

Kort Commentaar onder Rb. Rotterdam 31 januari 2003, KPN NV en KPN Telecom vs. OPTA en Energis (reg. nr.: TELEC 01/87 RIP)

Deze uitspraak is vanwege drie aspecten interessant: (i) de invulling van het begrip interconnectie, (ii) de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA op grond van artikel 6.3 Telecommunicatiewet ("Tw") en (iii) het besluitbegrip in de zin van artikel 1:3, lid 1 Algemene wet bestuursrecht ("Awb").

De invulling van het begrip interconnectie

In deze zaak komt de rechtbank toe aan een inhoudelijke toetsing van een interconnectiegeschil tussen partijen. Kenmerken de uitspraken van de rechtbanken zich over het algemeen door een formele benadering, waarbij bestuurs(proces)rechtelijke onderwerpen de overhand hebben, in deze zaak is een interessant punt over de reikwijdte van het begrip interconnectie aan de orde. De rechtbank legt het begrip interconnectie uit tegen de achtergrond van het doel en de strekking van de Tw en de toepasselijke Europese Richtlijn 97/33. Deze benaderingswijze doet recht aan de door het CBB gevolgde werkwijze in de zaak Dutchtone¹ en de verplichting van de nationale rechters tot richtlijnconforme interpretatie. Op basis van deze regelingen komt de rechtbank tot de conclusie dat het begrip interconnectie niet slechts het aan elkaar koppelen van netwerken inhoudt, maar ook "het realiter doen plaatsvinden van communicatie tussen eindgebruikers".

De geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA

De reikwijdte van het interconnectiebepgrip heeft direct gevolgen voor de bevoegdheid van OPTA. Immers, indien sprake is van een interconnectiedienst kan OPTA in het kader van een geschil regels stellen op grond van artikel 6.3 Tw. De rechtbank overweegt dan ook dat het passend is dat OPTA regels stelt ten aanzien van "het kwaliteitsniveau en de wijze waarop interconnectie gerealiseerd wordt". So far, so good.

De rechtbank heeft evenwel nog een verrassing in petto. De rechtbank overweegt dat deze bevoegdheid van OPTA evenwel niet onbegrensd is. Deze bevoegdheid "vindt haar grens in de in het verbintenissenrecht geldende regels van redelijkheid en billijkheid, waaraan immers - geheel los gezien van de Tw en artikel 6.3 Tw - zogenaamde derogerende werking toekomt". De civielrechtelijke normen van redelijkheid en billijkheid beperken met andere woorden de "regelvaststellende bevoegdheid" van OPTA in het kader van geschilbeslechting.

Deze benadering is onjuist. Naar mijn mening ziet de rechter hierbij over het hoofd dat het geen normale contractuele relatie tussen partijen betreft, doch een relatie waarop publiekrechtelijke normen van toepassing zijn, die OPTA eenzijdig kan opleggen. Het telecommunicatierecht doorbreekt hier juist het verbintenissenrecht en de contractsvrijheid van partijen. En niet andersom. Het feit dat het hier een toetsing van een reeds bestaande overeenkomst betrof (toetsing onder lid 2 van artikel 6.3 Tw) en niet een nog te sluiten overeenkomst (toetsing van lid 1 van artikel 6.3 Tw) zou naar mijn mening geen verschil mogen maken. De rechter dient bij zijn toetsing rekening te houden met het feit dat geen sprake is van gelijkwaardige contractspartners, die in alle vrijheid kunnen onderhandelen. Bij dergelijke interconnectieovereenkomsten bestaat een grote (economische) afhankelijkheid van het netwerk en de houding van KPN Telecom. Juist deze afhankelijkheid heeft ertoe geleid dat KPN Telecom is aangewezen (voor het vast openbare telecommunicatienetwerk) en aan haar speciale verplichtingen zijn opgelegd. De positie van partijen kan dan ook niet op grond van de "gewone" civielrechtelijke norm, redelijkheid en billijkheid worden getoetst, doch dient te worden gezien aan de hand van doel en strekking van het telecommunicatierecht. De rechter ziet dit over het hoofd. Ten onrechte wordt een zwaar belang gehecht aan de normen van het verbintenissenrecht.

Het besluitbegrip

Ten slotte krijgt OPTA nog een tik op de vingers vanwege een bestuursrechtelijke foutje. De rechtbank overweegt dat OPTA het bezwaar van Energis niet-ontvankelijk had dienen te verklaren. In de visie van

¹ CBB 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001-6, Jur. nr. 28, m.nt. A.T. Ottow en *Computerrecht* 2001/4, p. 207, m.nt. E. J. Dommering.

de rechtbank is de mededeling van OPTA aan KPN Telecom om een bepaalde dienst aan te bieden in het kader van het zogenaamde referentie-aanbod (als bedoeld in artikel 6.7 Tw), geen besluit in de zin van artikel 1:3, lid 1 Awb. Deze mededeling is immers in de visie van de rechtbank niet op enig rechtsgevolg gericht. In de tekst van artikel 6.7, lid 3 Tw staat inderdaad dat OPTA slechts een "oordeel" geeft. Reeds in het kader van de Mededingingswet had de rechtbank geoordeeld dat in het geval van een oordeel (het betrof hier een zogenaamde informele zienswijze van de NMa) geen sprake was van een besluit.² Het is nu door de onderhavige uitspraak ook duidelijk dat dit tevens geldt in het kader van de Tw. Dit heeft tot gevolg dat OPTA eerst een handhavingstraject dient te starten jegens KPN Telecom vanwege niet-nakoming van haar wettelijke verplichtingen, tegen welk besluit KPN Telecom als belanghebbende bezwaar kan aantekenen. In de voorfase waarin OPTA zich eerst een oordeel vormt, kan evenwel geen juridische actie worden ondernomen. Dit leidt tot groot tijdsverlies.

² Rb. Rotterdam 24 januari 2000, Vereniging Belangen behartiging Schildersbedrijven e.a. vs d-g NMa, zaaknr. MEDED 99/602-scr., *M&M* 2000/nr.2, p. 79-82, m.nt. P.J.M. Koning.