

**ANNOTATIE COMPUTERRECHT: uitspraak van 7 januari 2002 van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam (meervoudige kamer voor bestuurlijke zaken), Versatel/OPTA, Zaaknr.: TELECOM 00/1010-SIMO**

**A.T. Ottow**

**‘Betere rechtsbescherming voor telecommunicatieondernemingen’**

*In de Tw en de OPTA-wet heeft de wetgever verzuimd aandacht te besteden aan de procedurele aspecten van het toezicht door OPTA. De wetgever heeft gemeend te kunnen volstaan met een enkele verwijzing naar de Awb. De Awb zou afdoende zijn om alle procedurele aspecten van de Tw op te lossen en een afdoende rechtsbescherming van betrokkenen garanderen. Uit de praktijk blijkt dat deze veronderstelling onjuist is gebleken. Het gehele toezicht door OPTA heeft aan effectiviteit ingeboet doordat klagers, en OPTA zelf, in veel gevallen niet alleen worstelden met de materieelrechtelijke vraagstukken, maar tevens opbotsten tegen gecompliceerde vragen van (bestuurs-)procesrecht. Het ontbreken van duidelijke regels vormde een extra barrière voor nieuwkomers: de procedurele hobbels waren (en zijn nog steeds) van dien aard dat zij niet op adequate wijze door OPTA konden worden geholpen. Hun concurrentiepositie is hierdoor aanzienlijk verslechterd. De uitspraak van de rechtbank vormt op dit punt een belangrijke doorbraak: concurrenten van de (al dan niet) aan te wijzen telecommunicatieonderneming kunnen nu als belanghebbenden hun stem in deze procedures laten horen.*

**Toepasselijkheid Awb**

De wetgever heeft verzuimd in de Telecommunicatiewet (“Tw”) en de OPTA-wet aandacht te besteden aan de procedurele aspecten van het toezicht door OPTA. De wetgever verschaft niet de gewenste helderheid om het proces van het toezicht goed te regelen.<sup>1</sup> Slechts in een incidenteel geval<sup>2</sup> heeft de wetgever een minimale regeling opgenomen. Voor het overige heeft de wetgever gemeend dat de Awb een voldoende procedureel kader bood. Te gemakkelijk gaat de telecommunicatiewetgever er van uit dat de regels van de Awb wel soelaas bieden. Typierend in dit verband is het antwoord van de Minister van Verkeer en Waterstaat op Kamervragen over de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA:

*“De in de Awb voorkomende regeling ten aanzien van besluiten en beschikkingen is afdoende om een in alle opzichten correcte afhandeling van bedoelde geschillen te garanderen.”<sup>3</sup>*

De wetgever heeft gemeend te kunnen volstaan met een enkele verwijzing naar de Algemene Wet Bestuursrecht (“Awb”). Deze veronderstelde goede werking van de algemene regels van de Awb is evenwel niet juist gebleken. Terugkijkend op de eerste jaren van de werking van de Tw en de OPTA-wet en het toezicht door OPTA kan worden gesteld dat de wetgeving ten aanzien van het procesrecht gebrekkig is en een sterke negatieve invloed heeft gehad op de totstandkoming van concurrentie. In dit verband sluit ik mij geheel aan bij het rapport ‘Toezicht en regulering in de Telecommunicatie-markt. Een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht’<sup>4</sup>:

*“Al met al blijken deze onduidelijkheden in het proces een negatieve feedback te hebben op het theoretische voordeel dat het specifiek toezicht heeft als het er om gaat in concreto beslissingen te kunnen geven omtrent kosten en eindgebruikerstarieven. Het doet afbreuk aan twee theoretische voordelen van het sectorspecifieke toezicht: timing en slagkracht.”*

