

Besluit

Openbare versie

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2009/202395
Zaaknummer: 09.0158.22
Datum: 9 september 2009

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het handhavingsverzoek van Lycamobile Ltd. en Lycamobile Netherlands Ltd. tegen T-Mobile Netherlands B.V. aangaande beweerdelijke overtreding en dreigende overtreding van artikel 4.10, eerste lid, van de Telecommunicatiewet in samenhang met artikel 3 van het Besluit Nummerportabiliteit.

1 Samenvatting

1 Lycamobile Ltd. en Lycamobile Netherlands Ltd. hebben gezamenlijk het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een verzoek om handhaving gedaan. De ondernemingen stellen dat T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile) artikel 4.10 van de Telecommunicatiewet en artikel 3 van het Besluit Nummerportabiliteit overtreedt en dreigt te overtreden. De aanvragers verzoeken het college om T-Mobile een last onder dwangsom dan wel een preventieve last onder dwangsom op te leggen. Aanvragers verzoeken om handhaving van de nummerportabiliteitsverplichting ten behoeve van nummerbehoud voor Lycamobile Distribution Ltd. en ten behoeve van nummerbehoud voor abonnees van Lycamobile Distribution Ltd. Het college oordeelt dat in het eerstgenoemde geval geen sprake is van een plicht tot nummerportering en wijst op grond hiervan dit deel van het handhavingsverzoek af. Het college start voor het laatstgenoemde geval een handhavingstraject tegen T-Mobile.

2 Verloop van de procedure

- 2 Op 26 juni 2009 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een gezamenlijk handhavingsverzoek ontvangen van Lycamobile Ltd. (hierna: Lycamobile) en Lycamobile Netherlands Ltd. (hierna: LMNL). Ondernemingen (hierna: aanvragers) verzoeken het college om aan T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile) een preventieve last onder dwangsom op te leggen omdat aanvragers stellen dat T-Mobile artikel 4.10 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) en artikel 3 van het Besluit Nummerportabiliteit overtreedt en dreigt te overtreden.
- 3 Per brief van 2 juli 2009 heeft het college aanvragers meegedeeld dat de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag en heeft het college aanvragers de gelegenheid gegeven om op bepaalde punten het handhavingsverzoek aan te vullen.
- 4 Op 8 juli 2009 en 13 juli 2009 heeft het college van aanvragers aanvullingen op het handhavingsverzoek ontvangen. In de eerste aanvulling maken aanvragers onderscheid tussen

Besluit

Openbare versie

twee situaties, situatie A (testnummers) en situatie B (nummers van abonnees), waarin T-Mobile een overtreding begaat dan wel dreigt te begaan.

- 5 Op 10 juli 2009 heeft het college per brief aanvragers en T-Mobile op de hoogte gesteld dat hij het verzoek in behandeling neemt.
- 6 Op 20 juli 2009 heeft het college per brief nadere vragen gesteld aan aanvragers over het handhavingsverzoek.
- 7 Op 27 juli 2009 en 28 juli 2009 heeft het college antwoorden op deze nadere vragen ontvangen.
- 8 Op 28 juli 2009 heeft T-Mobile tijdens een zitting ten kantore van OPTA aan medewerkers van het college haar zienswijze op het handhavingsverzoek gegeven.
- 9 Op 30 juli 2009 hebben aanvragers tijdens een zitting ten kantore van OPTA aan medewerkers van het college hun handhavingsverzoek toegelicht.
- 10 Op 11 augustus 2009 heeft het college een afschrift ontvangen van een brief van Lycamobile en LMNL aan T-Mobile betreffende het niet opvolgen door T-Mobile van 423 porteringsverzoeken sinds 3 augustus 2009.
- 11 Op 18 augustus 2009 heeft het college een afschrift ontvangen van een antwoordbrief van T-Mobile aan Lycamobile en LMNL, gedateerd 12 augustus 2009. In deze brief geeft T-Mobile aan dat deze porteringsverzoeken inmiddels in behandeling zijn genomen conform de gebruikelijke procedures voor individuele porteringsverzoeken.
- 12 Op 18 augustus 2009 heeft het college per fax een afschrift ontvangen van een mail van LMNL aan T-Mobile waarin gemeld wordt dat op enkele honderdtallen verzoeken om portering niet door T-Mobile is gereageerd.
- 13 Op 19 augustus 2009 heeft het college aan zowel aanvragers als T-Mobile nadere vragen gesteld over de status van de genoemde 423 porteringsverzoeken in de brief van 11 augustus 2009. Daarbij heeft het college de beslissingstermijn voor zijn besluit verlengd met twee weken.
- 14 Eveneens op 19 augustus 2009 heeft het college een fax ontvangen namens aanvragers waarin een overzicht wordt gegeven van porteringsverzoeken van LMNL die nog niet door T-Mobile zijn ingewilligd. Van een deel van deze verzoeken geven aanvragers aan dat de termijn van 10 dagen is overschreden. Aanvragers verzoeken opnieuw het college om een last onder dwangsom op te leggen aan T-Mobile.
- 15 Op 20 augustus 2009 heeft het college zowel aanvragers als T-Mobile per brief en fax geïnformeerd dat hij geen nieuwe stukken meer in behandeling neemt, met uitzondering van de reactie die aanvragers en T-Mobile nog kunnen geven op de vragenbrieven van het college van 19 augustus 2009 en met uitzondering van de reactie die T-Mobile tijdig geeft op de stukken van aanvragers van 18 en 19 augustus 2009.

