroepen en heeft hij het bezwaar van Telfort voor het overige ongegrond verklaard. Hiertegen heeft Telfort bij de rechtbank beroep ingesteld.

Bij brief van 25 mei 2009 (hierna: de verbeurtebrief) heeft verweerder aan Telfort medegedeeld dat tussen oktober 2008 en april 2009 de eerdergenoemde toezichthouders van het AT metingen en hermetingen hebben verricht naar de aanwezigheid (dekking) en het serviceniveau van het UMTS-signaal van Telfort. Doordat uit het door de toezichthouders opgemaakte tweede rapport van bevindingen van 29 april 2009 volgt dat bij in totaal 48 van de 300 metingen is vastgesteld dat het testbestand via een KPN-carrier werd gedownload in plaats van een Telfort-carrier, concludeert verweerder dat Telfort nog steeds geen, althans onvoldoende dekking heeft gerealiseerd op de aan haar toegewezen UMTS-frequentiebanden, zodat de dwangsom van rechtswege is verbeurd. Omdat Telfort op basis van haar metingen meende (wel) aan de last te hebben voldaan is de verbeurtebrief voor haar aanleiding geweest om het onderhavige verzoek om voorlopige voorziening in te dienen.

2.4 Standpunten van partijen

2.4.1 Telfort betoogt dat de last niet anders kan worden gelezen dan dat voor dekking het aanwezig zijn van een signaal op de Telfort-frequenties voldoende moet zijn. Dat is namelijk het enige dat met de (daarin) voorschreven wijze van meten kan worden vastgesteld. Dat de aanwezigheid van het Telfort-signaal vast staat volgt zowel uit het rapport van het AT van 29 april 2009 als uit het rapport van Acept Telecom Consultancy B.V. (hierna: Acept) van 25 juni 2009. Voorts hebben beide rapporten vastgesteld

dat het mogelijk is om via een Telfort-insteekkaart met ruim voldoende snelheid een testbestand te downloaden, zodat ook vast staat dat zij voldoet aan het minimum serviceniveau. De eis van het AT dat de download ook steeds automatisch via de Telfort-frequenties wordt gerealiseerd acht Telfort een extreem strenge uitleg van de dekkingsplicht uit de vergunning. Op basis van het Meetprotocol is Telfort van mening dat het bestaan van dekking niet mag afhangen van de frequentie waarover de download plaatsvindt.

Subsidiar betoogt Telfort dat, ondanks een daartoe strekkend verzoek, verweerder weigert om haar (meer) duidelijkheid te verstekken. Volgens Telfort wijken de door het AT uitgevoerde metingen af van die van het Meetprotocol. Doordat de last evenwel geconcretiseerd is door de gedetailleerde beschrijving van de wijze van meten, heeft Telfort daarop vertrouwd en is aan Asept gevraagd dienovereenkomstig haar metingen uit te voeren. Uit het rapport van Asept volgt dat Telfort aan de last voldeed. Vanwege deze gewijzigde meetmethode is de last op zijn minst voor verschillende uitleg vatbaar en dient deze te worden geschorst.

Meer subsidiar betoogt Telfort dat de dienstverlening aan haar klanten direct wordt bedreigd indien de uitleg van het AT rechtmatig zou blijken te zijn. Indien namelijk het AT dient te worden gevolgd dan moet Telfort het medegebruik van de KPN-frequenties beëindigen. Dit zal dramatische gevolgen voor de kwaliteit van haar dienstverlening tot gevolg hebben, dan wel brengt dit met zich dat alsnog grote delen van het netwerk uitgebouwd moet gaan worden. Dit kost ruimschoots een jaar en zeer veel geld. Daarmee wordt miskend dat het AT in 2007 heeft erkend dat Telfort geen eigen netwerk hoeft uit te rollen, hetgeen ook op blz. 41 van het Meetprotocol is bevestigd. Het onderzoek of er bij KPN en Telfort sprake is van twee op zichzelf staande radionetwerken acht Telfort in strijd met de door het AT gewekte verwachtingen.

