

## ANNOTATIE MEDIAFORUM

### Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 29 november 2002, Dutchtone/O2/KPN Mobile/Vodafone/Libertel/Ben/Tele2 vs. OPTA (LJN-nr. AF1538)

#### De geschilbeslechtende bevoegdheden van OPTA

##### A.T. Ottow

In het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA heeft zich in de praktijk meerdere malen de vraag voorgedaan hoe ruim de bevoegdheden van OPTA bij de beoordeling van het voorliggende geschil zijn. Deze vraag heeft tot veel discussies geleid. Ook de onderhavige uitspraak inzake een geschil over de mobiele terminating tarieven zal het nodige stof doen opwaaien. In deze annotatie zal de uitspraak worden geplaatst tegen de diverse opvattingen over de bevoegdheden van OPTA en de eerdere uitspraken van de rechtbank Rotterdam.

##### *De geschilbeslechtende bevoegdheden van OPTA in de Tw*

In de Telecommunicatiewet ("Tw") is op meerdere plaatsen een rol aan OPTA toebedeeld voor geschillenbeslechting.<sup>1</sup> Dit betreft *limitatief* opgesomde gevallen: OPTA heeft geen algemene bevoegdheid tot het oplossen van geschillen. OPTA kan in deze zaken slechts tot actie overgaan *op verzoek* van een telecommunicatieonderneming. OPTA ontbeert de bevoegdheid om *op eigen initiatief* (ambtshalve) maatregelen te treffen bij een vermeende overtreding van de Tw. Zo kan OPTA bijvoorbeeld niet amtsshalve de interconnectietarieven van niet-aangewezen telecommunicatieondernemingen op "redelijkheid" toetsen. Of anders gezegd: OPTA heeft geen algemene bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing, een bevoegdheid die bijvoorbeeld de directeur DTe wel heeft bij het toezicht op de Elektriciteitswet.<sup>2</sup> OPTA kan deze toetsing slechts uitvoeren in het kader van een aan het college voorgelegd geschil. Dit is slechts anders voor zover OPTA een onderneming met aanmerkelijke marktmacht kan aanwijzen. De tarieven van deze aangewezen ondernemingen dient OPTA (jaarlijks) amtsshalve te toetsen.<sup>3</sup> Ook in het huidige concept voor een wijzigingsvoorstel Tw blijft deze systematiek van beperkte bevoegdheden van OPTA volledig gehandhaafd.<sup>4</sup> De onderhavige zaak over de toetsing van de terminating tarieven van de (niet-aangewezen) mobiele telecommunicatieondernemingen illustreert de gevolgen van deze beperkte bevoegdheden van OPTA.

Gezien deze beperkte bevoegdheden is de praktijk herhaaldelijk de vraag aan de orde gekomen waar de grenzen van deze bevoegdheden liggen. Kunnen deze bevoegdheden *extensief* worden geïnterpreteerd of moeten deze *restrictief* worden uitgelegd? In de beslissing op bezwaar in het geschil O2 vs. KPN Telecom, welk besluit in de onderhavige zaak aan de orde was, formuleert OPTA - in algemene zin - haar bevoegdheden als volgt:

'De telecommunicatiewet is een publiekrechtelijke wet die publieke belangen beoogt te behartigen, te weten de bevordering van bestendige mededinging op de telecommunicatiemarkt en de bescherming van eindgebruikers. Een van de middelen die in de Tw is opgenomen ten dienste van deze belangen is de interconnectieplicht (c.q. de plicht tot interoperabiliteit), neergelegd in artikel 6.1 Tw. Blijkens de parlementaire geschiedenis handelt een aanbieder in strijd met deze plicht, en derhalve aan de daaraan ten grondslag liggende genoemde publieke belangen, indien hij onredelijk hoge tarieven hanteert. Bij beoordeling van de redelijkheid van interconnectietarieven behoort het college betreffende publieke belangen dan ook mee te wegen. (...)