Besluit

Openbare versie

- 16 Op 25 augustus 2009 heeft het college van aanvragers een antwoord ontvangen op de vragenbrief van het college van 19 augustus.
- 17 Op 26 augustus 2009 heeft het college van T-Mobile een antwoord ontvangen op de vragenbrief van het college van 19 augustus met daarbij tevens een reactie op de stukken die aanvragers op 18 en 19 augustus hebben ingediend.

3 Juridisch kader

3.1 Universeledienstrichtlijn

- 18 Overweging 40 van de Universeledienstrichtlijn¹ (hierna: UD) stelt:

Nummerportabiliteit is een essentieel element in het bevorderen van de keuze van de consument en daadwerkelijke mededinging in een concurrerende telecommunicatieomgeving, doordat eindgebruikers die daarom verzoeken hun nummer(s) op het openbare telefoonnetwerk kunnen behouden ongeacht de dienst aanbiedende organisatie. (...)

- 19 Artikel 30, eerste lid van de UD luidt:

1. *De lidstaten zorgen ervoor dat alle abonnees van openbare telefoondiensten, met inbegrip van mobiele diensten, die daarom verzoeken, hun nummer(s) kunnen behouden, ongeacht de onderneming die de dienst levert:*
- a) in het geval van geografische nummers, op een specifieke locatie en*
 - b) in het geval van niet-geografische nummers, op elke locatie.*
- Dit lid is niet van toepassing op het overdragen van nummers tussen netwerken die diensten op een vaste locatie aanbieden en mobiele netwerken.*

3.2 Telecommunicatiewet

- 20 Artikel 1.1, lid o, p luiden:

- o. eindgebruiker: natuurlijke persoon of rechtspersoon die van een openbare elektronische communicatiedienst gebruik maakt of wil gaan maken en die niet tevens openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt;*
- p. abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.*

- 21 De voor onderhavig besluit relevante onderdelen van artikel 4.10, Tw luiden:

¹ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn).

Besluit

Openbare versie

1. *Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat een aanbieder van een bij die maatregel aan te wijzen categorie van openbare elektronische communicatiediensten verplicht is degene die op grond van een met hem gesloten overeenkomst die elektronische communicatiedienst afneemt:*
 - a. *de mogelijkheid te bieden het in het kader van de afgenomen elektronische communicatiedienst bij hem in gebruik zijnde nummer te blijven gebruiken na beëindiging van de levering van de dienst in het geval de beëindiging van de levering plaatsvindt ten gevolge van een rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst;*

(...)

3.3 Besluit Nummerportabiliteit

22 Artikel 3 van het Besluit Nummerportabiliteit luidt:

- Een aanbieder van een niet-geografisch gebonden dienst is verplicht degene die zijn dienst afneemt, de mogelijkheid te bieden het bij hem in gebruik zijnde niet-geografische nummer te blijven gebruiken, indien diegene ervoor kiest om:*
- a. *de niet-geografisch gebonden dienst af te nemen van een andere aanbieder, of*
 - b. *van hem de niet-geografisch gebonden dienst af te nemen tegen andere contractuele voorwaarden.*