2.4.2 Verweerder meent - kort samengevat - dat de last onder dwangsom en zijn uitleg in de verbeurtebrief zonneklaar zijn en in lijn met de UMTS-vergunning van Telfort en de daaraan verbonden voorwaarden. Dekking in de zin van de last houdt in dat een vergunninghouder een hoogfrequent signaal aanbiedt, en dat dat signaal de gebruiker van een UMTS-randapparaat in staat stelt gebruik te maken van UMTS-diensten die via de frequenties van Telfort worden aangeboden.

2.5 Spoedeisend karakter

Met betrekking tot de vraag of het belang van Telfort bij het treffen van een voorlopige voorziening een spoedeisend karakter draagt, overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

Telfort stelt dat, ondanks haar bezwaren tegen de last, zij onverwijld met de nakoming ervan is begonnen. Om aan de last te voldoen heeft Telfort - naar zij stelt - de in haar vergunning genoemde frequenties vervroegd en tegen aanzienlijke kosten ingezet in het netwerk dat zij gezamenlijk met KPN exploiteert. Bij de verbeurtebrief berichtte verweerder echter dat een eerste dwangsom van 5.000.000,= is verbeurd omdat op 48 van de 300 gemeten locaties niet de voorgeschreven dekking zou zijn gerealiseerd en dus niet aan de last is voldaan. Bij de controle op de naleving van de last heeft verweerder de vraag of Telfort op de meetlocaties via de aan haar toegewezen frequenties de vereiste dekking en het minimum service niveau realiseerde op een andere wijze beantwoord dan waar Telfort vanuit is gegaan. Omdat verweerder te kennen heeft gegeven dat de volgende metingen om naleving van de last te controleren vanaf eind juli plaats zullen vinden, is het risico dat Telfort verdere dwangsommen uit hoofde van de last zal verbeuren acuut. Dit klemt te meer nu Telfort mogelijk nog aanpassingen aan haar netwerk moet (laten) doen om wel aan de last te voldoen. Aldus heeft de door verweerder gewenste uitwerking van de verplichting tot gevolg dat de kwaliteit van de dienstverlening aan haar klanten zou kunnen worden bedreigd en dat Telfort een aanzienlijke investering moet doen. De voorzieningenrechter kan niet met zekerheid vaststellen of, indien in de hoofdzaak zou blijken dat het bestreden besluit voor wat betreft de interpretatie van de last niet in stand kan blijven, het uit deze - in dat geval vruchteloos gebleken - investering van Telfort voortvloeiende nadeel geheel kan worden gecompenseerd. Nu er geen sprake is van een louter financieel belang is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk gemaakt dat Telfort een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening.

2.6 Kortsluiten

De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding tot inwilliging van het verzoek van de gemachtigde van verweerder ter zitting, om gebruik te maken van de in artikel 8:86, eerste lid, van de Awb, geboden mogelijkheid om onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak. Naast dat verzoekster inhoudelijk meer (nog nader te onderbouwen) beroepsgronden tegen de onderhavige last in de bodemprocedure naar voren heeft gebracht dan enkel - kort

gezegd - de interpretatie van de last, is tevens een procedure van Vodafone tegen verweerders beslissing op het bezwaar van Vodafone aangaande het primaire besluit bij de rechtbank aanhangig. De voorzieningenrechter acht het aangewezen dat een meervoudige kamer van de rechtbank deze samenhangende zaken gezamenlijk gaat behandelen.

2.7 Kern van het verzoek

Het verzoek om voorlopige voorziening is in essentie gebaseerd op de stelling dat de last niet duidelijk zou zijn en dat Telfort in de veronderstelling verkeerde dat de last zo zou mogen worden uitgelegd, dat zij zich ook aan de ingebruiknameverplichting houdt als de haar vergunde UMTS-frequenties in het netwerk dat zij samen met KPN exploiteert worden ingezet, en haar UMTS-diensten over de frequenties van KPN worden afgewikkeld. Slechts het aanwezig zijn van een signaal op de Telfort-frequenties zou volgens Telfort in dat verband voldoende moeten zijn.