<sup>1</sup> Dit betreft de volgende bepalingen van de Tw: de artt. 3.11, lid 4 (site sharing), 5.3, lid 2 (gedoogplicht), 5.10 (medegebruik van voorzieningen), 6.3 (interconnectie), 6.9, lid 2 (bijzondere toegang), 7.7 (huurlijnen), 8.6 (voorwaardelijke toegang) en 8.7 (toegang tot de kabel). Over geschilprocedures: A.T. Ottow, 'De procedures bij OPTA: geen sinecure', *M&M* 2000/1, p. 3-10.

<sup>2</sup> Zie art. 5, lid 6 Elektriciteitswet, die bepaalt dat de directeur DTe bevoegd is tot het geven van een bindende aanwijzing "in verband met de naleving van de Elektriciteitswet".

<sup>3</sup> Zie art. 6.6, lid 4 Tw.

<sup>4</sup> Hierbij wordt uitgegaan van het meest recente, beschikbare concept van 8 november 2002 ter wijziging van de Tw. Begin februari 2003 is een concept ter advies naar de Raad van State verzonden. Niet bekend is of in dit laatste concept op dit punt nog wijzigingen zijn aangebracht.

Gelet hierop is het redelijkheidscriterium naar het oordeel van het college zonder meer aan te merken als een publiekrechtelijke norm die bovendien publiekrechtelijke invulling behoeft. (...), gelet op de belangen van bevordering van bestendige mededinging op de telecommunicatiemarkt en de bescherming van eindgebruikers, kan het college, als bestuursorgaan dat toezicht dient te houden op de naleving van de Tw, in ieder geval wat betreft mobiele interconnectietarieven, in redelijkheid niet louter kijken naar hetgeen redelijk en billijk is tussen twee partijen.<sup>5</sup>

#### *De rechterlijke toetsing van de bevoegdheden*

Op welke wijze interpreteert de rechter de bevoegdheden van OPTA? In de jurisprudentie valt een zekere cyclische beweging te ontdekken van restrictief naar extensief en weer terug. In de zaak *Dutchtone* nam de voorzieningenrechter en later de rechtbank in de bodemzaak een restrictief standpunt in ten aanzien van de bevoegdheid van OPTA om regels te stellen bij een geschil over sitiesharing (het delen van antenneopstelpunten). In dit geschil had OPTA in haar besluit KPN Telecom ertoe verplicht aan Dutchtone de coördinaten van haar sites ter beschikking te stellen. Door de voorzieningenrechter werd dit besluit geschorst, aangezien hij meende dat hier sprake was van uit concurrentieel oogpunt gevoelige informatie. Bij het ter beschikking stellen zou onomkeerbare schade ontstaan.<sup>6</sup> De rechtbank meende eveneens dat de bevoegdheid van OPTA tot het stellen van regels bij een sitiesharing geschil niet zover strekt als door OPTA werd voorgestaan.<sup>7</sup> Juist op het moment van de cruciale fase in de opbouw van de mobiele netwerken van de concurrenten van KPN Mobile, stond OPTA door deze uitspraken met lege handen en kon zij de rechten van nieuwe telecommunicatie-ondernemingen niet effectueren. Dit heeft het CBB duidelijk ingezien in de uitspraak in het hoger beroep van Dutchtone en OPTA.<sup>8</sup> Het CBB overweegt dat OPTA een zekere beoordelingsvrijheid bezit, die de rechter slechts marginaal kan toetsen. In dezelfde lijn ligt de zaak KPN Telecom vs OPTA en MCI WorldCom.<sup>9</sup> Ook in die zaak werden de bevoegdheden van OPTA door de (voorzieningen)rechter *ruim* beoordeeld.