Deze negatieve gevolgen van procedurele onduidelijkheden geldt evenwel niet voor beslissingen van OPTA omtrent kosten en eindgebruikerstarieven alleen. Het *gehele* toezicht door OPTA heeft aan effectiviteit ingeboet doordat klagers, en OPTA zelf, in veel gevallen niet alleen worstelden met de materieelrechtelijke vraagstukken, maar tevens opbotsten tegen gecompliceerde vragen van (bestuurs-)procesrecht. Procedures zijn zowel in eerste instantie, als in de bezwaar- en beroepfase – door bestuursrechtelijke complicaties, waarin de wetgever niet heeft voorzien, onnodig ingewikkeld geworden, met alle vertraging van dien. Het gebrek aan transparante procesregels leidt er in de praktijk toe dat procedures teveel tijd in beslag nemen. De incumbent, KPN Telecom, heeft bij deze intransparantie garen kunnen spinnen. Het ontbreken van duidelijke regels vormde een extra barrière voor

<sup>1</sup> Prof. Mr. E.J. Dommering, dr. N.A.N.M. van Eijk, prof. Dr. J.J.M. Theeuwes en prof. Mr. F.O.W. Vogelaar, ‘Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt’, IViR, Universiteit van Amsterdam, p. 84.

<sup>2</sup> Voor huurlijnen: art. 7.7 Tw en het besluit ONP Geschillenbeslechting (KB 10 november 1998, Stb. 1998, 634), bij interconnectie-geschillen: art. 6.3, lid 3 Tw en de samenwerking OPTA-NMa: art. 18.3 Tw.

<sup>3</sup> Mr J.M.E. van Breugel en Mr E.J. Daalder, ‘Telecommunicatierecht. De Parlementaire Geschiedenis van de Telecommunicatiewet.’, Sdu Uitgevers, Den Haag, p. 292.

<sup>4</sup> Prof. Mr E.J. Dommering e.a. , a.w., p.86.

nieuwkomers: de procedurele hobbels waren van dien aard dat zij niet op adequate wijze door OPTA konden worden geholpen. Hun concurrentiepositie is hierdoor aanzienlijk verslechterd. En nog steeds vormt dit hiaat in de wetgeving een *burden* voor de concurrenten van KPN Telecom.

Vanuit de wetenschap, de praktijk, maar ook door OPTA zelf is aandacht gevraagd voor de nadelige effecten van de toepasselijkheid van de Awb en het tekort aan procedurele waarborgen in de Tw<sup>5</sup>. OPTA heeft hier inmiddels zelf het een en ander aan gedaan, onder meer door het publiceren van een Procesreglement voor geschilprocedures<sup>6</sup>. Dit procesreglement biedt een minimum aan regels ter verduidelijking van de te volgen procedure en termijnen in het geval van geschillen (dus niet voor andere procedures). Tijdens de evaluatie van OPTA, die gedurende 2001 zijn beslag heeft gekregen, is eveneens bij diverse aspecten van procedures en rechtsbescherming stil gestaan. In dit kabinetsstandpunt over de evaluatie van OPTA erkent het kabinet het belang van een goede kwaliteit van en efficiënte geschilbeslechtsprocedures en klachtenbehandeling. Opgemerkt wordt dat op dit terrein nog het nodige te verbeteren valt. Het kabinet laat het aan nader overleg tussen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en OPTA over om in het kader van de implementatie van de ONP review richtlijnen de gesignaleerde knelpunten mee te nemen. Het valt nog maar te bezien welke aanpassingen uit dit overleg zullen komen. Het kabinet geeft evenwel niet te kennen de procedurele tekortkomingen van de Tw en OPTA-wet, met name als gevolg van de toepasselijkheid van de Awb, structureel te zullen aanpakken. In tegendeel, het kabinet meent dat de Awb voldoende rechtsbescherming biedt<sup>7</sup>:

*“Wel merkt het kabinet in dit verband het volgende op. De beslissingen die het college als bestuursorgaan neemt zijn voor de betrokken partijen vaak zeer ingrijpend. Een goede rechtsbescherming is dan ook onontbeerlijk. De Algemene wet bestuursrecht (Awb), in het bijzonder het daarin vervatte recht van bezwaar en beroep, biedt deze rechtsbescherming. Het, in afwijking van de Awb, in zijn algemeenheid afzien van bijvoorbeeld de bezwaarfase acht het kabinet dan ook niet gewenst.”(onderstreping toegevoegd, ATO)*