2.8 Beoordeling

2.8.1 De vergunningvoorwaarden, zoals gesteld in de artikelen 2 en 3 van de aan Telfort op 7 augustus 2000 verstrekte vergunning voor het gebruik van frequentieruimte, zoals weergegeven in randnummer 2.3 van deze uitspraak, kunnen naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders worden gelezen dan dat Telfort uiterlijk op 1 januari 2007 de aan haar toegekende frequentieruimte ten behoeve van IMT-2000 daadwerkelijk in gebruik dient te nemen en dat er dekking gerealiseerd dient te worden.

2.8.2 De voorzieningenrechter overweegt verder dat onweersproken vast staat dat in 2007 op de frequenties, die vermeld zijn in de bijlage van de vergunning van Telfort, geen verbindingen tot stand kwamen en dat er geen dekking op deze frequenties werd geboden. Nu vast staat dat er sprake is van een overtreding van de hiervoor genoemde vergunningvoorwaarden van de aan Telfort op 7 augustus 2000 verstrekte vergunning, is verweerder op grond van artikel 15.2, eerste lid, van de Tw en artikel 5:32 van de Awb - in beginsel - bevoegd een last op te leggen.

2.8.3 Wat betreft de in het kader van deze voorziening voorliggende vraag of Telfort, naast het daadwerkelijk in gebruik moeten nemen van de aan haar toegekende frequenties bovendien verplicht is de dekking met gebruik van eigen frequenties te realiseren en niet met frequenties van KPN, laat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter artikel 3, onderdeel b, van de meergenoemde vergunningvoorschriften er geen twijfel over bestaan dat Telfort verplicht is om met de eigen frequentieruimte daadwerkelijk dekking te bieden en een bepaald serviceniveau te halen. In het geval hierover bij een professionele marktpartij als Telfort toch enige onduidelijkheid zou hebben kunnen bestaan dan zou deze naar het oordeel van de voorzieningenrechter in het licht van diverse (beleids)documenten, waarvan ter zitting enige bij Telfort en andere partijen bekend zijnde relevante passages zijn aangehaald, waarvan een aantal hieronder (ver)kort zullen worden weergegeven, al in een vroeg stadium weggenomen moeten zijn.

De voorzieningenrechter wijst in dit verband in de eerste plaats naar het gestelde op pagina 13 van het Aanvraagdocument IMT 2000 van 12 april 2000, dat onder meer (de rechtsvoorganger van) Telfort in het kader van de indiening van de aanvraag heeft ontvangen. Daarin wordt aangegeven dat in het belang van een doelmatig gebruik van (schaarse) frequentieruimte een vergunninghouder de aan hem toegewezen radiofrequenties daadwerkelijk in gebruik moet nemen.

Vervolgens refereert de voorzieningenrechter aan het zogenoemde Q&A-document. Dit document strekte ertoe om geïnteresseerde marktpartijen helderheid te verschaffen over eventuele onduidelijkheden in de vergunningvoorwaarden en de gebruiksregels van het frequentiegebruik. In het licht van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 5 december 2007, LJN BB9361, vormt een dergelijk document een wezenlijk onderdeel van de verdelingsprocedure. De bieders dienden bij het formuleren van hun biedingen mede af te gaan op de uitleg die in de Q&A is gegeven. Hierbij geldt uiteraard wel dat een dergelijk document niet kan afdoen aan enig wettelijk voorschrift.

In dit verband zijn naar het oordeel van de voorzieningenrechter onder meer de antwoorden in het Q & A-document op de pagina's 47 en 52 van belang. Deze luiden achtereenvolgens als volgt:

Bij de beoordeling of er sprake is van doelmatig gebruik worden in ieder geval technische en economische criteria gehanteerd. Zo moet de frequentieruimte daadwerkelijk in gebruik worden genomen en moet de frequentieruimte nodig zijn om te kunnen voldoen aan de voorgeschreven kwaliteit en niveau van telecommunicatiedienstverlening.

Voor het gebruik van frequentieruimte is een vergunning vereist. Dat betekent dat de bij de vergunning behorende frequenties moeten worden gebruikt door de vergunninghouders zelf.

