

ARTIKEL MEDIAFORUM

DE BEVOEGDHEIDSVERDELING TUSSEN OPTA EN DE CIVIELE RECHTER

Annetje Ottow*

Bij interconnectieovereenkomsten bestaat een grote verwevenheid tussen het civiele en telecommunicatierecht. Beide rechtsgebieden zijn evenwel niet geheel op elkaar afgestemd. Deze tekortkoming doet zich met name gevoelen bij de nakoming van interconnectieovereenkomsten. Dit leidt in de praktijk tot hiaten in de rechtsbescherming voor telecommunicatieondernemingen. Vier recente uitspraken¹ illustreren dit². Aan de hand van deze uitspraken zal de bevoegdheidsverdeling tussen OPTA en de civiele rechter worden besproken.

Inleiding

De verwevenheid tussen het telecommunicatie- en civiele recht vindt zijn oorzaak in het door de wetgever in Hoofdstuk 6 Tw gehanteerde uitgangspunt dat de basis voor de interconnectieverplichtingen dient te worden vastgelegd in een door partijen te onderhandelen *overeenkomst*. Het civiele recht speelt hier - naast de typische telecomrechtelijke aspecten - een belangrijke rol³. Partijen hebben een verplichting tot onderhandeling en hebben zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert⁴. Komen zij hier niet uit dan kunnen zij het geschil aan OPTA voorleggen. OPTA heeft krachtens artikel 6.3, lid 1 Tw de bevoegdheid "regels vast te stellen". OPTA treedt hier als het ware op als een arbiter, die bindende regels aan partijen kan opleggen⁵. Deze bevoegdheid heeft OPTA eveneens wanneer partijen wel tot een interconnectieovereenkomst zijn gekomen, doch zich in deze relatie alsnog een conflict voordoet: "Geschillen... met betrekking tot de vraag of de ter zake tussen hen in verband met interconnectie bestaande verbintenis, of de wijze waarop

* Mr A.T. Ottow is als senior onderzoeker verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en als advocaat-adviseur bij Houthoff Buruma.

¹ Vonnis van de voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam van 19 februari 2002 inzake KPN Telecom vs. OPTA (zaaknr.: VTELEC 02/327-SIMO); vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector civiel recht van 18 maart 2002 inzake BT Ignite vs. KPN Telecom (rolnummer KG 02/248), vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 14 mei 2002 inzake Energis vs. KPN Telecom (zaak-/rolnummer: 173281/KG ZA 02-284) en vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 23 mei 2002 inzake BT Ignite vs. KPN Telecom (zaak-/rolnummer 161233/HA ZA 01-2032).

² Een ander illustratief voorbeeld vormt de uitspraak van de Voorzieningenrechter arrondissementsrechtbank Rotterdam van 25 februari 1999, eveneens in een geschil tussen Energis (toen nog EnerTel geheten) en KPN Telecom. Zie noot A.T. Ottow, *Computerrecht* 1999/2, p. 78 - 81.

³ Voor een mooi overzicht van de civielrechtelijke aspecten van interconnectieovereenkomsten wordt verwezen naar: N. Sitompoel, 'De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid', *Computerrecht* 2000/3, p. 123 - 133. Daarnaast spelen belangrijke aspecten van aansprakelijkheid bij de nakoming van interconnectieovereenkomsten. Zie in dit verband de dissertatie van S.C. Huisjes, 'Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aspecten van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening', Deventer, Kluwer 2002.

⁴ *Tweede Kamer*, vergaderjaar 1997-1998, 25 533, nr. 5, p. 78.

⁵ De Ru meent evenwel dat deze bevoegdheid van OPTA in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel. Zie H.J. de Ru, 'De toekomst van het overheidstoezicht op telecommunicatie', *Mediaforum* 2001-11/12, p. 347.

deze worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens deze wet, (...)" (art. 6.3, lid 2 Tw). Het telecommunicatierecht doorbreekt hier de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen: OPTA heeft op basis van deze bepalingen vergaande bevoegdheden om vooraf of achteraf in een contractuele relatie in te grijpen⁶.

Deze vergaande bevoegdheid van OPTA betekent niet dat de civiele rechter niet meer in beeld komt bij interconnectieovereenkomsten. De te annoteren uitspraken tonen aan dat de civiele rechter juist een belangrijke rol blijft vervullen bij de nakoming van interconnectieovereenkomsten.