Veel restrictiever interpreteerde de voorzieningenrechter onlangs de bevoegdheden van OPTA in de geschillen die KPN Mobile tegen onder meer O2 aanhangig had gemaakt aangaande de zogenaamde mobiele terminating tarieven. Naar aanleiding van het besluit van OPTA in het geschil, verzocht O2 (toen nog Telfort Mobiel geheten) om schorsing van het besluit bij de voorzieningenrechter. In die zaak meende de rechter dat nu geen sprake was van *directe* interconnectie doch van zogenaamde *indirecte* interconnectie, OPTA niet bevoegd was tot het beslechten van het geschil op grond van artikel 6.3 Tw. In de visie van de rechter volgt uit de systematiek van de wet dat aan het stellen van regels als bedoeld in artikel 6.3, lid 1 Tw eerst het verlenen van een ontheffing op grond van artikel 6.1, lid 3 Tw vooraf dient te gaan. Artikel 6.3 Tw werd niet zo ruim gelezen dat hieronder ook geschillen met betrekking tot indirecte interconnectie zouden kunnen vallen, zonder voorafgaande ontheffingsprocedures. Deze uitspraak had verstrekkende gevolgen, aangezien voor alle operators die (via het transitnetwerk van KPN Telecom) met het mobiele netwerk van een mobiele operator zijn verbonden, een ontheffing dienden aan te vragen. Dit betreft tientallen (zo niet meer) ontheffingsverzoeken. Bovendien kon OPTA pas tot de beoordeling van de mobiele terminating tarieven van O2 overgaan nadat zij een ontheffing had verleend. Dit alles had een enorme administratieve omweg tot gevolg voor in feite een onbelangrijk detail. De rechter had zonder al teveel problemen de geschillenregeling ruimer kunnen interpreteren en kunnen aangeven dat vanzelfsprekend ook geschillen over indirecte interconnectie hieronder vallen. De rechter heeft echter anders beslist.

Maar de lijdensweg van OPTA was nog niet afgelopen. O2 (en andere mobiele telecommunicatieondernemingen) vroegen opnieuw schorsing aan bij de voorzieningenrechter naar aanleiding van de beslissingen op bezwaar door OPTA. In de te annoteren zaak schorst de voorzieningenrechter opnieuw de besluiten. De uitspraak begint veelbelovend, waar de rechter overweegt dat OPTA de bevoegdheid heeft tot het stellen van beleidsregels. Bij de evaluatie van OPTA benadrukte de Minister van Verkeer en Waterstaat nog dat "beleid bij de verantwoordelijke vakminister" berust en er

<sup>5</sup> Beslissing op bezwaar van 19 juli 2002 inzake geschil KPN Mobile vs. O2 over MTA-tarieven van O2 (kenmerk: OPTA/JUZ/2002/201770 & OPTA /JUZ/2002/201772), paragraaf 58, [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

<sup>6</sup> Pres. Rb. Rotterdam 3 juni 1999, KG 1999, nr. 245.

<sup>7</sup> Rb. Rotterdam 13 september 2000, KPN Mobile vs. OPTA en Dutchtone (zaaknr.: TELEC 99/2715-RIP en TELEC 99/2781-RIP), [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Vz. Rb. Rotterdam van 16 februari 2001, KPN Telecom/OPTA en MCI WorldCom, reg. nr. VTELEC 00/2530-SIMO, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Computerrecht* 2001/3, p. 159-163.

sprake is van slechts beperkte discretionaire bevoegdheden bij OPTA.<sup>10</sup> OPTA zou zich in deze visie slechts met uitvoering mogen bezig houden. Hierbij wordt over het hoofd gezien dat het toezichtorgaan wel degelijk "beleid" maakt en kan maken. Beleidsregels in de zin van artikel 1:3, lid 4 Algemene wet bestuursrecht zijn niet alleen algemene regels die betrekking hebben op de (discretionaire) afweging van belangen, maar kunnen ook "de vaststelling van feiten en de uitleg van wettelijke voorschriften" betreffen.<sup>11</sup> ZBO's kunnen derhalve wel degelijk beleid ontwikkelen ter normering van de uitoefening van gebonden bevoegdheden. Zij kunnen bijvoorbeeld via deze beleidsregels vage wettelijke normen uitleggen en verder invullen. En dat is nu wat OPTA in deze geschillen heeft gedaan. Deze "regulering" wordt - in beginsel - door de rechter gesanctioneerd.

Maar vervolgens beperkt de rechter de bevoegdheden van OPTA aanzienlijk. De rechter meent dat voor de ruime beoordeling van bevoegdheden als door OPTA voorgestaan, meer expliciete aanknopingspunten in de wet of de parlementaire geschiedenis aanwezig dienen te zijn.<sup>12</sup> De rechter overweegt vervolgens dat de beoordeling dient af te hangen van de "verhouding tussen de betrokken partijen" en niet in zijn algemeenheid mag worden beantwoord. OPTA dient een op de partijen gericht onderzoek te verrichten. Nu OPTA dat in de visie van de rechter niet had gedaan, schorst de rechter het besluit van OPTA.

Deze beperkte uitleg van de bevoegdheden is mijn inziens in strijd met de uitspraak van het CBB in de zaak *Dutchtone*, waar het CBB juist een veel ruimere benadering volgde. Het is opvallend dat daar waar de rechter nog eerder een duidelijke afweging van algemene belangen<sup>13</sup> aangaf die OPTA bij haar toetsing in ogenschouw kan en mag nemen - mede tegen de achtergrond van de doelstellingen van het telecommunicatierecht - de rechter nu een veel restrictievere benadering volgt daar waar het de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA betreft. Hoewel op zich juist is dat het hier een geschil tussen twee partijen betreft, kan dit gegeven niets afdoen aan de economische omstandigheid dat de situatie van de mobiele operators vergelijkend is en OPTA - op basis van een uitgebreid, economisch onderzoek via een geschil - algemene regels stelt die voor een groep operators gelijklopend is. Een dergelijke situatie deed zich ook voor in de *sitesharing* zaak van *Dutchtone*, waar OPTA via een geschil algemene regels formuleerde. Deze werkwijze werd in die zaak wel door de rechter gesanctioneerd.

Niet kan worden ontkend dat een spanningsveld bestaat tussen de algemene bevoegdheid van OPTA om beleidsregels te formuleren die zij in een geschil zal toepassen aan de ene kant en de concrete toetsing van deze regels in het betrokken geschil aan de andere kant. Doch in de onderhavige zaak pakt de rechter met een hand af, wat hij juist eerder had toegestaan. Het eindresultaat is dat OPTA toch in vergaande mate individueel onderzoek dient te verrichten bij de beoordeling van een geschil. Wellicht is deze opstelling van de rechter mede ingegeven door de wijze waarop OPTA haar besluit had gemotiveerd. OPTA had het er wel erg dik bovenop gelegd dat zij een "marktbrede benadering" volgde en zij de tarieven "niet separaat per (bilaterale) interconnectierelatie" had beoordeeld.<sup>14</sup> Indien OPTA de motivering iets handiger had aangekleed, had de beoordeling wellicht wel in haar voordeel kunnen uitpakken.

Vervolgens doet zich de vraag voor of de materiële norm die de rechter hanteert wel juist is. De rechter overweegt dat slechts sprake kan zijn van een bijstelling van het tarief door OPTA indien de betrokken partij door de tariefstelling " (evident) misbruik maakt". De tarieven van O2 zouden dus pas als "onredelijk" kunnen worden gekwalificeerd indien deze als "een (evident) misbruik" zijn aan te duiden. Naar mijn mening legt de rechter hierbij een te streng criterium aan bij de vraag of de tarieven "onredelijk" zijn. Dit zou in feite neer komen op het aantonen van "misbruik" in de zin van artikel 24 Mededingingswet. Dit kan niet de bedoeling zijn. Het misbruikcriterium is van toepassing in geval van ondernemingen met een economische machtspositie. In de onderhavige zaak betreft het ondernemingen die niet over een dergelijke positie beschikken. Bovendien dient in het kader van de toetsing op grond van de Tw een zelfstandige beoordelingsgrond te worden vastgesteld aan de hand van het redelijkheidscriterium. Daarbij spelen de doelstellingen van het telecommunicatierecht - in het licht van

<sup>10</sup> Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, *Kamerstukken II* 2000-2001, 21 693, nr. 56, p. 18.