Daarnaast is in dit kader van betekenis de op nadrukkelijk verzoek van de UMTS-vergunninghouders op 26 september 2001 gepubliceerde Notitie Gezamenlijke aanleg UMTS-netwerkonderdelen. Daarin zijn de voorwaarden aangegeven die de UMTS-vergunninghouders in acht moeten nemen bij onder andere het gebruik van de UMTS-netwerken. Onder randnummer 39 wordt ter zake van het gezamenlijk gebruik van frequenties het volgende gesteld.

Frequenties mogen niet gezamenlijk worden gebruikt. Op grond van artikel 3.3 Tw is een vergunning vereist voor het gebruik van frequenties. Bij het gebruik van frequenties van een andere vergunninghouder zou niet worden voldaan aan deze voorwaarde. Bovendien volgt uit de UMTS-vergunningvoorwaarden dat de vergunninghouders met de aan hen specifiek toegekende frequenties een eigen net op moeten bouwen waarmee vanaf 1 januari 2007 een bepaalde dekking moet worden bereikt.

Relevant is verder de definitie van dekking in de meetmethode, zoals beschreven in de bijlage bij de Beleidsregel. Daarin wordt aangegeven dat onder dekking moet worden verstaan:

De aanwezigheid van een bruikbaar hoogfrequent signaal in de diverse toegewezen UMTS-frequentiebanden.

Uit de toelichting volgt dat het daarbij gaat om een hoogfrequent signaal dat de gebruiker van een gangbaar UMTS-randapparaat in staat stelt gebruik te maken van UMTS-diensten die worden aangeboden.

Tot slot wijst de voorzieningenrechter in dit verband naar het Meetprotocol, waarin onder randnummer 5.1 wordt vermeld dat dekking een combinatie is van de aanwezigheid van een hoogfrequent signaal in de toegewezen frequentieband en de mogelijkheid om met dit signaal, door middel van een gangbare UMTS data-only kaart, gebruik te maken van UMTS-diensten. (...) Op basis van de vergunningvoorwaarden zal ongeacht het aantal gebruikers en het moment van de dag, dekking moeten worden geboden.

Zowel de tekst van de vergunning(voorwaarden) als de verhelderingen die daarop tijdens de aanvraagprocedure en nadien in overige (beleids)documenten zijn gegeven laten naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen enkel misverstand bestaan over de vergunningeis, dat Telfort de dekking met gebruik van haar eigen frequenties moest realiseren en niet met frequenties van KPN.

Een andere uitleg zal bovendien tot ernstige verstoring van het level playing field leiden. Naast dat andere vergunninghouders eveneens grote bedragen hebben geïnvesteerd in het verwerven van de vergunningen

in het kader van de veiling, hebben ook zij veel geld gestoken in de ingebruikname van de frequenties. De voorzieningenrechter heeft geen (bijzondere) reden kunnen vaststellen waarom Telfort anders zou moeten worden behandeld dan de andere vergunninghouders.

2.8.4 De stelling van Telfort dat de last onduidelijk zou zijn kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter evenmin slagen. Naast een duidelijke en uitdrukkelijke verwijzing naar de verplichting die de vergunningvoorschriften inhouden, houdt de last in dat op Telfort als UMTS-vergunninghouder de verplichting rust om de aan haar toegewezen frequentieruimte in gebruik te nemen en dat zij verplicht is daarmee landelijke dekking te realiseren. Voorts is in de last aangegeven dat onder dekking de aanwezigheid van een bruikbaar hoogfrequent signaal in de diverse UMTS-frequentiebanden wordt verstaan. Bij het bestreden besluit wordt daarnaast op pagina 8 nog eens benadrukt dat het voor de bepaling van de vraag of zij dekking aanbiedt, niet meetelt dat UMTS-diensten over het netwerk van KPN worden verzorgd. Onder het kopje 9.1 van het bestreden besluit wordt expliciet vermeld dat Telfort voor het gebruik van andere frequenties dan die, welke aan haar bij vergunning van 7 augustus 2000 zijn verstrekt, geen vergunning heeft en dat de situatie dat KPN en Telfort tot de KPN-groep behoort dit niet anders maakt. Daarbij is bovendien vermeld dat KPN en Telfort ieder voor zich aan de vergunningvoorschriften dienen te voldoen, waarbij geldt dat voor elke vergunning op zichzelf het gebruik in overeenstemming dient te zijn met de bij die vergunning behorende voorschriften.