Historie Energis-KPN Telecom

KPN Telecom was het niet eens met het tarief dat Energis voor haar terminating dienst vroeg en meende dat KPN Telecom's tarieven eveneens voor de diensten van Energis dienden te gelden op basis van wederkerigheid (het zogenaamde reciprociteits-beginsel). KPN Telecom maakte hierover een geschil bij OPTA aanhangig. OPTA weigerde evenwel dit beginsel als uitgangspunt te hanteren en wees de verzoeken van KPN Telecom af⁷. Tot 1 juli 1999 heeft KPN Telecom aan Energis de tarieven betaald, zoals deze in de interconnectieovereenkomst waren opgenomen. Vanaf 1 juli 1999 ging KPN Telecom er evenwel toe over - ondanks de uitspraak van OPTA - Energis lagere tarieven (gelijk aan de KPN Telecom's tarieven) te betalen. Dit leidde er toe dat Energis een procedure bij de civiele rechter startte tot nakoming van de tarieven, zoals deze oorspronkelijk in de interconnectieovereenkomst waren overeengekomen. In het (tussen)vonnis van 21 december 2000⁸ oordeelde de rechtbank Rotterdam dat - gezien de feitelijke context - de oorspronkelijk overeengekomen tarieven niet meer golden. Voor *vaststelling* van de geldende tarieven dienden partijen volgens de rechtbank zich tot OPTA te wenden:

"De rechtbank acht zich in deze situatie (waarin het dus niet gaat om een vordering tot nakoming van een reeds uit de overeenkomst blijkende betalingsverplichtingen) niet bevoegd om vast te stellen welke tarieven vanaf die datum tussen partijen hebben te gelden."

Deze onbevoegdheidsverklaring leidde er toe dat Energis zich alsnog tot OPTA diende te wenden om via een interconnectiegeschil de redelijkheid van haar terminating tarieven te laten vaststellen. Aldus geschiedde. OPTA oordeelde zowel in eerste instantie⁹ als op bezwaar¹⁰ dat de tarieven van Energis "redelijk" zijn. KPN Telecom's poging om dit besluit van OPTA door de voorzieningenrechter te laten schorsen zijn op niets uitgelopen¹¹. Deze rechter weigert zich door KPN Telecom voor dit karretje te laten spannen. De kort geding rechter wijst er op dat een verzoek om voorlopige voorziening niet bedoeld is om de "behandeling van de hoofdzaak te bespoedigen" (zogenaamde kortsluiting), zoals kennelijk

⁶ 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 2001, p. 82.

⁷ Besluit van 22 september 1999, OPTA/IBT/99/7686 (Reciprociteitsgeschil KPN/EnerTel).

⁸ Vonnis van 21 december 2000 van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Energis N.V. vs. KPN Telecom B.V. (zaak-/rolnummer: 138043/HA ZA 00-1088), niet officieel gepubliceerd.

⁹ Besluit van 15 oktober 2001 in het interconnectiegeschil Energis vs. KPN Telecom (met kenmerk OPTA/IBT/2001/203129), www.opta.nl.

¹⁰ Beslissing op bezwaar van 25 januari 2002 (met kenmerk OPTA/JUZ/2002/200185), www.opta.nl.

¹¹ Vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam van 19 februari 2002 (datum publicatie 22 mei 2002) inzake KPN Telecom vs. OPTA (zaaknr.: VTELEC 02/327-SIMO).

het oogmerk was van KPN Telecom. Aan het verzoek dient een zelfstandig spoedeisend belang ten grondslag te liggen. En juist dit belang kon KPN Telecom niet aantonen. Het argument van KPN Telecom dat Energis met incassomaatregelen dreigde, overtuigde de rechter niet. De enkele dreiging was volgens de voorzieningenrechter niet toereikend:

"Zonder tussenkomst van de civiele rechter kan verzoekster [KPN Telecom] immers niet tot feitelijke betaling worden gedwongen."

Kort daarna spande Energis een civiel kort geding tegen KPN Telecom aan ter incasso van de openstaande verplichtingen. Dit leidde tot de uitspraak van 14 mei 2002¹². Op basis van standaard jurisprudentie overweegt de voorzieningenrechter dat in kort geding de vordering tot betaling van een geldsom slechts kan worden toegewezen "indien de verschuldigheid boven redelijke twijfel is verheven". En juist daaraan twijfelt de voorzieningenrechter:

"Het besluit op bezwaar van OPTA d.d. 25 januari 2002 heeft in verhouding tussen partijen direct rechtsgevolgen en uitgegaan moet worden van de juistheid van dat besluit zolang het niet is vernietigd. Op voorhand valt echter niet uit te sluiten dat het beroep dat KPN heeft ingesteld tegen dat besluit gegrond zal worden bevonden. In dat geval zal de bodemrechter, indien geadieerd, de vordering niet toewijzen."