4 Het handhavingsverzoek van aanvragers

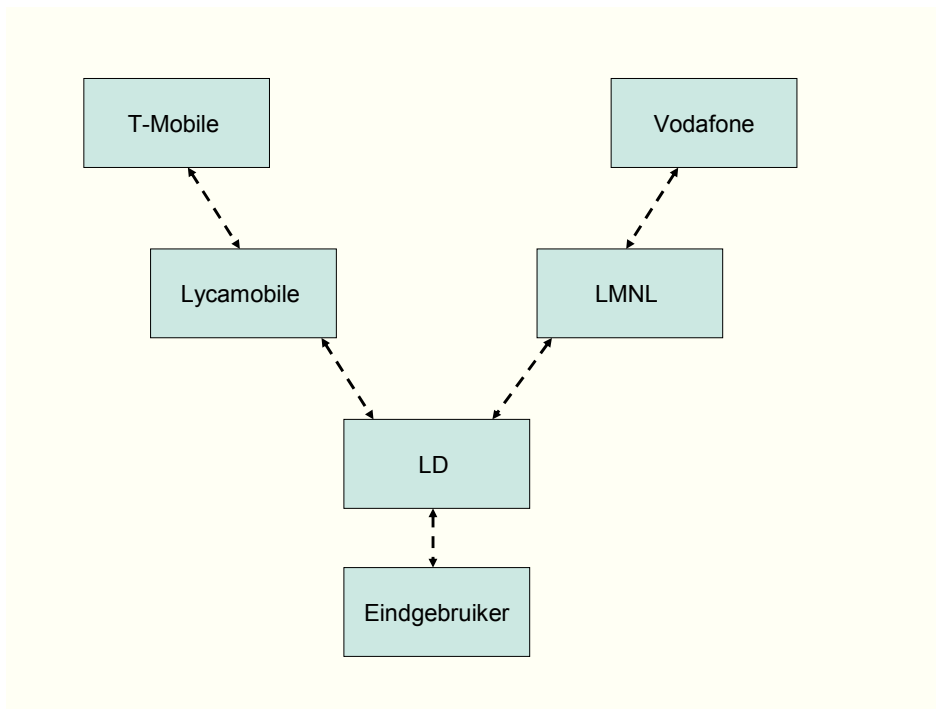
23 Lycamobile en LMNL verzoeken het college om zo spoedig mogelijk aan T-Mobile de last op te leggen alle porteringsverzoeken van LMNL en/of Lycamobile uit te voeren volgens het next day porteringsproces en deze last te versterken met een dwangsom van € 100.000 per dag dat T-Mobile in gebreke blijft. Subsidiair verzoeken aanvragers T-Mobile zo spoedig mogelijk een last op te leggen die tegemoet komt aan de uiteengezette belangen van aanvragers en deze last te versterken met een dwangsom.

4.1 Verbanden tussen de betrokken ondernemingen

24 Uit de informatie die door aanvragers is verstrekt bij het handhavingsverzoek en de aanvullingen daarop, blijkt dat de ondernemingen als volgt met elkaar in verband staan:

Besluit

Openbare versie



- 25 Lycamobile heeft een contract afgesloten met T-Mobile waarin onder andere is vastgelegd dat Lycamobile SIM-kaarten met nummers afneemt van T-Mobile en dat eindgebruikers met deze SIM-kaarten kunnen bellen via het netwerk van T-Mobile. De genoemde nummers heeft T-Mobile toegekend gekregen door het college.
- 26 LMNL heeft met Vodafone een contract afgesloten waarin onder andere is vastgelegd dat LMNL aan eindgebruikers mobiele telefonie kan aanbieden waarbij gebruik gemaakt wordt van het radionetwerk van Vodafone.
- 27 Lycamobile Distribution Limited (hierna: LD) verzorgt voor zowel Lycamobile als LMNL het mobiele telefoondienstaanbod aan eindgebruikers. Lycamobile en LMNL leveren zelf niet rechtstreeks diensten aan eindgebruikers.

4.2 Situaties met betrekking tot behoud van nummer

- 28 Aanvragers geven te kennen dat zij onderling zijn overeengekomen om het klantenbestand van Lycamobile over te zetten op de infrastructuur van LMNL. Als gevolg hiervan is er in twee situaties sprake van een wens tot nummerbehoud. Deze worden door aanvragers aangeduid met "situatie A" en "situatie B".

4.2.1 Situatie A

- 29 Voor situatie A geven aanvragers aan dat LD nummers die gebruikt worden voor testen op het T-Mobile netwerk wil behouden en blijven gebruiken op het LMNL netwerk, met een beroep op

Besluit

Openbare versie

artikel 4.10, eerste lid, sub a en c, althans het daarop gebaseerde Besluit Nummerportabiliteit, artikel 3, sub a.²

- 30 Aanvragers stellen dat LD in situatie A een openbare elektronische communicatiedienst via Lycamobile afneemt van T-Mobile. LD neemt openbare elektronische communicatiediensten, in het bijzonder mobiele telefonie, af van LMNL. LD wil bij haar overstap van Lycamobile naar LMNL de nummers behouden die gebruikt worden voor testen op het T-Mobile netwerk en deze nummers gaan gebruiken op het LMNL netwerk. Aanvragers zijn van mening dat T-Mobile verplicht is mee te werken aan dit nummerporteringsverzoek van LMNL namens LD aan Lycamobile, waarbij de nummers overgaan van nummerhouder T-Mobile naar de nieuwe nummerhouder LMNL.
- 31 Aanvragers melden dat het contract tussen T-Mobile en Lycamobile voor deze elektronische communicatiedienst loopt tot **[Vertrouwelijk]**. Aanvragers stellen dat de overeenkomst tussen Lycamobile en LD is beëindigd voor een aantal nummers, en nog beëindigd zal worden voor andere nummers.

4.2.2 Situatie B

- 32 In situatie B biedt LD haar mobiele telefonie abonnees aan gebruik te maken van een ander mobiel netwerk, namelijk dat van Vodafone. Daartoe verstrekt LD aan haar abonnees nieuwe SIM-kaarten met nummers van LMNL. Als deze abonnees aangeven hun oude nummer mee te willen nemen, krijgen zij een bonus beltegoed en wordt het beltegoed van het prepaid abonnement op het T-Mobile netwerk overgezet naar het beltegoed van de nieuwe dienst. Abonnees die ervoor kiezen om hun nummer niet mee te nemen, zullen via dit nummer tot **[Vertrouwelijk]** aankiesbaar blijven op het T-Mobile netwerk.
- 33 Aanvragers stellen zich op het standpunt dat de wettelijke bepalingen voor nummerportabiliteit van toepassing zijn, omdat sprake is van een dienst die wordt afgenomen tegen andere contractuele voorwaarden. Deze verandering van contractuele voorwaarden zit in de betere kwaliteit het netwerk, zowel in dekking als in belkwaliteit en 100% extra beltegoed gratis bij het opwaarderen van een nieuwe SIM-kaart.

4.3 Beweerde overtreding

- 34 Aanvragers stellen zich op het standpunt dat T-Mobile artikel 4.10 Tw in samenhang gelezen met artikel 3 van het Besluit Nummerportabiliteit overtreedt. Aanvragers stellen dat T-Mobile's gedrag het Lycamobile feitelijk onmogelijk maakt aan de op haar rustende verplichtingen uit artikel 4.10 Tw te voldoen, de vrije overgang van klanten van de ene aanbieder naar de andere hindert en LMNL in haar handelsvrijheid beperkt, waardoor T-Mobile de concurrentie en vrije marktwerking belemmert.³ Aanvragers voeren daarbij aan dat:

² Randnummers 5, 8, 17 van de aanvulling op het handhavingsverzoek van 8 juli 2009.

³ Randnummers 1, 9 en 16 van handhavingsverzoek.

Besluit

Openbare versie

- T-Mobile niet ingegaan is op verzoeken van LD/LMNL om 5.000 en 10.000 testnummers van LD te porteren;
- T-Mobile geen operationele afspraken wil maken om grote aantallen porteringsverzoeken af te handelen;
- T-Mobile ieder porteringsverzoek via het reguliere porteringsproces wil afhandelen, waarbij T-Mobile het nummer valideert, en niet wil meewerken aan next-day-porteringen;
- T-Mobile weigert porteringsverzoeken van LMNL uit te voeren volgens het next day porteringsproces;
- T-Mobile enige honderdtallen⁴ porteringsverzoeken van LD/LMNL niet heeft opgevolgd.