Dekking in de zin van de last houdt dus in dat Telfort zowel een hoogfrequent signaal aanbiedt alsmede dat dat signaal de gebruiker van een UMTS-randapparaat in staat stelt gebruik te maken van UMTS-diensten die door Telfort worden aangeboden. Het gaat derhalve om de combinatie van de aanwezigheid van een signaal enerzijds en de bruikbaarheid van het signaal anderzijds. In het geval dat een Telfort-klant verbinding krijgt met een KPN-frequentie op een locatie waar Telfort dekking dient te bieden, kan niet gesproken worden van een bruikbaar signaal van Telfort, ook al is aldaar een Telfort signaal aanwezig.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan bij Telfort over de inhoud van de last zoals deze bij het bestreden besluit tot uiting wordt gebracht, mede in het licht van randnummer 5.1 van het Meetprotocol waarin wordt benadrukt dat eerst bij een bruikbaar signaal sprake is van dekking, geen enkel misverstand bestaan. Uitdrukkelijk wordt daarbij immers onderstreept dat Telfort zelf over de aan haar toegewezen frequenties dekking moet aanbieden om aan de ingebruiknameverplichting te kunnen voldoen en dat het gebruik van frequentieruimte van een andere vergunninghouder dan wel KPN niet mag.

Dat bij het bestreden besluit is uitgemaakt dat het Telfort en KPN is toegestaan onder bepaalde voorwaarden van elkaars netwerk gebruik te maken, maakt het vorenstaande niet anders. Daarbij wordt onmiskenbaar en nadrukkelijk enkel het fysieke netwerk, waaronder bijvoorbeeld het gezamenlijk gebruik van een (antenne)mast, doch zeker niet de aan hen toegewezen frequentieruimte bedoeld. Uitdrukkelijk is daarbij immers aangegeven dat weliswaar geen eigen netwerk uitgerold hoeft te worden, maar dat Telfort wel de aan haar vergunning verbonden frequenties in gebruik dient te nemen overeenkomstig het bepaalde in artikel 3, onderdeel b, van haar vergunningvoorschriften.

2.8.5 Op grond van onder meer het 2e Rapport van bevindingen van het AT van 29 april 2009, het rapport van Asept van 25 juni 2009 en het verhandelde ter zitting constateert de voorzieningenrechter dat Telfort na de last alsnog Telfort-frequenties in het netwerk in gebruik heeft genomen. Desondanks kan er geen sprake zijn van een (volkomen) naleving van de last omdat is vastgesteld dat er op 48 locaties overlap blijft bestaan, in die zin dat Telfort-abonnees gebruik maken van de frequenties die aan KPN zijn vergund.

2.8.6 De stelling van Telfort dat verweerder, bij de controle op de naleving van de last, de vraag of Telfort op de meetlocaties via de aan haar toegewezen frequenties de vereiste dekking en het minimum service niveau realiseerde, op een andere wijze heeft gemeten dan in de Meetmethode en het Meetprotocol is bepaald, is door verweerder bevestigd.

Verweerder heeft daarover ter zitting - kort weergegeven - verklaard dat de wijze waarop Telfort en KPN hun netwerk hadden ingericht noopte tot marginale aanvullingen ten opzichte van de Meetmethode en het

Meetprotocol om die controle naar behoren te kunnen uitvoeren. Doordat na de eerste metingen door toezichthouders bleek dat het Telfort-insteekkaartje geen onderscheid maakte tussen Telfort- of KPN-frequenties, kon een Telfort klant niet zelf bepalen via welke UMTS-frequenties de hem/haar aangeboden UMTS-diensten worden afgehandeld. Dit werd door het systeem van KPN en Telfort bepaald. Toepassing van het Meetprotocol betekende dat het AT alleen maar kon zien of er een succesvolle download kon plaatsvinden met een Telfort-insteekkaart doch niet over welke frequenties dit zou lopen.