### Speciale procesregels

Het gebrek aan procedurele regels staat haaks op de doelstellingen van de Tw, waarbij liberalisering – of anders gezegd het snel openbreken van de telecommunicatiemarkt en het opheffen van (feitelijke) monopolies en bijzondere rechten - van de telecommunicatiemarkt de kern vormt. Tegen deze achtergrond is het niet begrijpelijk dat de wetgever er voor gekozen heeft de procedurele aspecten van het toezicht niet te reguleren. Bij het openbreken van een markt hoort een strak toezicht, waarbij via direct ingrijpen correcties op het vrije markt- en contractsmechanisme moeten kunnen worden aangebracht. De Awb voorziet in het geheel niet in deze behoefte. De Awb gaat uit van het klassieke model, waarbij sprake is van een besluit van een bestuursorgaan en een belanghebbende. Bij dit traditionele toezicht gaat het initiatief als regel van de overheid uit die de naleving van voorschriften controleert. In dat geval bestaat de procedure primair tussen overtreder en het bestuursorgaan. Slechts in uitzonderlijke gevallen is een derde in het spel (bijvoorbeeld in het milieu- en het ruimtelijke ordeningsrecht). Bij de toezichthouders in te liberaliseren markten, ligt de situatie anders. Daar is de toezichthouder ingesteld om de marktwerking te bevorderen of zelfs in bepaalde gevallen een “level playing field” te creëren<sup>8</sup>. Dit heeft consequenties bij de inrichting van het toezicht, die de Nederlandse wetgever echter niet onder ogen heeft (willen) (ge)zien. De Algemene wet bestuursrecht voorziet niet in de instrumenten en procedures, die noodzakelijk zijn bij actief ingrijpen in een zo dynamische markt als de telecommunicatiemarkt. Dit actief optreden moet zowel op eigen initiatief als op basis van klachten van concurrenten die de toezichthouder aanmanen tot snel en effectief ingrijpen, kunnen plaatsvinden. Ook voor de rol die de wetgever OPTA heeft toebedeeld, nl. die van geschillenbeslechter, is de Awb niet ingericht. Bij de geschillenbeslechting – waarbij de toezichthouder zich als het ware “boven partijen” plaatst, verwijdert de uitoefening van bevoegdheden door de toezichthouder zich van de traditionele handhavinginstrumenten (zoals bestuursdwang, opleggen van een dwangsom of van een administratieve boete)<sup>9</sup>. Het “gewone” bestuursrecht is niet op deze taken voorzien. Dit heeft in de toezichtpraktijk van OPTA voor de nodige complicaties en vertragingen van de procedures gezorgd.

### Flexibele interpretatie van de Awb

Verschillende malen is bepleit – zowel in het kader van het generieke als het sector-specifieke mededingingsrecht – dat de Awb-begrippen niet onverkort zouden moeten gelden, om zo te kunnen ontsnappen

<sup>5</sup> Zie onder meer A.T. Ottow, ‘Uitzicht op effectief toezicht in de telecommunicatiesector?’, *Mediaforum* 1998-3, p. 76-79.

<sup>6</sup> Procedureregeling geschillen OPTA, *Stcrt.* 20 juli 2001, nr. 138, p. 19.

<sup>7</sup> Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 21 693, nr. 56, p. 26.

<sup>8</sup> Vgl. E.J. Daalder, ‘Onderneming, Toezicht en de Algemene wet bestuursrecht’, In: *Overheid en Onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Serie Onderneming en recht, deel 10, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998, p. 388.

<sup>9</sup> E.J. Daalder, a.w., p. 389.

aan de starre en beperkte begrippen van de Awb<sup>10</sup>. De begrippen van de Awb zouden “tekstueel” of “omgevingsgericht” moeten kunnen worden geïnterpreteerd: de begrippen zouden verschillende betekenissen kunnen hebben al naar gelang het rechtsgebied, waar ze aan de orde zijn. De vraag naar de reikwijdte van het Awb-begrip dient in dat geval te worden beantwoord aan de hand van de doelstellingen van het (generieke danwel specifieke) mededingingsrecht. Nog recentelijk wees de Rotterdamse rechtbank een dergelijke “flexibele” interpretatie van de Awb af. De rechtbank bepaalde dat een afnemer, in dit geval een postbushouder (klant van PTT Post), geen “belanghebbende” is in de zin van art. 1:2, lid 1 Awb<sup>11</sup>. De rechtbank bepaalde dat het belang van de betrokken postbushouder zich onvoldoende onderscheidde van dat van andere postbushouders. Daarbij meldde de rechtbank expliciet het volgende:

*“De rechtbank heeft zich beraden over de vraag of er om redenen van “strategische” aard aanleiding is voor de toepassing van de Mw ter zake van een ruimer belanghebbende-begrip te hanteren, in die zin dat elke consumentcontractpartij die ten aanzien van een bepaalde onderneming een verzoek om toepassing van artikel 56 van de Mw doet, als belanghebbende zou moeten worden aangemerkt. De rechtbank heeft die vraag om de volgende redenen ontkennend beantwoord.*

*De totstandkomingsgeschiedenis van art. 1:2, lid 1, van de Awb bevat onder meer de volgende passage (vgl. PG Awb I, blz. 148):*

*“Een zekere beperking ten aanzien van de ruimst mogelijke opvatting van belanghebbende is noodzakelijk om de uitvoering van de administratieve wetgeving en de in dat kader plaatsvindende procedures efficiënt en slagvaardig te doen verlopen. Met dat laatste zijn dikwijls aanwijsbare belangen van individuen en bedrijven gemeoid.”.*

*De rechtbank acht deze argumentatie ook voor de toepassing van de Mw terzake relevant. Voor afwijking van het algemene bestuursrecht is dan ook geen reden.”(onderstreping toegevoegd, ATO)*

De meer flexibele interpretatie van de Awb is slechts een gedeeltelijke oplossing. Daarnaast is een taak voor de wetgever en OPTA weggelegd om - in afwijking van de algemene regels van de Awb - duidelijke procedures, termijnen en toezichtinstrumenten vast te leggen.

### **Concurrenten als belanghebbenden**

Het is duidelijk dat een moeilijke belangenafweging dient plaats te vinden tussen het belang van het betrokken individu of de betrokken onderneming tot rechtstoegang aan de ene kant en het belang van een efficiënt en slagvaardig optreden door de toezichthouder (ter voorkoming van overbelasting en vertraging) aan de andere kant. In het telecommunicatieright is het evenwel van cruciaal belang dat concurrenten jegens elkaar, doch met name tegen de incumbent KPN Telecom, klachten kunnen indienen danwel kunnen ageren tegen besluiten van OPTA met betrekking tot de positie van KPN Telecom of een andere aangewezen partij. Immers, hun concurrentiepositie wordt direct beïnvloed door een dergelijk besluit, bijvoorbeeld voor wat betreft de tarieven voor interconnectie of bijzondere toegang. Hoewel hun interventie tot een vertraging van de procedure zou kunnen leiden, weegt dit niet op tegen hun belang om in dergelijke procedures te worden gehoord. De telecommunicatiewetgever heeft echter verzuimd aan deze speciale positie van concurrenten (vanuit een procedureel oogpunt) aandacht te schenken. In de praktijk bleek dit een heikel punt.

De in telecommunicatiezaken bevoegde bestuursrechter, de (President van de) Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, bepaalde eerder dat deze concurrenten geen “belanghebbende” in de zin van artikel 1:2, lid 1 Awb zijn<sup>12</sup>. Dit betekende dat de weg voor concurrenten om te opponeren tegen besluiten van OPTA over het al dan niet aanwijzen van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht of de nieuwe eindgebruikerstarieven van KPN Telecom, werd afgesloten<sup>13</sup>. Dit had bijvoorbeeld tot gevolg dat zij niet konden klagen toen OPTA ten onrechte een verlaging van de eindgebruikerstarieven goedkeurde die tot een *price squeeze* leidde. Als gevolg

<sup>10</sup> Zie E.J. Daalder met zijn interventie tijdens de jaarlijkse bijeenkomst van de VAR, 12 mei 2000, te kennen uit: Mr J.R. van Angeren en prof. mr J.E. M. Polak, 'Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland', *M&M 2000/nr. 4*, p. 138, voetnoot 6 en Mr. F. Brenninkmeijer, 'Klagen bij de NMa. Een onderzoek naar de rechtspositie van de klager in het mededingingsrecht.', In: Mr. O.J.D.M.L. Jansen, mr. drs. B.M.J. van der Meulen, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (eindred.), *'Handhaving van de Mededingingswet'*, Kluwer, Deventer, 2001, p. 60.

<sup>11</sup> Uitspraak van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 9 augustus 2001, A.B.V./d-g NMa en derde-partij PTT Post, Zaaknr. MEDED 99/1836-SIMO, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>12</sup> Uitspraak van 24 december 1999 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Libertel/OPTA (Reg. Nr. VTELEC 99/2547-SIMO), *Mediaforum* 2000-2, Jurisprudentie nr. 13, met noot E. Loozen en K. Mortelmans. In deze zaak werd Versatel als procespartij geweigerd te interveniëren ten aanzien van het schorsingsverzoek van Libertel ten aanzien van het aanwijzingsbesluit van OPTA.

<sup>13</sup> Strikt genomen hadden stond voor hen nog de mogelijkheid van een civielrechtelijke procedure open, maar in de praktijk is dit – mede gezien de gespecialiseerdheid van de materie – geen begaanbare weg.

van de verlaging door KPN Telecom raakten concurrenten (carrier pre-select aanbieders) klem tussen de lage eindgebruikerstarieven en de hoge interconnectietarieven van KPN Telecom<sup>14</sup>.

Deze consequentie valt moeilijk te rijmen met het telecommunicatierecht, waar juist de bevordering van concurrentie en daarmee de positie van concurrenten van de voormalige monopolist centraal staat. Of anders gezegd:

*“Volgens het ONP ex ante toezicht moet de toezichthouder de concurrentieverhoudingen op de markt vooraf vast stellen, hetgeen noodzakelijkerwijs meebrengt dat iedere (potentiële) toetredster tot de markt of daarop reeds actieve nieuwkomer in beginsel belanghebbende is bij de inhoud van de beslissingen die de toezichthouder neemt.”<sup>15</sup>*

Concurrenten worden bij een dergelijke strikte toepassing van de regels van de Awb bij de ontwikkeling en toepassing van het telecommunicatierecht dus volledig buiten spel worden gezet. Deze uitspraken zijn des te meer discutabel, aangezien juist ten aanzien van concurrenten geen discussie over de reikwijdte van het begrip belanghebbende zou moeten zijn. De strikte toepassing van het Awb-begrip door de rechtbank Rotterdam valt moeilijk te rijmen met uitspraken van de “gewone” Awb jurisprudentie. In het bestuursrecht zijn concurrenten eerder al als “belanghebbende” beschouwd<sup>16</sup> en ook de NMa past op deze wijze het begrip in haar beschikkingspraktijk toe. De rechtbank heeft dit nu kennelijk ingezien en is (gedeeltelijk) overstag. In een belangwekkende uitspraak heeft de rechtbank nu (ten overvloede) bepaald dat OPTA ten onrechte had aangenomen dat Versatel niet rechtsreeks bij het besluit van OPTA (tot niet-aanwijzing van KPN Telecom) was betrokken. De rechtbank overweegt het volgende:

*“De rechtbank overweegt in dat verband allereerst in algemene zin dat het, gelet op de rol die een ex ante-toezichthouder als verweerder inneemt op de markten waarop het toezicht wordt uitgeoefend en op de wenselijkheid van het handhaven van een evenwicht in rechtsbeschermingsmogelijkheden, in de rede ligt het belanghebbende-begrip met betrekking tot regulerende besluiten van verweerder, met inachtneming van de algemene in de jurisprudentie terzake ontwikkelde criteria, zo te interpreteren dat niet alleen de (gereguleerde of te reguleren) marktpartij tot welke een besluit is gericht, maar ook die – ingevolge artikel 2.1, eerste lid, van de Tw geregistreerde – marktpartijen die in een concurrentiele of anderszins rechtens relevante relatie staan tot de gereguleerde of te reguleren marktpartij en op welke (rechts)positie het betrokken besluit in voldoende mate rechtsreeks van invloed is, als belanghebbende bij dat besluit worden aangemerkt.” (onderstreping toegevoegd, ATO)*

Versatel had volgens de rechtbank voldoende belang bij het al dan niet aanwijzen van KPN Telecom, waarbij doorslaggevend is dat, gelet op de uit de artikelen 6.5, 6.6 en 6.9 Tw voor de aangewezen marktpartij voortvloeiende verplichtingen, door een aanwijzing de (rechts)positie van de partijen bij een dergelijke overeenkomst in zoverre onherroepelijk en niet onderhandelbaar wordt vastgelegd.

Deze uitspraak vormt een belangrijke doorbraak: het opent de weg voor een meer flexibele interpretatie van de Awb-begrippen tegen de achtergrond van de doelstellingen van een specifieke wet, zoals de Tw. Daarbij lijkt het aspect van *ex ante* wetgeving en de speciale taken van de toezichthouder een grote rol te spelen. De rechtbank doet (eindelijk, drie jaar na inwerkingtreding van de Tw) hiermee recht aan de vereiste rechtsbescherming voor telecommunicatieondernemingen die in concurrentie staan met de incumbent of een onderneming met aanmerkelijke marktmacht. Via een (gerechtelijke) procedure kunnen zij nu invloed uitoefenen op het proces van liberalisering, in het geval sprake is van een besluit van OPTA omtrent aanwijzing van een telecommunicatieonderneming. De uitspraak zal dan ook directe gevolgen hebben voor de recente besluiten van OPTA tot de intrekking van de aanwijzing van Libertel ex artikel 6.4, lid 1 Tw<sup>17</sup> en het besluit van OPTA tot niet-aanwijzing van KPN Mobiel op de nationale markt met betrekking tot de vaste en mobiele openbare telefoondienst tezamen ex artikel 6.4, lid 2 Tw<sup>18</sup>. Concurrenten van deze marktpartijen die het niet met deze besluiten eens zijn, kunnen als gevolg van deze uitspraak nu bezwaar tegen deze besluiten van OPTA aantekenen.

<sup>14</sup> Hoewel de klagers (een groep carrier preselectie-aanbieders) door OPTA niet ontvankelijk werden verklaard ten aanzien van hun klacht (besluit van OPTA van 23 maart 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/200677, niet gepubliceerd), werd uiteindelijk door OPTA (een jaar na dato!) “ambtshalve” het probleem opgelost (Oordeel van 28 juni 2001, nummer: OPTA/EGM/2001/201632, www.opta.nl), nadat zij eerst richtsnoeren over de price squeeze problematiek had ontworpen (Richtsnoeren Price Squeeze van OPTA en NMa van 28 februari 2001, *Stct.* 2001, nr. 44, p. 7).

<sup>15</sup> Prof. E.J. Dommering e.a., a.w., p. 85.

<sup>16</sup> Mr R.J.N. Schlossels, 'Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2, lid 1 en 2 Awb', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2001, p. 108-109.

<sup>17</sup> Besluit van OPTA tot intrekking van de aanwijzing van Libertel-Vodafone als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele telefonie van 19 december 2001, www.Opta.nl.

<sup>18</sup> Een formeel besluit van OPTA is hierover niet gepubliceerd. Het besluit is te kennen uit de brief van OPTA van 19 december 2001 aan alle mobiele operators, gepubliceerd op www.Opta.nl.

Daarnaast heeft de uitspraak direct effect voor de toetsing van de eindgebruikerstarieven (voor openbare telefonie) van KPN Telecom. Als gevolg van de uitspraak kunnen concurrenten nu ook tussenbeide komen bij de besluitvorming van OPTA omtrent de eindgebruikerstarieven van KPN. Uit de Kerktelefoon-zaak<sup>19</sup> volgde dat een instemming van OPTA met een tariefswijziging van KPN Telecom voor eindgebruikersdiensten geen besluit was waartegen kon worden opgekomen<sup>20</sup>. Deze omissie is (pas recentelijk) gecorrigeerd door wijziging van het Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (BOHT)<sup>21</sup>. Door de wijziging van artikel 36 BOHT staat nu vast dat OPTA's instemming (met de tarieven van KPN Telecom) een voor bezwaar vatbaar besluit is, waartegen "belanghebbenden" kunnen opkomen. Door de uitspraak van de rechtbank is nu ook duidelijk dat concurrenten "belanghebbenden" zijn en kunnen ageren tegen tariefsbesluiten van OPTA op grond van artikel 36 BOHT. De vraag blijft nu nog open of anderen dan concurrenten, zoals afnemers of andere eindgebruikers, ook tegen dergelijke besluiten van OPTA zouden kunnen procederen. De rechtbank overweegt immers dat ook andere marktpartijen "die in een anderszins relevante relatie staan" als belanghebbenden kunnen worden beschouwd. In het licht van de eerder genoemde Postbussen-uitspraak lijkt het niet waarschijnlijk dat "gewone" afnemers van de diensten van KPN Telecom tot deze categorie behoren. Aan de andere kant kan ook met recht worden betoogd dat ook hier het *ex ante* karakter van de regelgeving doorslaggevend zou moeten zijn. Deze specifieke regelgeving heeft immers tevens de bescherming van consumenten tot doel, een doelstelling die in het telecommunicatierecht nogal eens ondergesneeuwd raakt<sup>22</sup>.

De rechtbank overweegt verder dat concurrenten geen belanghebbenden zijn bij een uitspraak van OPTA in een *geschil* tussen twee andere marktpartijen. De rechtbank handhaaft in deze haar eerder uitgesproken standpunt, zoals neergelegd in een eerdere uitspraak Versatel/OPTA<sup>23</sup>. In deze zaak overwoog de President dat doorslaggevend is dat een andere partij die niet bij het geschil betrokken is, de mogelijkheid heeft een eigen geschil met KPN Telecom aan OPTA voor te leggen. In de visie van de rechter is een beslissing van OPTA in een interconnectiegeschil voor anderen dan partijen bij dat geschil niet een "onherroepelijke en bindende beslissing". Hoewel dit strikt genomen juist is, werkt een dergelijk besluit van OPTA wel degelijk als bindend voor alle marktpartijen. Immers, KPN Telecom (als aangewezen marktpartij) is gebonden aan het non-discriminatiebeginsel en is dus gehouden de uitkomst van het geschil voor alle marktpartijen op dezelfde wijze ten uitvoer te leggen. Aan de andere kant zou een interventie van andere partijen weer tot de nodige vertraging van de procedure leiden, procedures die reeds veel tijd in beslag nemen. Deze duur van de procedure wordt mede veroorzaakt doordat OPTA (hangende de procedure) vaak een consultatie met de markt uitschrijft. Deze consultatie zou overbodig zijn indien andere marktpartijen als (derde)belanghebbende in de procedure zouden kunnen interveniëren, hetgeen mogelijk efficiënter werkt dan de huidige consultaties.

<sup>19</sup> Uitspraak van 31 maart 2000 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Landelijke Organisatie Kerktelefoon/OPTA (Reg. Nr. VTELEC 00/0083-SIMO), *Mediaforum* 2000-6, Jur. Nr. 42, met noot W. Hins.

<sup>20</sup> Zie voetnoot 5.

<sup>21</sup> Besluit van 7 november 2001 tot wijziging van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (leveringsplicht en goedkeuring voorgenomen tariefswijzigingen), *Stb.* 2001, 550.

<sup>22</sup> Zie in dit verband de waarschuwende opmerking van de Europese Commissie in het Zevende Implementatierapport 'Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of the regions, Seventh report on the Implementation of the telecommunications Regulatory Package', Brussel, COM(2001) 706, p. 15.

<sup>23</sup> Uitspraak van 18 februari 1998 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Versatel/OPTA (reg. Nr. VWTv 97/42S5-S1), *Mediaforum* 1998-5, Jurisprudentie nr. 28 en *Computerrecht* 1998/2, p. 89-97, met noot P. Burger. Vgl. Uitspraak van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 16 februari 2001, KPN Telecom/OPTA en MCI WorldCom (Reg. Nr. VTELEC 00/2530-SIMO), met noot R. van den Hoven van Genderen, *Computerrecht* 2001/3, p. 159-163. In deze zaak werd MCI WorldCom als de oorspronkelijke verzoeker van het interconnectiegeschil wel als procespartij toegelaten, maar Level3 niet. Deze laatste partij was niet bij het interconnectiegeschil betrokken, doch had een eigen geschil aanhangig gemaakt.