5 Overwegingen van het college over het handhavingsverzoek

5.1 Situatie A

- 35 Uit artikel 30 van de UD blijkt dat de nummerportabiliteitsverplichting bedoeld is om abonnees in bepaalde situaties hun nummer te kunnen laten behouden. Overweging 40 van de UD licht toe dat nummerportabiliteit een essentieel element is in het bevorderen van de keuze van de consument en daadwerkelijke mededinging in een concurrerende telecommunicatieomgeving, doordat eindgebruikers die daarom verzoeken hun nummer(s) op het openbare telefoonnetwerk kunnen behouden ongeacht de dienst aanbiedende organisatie.
- 36 Hieruit concludeert het college dat de UD de nummerportabiliteitsverplichting vastgesteld heeft om eindgebruikers hun nummer te kunnen laten behouden.
- 37 Artikel 4.10, eerste lid, Tw spreekt over “degene die op grond van een met hem gesloten overeenkomst die elektronische communicatiedienst afneemt”. Ook het Besluit Nummerportabiliteit gebruikt een dergelijke aanduiding. In deze formuleringen staat niet nader gespecificeerd wie bedoeld wordt met “degene”. Het college legt dit begrip daarom richtlijnconform uit en stelt dat artikel 4.10, eerste lid ziet op de eindgebruiker.
- 38 Artikel 1.1, lid o, Tw definieert een eindgebruiker als een natuurlijke persoon of rechtspersoon die van een openbare elektronische communicatiedienst gebruik maakt of wil gaan maken en die niet tevens openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt. Het college is van oordeel dat LD een aanbieder is van elektronische communicatiediensten en als zodanig niet kwalificeert als een eindgebruiker. Om die reden oordeelt het college dat LD op de aangegeven gronden geen recht kan doen gelden op het behoud van haar nummers en dat T-Mobile niet verplicht is op grond van artikel 4.10 mee te werken de wens van LD tot nummerbehoud.

⁴ Gebaseerd op de getallen die aanvragers melden in de stukken van 11 augustus, 18 augustus en 19 augustus.

Besluit

Openbare versie

39 Het college komt derhalve niet toe aan de beoordeling van de volgende door aanvragers of door T-Mobile aangevoerde zienswijzen:

- of de dienst die door LD van Lycamobile wordt afgenomen een dienst is waarvoor nummerporteringsverplichting geldt,
- of er bij deze dienst daadwerkelijk sprake is van “gebruik van een nummer” als het nummer nog niet is geactiveerd, en
- of de einddatum van het contract tussen T-Mobile en Lycamobile al dan niet een nummerportering in de weg staat.

5.2 Situatie B

40 Het college constateert dat in situatie B T-Mobile niet meewerkt aan nummerporteringsverzoeken van LMNL die gebaseerd zijn op verzoeken tot nummerbehoud van abonnees van LD. Het college start daarom separaat van onderhavig besluit een handhavingstraject tegen T-Mobile wegens overtreding en dreigende overtreding van artikel 4.10, eerste lid, onder a, Tw in samenhang gelezen met het Besluit Nummerportabiliteit.

5.3 De gevraagde last onder dwangsom

41 Aanvragers verzoeken het college om een last onder dwangsom op te leggen aan T-Mobile van € 100.000 per dag. Het college deelt mee dat hij in het in randnummer 40 genoemde handhavingstraject overwegingen zal maken betreffende de herstelsanctie dan wel de hoogte van een mogelijke dwangsom.

Besluit Openbare versie

6 Dictum

- 42 Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit oordeelt dat T-Mobile Netherlands B.V. op grond van artikel 4.10, eerste lid, onder a, van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met het Besluit Nummerportabiliteit niet verplicht is mee te werken aan nummerporteringsverzoeken van Lycamobile Netherlands Ltd. die gebaseerd zijn op verzoeken tot nummerbehoud van Lycamobile Distribution Ltd. Het college wijst daarom het handhavingsverzoek voor dit deel af.
- 43 Voor het andere deel van het handhavingsverzoek, de nummerporteringsverzoeken van Lycamobile Netherlands Ltd. die gebaseerd zijn op verzoeken tot nummerbehoud van abonnees van Lycamobile Distribution Ltd., start het college een handhavingstraject tegen T-Mobile Netherlands B.V.
- 44 Belanghebbenden kunnen enkel bezwaar indienen tegen de afwijzing. Tegen het starten van het handhavingstraject staat geen bezwaarmogelijkheid open. Belanghebbenden kunnen wel bezwaar aantekenen tegen besluiten die het college in dat handhavingstraject neemt.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Plv. hoofd afdeling Consument, Nummers en Bestuur

w.g. mw. mr. I.M.A. van der Hart

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA. Het postadres is:

*Het College van de OPTA
Postbus 90420
2509 LK Den Haag*

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

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