<sup>11</sup> Hierop wordt ook gewezen door: J.W. van de Gronden & R.J.G.M. Widdershoven, 'Slotbeschouwing. Over onafhankelijk mededingingstoezicht, politieke verantwoordelijkheid en het publieke belang', In: J.W. van de Gronden en R.J.G.M. Widdershoven (eindredactie), *Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?*, Deventer: Kluwer 2002, p. 147.

<sup>12</sup> Nog onlangs overwoog de Rotterdamse rechter dat doordat in de wettekst geen beperkingen ten aanzien van de toetsingsnormen door de wetgever waren opgenomen, er geen reden was de bevoegdheid van OPTA restrictief uit te leggen: Vgl. Rb. Rotterdam 29 november 2002, *Versatel 3G vs. Staatssecretaris EZ*, overweging ten aanzien van artikel 7, lid 1 Regeling veiling, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>13</sup> Tot de overwegingen behoren ook expliciet mededingingsrechtelijke overwegingen volgens de rechter in de *MCI WorldCom* zaak. Dit trekt de rechter nu juist weer in twijfel waar hij aangeeft dat dergelijke algemene bevoegdheid tot "mededingingsrechtelijk" ingrijpen bij de NMa thuis hoort.

<sup>14</sup> Zie de van de beslissing op bezwaar, a.w., paragrafen 60-64.

de genoemde rechtspraak - een belangrijke rol. OPTA heeft in de beslissing op bezwaar duidelijk aangegeven dat het hierbij gaat om "de bevordering van bestendige mededinging" en de "bescherming van eindgebruikers". Met deze belangen kan geen rekening worden gehouden bij toepassing van het misbruikcriterium.<sup>15</sup>

Vervolgens doet zich de vraag voor of OPTA bij deze toetsing zover mag gaan dat de tarieven het kostenoriëntatiebeginsel mag worden toegepast. De rechter trekt dit - naar mijn mening - terecht in twijfel. De toepassing van dit criterium op niet-aangewezen aanbieders is in strijd met de wet en het hieraan ten grondslag liggende Europese recht. Immers, in de systematiek van de wet wordt er van uitgegaan dat dit strenge criterium slechts geldt voor de tarieven van de aanbieders met aanmerkelijke marktmacht (op de markt voor vaste en mobiele openbare telefoniedienst tezamen)<sup>16</sup> en als zodanig door OPTA zijn aangewezen. Nu geen van de mobiele operators als zodanig zijn aangewezen, kan OPTA hen niet de verplichting tot kostenoriëntatie opleggen.

#### *Conclusie*

Deze zaken illustreren doeltreffend wat de gevolgen zijn van het ontbreken van een algemene aanwijzingsbevoegdheid van OPTA om op eigen initiatief overtredingen van wettelijke normen aan de kaak te stellen. OPTA is nu volledig afhankelijk van een geschil dat aan haar wordt voorgelegd. Door de uitspraak van de rechter staat zij voorlopig volstrekt machteloos. Dit ten koste van telecommunicatieondernemingen en consumenten. Deze belangen speelden ten onrechte geen enkele rol bij de toetsing door de rechter van de besluiten van OPTA. De rechter dient bij de toetsing van besluiten van OPTA meer oog voor deze economische gevolgen te hebben. Zelfs nu de mobiele telecommunicatieondernemingen hun tarieven verder verhogen, kan OPTA niets doen.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> De verschillen in benadering door OPTA en de NMa wordt besproken door S.A.C.M Lavrijssen, 'De samenwerking tussen de OPTA en de NMa in het mta-dossier', *M&M* 2003/1, p. 4-11.

<sup>16</sup> Zie art. 6.6, lid 1 jo art. 6.4, lid 2 Tw.

<sup>17</sup> *NRC Handelsblad*, 25 januari 2003, 'Bellen duurder, OPTA machteloos'.