Op die grond wijst de voorzieningenrechter de primaire vordering van Energis, gebaseerd op de door OPTA goedgekeurde tarieven, af. Wel verplicht de voorzieningenrechter KPN Telecom ruim zeven miljoen euro te betalen, berekend op basis van de eigen tarieven van KPN Telecom. KPN Telecom was in elk geval in gebreke voor de betaling van dit bedrag. Bovendien wijst de voorzieningenrechter de door Energis opgenomen eis tot het stellen van een bankgarantie toe, nu KPN Telecom hiertegen geen verweer had gevoerd (!).

Historie BT Ignite - KPN Telecom

In de geschillen tussen KPN Telecom en BT Ignite (voorheen Telfort) betrof het tevens de vraag of de terminating tarieven van BT Ignite redelijk zijn. De procedures in dit geschil verliepen evenwel anders dan in de kwestie van Energis. Ook in dit geval weigerde KPN Telecom nog langer de tarieven van BT Ignite te betalen en stelde deze tarieven gelijk aan die van KPN Telecom. Als reactie hierop startte BT Ignite een civiele bodemprocedure tot nakoming van de bedragen, gebaseerd op de (naar de mening van BT Ignite) overeengekomen tarieven voor de terminating diensten van BT Ignite. Hangende deze bodemprocedure verzocht BT Ignite aan OPTA om voorwaardelijk de regels (tarieven) vast te stellen die tussen partijen zouden gelden, voor het geval (in de civiele procedure) onherroepelijk zou komen vast te staan dat de tarieven van BT Ignite niet van kracht zouden zijn op basis van de interconnectieovereenkomst. OPTA weigerde evenwel op dit verzoek in te gaan. OPTA heeft de zaak aangehouden in afwachting van de uitspraak van de civiele bodemprocedure:

"Indien de rechtbank in voornoemde zaak van oordeel zou blijken te zijn dat de interconnectie-overeenkomst tussen BT Ignite en KPN gedurende de betwiste periode niet geldig was ten aanzien van de tarieven, acht het college zich bevoegd om zich op grond van artikel 6.3, lid 1, van de Telecommunicatiewet uit te spreken over de tarieven die hebben te gelden voor de betwiste periode. Het college is voornemens deze zaak in dat geval af te doen door middel van een vereenvoudigde procedure, nu

¹² Vonnis in kort geding van de Voorzieningenrechter van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam van 14 mei 2002 (Zaak-/rolnummer: 173281/KG ZA 02-284).

het college in het besluit dat hij heeft genomen in de zaak Energis-KPN (...) een duidelijke lijn heeft uitgezet ter zake van het voorliggend onderwerp."

Nadat de voorzieningenrechter in de zaak KPN Telecom vs. OPTA het verzoek van KPN Telecom tot schorsing van de beslissing op bezwaar in de zaak Energis afwees, achtte BT Ignite de tijd rijp om een eigen incasso kort geding tegen KPN Telecom aanhangig te maken. Dit gebeurde evenwel nog voordat de door haar geïnitieerde civiele bodemprocedure tot een uitspraak had geleid. BT Ignite meende dat de beslissing op bezwaar van OPTA in de Energis zaak van overeenkomstige toepassing was in haar contractuele relatie met KPN Telecom. Zij achtte in feite de uitspraak in de civiele bodemprocedure niet meer relevant. Indien de rechtbank alsnog zou beslissen dat de overeenkomst over de relevante periode niet meer van kracht was, dan zou OPTA zich immers conform de Energis uitspraak uitspreken over de terminating tarieven van BT Ignite. De voorzieningenrechter vindt in zijn uitspraak van 18 maart 2002¹³ evenwel dat BT Ignite met te grote mijlslaarzen de kwestie probeert af te wikkelen. Hij overweegt dat - anders dan BT Ignite doet voorkomen - het oordeel van OPTA over de terminating tarieven van BT Ignite geenszins vaststaat¹⁴ en bovendien een beroep aanhangig is bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) tegen de beslissing op bezwaar in de Energis zaak. De vordering van BT Ignite is onder deze omstandigheden onvoldoende aannemelijk. In de bodemprocedure deed de Rechtbank op 23 mei 2002 uitspraak. Het vonnis is geheel in lijn met de Energis-zaak. Nadat de Rechtbank oordeelt dat na 1 juli 1999 op basis van de (uitleg van de) interconnectieovereenkomst de oorspronkelijk overeengekomen tarieven niet meer gelden (als gevolg van een wijzigingsverzoek van KPN Telecom), stelt de Rechtbank vast dat het aan OPTA is de tarieven tussen partijen vast te stellen.

De civiele rechter vs. OPTA

Zowel Energis als BT Ignite hadden met KPN Telecom een dispuut over de uitleg van de interconnectieovereenkomst. Het betrof hier de contractuele bepaling over de wijziging van de overeenkomst, hetgeen consequenties kan hebben voor de overeengekomen tarieven. KPN Telecom meende dat de oorspronkelijk overeengekomen tarieven voor de terminating dienst van Energis en BT Ignite niet meer golden. Ter nakoming van de naar hun mening openstaande bedragen, adieerden zij de civiele rechter. Dit ligt voor de hand. Niet alleen is de civiele rechter de rechter bij uitstek voor de uitleg van contractuele bepalingen, maar bovendien lijkt OPTA hiertoe niet bevoegd gezien de tekst van artikel 6.3, lid 2 Tw. OPTA kan slechts bezien of de contractuele bepalingen "strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens deze wet" en niet op basis van het generieke verbintenissenrecht de overeenkomst uitleggen. Dit wil evenwel niet zeggen dat het omgekeerde niet zou kunnen: de civiele rechter kan op basis van zijn algemene bevoegdheid de tarieven vast stellen die tussen partijen hebben te gelden. De civiele rechter in de bodemprocedure van Energis deelt deze mening echter niet. In het tussenvonnis van 21 december 2000 geeft de rechtbank aan dat zij slechts bevoegd te zijn in een zaak waar het gaat om een "vordering tot nakoming van reeds uit de overeenkomst blijvende betalingsverplichtingen". Indien de betalingsverplichtingen niet reeds uit de overeenkomst voortvloeien, is het niet aan de civiele rechter om vast te stellen welke tarieven dan wel dienen te gelden. Hiertoe is - naar de visie van de rechtbank - OPTA

¹³ Vonnis in kort geding van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector civiel recht van 18 maart 2002 inzake BT Ignite vs. KPN Telecom (rolnummer KG 02/248)

¹⁴ 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. Uit deze uitspraak volgt dat een besluit van OPTA in een interconnectiegeschil slechts bindend is voor de bij het geschil betrokken partijen.

ingesteld, met speciale bevoegdheden en speciale deskundigheid. Dit standpunt leidt ertoe dat eerst de civiele rechter moet vaststellen of er een geldig tarief is overeengekomen. Is dit niet het geval, dan dient OPTA vervolgens op verzoek van een der partijen alsnog het tarief te bepalen op grond van de Tw. Zo gebeurde in de Energis zaak. Het ligt in de lijn van verwachting dat in de BT Ignite zaak (door dezelfde rechtbank) op dezelfde wijze zal worden beslist.

Conform deze door de rechtbank uitgezette grensafscheiding handelde BabyXL in de civiele procedure die zij tegen KPN Telecom initieerde bij de rechtbank Rotterdam. In het vonnis van 29 november 2001¹⁵ achtte de rechtbank zich bevoegd zich over de vorderingen van BabyXL uit te laten. De vordering van BabyXL was niet gericht op de vaststelling van de tarieven voor bijzondere toegang - daartoe had zij reeds een geschil tegen KPN Telecom aanhangig gemaakt bij OPTA - doch zij had als juridische grondslag *onverschuldigde betaling* en *onrechtmatige daad* gekozen. De bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en OPTA wordt op treffende wijze door de rechtbank samengevat:

"Deze specifieke bevoegdheid van OPTA en de aansluitende met waarborgen omringde rechtsgang hebben tot gevolg dat de burgerlijke rechter zich - uitzonderlijke gevallen daargelaten - heeft te onthouden van zelfstandige beoordeling van de vraag of de genoemde in verband met interconnectie en bijzondere toegang bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet. Dat raakt evenwel niet de bevoegdheid van de rechtbank in de zin van artikel 53 RO, doch betreft de vraag of de vordering kan worden toegewezen.

Genoemd artikel 6.9 juncto artikel 6.3, lid 2, Tw geeft OPTA niet de bevoegdheid om ter beslechting van de aangeduide geschillen meer te doen dan regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden. Tot die bevoegdheid behoort niet de veroordeling van een der partijen wegens onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad als thans door BabyXL wordt gevorderd. (In de executie van dergelijke besluiten van OPTA is ook niet in de wet voorzien.) De Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet bieden dus niet een procedure waarin BabyXL een zelfde uitspraak, of een uitspraak met in wezen hetzelfde effect, kan krijgen als zij thans vordert."

De rechtbank raakt hier de kern van het probleem: in de Tw is geen regeling opgenomen voor de executie van de uitspraken van OPTA. De uitspraak van het zelfstandig bestuursorgaan verschaft de winnende partij geen titel tot executie. Zoals aangegeven door de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 19 februari 2002, kan slechts tot *betaling* worden gedwongen na tussenkomst van de civiele rechter. De civiele rechter dient eerst de verschuldigdheid van de vordering vast te stellen, alvorens een verplichting tot betaling bestaat. Vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is deze omissie in de Tw niet te rechtvaardigen. Niet alleen doet het afbreuk aan de effectiviteit van het ingrijpen door OPTA, maar bovendien betekent dit - in de context van interconnectieovereenkomsten - dat met name concurrenten van KPN Telecom een lange weg te gaan hebben voordat zij tot incasso van de aan hen toekomende gelden kunnen overgaan. Nu er door de wetgever voor gekozen is, dergelijke geschillen te laten beslechten door een zelfstandig bestuursorgaan in plaats van de civiele rechter, dient hier de consequentie aan te worden verbonden dat de uitspraak van

¹⁵ Vonnis van 29 november 2001 van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, in de zaak CLEC Netherlands B.V. en BaByXL Broadband DSL vs. KPN Telecom B.V., zaak-/rolnummer: 156783/HA ZA 01-1308.

OPTA ook uitvoerbaar bij voorraad is. In navolging van het civiele procesrecht, zou de wederpartij in geval van executie een executiegeschil aanhangig kunnen maken, indien hij meent dat ten onrechte tot executie wordt overgegaan.

De negatieve gevolgen van het ontbreken van een executoriale titel in geval van een uitspraak door OPTA, zouden aanzienlijk kunnen worden verminderd indien de betrokken onderneming na de procedure bij OPTA via een spoedprocedure bij de civiele rechter tot incasso zou kunnen overgaan. Uit de Energis zaak blijkt echter dat deze weg niet open staat. De voorzieningenrechter meent (in het vonnis van 14 mei 2002) dat *ondanks* (i) het primaire besluit van OPTA, (ii) de beslissing op bezwaar van OPTA en (iii) de afwijzing van de voorzieningenrechter van het schorsingsverzoek van KPN Telecom, niet kan worden gezegd dat de verschuldigdheid van de vordering tot incasso "boven redelijke twijfel" is verheven. Het enkele feit dat een beroepsprocedure bij de rechtbank Rotterdam aanhangig was, was voldoende om aan het besluit van OPTA te twijfelen. Dat Energis alsnog haar (subsidiare) vordering kreeg toegewezen, was slechts te wijten aan het feit dat KPN Telecom zelfs op basis van haar eigen berekeningen in gebreke was gebleven te betalen. In de zaak BT Ignite wees de voorzieningenrechter naar mijn mening de vorderingen terecht af, nu zowel de civiele bodemrechter als OPTA nog niet tot een oordeel over de interconnectietarieven van BT Ignite was gekomen. BT Ignite was gewoonweg te vroeg.

Dit standpunt van de civiele voorzieningenrechter heeft tot gevolg dat pas daadwerkelijk tot incasso kan worden overgegaan nadat de zaak eerst bij OPTA (in twee instanties) en bij de bestuursrechter (in twee instanties) is uitgeprocedeerd. KPN Telecom heeft er dus alle belang bij deze beroepsprocedures zo lang mogelijk te rekken om te voorkomen dat de andere partij een executoriale titel verkrijgt. Hoewel dit standpunt van de voorzieningenrechter wellicht vanuit het burgerlijk procesrecht begrijpelijk is, leidt de toepasselijkheid van deze procesregels voor de betrokken telecommunicatieondernemingen tot aanzienlijke financiële gevolgen. De telecommunicatiewetgever dient deze omissie recht te zetten.

Daarbij dient door de wetgever tevens aandacht te worden geschonken aan de werking van artikel 112, lid 1 GW. Dit grondwetsartikel bepaalt dat aan de rechtelijke macht de "berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen" is opgedragen. Het lijkt evident dat de beslechting van interconnectiegeschillen onder de reikwijdte van deze bepaling valt.¹⁶ Het CBB is evenwel – in tegenstelling tot de civiele rechter – niet als een gerecht behorend tot de rechterlijke macht in de zin van artikel 116, lid 1 GW op grond van artikel 2 RO aangewezen. Een dergelijke aanwijzing dient alsnog te geschieden, nu de toetsing van de uitspraken van OPTA aangaande dergelijke civielrechtelijke geschillen uiteindelijk in laatste instantie door het CBB plaatsvindt.

¹⁶ Daarbij ga ik er evenwel vanuit dat de bepaling ziet op de procedure na de beslechting van het geschil door (in het onderhavige geval) het bestuursorgaan.