Het AT heeft bij de tweede serie metingen bij het meten van de dekking dan ook niet volstaan met het meten van alleen een signaal met behulp van een zogenaamde spectrum analyser en een TSMQ analyser maar heeft ook daadwerkelijk een download uitgevoerd. Immers, eerst hiermee wordt duidelijk of daadwerkelijk sprake is van een verbinding met behulp van de aan een vergunninghouder toegewezen frequenties en dus of er sprake is van een bruikbaar UMTS-signaal. Tijdens deze download werd er bovendien meegekeken in het spectrum met de TSMQ. Vastgesteld diende immers te worden op welke frequenties het gedownload bestand daadwerkelijk werd getransporteerd. De tweede serie metingen heeft laten zien wat de eerste serie metingen niet kon laten zien, namelijk via welke frequenties de verbinding plaatsvindt. Op 48 locaties is geconstateerd dat het testbestand weliswaar naar de meet-PC van de inspecteur is gedownload maar via een van de frequenties uit de vergunning van KPN in plaats van een Telfort-frequentie. Wel was er op deze 48 locaties een voldoende sterk hoogfrequent signaal van Telfort-frequenties aanwezig.

Hoewel de wijze van meten meer heeft behelst dan de Meetmethode en het Meetprotocol, kon naar het oordeel van de voorzieningenrechter bij Telfort onmogelijk een misverstand bestaan over wat er van haar werd verwacht om verbeurte van de last te voorkomen. Anders dan Telfort meent maakt het Meetprotocol naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter noch onderdeel uit van de last noch kan zij gezien worden als een concretisering van de vergunningvoorschriften. Feit blijft immers dat Telfort gelast is om niet alleen een hoogfrequent signaal aan te bieden, maar ook een bruikbaar signaal dat de gebruiker van UMTS-randapparaten in staat stelt gebruik te maken van UMTS-diensten die over Telfort-frequenties worden aangeboden. Met de last valt dan ook niet te verenigen dat Telfort over de frequentieruimte een signaal aanbiedt, maar vervolgens UMTS-diensten laat afwikkelen over de aan KPN toegewezen frequentieruimte en Telfort-klanten dus met KPN-frequenties worden bediend. De wijze van meten doet daar niet aan af en is evenmin bepalend voor de maatregelen die van Telfort worden verlangd.

2.8.7 Dat Telfort er na een advies van Asept op meende te kunnen vertrouwen dat niet kan worden vastgesteld via welke frequentie die download wordt gerealiseerd, zodat zij op haar wijze meende aan de last te voldoen, dient voor haar rekening te blijven. Telfort dient voor een bruikbaar UMTS-signaal te zorgen, hetgeen betekent dat haar frequenties bruikbaar zijn en worden afgeschermd van die van KPN, zodat de gebruiker van UMTS-randapparaten in staat wordt gesteld gebruik te maken van UMTS-diensten die over Telfort frequenties worden aangeboden. Zoals Telfort ter zitting heeft geconcludeerd, volgt hieruit dat eerst als een Telfort-insteekkaart een download via een Telfort-frequentie realiseert, aan de last wordt voldaan.

2.8.8 Uit het voorgaande volgt dat het voor Telfort op grond van zowel de vergunning(voorschriften), diverse (beleids)documenten, alsmede op basis van het bestreden besluit voldoende helder moet zijn wat van haar wordt verwacht. Nu voornoemde stukken niet voor verschillende uitleg vatbaar zijn, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding.

3 Beslissing

De voorzieningenrechter,

recht doende:

wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

Aldus gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzieningenrechter, in tegenwoordigheid van
mr. A. Vermaat, griffier.

De griffier: De voorzieningenrechter:

Uitgesproken in het openbaar op: 13 juli 2009.

Afschrift verzonden op: