

Zes jaar Bestuur en Rechtspraak in de Telecommunicatiemarkt

**ZES JAAR BESTUUR EN RECHTSPRAAK
IN DE TELECOMMUNICATIEMARKT**

E.J. Dommering
N.A.N.M. van Eijk
A.T. Ottow
O.L. van Daalen

ISBN 90 757 27 569
Otto Cramwinckel Uitgever 2003
Voor bestellingen: www.cram.nl

Instituut voor Informatierecht (IViR)
december 2003
Amsterdam

SAMENVATTING

Deze studie die door het Instituut voor Informatierecht (IViR, Universiteit van Amsterdam) is uitgevoerd in opdracht van OPTA, omvat een onderzoek naar de jurisprudentie op grond van de Telecommunicatiewet. Het gaat daarbij vooral om de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. De uitspraken van beide colleges zijn in eerste plaats geïnterpreteerd en geordend. Vervolgens is een kwantitatieve en kwalitatieve analyse uitgevoerd. De belangrijkste conclusies van het onderzoek worden hier kort weergegeven:

1. Procedures op grond van de telecommunicatiewet, worden gekenmerkt door lange doorlooptijden. Bij geschillen die door marktpartijen bij OPTA ter beoordeling worden voorgelegd bedraagt de gemiddelde doorlooptijd tussen het aanhangig maken van het geschil en een uitspraak van de rechtbank in de bodemprocedure 970 dagen. Aan deze lange doorlooptijden zijn alle betrokken partijen debet. De regelgever heeft in voorkomende gevallen nagelaten om voor duidelijke en bruikbare regels te zorgen. De besluitvorming bij OPTA en de rechterlijke macht neemt veel tijd, en marktpartijen maken geen optimaal gebruik van de middelen die zij hebben met betrekking tot de voortgang van lopende procedures.
2. Mogelijke oplossingen die bijdragen tot bekorting van de doorlooptijden zijn: het facultatief maken van de bezwaarschriftenprocedure, het invoeren van beroep tegen uitspraken van de voorzieningenrechter of de invoering van rechtspraak in één instantie. Geconstateerd kan worden dat de voorgestelde aanpassingen van de Telecommunicatiewet inmiddels deels voorzien in het afschaffen van de bezwaarschriftenprocedure en beroep in één instantie.
3. Een verhoging van de transparantie van procedures kan tevens bijdragen aan een verbetering van zowel de doorlooptijden als de geschillen zelf. Geconstateerd wordt dat OPTA pas laat met procedureregels is gekomen en dat duidelijke regels omtrent afstemming en samenwerking met andere toezichthouders ontbreken. Ook wordt verbetering aanbevolen met betrekking tot de publicatie van besluiten (het ontbreekt aan consistente publicatie van beslissingen door OPTA en de rechterlijke macht). Verder blijkt dat de bedrijfs-

vertrouwelijke aard van stukken een terugkerende complexiteit is bij de toepassing van het hoor- en wederhoorbeginsel.

4. De juridische geschilpunten waarover de rechtbank Rotterdam (die exclusief bevoegd is met betrekking tot de huidige Telecommunicatiewet) zich heeft uitgesproken, hebben voor een substantieel deel betrekking op bevoegdheidsvraagstukken en het ontbreken van wettelijke grondslag. Gezien het beperkte aantal uitspraken is er nog geen eenduidig beeld omtrent de besluiten van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB).

5. Uit de jurisprudentie blijkt dat in de beslissingen van de Rechtbank Rotterdam – ook al is deze speciaal bevoegd inzake de Telecommunicatiewet – veel fundamentele vraagstukken (mobiele tarieven, internet, toegang tot de kabel) grotendeels onopgelost zijn gebleven. Weliswaar is dit deels te wijten aan een ontbrekend eenduidig regelgevend kader, maar een minder formele benaderingswijze van de rechterlijke macht had mogelijk soelaas kunnen bieden.

6. Een andere conclusie die volgt uit de analyse van de jurisprudentie betreft het feit dat er weinig oog lijkt te zijn voor het ‘civiel effect’, en in het bijzonder voor de consequenties voor de rechtsverhouding tussen betrokken marktpartijen. OPTA heeft in deze weinig gebruik gemaakt van haar handhavingsbevoegdheden. Meer nadruk op de inzet van het handhavingsinstrument verdient aandacht.

7. Geconstateerd wordt dat er hoge eisen worden gesteld aan de te nemen besluiten. OPTA dient in voorkomende gevallen te voldoen aan zware motiveeringsvereisten, hetgeen een afdoende kwaliteit en kwantiteit aan juridische ondersteuning vergt. Hetzelfde geldt voor de rechterlijke macht. Deze randvoorwaarde staat los van hetgeen kan worden bereikt door een betere stroomlijning/bekorting van procedures. Een tekort aan mankracht en kwaliteit kan zelfs de effecten van de nieuwe procedureregels teniet doen. Ook ten aanzien van de besluiten van de rechterlijke macht gelden vergelijkbare uitgangspunten.

8. Preluderend op de implementatie van het nieuwe Europese kader voor de regulering van de communicatiesector, signaleert de studie dat de nieuwe procedures een hoge mate van complexiteit kennen. Het is daarom, zo concludeert het rapport, in hoge mate gewenst meer aandacht te geven aan de juridische component van de besluitvorming (materieel en formeel) dan in het verleden is gedaan.

VOORWOORD

Deze studie omvat een onderzoek naar de jurisprudentie op grond van de Telecommunicatiewet. Het gaat daarbij vooral om de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. De uitspraken van beide colleges zijn in eerste plaats geïnventariseerd en geordend. Vervolgens is een kwantitatieve en kwalitatieve analyse uitgevoerd. In het laatste hoofdstuk zijn conclusies en aanbevelingen geformuleerd.

Het onderzoek werd verricht in opdracht van Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

Amsterdam, oktober 2003

E.J. Dommering
N.A.N.M. van Eijk
A.T. Ottow
O.L. van Daalen

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	5
Voorwoord	7
Lijst van afkortingen	13
1 INLEIDING	15
1.1 Onderzoeksopdracht	15
1.2 Onderzoeksmethode	15
2 KWANTITATIEVE ANALYSE	17
2.1. Inventarisatie jurisprudentie	17
2.2. Doorlooptijden	20
2.3. Beslistijd bezwaar	21
2.4. Juridische geschilpunten	22
3. REGELGEVER	25
3.1. Inleiding	25
3.2. Ontbreken doelstellingen	25
3.3. Begrippenkader	28
3.4. Bevoegdheid	29
4. TOEZICHTHOUDER	31
4.1. Inleiding	31
4.2. Doorlooptijden	31
4.3. Op welke wijze zouden deze doorlooptijden kunnen worden ingekort?	33
4.4. De uitoefening van bevoegdheden door OPTA	37
4.5. Motiveringsgebreken en bewijslast	43
4.6. Overige rechtsbeginselen	52
4.7. Handhaving van besluiten	52
4.8. Samenwerking met andere toezichthouders	53

5. DE RECHTERLIJKE MACHT	55		
5.1. Inleiding	55		
5.2. Doorlooptijden	56		
5.3. De rechterlijke toetsing	57		
5.4. De bevoegdheden van OPTA	57		
5.5. Art. 8:29 Awb problematiek	63		
6. MARKTPARTIJEN	65		
6.1. Inleiding	65		
6.2. Doorlooptijden	65		
6.3. Versnelling procedures	67		
7. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	69		
7.1. Doorlooptijden en procedures	69		
7.2. Procedureregels	72		
7.3. Door de rechter gehanteerde vernietigingsgronden	74		
7.4. Bevoegdheden	75		
7.5. Materiële rechtsvragen (beginselen van behoorlijk bestuur)	77		
A. LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN	81		
B. OVERZICHT KWANTITATIEVE ANALYSE	84		
Data niet-geschilbeslechting	84/85		
Doorlooptijden niet-geschilbeslechting	86/87		
Data geschilbeslechting	88/89		
Doorlooptijden geschilbeslechting	88/89		
Data vergoedingen	90/91		
Doorlooptijden vergoedingen	90/91		
C. TOELICHTING BIJ TABELLEN	93		
Categorie-indeling	94		
Toelichting bij kolommen	94		
Bijzondere gevallen	99		
D. JURISPRUDENTIE OVERZICHT	101		
1.1 Inleiding	101		
1.2 Processuele vraagstukken	101		
1.2.1 Bezwaar- en Beroepstermijn	101		
		1.2.2 Besluit	103
		1.2.3 Belanghebbende	108
		1.2.4 Procesbelang	110
		1.2.5 Geschil	111
		1.2.6 Spoedeisend belang	112
		1.2.7 Maatregelen en handhaving	114
		1.3 Materiële vraagstukken	115
		1.3.1 Interpretatie begrippenkader	115
		1.3.2 Reikwijdte bevoegdheden	137
		1.3.3 Vertrouwelijkheid en artikel 8:29 Awb	149
		1.3.4 Bewijslast en motivering	156
		1.3.5 Overige rechtsbeginselen	161
		1.3.6 Vergoedingen	165
		1.3.7 Overgangskwesties	173
		E. LIJST VAN UITSPRAKEN	175

LIJST VAN AFKORTINGEN

AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
Barp	Besluit algemene richtlijnen post
Boht	Besluit ONP huurlijnen en telefonie
Bud	Besluit Universele Dienstverlening
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CPS	Carrier Pre Selectie
DTe	Dienst uitvoering en toezicht Energie
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
MTA	Mobile Terminating Access
NMa	Nederlandse Mededingings Autoriteit
Mw	Mededingingswet
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Tw	Telecommunicatiewet
UMTS	Universal Mobile Telecommunication System
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wtv	Wet op de Telecommunicatievoorzieningen
ZBO	Zelfstandig bestuursorgaan

1 INLEIDING

1.1 ONDERZOEKSOPDRACHT

Dit onderzoek omvat een analyse van de jurisprudentie van de telecommunicatieregulering. Het betreft met name de jurisprudentie op grond van de Telecommunicatiewet.¹ Om een meer volledig beeld te krijgen is ook telecommunicatiejurisprudentie meegenomen uit de periode gelegen tussen de inwerkingtreding van de Wet OPTA² en de Telecommunicatiewet (periode 1 augustus 1997 tot 15 december 1998). Het gaat primair om uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

Het project is uitgevoerd door het Instituut voor Informatierecht in opdracht van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

Het onderzoek bestaat uit een kwantitatieve inventarisatie gevolgd door een kwalitatieve analyse van deze jurisprudentie. Binnen het onderzoek wordt onder meer aandacht besteed aan aspecten zoals proceduretechnische en Awb-elementen waaronder bewijsregels, openbaarheid van gegevens en doorlooptijden en materiële aspecten zoals de discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder, het door de rechtbank en het CBB gehanteerde beoordelingskader, ontbrekende bevoegdheden en gebreken in argumentatie en onderbouwing aan de zijde van de toezichthouder. Het onderzoek sluit af met conclusies en aanbevelingen.

1.2 ONDERZOEKSMETHODE

In de eerste plaats is getracht een volledig beeld te krijgen van de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven met betrekking tot de telecommunicatiesector. Daarbij bleek dat er geen

¹ *Stb.* 1998, 610.

² *Stb.* 1997, 320.

algemeen toegankelijke bronnen waren voor wat betreft de jurisprudentie (openbare bronnen leverden slechts een gefragmenteerd overzicht op van het totale aantal uitspraken). Bovendien was de jurisprudentie door geen van de betrokken partijen systematisch ontsloten.

Een en ander betekende dat zeer veel tijd moest worden besteed aan het bij elkaar brengen van de jurisprudentie en het ordenen ervan. Deels kon gebruik worden gemaakt van door betrokken partijen beschikbaar gesteld materiaal (OPTA en Rechtbank Rotterdam), maar ook zijn uitspraken boven tafel gekomen na een intensieve eigen zoektocht. Het voor deze studie gebruikte pakket aan uitspraken is dan ook het meest complete dat beschikbaar is. In Bijlage E is het overzicht van uitspraken opgenomen.

Ten einde een volledig begrip van de jurisprudentie te kunnen verkrijgen is in voorkomende gevallen eveneens gekeken naar de oorspronkelijke besluiten van OPTA en door OPTA genomen beslissingen op bezwaar. Voor deze besluiten geldt eveneens dat zij niet systematisch zijn ontsloten.

In deze studie is in de eerste plaats de jurisprudentie in kaart gebracht en voorzien van een kwantitatieve analyse. Deze is terug te vinden in het tweede hoofdstuk. De onderliggende data zijn tevens weergegeven in de afdruk van een spreadsheet aan het einde van het rapport.

Vervolgens is een kwalitatieve analyse gemaakt van de jurisprudentie. Dit is gedaan door in te gaan op de positie van de meest betrokken partijen, die ieder in een afzonderlijk hoofdstuk worden besproken: de regelgever, de toezichthouder, de rechterlijke macht en de marktpartijen. Telkens wordt aangegeven op welke manier zij een rol hebben gespeeld bij de ontwikkeling van de jurisprudentie.

De studie rondt af met een hoofdstuk waarin conclusies en aanbevelingen zijn opgenomen.

Jurisprudentie tot en met juli 2003 is systematisch verwerkt in de studie. Latere jurisprudentie is in principe niet meer meegenomen.

2 KWANTITATIEVE ANALYSE

2.1 INVENTARISATIE JURISPRUDENTIE

Door het IViR is in de eerste plaats een kwantitatieve analyse gemaakt van de relevante jurisprudentie.

Uit het verkregen materiaal blijkt dat naar aanleiding van een beroep of een verzoek om voorlopige voorziening tot de peildatum van 1 augustus 2003 166 bestuursrechtelijke uitspraken op grond van de Telecommunicatiewet en de Wet telecommunicatievoorzieningen zijn gegeven.³ Dit zijn de finale uitspraken, dus niet uitspraken tot heropening van het onderzoek of uitspraken van de rechter-commissaris in het kader van artikel 8:29 Awb. Ook de uitspraken op grond van de Postwet zijn niet meegenomen. Uitspraken in verzoeken om opheffing van voorlopige voorzieningen zijn wel meegenomen.

OPTA is bij 70 van deze zaken partij.⁴ De overige zaken, in totaal 96, hebben voornamelijk betrekking op frequentievraagstukken (de verdeling van UMTS-frequenties en de problematiek met betrekking tot de radiofrequenties) en graafrechten. Deze uitspraken blijven in beginsel buiten het onderzoek. Ook de uitspraak van de voorzieningenrechter van 29 juli 2003 (TJ 181) is in het hiernavolgende niet besproken omdat deze te laat in het onderzoek is binnengekomen.

Het CBB heeft in dezelfde periode 7 uitspraken gedaan in de hoger beroepen van de bovengenoemde zaken.⁵ Hierbij zijn tussenuitspraken zoals over het toelaten tot een zaak, doorzending wegens onbevoegdheid, en de prejudiciële vraag in KPN/Denda/OPTA (TJ 138) niet meegenomen. De uitspraak van het

³ TJ 1-23, 25-35, 37-40, 43, 45-71, 74-75, 77-137, 139-152, 155-164, 166-175, 178, 180 en 181. Twee uitspraken zijn door het CBB gedaan in beroep (TJ 6 en 7).

⁴ TJ 3, 4, 6, 7, 11, 14, 21, 22, 26, 27, 30, 32, 33, 37, 39, 46, 48, 49, 51, 64, 65, 66, 68, 70, 74, 75, 77, 78, 79, 80-89, 90, 94, 98, 104, 111, 113, 123, 124, 127-133, 143, 144, 145, 147-150, 158, 163, 166-169, 178, 180 en 181. Twee uitspraken zijn door het CBB gedaan in beroep (TJ 6 en 7).

⁵ TJ 44, 153, 165, 176, 177, 179 en 182.

CBB van 27 augustus 2003 in KPN/OPTA (TJ 182) is wel meegenomen, ondanks het feit dat deze buiten de peildatum van 1 augustus 2003 valt.

In 9 gevallen leidde de bezwaarfase tot een besluit dat gedeeltelijk⁶ (7) of geheel⁷ (2) tegemoetkwam aan het bezwaar, waarvan 5 na een vernietiging of schorsing van het primaire besluit door de rechtbank (voorlopige voorziening of bodemprocedure). De overige bezwaren leidden tot niet-ontvankelijkheid (13)⁸ of ongegrondheid (27).⁹ Hierbij is slechts gekeken naar de beslissingen op bezwaar die uiteindelijk tot een rechterlijk vonnis hebben geleid. Verder zij opgemerkt dat niet alle beslissingen op bezwaar zijn opgenomen in de tabel op grond waarvan deze getallen zijn berekend (zie Bijlage B), aangezien niet altijd bekend is of deze besluiten zijn genomen en, zo ja, op welke datum deze besluiten zijn genomen.¹⁰

Van de beroepen waarbij OPTA betrokken was (43)¹¹ besloot de rechtbank in 13 gevallen de geappelleerde beslissing(en) in beroep geheel of gedeeltelijk te vernietigen.¹² Dit is 30% van de geappelleerde beslissingen. In de gevallen waar

om een schorsing van een besluit van OPTA is gevraagd (20)¹³ heeft de rechter het besluit in 11 gevallen geheel of gedeeltelijk geschorst.¹⁴ Dit is ongeveer 50% van de verzoeken om schorsing.

Voor zover deze zaken zijn geappelleerd heeft het CBB (en de AB in de zaak *Yarosa*) in 4¹⁵ zaken (van een totaal van 7)¹⁶ het oordeel van de rechtbank – in het voordeel van OPTA – geheel of gedeeltelijk vernietigd. Het CBB heeft in het geschil tussen *TPG/OPTA* van 18 juli 2003 het besluit van de rechtbank bevestigd.¹⁷

Onderstaande tabel, ontleend aan het jaarverslag 2002 van OPTA, bevestigt deze getallen. In de periode 1997-2002 zijn door OPTA in totaal 112 bezwaarschriften afgehandeld, waarvan er 3 gegrond werden verklaard en in 8 gevallen (naar de inzichten van het onderzoek is er sprake van 9 relevante zaken) sprake was van een deels gegrond en deels ongegrond bezwaar (of anders gezegd: in 10% van de gevallen was uiteindelijk sprake van een bezwaar dat in een bijstelling van het primaire besluit heeft geresulteerd).

Bezwaren afgedaan in 2002 over periode 1997-2002	
Ingetrokken	27
Ongegrond	30
Deels gegrond, deels ongegrond	8
Gegrond	3
Deels ongegrond, deels niet ontvankelijk	4
Niet ontvankelijk	39
Niet in behandeling genomen	1
Totaal	112

Bron: OPTA, Jaarverslag 2002

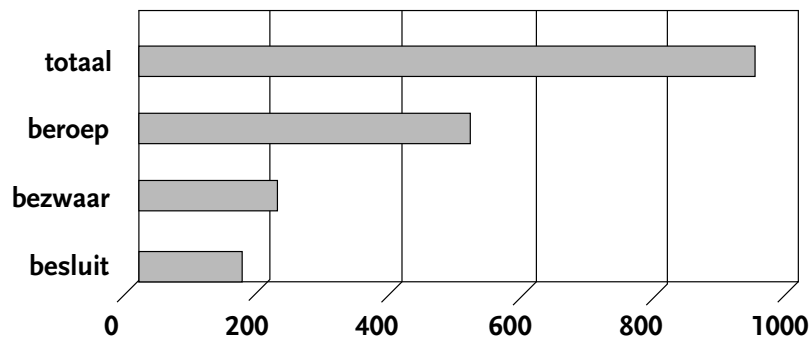
- 6 In willekeurige volgorde: besluit van 29 september 1998 in Versatel/KPN/OPTA (TJ 74 en 165), besluit van 22 januari 1999 in Libertel/OPTA na uitspraak in beroep van CBB (TJ 7), besluit van 1 december 2000 in KPN/OPTA/Energis (TJ 143), besluit van 5 september 2001 in Canal+/OPTA (TJ 144), besluit van 19 juli 2002 in Telfort/O2/KPN/OPTA na voorlopige voorziening (TJ 77 en 157), besluit van 29 september 2002 in KPN/OPTA (TJ 94) en besluit van 7 augustus 2003 in Telez/OPTA na beroep rechtbank (TJ 168).
- 7 In willekeurige volgorde: besluit van 26 maart 2001 in KPN/OPTA ingetrokken na voorlopige voorziening (TJ 37) en besluit van 9 november 2001 in Libertel/OPTA ingetrokken na voorlopige voorziening (TJ 21).
- 8 In willekeurige volgorde: besluit van 10 juli 2000 in Versatel /OPTA/KPN (TJ 131), besluit van 30 juni 2000 in Versatel/OPTA/KPN (TJ 127), besluit van 3 november 2000 in Versatel/OPTA/KPN (TJ 130), besluit van 27 juli 2000 in Energis/OPTA/KPN (TJ 128), besluit van 7 november 2001 in Energis/OPTA (TJ 132), besluit van 7 november 2001 in Versatel/OPTA (TJ 129), besluit van 25 oktober 2000 in Itel/OPTA (TJ 79), besluit van 29 maart 2000 in Versatel/OPTA (TJ 78 en 177), besluit van 3 december 2000 in Yarosa/OPTA (TJ 147 en 176), besluit van 26 september 1997 in Telfort/KPN/OPTA/Versatel (TJ 3), besluit van 27 januari 2000 in UPC/Canal+/OPTA (TJ 149), besluit van 24 april 2002 in DiVA/OPTA (TJ 113) en besluit van 11 april 2002 in Utelisys/OPTA (TJ 145).
- 9 In willekeurige volgorde: besluit van 20 februari 1998 in KPN/OPTA/Telfort/Versatel (TJ 4), besluit van 27 april 1999 in Kerkteléfono/OPTA/KPN (TJ 26), besluit van 26 oktober 2000 in Denda/OPTA (TJ 64), besluit van 25 oktober 2000 in Itel/OPTA (TJ 79), besluit van 12 september 2000 in WEBpoint (TJ 78 en 177), besluit van 27 september 2000 in WEBpoint/OPTA (TJ 78 en 177), besluit van 27 september 2000 in Patrijsstate/OPTA (TJ 75), besluit van 30 november 2000 in VZG/OPTA (TJ 104 en 179), besluit van 12 november 2001 in IJmond/OPTA (TJ 90), besluit van 18 oktober 2002 in KPN/OPTA (TJ 111), besluit van 7 augustus 2003 in Telez/OPTA (TJ 167), besluit van 7 augustus 2003 in Tele2/OPTA (TJ 166), besluit van 5 november 2001 in UBN/OPTA (TJ 180), besluit van 4 november 1999 in Canal+/UPC/OPTA (TJ149 en 14), besluit van 31 juli 2000 in Canal+/UPC/OPTA (TJ149), besluit van 20 maart 2002 in Canal+/UPC/OPTA (TJ149), besluit van 25 januari 2002 in KPN/OPTA/Energis (TJ 124 en 70), besluit van 3 november 1999 in KPN/OPTA/Dutchtone (TJ 33), besluit van 4 december 2000 in KPN/Denda/OPTA (TJ 49 en 138), besluit van 7 november 2001 in IJmond/OPTA/Casema (TJ 169), besluit van 24 juli 1997 in Libertel/OPTA (TJ 7), besluit van 24 juli 1997 in Libertel/OPTA (TJ 7), besluit van 20 juli 2000 in Telediscount/OPTA (TJ 65 en 153), besluit van 12 mei 2000 in KPN/OPTA (TJ 66 en 182), besluit van 24 juli 1997 in Callmax/OPTA (TJ 6), besluit van 5 november 1999 in KPN/OPTA (TJ 46) en besluit van 23 juli 2001 in TeleSpectrum/OPTA (TJ 163).
- 10 De uitkomst van de beslissing op bezwaar van 19 mei 2000 in Talkline/OPTA is bijvoorbeeld onbekend (TJ 30). Zie voor verdere details Bijlage C.
- 11 TJ 6, 7, 33, 46, 49, 51, 64, 65, 66, 68, 74, 75, 78, 79, 80-90, 94, 104, 113, 124, 127-132, 143, 144, 163, 166, 167, 168, 169 en 180.
- 12 Dit zijn TJ 6, 7, 33, 51, 65, 66, 74, 78, 143, 144, 147 (tevens uitspraak in voorlopige voorziening), 149 en 157.

- 13 TJ 3 (tevens uitspraak in bodemprocedure), 4, 11, 14, 21, 26, 27, 32, 37, 39, 70, 77, 98, 111, 123, 133, 147 (tevens uitspraak in bodemprocedure), 148, 150, 178. Hierbij zij opgemerkt dat TJ 181 niet is meegeteld nu deze te laat in het onderzoek is binnengekomen.
- 14 TJ 11, 21, 32, 37, 77, 98, 123, 133, 147 (tevens uitspraak in bodemprocedure), 148 en 178. Hierbij zij opgemerkt dat TJ 181 niet is meegeteld nu deze te laat in het onderzoek is binnengekomen.
- 15 TJ 44, 153, 177 en 179.
- 16 TJ 44, 153, 165, 176, 177, 179 en 182.
- 17 CBB 18 juli 2003, LJN-nr. AI0681 (OPTA/TPG).

2.2 DOORLOOPTIJDEN

De doorlooptijden zijn berekend aan de hand van de beschikbare data, die zijn verwerkt in een tabel die in Bijlage B is opgenomen. De diverse procedures kunnen in een tweetal categorieën worden onderscheiden. Ten eerste zijn er de procedures naar aanleiding van besluiten van OPTA over aan haar voorgelegde geschillen (interconnectie, toegang tot de kabel, tussen partijen te hanteren tarieven, gegevens ten behoeve van de uitgifte van alternatieve telefoongidsen). In de tweede plaats zijn er zaken die niet op geschilbeslechting tussen partijen betrekking hebben. Daarbij gaat het vooral om procedures naar aanleiding van besluiten van OPTA over tarieven (zoals de door OPTA goed te keuren tarieven van KPN en de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht). Hieronder wordt dit onderscheid gemaakt tussen de doorlooptijden binnen de context van de geschilbeslechting, en de doorlooptijden van telecommunicatieprocedures in het algemeen (dus inclusief de geschilbeslechtende besluiten).

Doorlooptijden geschilbeslechting in dagen



Doorlooptijd geschilbeslechting

In het totaal is de gemiddelde doorlooptijd tussen het aanhangig maken van een geschil bij OPTA en een uitspraak van de rechtbank 970 dagen (minimum 542 dagen, maximum 1448 dagen). Tussen het moment waarop partijen een geschil aanhangig maken bij OPTA en het moment waarop OPTA een besluit neemt zitten gemiddeld 192 dagen (met een minimum van 52 dagen en een

maximum van 648 dagen). In het geval dat een van de partijen (of beiden) bezwaar maakt tegen een geschilbeslechtend besluit duurt het gemiddeld 243 dagen voordat OPTA een besluit op bezwaar neemt (minimum 42 dagen, maximum 554 dagen). De Rechtbank Rotterdam doet in beroepen tegen geschilbeslechtende beslissingen op bezwaar uitspraak in 534 dagen (minimum 103 dagen, maximum 1163 dagen).

Doorlooptijd algemeen

De gemiddelde tijd tussen het maken van een bezwaar en een uitspraak in beroep is 626 dagen met betrekking tot alle soorten besluiten (minimum 88 dagen, maximum 1387 dagen). De gemiddelde tijd waarop wordt beslist op bezwaar tegen alle soorten besluiten is 210 dagen (minimum 20 dagen, maximum 706 dagen). De gemiddelde tijd waarin in beroep uitspraak wordt gedaan voor alle besluiten is 416 dagen (minimum 37 dagen, maximum 1163 dagen).

Wordt in hoger beroep gegaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven dan duurt het gemiddeld 344 dagen tot het CBB tot een uitspraak komt (minimum 132, maximum 504).

De doorlooptijd van een verzoek om voorlopige voorziening tot een vonnis is 52 dagen (minimum 7 dagen, maximum 91 dagen). Hier is geen onderscheid gemaakt tussen geschilbeslechtende en niet-geschilbeslechtende besluiten.

2.3 BESLISTIJD BEZWAAR

In het geval van een bezwaarschriftenprocedure dient binnen de gebruikelijke termijn van zes weken door OPTA te worden beslist. Echter, in geval van verzuim van partijen wordt deze termijn met maximaal vier weken worden verlengd tot het verzuim is hersteld. Verder uitstel is mogelijk wanneer de klager daar geen bezwaar tegen heeft. Daarmee kan een bezwaarschriftenprocedure dus een langdurige aangelegenheid zijn.

Uit het overzicht dat door OPTA wordt bijgehouden op haar website blijkt dat er momenteel nog 170 bezwaarschriftenprocedures lopen die ouder zijn dan 10 weken (daarnaast is er nog sprake van overschrijding van de 10 weken termijn bij 39 beroepszaken).¹⁸ Sommige zaken dateren nog van 2000 en 2001. Het zijn

¹⁸ www.opta.nl, onder nieuws en publicaties, lopende zaken. Peildatum 22 september 2003.

allemaal procedures waarbij de marktpartij geen bezwaar heeft tegen verlenging. Dat marktpartijen in beginsel over mogelijkheden beschikken om bij vertraging op te treden blijkt uit de geschillen die door Telez voor de Rechtbank Rotterdam werden gebracht (TJ 166 en TJ 167). Vergelijk ook de *Talkline* zaak, TJ 30, en de *Libertel* zaak, TJ 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88 en 89). Termijnoverschrijding werd door de rechtbank niet geoorloofd geacht en OPTA diende alsnog binnen zes weken te beslissen.

Voorts kan nog worden geconstateerd dat partijen in de regel gebruik maken van de maximale termijn om bezwaar aan te tekenen (zes weken). In het overgrote deel van de bezwaarschriftenprocedures wordt het bezwaarschrift verzonden tussen de vier en zes weken na de uitspraak waartegen bezwaar wordt gemaakt.

Voor wat betreft de Rechtbank Rotterdam en het CBB is geen eenduidig beeld te verkrijgen over de rol van de marktpartijen ten aanzien van doorlooptijden. In de uitspraken van beide organen wordt niet aangegeven of er sprake is van verzoeken tot uitstel. Het is echter niet ongebruikelijk dat er vier tot zes maanden verlopen tussen het instellen van een beroep en het onderzoek ter zitting. Dergelijke termijnen lijken echter in het bestuursrecht niet ongebruikelijk.¹⁹

Uit de jurisprudentie-analyse (in deze inclusief de bezwaarschriftenfase) valt als zodanig niet op te maken in hoeverre marktpartijen strategische overwegingen mee laten wegen bij de bepalingen van hun gedrag op het gebied van doorlooptijden. Daarover worden noch door marktpartijen, noch door de toezichthouder of de rechterlijke macht specifieke opmerkingen gemaakt. In het genoemde overzicht van 170 nog lopende bezwaarprocedures zijn er 32 waarbij de partij met aanmerkelijke marktmacht (KPN of KPN Mobile) de indiener van het bezwaar is en zijn er daarnaast zo'n 40 waar het betreft genomen besluiten in relatie tot de positie of het gedrag van de partij met aanmerkelijke marktmacht.

2.4 JURIDISCHE GESCHILPUNTEN

In de TJ-lijst in Bijlage E zijn de redenen voor vernietiging en schorsing aangegeven, waarbij wordt opgemerkt dat besluiten om meerdere redenen kunnen worden geschorst of vernietigd. Hieronder volgt een samenvatting van deze gronden.

¹⁹ Zo blijkt uit een eerste sondering van betrokkenen.

Van het totaal aantal vonnissen (13) waarin een besluit geheel of gedeeltelijk is vernietigd, zijn 5 onder meer op grond van een bevoegdheidsgebrek vernietigd.²⁰ 2 besluiten zijn onder meer wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (ABBB) vernietigd.²¹ 7 besluiten zijn onder meer wegens strijd met de wet of het ontbreken van een wettelijke grondslag vernietigd.²² Deze zaken hadden betrekking op vergoedingen. 1 besluit (in de zaak Yarosa) is om één andere reden vernietigd.²³

Gronden voor gehele of gedeeltelijke vernietiging	
Bevoegdheidsgebrek	5
Strijd met ABBB	2
Strijd met de wet/ontbreken wett. grondslag	7
Overig	1
Totaal (overlap mogelijk)	13

Van het totaal aantal vonnissen van de rechtbank (11) waarin een besluit geheel of gedeeltelijk is geschorst, zijn 6 op grond van onder meer een bevoegdheidsgebrek geschorst.²⁴ 5 besluiten zijn onder meer wegens strijd met een ABBB geschorst.²⁵ En 2 besluiten zijn om andere redenen geschorst.²⁶

Gronden voor gehele of gedeeltelijke schorsing	
Bevoegdheidsgebrek	6
Strijd met ABBB	5
Overige redenen	2
Totaal (overlap mogelijk)	11

Wanneer wordt gekeken naar de uiteindelijke redenen voor de Rechtbank Rotterdam om besluiten van OPTA te schorsen of vernietigen, dan valt op dat het in een substantieel aantal gevallen gaat over bevoegdheidsvraagstukken en het ontbreken van een wettelijke grondslag. Geconstateerd moet dat worden deze bevoegdheids- en grondslagsvragen ook in het geding zijn bij zaken waaraan

²⁰ TJ 33, 74, 143, 149 en 157.

²¹ TJ 33 en 144.

²² TJ 6, 7, 51, 65, 66, 78 en 144.

²³ TJ 147 (tevens uitspraak in voorlopige voorziening).

²⁴ TJ 11, 37, 77, 98, 133 en 178.

²⁵ TJ 11, 21, 32, 37 en 123.

²⁶ TJ 147 (tevens uitspraak in bodemprocedure) en 148.

grote belangen zijn verbonden, zoals de toegang tot opstelpunten voor mobiele netwerken, die door marktpartijen van grote waarde werd geacht bij de ontwikkeling van hun concurrentiepositie (de zaak *Dutchtone*), en de hoogte van de zogenaamde mobiele terminating tarieven, waarvan het met name in het belang van de eindgebruiker werd geacht dat deze zouden worden verlaagd. Dit beeld wordt genuanceerd door de rechtspraak van het CBB, al valt mede in verband met het kleine aantal uitspraken in hoger beroep daaruit geen eenduidige conclusie te trekken.

3 REGELGEVER

3.1 INLEIDING

De kwantitatieve analyse geeft aan dat in een groot aantal zaken het oordeel van de rechtbank of het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gerelateerd is aan vraagstukken die binnen het domein van de regelgever vallen. In de context van deze studie omvat het begrip regelgever zowel de wetgever als de invulling van nadere regelgevende bevoegdheden in de telecommunicatiewet bij AMvB of ministeriële regeling.

Het gaat daarbij om een aantal vraagstukken. In de eerste plaats is het ontbreken van doelstellingen in de wet aan de orde. Een tweede vraagstuk betreft onduidelijkheden met betrekking tot het van toepassing zijnde begrippenkader. In de derde plaats kan geconstateerd worden dat er onduidelijkheden zijn over bevoegdheden.

3.2 ONTBREKEN DOELSTELLINGEN

In de Telecommunicatiewet zijn niet de doelstellingen van de wet opgenomen en vormen daarmee als zodanig geen expliciet referentiekader voor bij de toepassing van de wet te nemen beslissingen.²⁷ Bij het formuleren van doelstellingen gaat het niet alleen om de algemene doelen die met de wet worden nagestreefd, maar ook om de vraag in welke verhouding eventuele doelstellingen tot elkaar staan (samen te vatten onder de term 'normatief kader'). Het is immers zeer wel denkbaar dat doelstellingen onderling conflicteren in een concrete situatie. In een dergelijk geval draagt een wegingskader (danwel een expliciete wegingsbevoegdheid) ertoe bij dat doelstellingen een werkbaar element zijn bij de besluitvorming.

²⁷ Zie over de doelstellingen in deze: Ottow 2003b, p. 131 e.v. en Dommering e.a. 2001, p. 76-80.

In de preambule van de Telecommunicatiewet wordt aangegeven ‘dat het in verband met de algehele liberalisering van de telecommunicatie-infrastructuur en de telecommunicatiediensten wenselijk is regels te stellen ter waarborging van een samenhangende infrastructuur en ter bevordering van de daadwerkelijke mededinging’. De memorie van toelichting volstaat met het aangeven van een aantal algemene uitgangspunten:²⁸

- Het versterken van de concurrentiepositie van Nederland door eersteklas telecommunicatievoorzieningen en toepassingen.
- De kwaliteit en de toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur
- Het bewaken van maatschappelijke belangen bij de toegang tot en het gebruik van telecommunicatievoorzieningen.

Daarmee zijn ongeveer de belangrijkste beschrijvingen gegeven van wat de doelstellingen van de wet zijn. Het valt op dat de tekst van de preambule niet in lijn is met wat in de memorie van toelichting wordt opgemerkt. Er worden verschillende beschrijvingen gehanteerd (is ‘samenhangende infrastructuur’ hetzelfde als ‘eersteklas telecommunicatievoorzieningen’ en waar zijn in de preambule de maatschappelijke belangen gebleven die volgens de memorie van toelichting uitgangspunt zijn?). Daar komt bij dat in de wetsgeschiedenis niet helder te vinden is wat de relatie is tussen de preambule, doelstellingen, uitgangspunten, de tekst van de wet en de uitvoering van de wettelijke bepalingen.

De gekozen systematiek wijkt overigens niet substantieel af van hetgeen in Nederland gebruikelijk is. Het expliciteren van doelstellingen en wegingskaders staat deels haaks op heersende opvattingen met betrekking tot het primaat van de wetgever en het toetsingsverbod. Zeker in het geval van zelfstandige bestuursorganen wordt het niet wenselijk geacht dat deze beschikken over een specifieke discretionaire bevoegdheid. Het dispuut over de rol van de toezichthouder in de telecommunicatiesector is gekend: geen ‘regulator’ maar slechts uitvoerder van regels. Dit uitgangspunt is meermalen bevestigd, onder andere bij de evaluatie van OPTA.²⁹ Ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven ging in de *Dutchtone* zaak niet in op het door OPTA naar voren gebrachte standpunten over haar ‘regulatory function’ (TJ 44). Consequentie is

²⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 533, nr. 3, p. 2-4.

²⁹ *Kamerstukken II 2001/02*, 21 639, nr. 56. Zie ook de brief van de staatssecretaris van OCW naar aanleiding van een motie waarin gevraagd wordt om een notitie over de relatie tussen OPTA en NMA: *Kamerstukken II 2001/02*, 27 088, nr. 27.

onder meer dat het uitgebreide wegingskader zoals aanwezig in de overwegingen van het Europese richtlijnenkader evenmin rechtstreeks relevant is en als zodanig gebruikt kan worden bij het nemen van besluiten. Hetzelfde geldt voor normerende bepalingen uit de richtlijnen zelf. Wel spelen zij indirect een rol wanneer de wetsgeschiedenis wordt gebruikt als toetsingskader en daarbij wordt verwezen naar bijvoorbeeld het richtlijnenkader.

Desalniettemin is te constateren dat met enige regelmaat wordt gepoogd om via een beroep op de doelstellingen van de wet of het richtlijnenkader alsnog generiek normerende aspecten te betrekken in procedures. Veelal wordt een dergelijk beroep gedaan bij vragen omtrent begrippen en bevoegdheden. In de *Dutchtone* zaak (TJ 44) blijkt dat het CBB in ieder geval bereid is om aan OPTA enige discretionaire marge toe te kennen, die OPTA in haar oorspronkelijke besluit mede ontleende aan de doelstelling van de betreffende wetbepaling (artikel 3.11 Tw), namelijk ruimtelijke orderingsdoelstellingen en mededingingsrechtelijke doelstellingen.³⁰ In de zaak over de MTA-tarieven (TJ 133) laat de Rechtbank Rotterdam in het midden of OPTA een algemene bevoegdheid heeft tot ‘mededingingsrechtelijk’ ingrijpen.

In de voorstellen tot aanpassing van de Telecommunicatiewet ter implementatie van het nieuwe Europese richtlijnenkader wordt in artikel 1.3 bepaald dat OPTA bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden *in ieder geval* rekening houdt met de doelstellingen zoals deze zijn te vinden in artikel 8 van de Kaderrichtlijn. In dit artikel worden de belangrijkste doelstellingen van het nieuwe kader benoemd (zoals concurrentie en bescherming van de belangen van eindgebruikers). In de eerste plaats wekt het bevreemding dat het artikel niet geldt voor de minister. Men zou zich kunnen voorstellen dat ook de minister bij het uitoefenen van zijn regulerende bevoegdheden binnen de doelstellingen van de Kaderrichtlijn dient te blijven. In de tweede plaats blijft in het luchtledige hangen wat de betekenis van de bepaling is. Betekent dit dat OPTA met een beroep op de doelstelling van de Kaderrichtlijn de tekst van overige bepalingen in de Telecommunicatiewet terzijde kan zetten? Moet verder uit ‘in ieder geval’ worden opgemaakt dat de doelstellingen van de Kaderrichtlijn (of artikel 1.3) niet limitatief zijn? Een nadere toelichting is nodig om duidelijkheid te scheppen over de vraag of er in de herziene Telecommunicatiewet wel sprake is van een bij het toezicht te hanteren normatief kader.

³⁰ Zie bijvoorbeeld de beslissing op bezwaar dd. 3/11/1999 opta, p. 3.

3.3 BEGRIPPENKADER

Onduidelijkheden met betrekking tot het in de regelgeving gehanteerde begrippenkader leiden ertoe dat aan een toezichthouder en de rechter maar in beperkte mate richting wordt gegeven bij het nemen van besluiten.³¹ Mede hierdoor dienen beiden in voorkomende gevallen zelfstandig een interpretatie te geven over de gebruikte begrippen, hetgeen een eigen beoordelingsvrijheid met zich meebrengt. In de onderdelen over de toezichthouder en de rechterlijke macht wordt nader op dit aspect ingegaan. Hier ligt het accent op de analyse van situaties waarbij de betekenis van begrippen onvoldoende duidelijk is of blijkt te zijn. Uit de kwantitatieve analyse blijkt dat onduidelijkheid over de betekenis van begrippen veelvuldig voorkomt en daarmee een van de belangrijkste bronnen voor geschillen, besluiten en rechterlijke interventie is. Het gaat dan bijvoorbeeld om begrippen die geen definitie in de Telecommunicatiewet hebben.

Om toch tot een invulling van niet gedefinieerde begrippen te geven wordt met regelmaat een beroep gedaan op de wetsgeschiedenis. Dit is onder meer het geval met de inkadering van kerktelefonie (art 1.1 Tw), ‘nummers met bijbehorende informatie’ (43 Boht) in de *Denda* zaak (TJ 49/TJ 138), en interconnectie (6.1 Tw) in *KPN/Energis* (TJ 143). De problematiek doet zich dus niet alleen voor bij begrippen uit de wet maar ten aanzien van bepalingen in AMvB’s.

Een klassiek voorbeeld vormt het begrip ‘het medegebruik van antenne-opstelpunten’ (artikel 3.11 Tw). De president van de Rechtbank Rotterdam (TJ 11) schorst het onderliggende besluit van OPTA omdat hij de opvatting van verweerder steunt dat door OPTA een onjuiste uitleg zou zijn gegeven van de term. Daarbij beroept de president zich op de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis. Een concreet houvast in de wet zelf ontbreekt dus in zijn optiek. De president komt daarop met een eigen invulling van het begrip antenne-opstelpunt. Ook het CBB (TJ 44) komt in hoger beroep niet tot de conclusie dat de uitleg van het begrip volgt uit de wet. De betekenis ‘moet worden beschouwd in de context van de bedoelde verplichting’. De reikwijdte van de verplichting om medegebruik toe te staan dient naar de mening van CBB te worden vastgesteld met inachtneming van de bedoeling ervan.

³¹ Zie in deze ook: Dommering e.a. 2001, p. 80-83.

Een andere interessant voorbeeld betreft de zaak over MTA-tarieven (TJ 133). Op grond van (de toelichting op) artikel 6.1 Tw had OPTA geoordeeld dat deze (interconnectie)tarieven niet excessief mogen zijn. Hierbij zou het naar de mening van OPTA ook gaan om de vraag of sprake was van excessief vanuit eindgebruikersperspectief (en dus niet uitsluitend vanuit de positie van aanbidders). De voorzieningenrechter kiest een andere interpretatie en concludeert dat tariefsingrijpen alleen geboden is wanneer er misbruik is van de verplichting tot interconnectie door het stellen van te hoge tarieven.

In de *Patrijsstate* zaak (TJ 75) zien we dat de door OPTA gekozen ruime interpretatie van begrippen (in casu ‘informatiedienst’ en ‘ingebruikname’) zonder verdere discussie door de rechtbank wordt overgenomen.

3.4 BEVOEGDHEID

De Telecommunicatiewet voorziet in beginsel in een driedeling voor wat betreft bevoegdheden. Bevoegdheden tot het nemen van besluiten liggen (behoudens enige specifieke onderwerpen zoals frequenties, die hier verder niet aan de orde zijn) bij de toezichthouder, OPTA. De bevoegdheden van OPTA zijn onder te verdelen in a) specifieke bevoegdheden met betrekking tot geschillen, b) specifieke bevoegdheden met betrekking tot overige aangelegenheden en c) handhavingbevoegdheden.

Ten aanzien van geschilbeslechting is nadrukkelijk gekozen voor een *ex-post* systeem. Eerst wanneer er een geschil is komt aan OPTA de bevoegdheid toe zich met geschillen tussen marktpartijen te bemoeien. Deze geschilbeslechttingsbevoegdheid is niet generiek, maar beperkt zich tot onder meer interconnectie (artikel 6.3 Tw), bijzondere toegang (artikel 6.9 Tw), huurlijnen (artikel 7.7 Tw) en geschillen tussen kabelexploitanten en aanbidders van programma’s (artikel 8.7 Tw). De jurisprudentie geeft aan dat er inderdaad eerst sprake moet zijn van een geschil voordat OPTA bevoegd is te oordelen. Voorbeelden hiervan zijn de MTA-zaken (TJ 133) en het geschil tussen UPC en Canal+ (TJ 149).

In de tweede plaats kent de wet specifieke beslissingsbevoegdheden van de toezichthouder. Deze hebben veelal een *ex-ante* karakter. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aanwijzing van partijen met aanmerkelijke marktmacht en het opleggen van verplichtingen aan deze partijen (artikel 6.4 e.v. Tw), aanwijzingen van met betrekking tot het verplicht aanbieden van huurlijnen (artikel 7.2 Tw) en tarieven en voorwaarden met betrekking tot huurlijnen en telefonie

(artikel 7.3 en 7.4 Tw) en het geven van aanwijzingen inzake de toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen (artikel 8.6 Tw).

Ten derde beschikt OPTA op grond van hoofdstuk 15 Tw over handhavingsbevoegdheden. Het is de vraag of hoofdstuk 15 voorziet in een algemene handhavingsbevoegdheid. Dit is in de literatuur wel bepleit. Tot op heden blijkt uit de jurisprudentie vooralsnog een restrictieve benadering. Bij de wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de invoering van het nieuwe Europese kader, is het karakter van de handhavingsbevoegdheid op grond van hoofdstuk 15 aan de orde geweest. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de handhavingsbevoegdheid moet worden onderscheiden van de geschilbeslechting. Optreden op basis van hoofdstuk 15 heeft plaats omdat OPTA heeft geconstateerd dat een directe verplichting uit de wet of daarop gebaseerde regelgeving niet wordt nageleefd of omdat OPTA een klacht heeft ontvangen inzake een – vermeende – schending van een dergelijke verplichting. Daarmee lijkt niet uitgesloten dat de handhavingsbevoegdheid van hoofdstuk 15 worden ingeroepen wanneer het betreft de naleving van de uitkomsten van een interconnectiegeschil of wanneer partijen niet voldoen aan de voorgeschreven interconnectieverplichting.

4 TOEZICHTHOUDER

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komt aan de orde welke conclusies uit de jurisprudentie kunnen worden getrokken uit het optreden van OPTA zelf. In het hierna volgende zal worden geanalyseerd of OPTA haar besluitvormingsproces op een andere wijze had kunnen aanpakken en welke lessen uit de jurisprudentie kunnen worden getrokken. Deze analyse zal gepaard gaan met suggesties tot verbetering van het proces.

Van de in het totaal 43 beroepszaken waarbij OPTA betrokken was, zijn in 13 gevallen de besluiten van OPTA geheel dan wel gedeeltelijk vernietigd. Daarnaast is in 20 gevallen schorsing bij de voorzieningenrechter gevraagd, waarvan in 11 gevallen een schorsing is uitgesproken.³² Bij het CBB was sprake van 7 uitspraken, waarbij in 4 gevallen de uitspraak van de rechtbank werd vernietigd.

Daarnaast zal – voor zover relevant – enkele bestuurszaken, waarbij de positie van de NMa of the DTe aan de orde was en enkele civiele uitspraken, waarbij de positie van OPTA in het geding was, worden besproken. De analyse van deze uitspraken (en de daaraan ten grondslag liggende primaire besluiten en beslissingen op bezwaar) levert het volgende beeld op.

4.2 DOORLOOPTIJDEN

Over het algemeen kan worden geconcludeerd dat bij de afhandeling van geschillen en de behandeling van bezwaarschriften sprake is van lange doorlooptijden.³³ Het optreden van OPTA heeft hierdoor aan effectiviteit ingeboet: “de slagvaardigheid van het toezicht is ernstig door de lange doorlooptijden

³² Hierbij zij opgemerkt dat TJ 181 niet is meegeteld, omdat deze te laat in het onderzoek is binnengekomen.

³³ Vgl. Ottow 2000.

van de procedures geschaad³⁴. Om op korte termijn concurrentie daadwerkelijk tot stand te brengen en markten open te breken, zijn in de ONP richtlijnen diverse bevoegdheden neergelegd, waarbij de sectorspecifieke toezichthouder *ex ante* kon optreden en de markt met generieke maatregelen kan sturen. Een belangrijk kenmerk van deze regulering is dat sprake is van marktorde-ningsrecht. De economische context is van groot belang, waarbij een markt die voorheen (bijna volledig) gecontroleerd werd door een monopolist, nu via actief optreden wordt open gebroken. De telecommunicatiemarkt betreft een netwerkmarkt: de monopolist beschikt over netwerken, waartoe nieuwe telecommunicatieondernemingen toegang dienen te verkrijgen, willen zij (op korte termijn) diensten aan gebruikers kunnen aanbieden.³⁵ Er is hierdoor een grote afhankelijkheid van de *incumbent* voor deze nieuwkomers. Zonder de medewerking van de *incumbent*, kunnen zij in veel gevallen geen diensten aanbieden. Dit doet zich met name voor bij de koppeling van netwerken (zgn. interconnectie) en de toegang tot netwerkonderdelen (bijvoorbeeld bij ontbundelde toegang en collocatie). Daarbij speelde (en in zeker opzicht doet het dat nog steeds) het element tijd een belangrijke rol. Gezien de voor nieuwkomers te verrichten investeringen dienen zij zo snel mogelijk een voet aan de grond te krijgen en hun diensten aan te bieden. De gedragingen van de (voormalige) monopolist, de *incumbent*, zullen er dan ook altijd op zijn gericht vertragingen in het proces te bewerkstelligen. Bovendien doen zich op de markt snelle, technologische ontwikkelingen voor. Dit maakt het tot een zeer dynamische markt, waarop veranderingen zich snel afspelen. Het optreden van een toezichthouder en de rechter dient hierop te zijn ingesteld. Het tijds-element is cruciaal, zowel voor nieuwkomers als voor de *incumbent*.

Van geschil tot besluit duurt de procedure gemiddeld 192 dagen (met een minimum van 52 dagen en een maximum van 648) dagen. In de huidige Tw wordt in artikel 6.3, lid 3 sub a vereist dat OPTA binnen een termijn van 6 maanden (ter vergelijking: 24 weken c.q. 180 dagen) het besluit in het geschil dient te nemen. Als gevolg van de nieuwe richtlijnen, is in het huidige ontwerp ter wijziging van de Tw in artikel 12.5, lid 1 Tw een termijn van maximaal 17 weken (119 dagen) opgenomen. Naar de huidige maatstaven noch naar de nieuwe maatstaven heeft OPTA binnen de wettelijke termijn haar besluiten genomen. OPTA heeft in het verleden ter verdediging aangevoerd dat de berekening van

³⁴ Dommering 2003, paragraaf 2.1.4 (Marktregulering).

³⁵ Voor de economische achtergronden van een dergelijke netwerkmarkt: Van Damme & Hancher 2000. Voor de reguleringsaspecten van dergelijke markten: Dommering 2002.

de termijn wordt geschorst indien een van de partijen nadere stukken c.q. informatie aan OPTA dient te verstrekken.³⁶ De termijn zou dan pas weer gaan lopen nadat OPTA deze informatie heeft ontvangen. Deze termijnberekening zou de uitkomst wellicht enigszins kunnen beïnvloeden doch dat kan de termijnoverschrijding niet in zijn geheel rechtvaardigen.³⁷ Bovendien moet worden geconstateerd dat door OPTA strakker de hand zou kunnen worden gehouden aan de aan partijen gegunde termijnen en OPTA zelf ook efficiënter stukken zou kunnen doorsturen om het gehele proces te versnellen. Daaraan doet vanzelfsprekend niet af dat de betrokken marktpartijen ook zelf het nodige kunnen doen aan het versnellen van het besluitvormingsproces (zie over de positie van marktpartijen hoofdstuk 6 van dit rapport).

Wat de beslistermijnen in de bezwaarfase betreft, voldoet OPTA in zijn algemeenheid ook niet aan de wettelijke termijn van 10 weken met een eenmalige verlenging van vier weken (artikel 7:10 Awb). Gemiddeld nam OPTA 243 dagen (minimaal 42 en maximaal 554 dagen) – ongeveer gemiddeld 38 weken – voor het nemen van een beslissing op bezwaar (voor zover de bezwaren zien op geschilbeslechting, zie tevens Bijlage B bij dit rapport). Verscheidene malen is OPTA voor het overschrijden van deze beslistermijn door de Rotterdamse rechter op de vingers getikt. Zie in dit verband de in Bijlage 1.2.1 genoemde zaken van *Talkline* (TJ 30), *Libertel* (TJ 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88 en 89) en *Tele2* (TJ 166, 167 en 168).

4.3 OP WELKE WIJZE Zouden DEZE DOORLOOPTIJDEN KUNNEN WORDEN INGEKORT?

Procedureregelingen

OPTA heeft door de publicatie van het Procedureregeling geschillen OPTA³⁸ en de invoering van de zogenaamde procesdifferentiatie³⁹ reeds een efficiëntieslag gemaakt. Helaas zijn deze regelingen pas vier jaar na de oprichting van OPTA tot stand gebracht. Hierdoor is lange tijd onduidelijk gebleven op welke wijze

³⁶ Schnezler 2000.

³⁷ In dit verband dient te worden gewezen op de jurisprudentie ontwikkeld ten aanzien van het Europese mededingingsrecht, waar het HvJ EG duidelijke grenzen heeft gesteld aan de bevoegdheid van de kartelautoriteit om vragen te stellen met slechts tijdswinst als doel: zie HvJ EG 15 februari 2001, zaak C-99/98 (*Oostenrijk/Commissie*).

³⁸ *Stct.* 2001, 138.

³⁹ Zie Vierde Afdeling van de Procedureregeling geschillen OPTA, waarin drie soorten procedures worden onderscheiden: (i) gewone procedure, (ii) versnelde procedure en (iii) vereenvoudigde procedure.

OPTA invulling gaf aan deze procedures, hetgeen tot de nodige vertraging heeft geleid. Bovendien zien deze regelingen slechts op de geschilprocedures en niet op andere procedures (bijvoorbeeld aanwijzingen, goedkeuringsprocedures en bezwaarschriftprocedures). In de nieuwe Tw zal OPTA veel aandacht dienen te schenken aan de verschillende stadia van het besluitvormingsproces voor diverse besluiten. Immers, als gevolg van de nieuwe richtlijnen gelden zware consultatieverplichtingen en inspraakrondes van diverse organen.⁴⁰ Indien OPTA deze procedurevoorschriften niet zorgvuldig opvolgt, loopt zij het risico dat de rechter besluiten zal schorsen of vernietigen wegens onzorgvuldige besluitvorming. Het verdient aanbeveling dat OPTA de te volgen (stadia van de diverse) procedures op transparante wijze vooraf bekend maakt. Zo niet, dan zal dit opnieuw tot de nodige vertragingen leiden.

Voorlopige besluiten

Een ander instrument dat OPTA beschikking staat ter ‘verzachting’ van de lange doorlooptijden, is de mogelijkheid tot het nemen van voorlopige besluiten hangende de geschilprocedure in spoedeisende gevallen (zie art. 6.3, lid 3, sub b Tw en art. 12.5, lid 2 Tw nieuw). OPTA heeft van deze mogelijkheid tot op heden in incidentele gevallen gebruik gemaakt: het betreft – voor zover bekend 15 voorlopige besluiten, waarbij de beslistermijn varieert tussen 1 maand en 1 jaar. OPTA heeft geen beleidsregels gepubliceerd waaruit blijkt op welke wijze zij met verzoeken om voorlopige maatregelen omgaat en in welke “spoedeisende gevallen” zij tot ingrijpen overgaat. In tegenstelling tot de d-g NMa,⁴¹ heeft OPTA ten aanzien van dergelijke verzoeken (in haar besluiten) geen (openbare) criteria ontwikkeld. Publicatie van de criteria in welke gevallen OPTA bereid is voorlopige maatregelen te treffen zou leiden tot meer transparantie en zou OPTA werk kunnen besparen bij de afhandeling van bij voorbaat kansloze verzoeken. Tot op heden heeft slechts in één geval een inhoudelijke beoordeling van een voorlopig besluit van OPTA door de rechter plaatsgevonden. In de zaak *UPC* (TJ 150) oordeelde de voorzieningenrechter dat bij een “voorlopige ordemaatregel” binnen het kader van een versnelde procedure OPTA een tijdelijk tarief kan vast stellen. De voorzieningenrechter achtte het daarbij aanvaardbaar – althans niet kennelijk onrechtmatig – nu het ging om een versnelde procedure dat OPTA geen mogelijkheid had gezien een uit-

⁴⁰ Deze stadia van de procedures worden besproken door Ottow 2003a.

⁴¹ Deze criteria heeft de d-g NMa duidelijk vastgelegd in haar besluiten ten aanzien van voorlopige maatregelen. Zie bijvoorbeeld Besluit op bezwaar van 11 augustus 1998 inzake NWI/PCM en De Telegraaf (zaaknr. 89), www.nmanet.nl

gebreed onderzoek te doen en aanvaardde de door OPTA gekozen route bij het vaststellen van een voorlopig tarief. In de zaak *Enertel/KPN*⁴² kwam in een civielrechtelijk kort geding slechts zijdelings de weigering door OPTA tot het nemen van een voorlopige voorziening ter sprake. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat OPTA de zaak te ingewikkeld vond en nader onderzoek noodzakelijk achtte. De voorzieningenrechter oordeelde dat – gezien het nog hangende onderzoek van OPTA – de zaak eveneens te ingewikkeld was om af te doen in kort geding.

Externe bezwaaradviescommissie

Ten aanzien van de bezwaarschriftprocedure kan de vraag worden gesteld of OPTA de mogelijkheden van de Awb voldoende heeft benut door niet gebruik te maken van de mogelijkheid om in de bezwaarschriftenfase, althans in ‘hard cases’ een externe bezwaaradviescommissie in te schakelen met gemengde expertise.⁴³ Die mogelijkheid biedt de Awb in art. 7:13. Het Commissariaat voor de Media⁴⁴ en de NMa⁴⁵ (in geval van overtredingen van de Mw) kennen een dergelijke adviescommissie wel, hetgeen de kwaliteit en professionaliteit van de procedure en besluitvorming ten goede komt. Door te werken aan de hand van een procedurereglement kan strakker de hand worden gehouden aan termijnen en verloopt de procedure transparanter. De Procedureregeling geschillen van OPTA is niet van toepassing op bezwaarschriftenprocedures.

Rechtstreeks beroep

Ter verkorting van de geldende doorlooptijden is diverse malen gepleit voor het invoeren van een facultatieve bezwaarschriftprocedure of de mogelijkheid van rechtstreeks beroep.⁴⁶

Ook OPTA heeft diverse malen gepleit voor aansluiting bij het voor de NMa geldende regime, waar in het ZBO-wetsvoorstel⁴⁷ gekozen was voor de mo-

⁴² V.zr. Rotterdam 25 februari 1999, *Computerrecht* 1999/2, p. 78-81, m.nt. A.T. Ottow, besproken in Ottow 2002b.

⁴³ Dommering 2003.

⁴⁴ Regeling inzake de behandeling van bezwaarschriften door de Adviescommissie bezwaarschriften, gepubliceerd op de website van het Commissariaat voor de Media: www.cvdn.nl.

⁴⁵ Zie art. 92 Mw en het Besluit van 4 augustus 1998, *Starr.* 1998, 146, gewijzigd bij besluit van 27 juni 2000, *Starr.* 2000, 122 (gerectificeerd *Starr.* 2000, 124H).

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld: Ottow & Schong 2002 en Ottow 2003b, p. 204-205.

⁴⁷ Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (gewijzigd voorstel van wet d.d. 5 februari 2002), *Kamerstukken I* 2001/02, 27 639, nr. 228.

gelijkheid tot het overslaan van de bezwaarfase.⁴⁸ Ook andere EG-landen (met uitzondering van Denemarken) kennen in telecommunicatiezaken geen bezwaarschriftprocedure.⁴⁹

Het overslaan van de bezwaarschriftprocedure heeft diverse voor- en nadelen. Van der Meulen pleit ervoor niet te snel tot afschaffing van deze fase van de besluitvorming over te gaan, met name gezien het belang van het uitkristalliseren van de feiten en de mogelijkheid van het bestuursorgaan in deze fase nog fouten te herstellen.⁵⁰ Een mogelijkheid die in de beroepsfase niet meer bestaat. Het moge duidelijk zijn dat het overslaan van deze fase in elk geval een grote inspanning van het bestuursorgaan vergt – in casu dus OPTA – om de grootst mogelijke zorgvuldigheid in acht te nemen bij de voorbereiding van het primaire besluit. OPTA zal in dat geval meer oog dienen te hebben voor de juridische inkadering van de besluiten en het onderzoek naar de feiten. Doet zij dat niet, dan bestaat een verhoogd risico tot vernietiging c.q. schorsing van het besluit. Ook de druk op de rechtbank bij de afhandeling van zaken zal groter worden bij de behandeling van deze rechtstreekse beroepen. De zaken vergen mogelijk meer onderzoek en de zeeffunctie van de bezwaarschriftenfase ontbreekt, hetgeen wellicht tot een toename van het aantal gerechtelijke procedures zal leiden.

Bij de wijziging van de Awb wordt gekozen voor de mogelijkheid deze fase met wederzijds goedvinden over te slaan (zgn. rechtstreeks beroep).⁵¹ Inmiddels is door de wetgever besloten ook voor deze systematiek te kiezen in mededingings- en energiezaken. In de Derde Nota van Wijziging bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Tw (en andere wetten) wordt het ZBO-wetsvoorstel op dit punt gewijzigd en aansluiting gezocht bij het algemeen (binnenkort) geldende Awb-stelsel.⁵² Voor deze systematiek wordt evenwel weer niet gekozen voor bepaalde categorieën telecommunicatiezaken. Hiervoor wordt in dezelfde Nota van Wijziging een nieuwe, ingrijpende wijziging voorgesteld. Voor besluiten van OPTA op grond van de (nieuwe) hoofdstukken 6, 6A, 6B en 12 Tw, zal de bezwaarschriftprocedure worden afgeschaft.

48 Bijlage bij *Kamerstukken II 2003/04*, 28 851, nr. 11.

49 Dit blijkt uit een rechtsvergelijkend onderzoek van het IViR in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, niet gepubliceerd.

50 Van der Meulen 2002, p. 90.

51 *Kamerstukken II 2003/04*, 27 563, nrs-1-2 (Wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met de mogelijkheid om de bezwaarschriftprocedure met wederzijds goedvinden buiten toepassing te laten (rechtstreeks beroep)).

52 *Kamerstukken II 2003/04*, 28 851, nr. 22, artikel XXXIIC.

Dit is evenwel niet alles. Voor deze gevallen zal nog slechts beroep in een instantie (bij het CBB) gaan gelden.⁵³ Deze ingrijpende koerswijziging wordt door de wetgever gemotiveerd vanwege de “lange doorlooptijden van procedures in de elektronische communicatiesector”.⁵⁴ Dit betekent dat voor onder meer besluiten van OPTA ten aanzien van geschillen en aanwijzingen geen bezwaarschrift- en hoger beroepsprocedures meer openstaan. Slechts beroep bij het CBB tegen het primaire besluit van OPTA zal nog mogelijk zijn.⁵⁵ De gesignaleerde druk op OPTA en de rechter, in dit geval het CBB, zal toenemen. Daar staat tegenover dat deze nieuwe systematiek sneller tot rechtszekerheid voor betrokken partijen zal leiden. Wel signaleren wij een inconsistentie in de regeling, aangezien deze verkorting voor procedures van OPTA – zo het zich laat aanzien – niet zal zien op handhavingsbesluiten van OPTA. Dit is niet wenselijk en leidt tot nieuwe, onnodige procedurele vraagstukken. Voor de hand ligt de regeling geheel te laten aansluiten bij de procedures voor de DTe, waar nu dus ook de bezwaarfase zal kunnen worden overgeslagen conform de Awb-regeling en slechts beroep openstaat bij het CBB (met uitzondering voor sanctiebesluiten, waar beroep in twee instanties een vereiste blijft).

4.4 DE UITOEFENING VAN BEVOEGDHEDEN DOOR OPTA

In Hoofdstuk 3 is reeds gesproken op welke wijze de wetgever OPTA heeft gepositioneerd. Geconstateerd is dat OPTA in een te krappe jas is gestoken. Dit is een gegeven waarmee OPTA in haar dagelijkse praktijk werd geconfronteerd.⁵⁶

Geschilbeslechting

Met name ten aanzien van de geschilbeslechting heeft OPTA veel last gehad van het feit dat de wetgever de procedurele complicaties bij het oplossen van geschillen niet goed heeft doordacht. Ook de verwevenheid tussen het publiek- en privaatrecht bij het beslechten van in essentie civielrechtelijke geschillen door een bestuursorgaan is niet door de wetgever onderkend, hetgeen OPTA voor uitvoeringsproblemen heeft geplaatst.⁵⁷ Bij de geschillenbeslechting is

53 Zie artikel 17:1 Tw (nieuw).

54 Toelichting, p. 4.

55 Zie over (hoger) beroep: Van Angeren 2002.

56 Voor voorbeelden: Dommering e.a. 2001, hoofdstuk 5 en Ottow 2003b, p. 162-166.

57 Zie voor een uitgebreide behandeling van de geschilbeslechtende bevoegdheden van OPTA: Ottow 2003, hoofdstuk 6.

sprake van een grote verwevenheid tussen het telecommunicatie- en civiele recht. Dit vindt zijn oorzaak in het door de wetgever gehanteerde uitgangspunt dat de basis voor de verplichtingen dient te worden vastgelegd in een door partijen te onderhandelen *overeenkomst*. Het civiele recht speelt hier – naast de typische telecommunicatierightelijke aspecten – een belangrijke rol.⁵⁸ Partijen hebben een verplichting tot interconnectie en dienen hierover in onderhandeling te treden. Komen zij er niet uit dan kunnen zij OPTA inschakelen. OPTA treedt hier als het ware op als een arbiter (de Rechtbank Rotterdam spreekt in de zaak *KTA* over “publiekrechtelijke arbitrage”, TJ 14), die bindende regels aan partijen kan opleggen. In het geval van interconnectieovereenkomsten is daarnaast expliciet bepaald dat OPTA deze bevoegdheid eveneens heeft 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 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 grijpen.⁵⁹

OPTA formuleert – 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.[...]”

Gelet hierop is het redelijkheids criterium 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.”⁶⁰

Naar onze mening legt OPTA terecht de nadruk op de doelstellingen van het telecommunicatierecht en de kwalificatie van het begrip redelijkheid als “publiekrechtelijke norm”, zoals besproken in Hoofdstuk 3. Mede doordat in de wettekst geen beperkingen ten aanzien van de toetsingsnormen en de door OPTA te stellen regels zijn opgenomen, is er geen reden de bevoegdheid van OPTA restrictief uit te leggen.⁶¹ Ook in de zaak *O2* (TJ 133) heeft de rechter expliciet erkend dat OPTA bij het beslechten van geschillen een algemene reguleringsbevoegdheid heeft. De rechter geeft aan dat het “*de facto* onvermijdelijk” is dat OPTA in algemene zin regulerend te werk gaat. Daarbij heeft OPTA de bevoegdheid via beleidsregels en besluiten invulling te geven aan het begrip “redelijkheid”, welke norm de wetgever in de parlementaire geschiedenis heeft aangereikt als de toetsingsnorm bij het beoordelen van geschillen.

Er bestaat evenwel een spanningsveld tussen deze algemene reguleringsbevoegdheid van OPTA aan de ene kant en het beoordelen van het concrete geschil tussen de betrokken partijen aan de andere kant. Ook de rechter worstelt met dit hybride karakter van de geschilbeslechting door OPTA. In de zaak *O2* (TJ 133) overweegt de rechter eveneens dat de beoordeling door OPTA dient af te hangen van de “verhouding tussen de betrokken partijen” en niet in zijn algemeenheid mag worden beantwoord. In de zaak *Energis* (TJ 143) en *UPC* (TJ 98) heeft de rechter moeite met het speciale karakter van dergelijke geschillen. Bij de inkleuring van de toetsingsnorm “redelijkheid” verwacht de rechter deze publiekrechtelijke norm ten onrechte met de civielrechtelijke normen van redelijkheid en billijkheid. Naar het oordeel van de rechter beperken deze civielrechtelijke normen de “regelvaststellende bevoegdheid” van OPTA op grond van artikel 6.3, lid 2 Tw. Deze civielrechtelijke normen zouden zogenaamde derogerende werking toekomen. De wetgever had hier duidelijkere

58 Voor een mooi overzicht van de civielrechtelijke aspecten van interconnectieovereenkomsten wordt verwezen naar: Sitompoel 2000.

59 Dommering e.a. 2001, p. 82.

60 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, www.opta.nl.

61 Vgl. *Versatel 3G vs. Staatssecretaris EZ*, overweging ten aanzien van artikel 7, lid 1 Regeling veiling (TJ 134) en zie tevens het CBB in de zaak *Dutchtone* in overweging 6.3 (TJ 44).

instructies aan zowel OPTA als de rechter dienen te geven, waarbij de reguleringsbevoegdheid van OPTA voorop dient te staan. In het nieuwe wetsontwerp ter wijziging van de Tw is hier evenwel wederom geen aandacht aan besteed. Uit de toelichting op het wetsontwerp⁶² valt af te leiden dat de wetgever de nadruk legt op de (pre)contractuele goede trouw en begrippen als redelijkheid en billijkheid. Daarbij gaat de wetgever volledig voorbij aan de reguleringstaken van OPTA bij het oplossen van geschillen. Het betreft hier geen normale contractuele relatie tussen marktpartijen, doch een relatie waarop publiekrechtelijke normen van toepassing zijn, die OPTA eenzijdig kan opleggen. Het telecomcommunicatierecht doorbreekt hier juist het verbintenissenrecht en de contractsvrijheid van partijen. En niet andersom. Nu dit wederom niet door de wetgever is erkend, zal OPTA ook in de toekomst voor dezelfde bevoegdheidsproblemen worden geplaatst bij het oplossen van geschillen.

Wat had OPTA nu zelf kunnen doen om deze juridische valkuilen te omzeilen? Op zich valt OPTA niet te verwijten dat zij de grenzen van haar bevoegdheden heeft opgezocht. Geconfronteerd met klachten uit de markt, is zij op zoek gegaan naar oplossingen voor de gestelde problemen. Wel zijn enkele kritische kanttekeningen bij het optreden van OPTA te plaatsen.

Bij haar optreden heeft OPTA zich bijna volledig “geschilafhankelijk” opgesteld.⁶³ Dit leidde ertoe dat OPTA meende slechts tot optreden over te kunnen gaan op basis van een concreet geschil. Tegelijkertijd meende OPTA dat zij algemeen regulerend moest kunnen optreden binnen haar geschilbeslechtende taken. Deze twee uitgangspunten nl. algemene reguleringsbevoegdheid vs. het oplossen van een geschil tussen twee partijen leidt tot het reeds gesignaleerde spanningsveld dat OPTA onvoldoende heeft onderkend bij haar besluitvorming. Deze benadering heeft in de zaken *O2* (TJ 143) en *UPC* (TJ 98) juist tot vernietiging c.q. schorsing van de betrokken besluiten van OPTA geleid. Kennelijk heeft OPTA zich teveel laten leiden door het door het CBB geformuleerde uitgangspunt in de *Dutchtone* zaak (TJ 44), waarbij het CBB overweegt de besluitvorming van OPTA slechts marginaal te toetsen, aangezien OPTA beschikt over een “zekere mate van beleidsvrijheid”. OPTA heeft hierbij evenwel onvoldoende onderkend dat deze discretionaire bevoegdheden haar niet ontslaan van haar motiveringsplicht, welk beginsel zware eisen stelt aan de juridische inkleding van haar besluitvorming. Juist in

62 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 104 e.v.

63 Dommering e.a. 2001, p. 84 en Ottow 2002, p. 111.

die zaken waarin geen volledig feitenonderzoek is gedaan althans dit in het besluit niet inzichtelijk is gemaakt, zal ook in het geval van slechts een marginale toetsing door een rechter – bij gebreke van een volledig transparante analyse van het bestuursorgaan – het besluit worden geschorst dan wel worden vernietigd (zie tevens Hoofdstuk 5, paragraaf 5.3).

Algemene handhavingsbevoegdheid

Had OPTA niet een andere route kunnen kiezen? Volgens het algemene bestuursrecht beschikt een bestuursorgaan over een algemene handhavingsbevoegdheid in het geval van overtredingen van wettelijke normen.⁶⁴ Deze algemene handhavingsbevoegdheid stelt OPTA in staat op te treden buiten een geschil om, waarbij zij in het geval van overtreding van een wettelijke norm bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen kan treffen.⁶⁵ In de genoemde zaken van *UPC* (TJ 98) en *O2* (TJ 133) had OPTA op eigen initiatief – buiten het concrete geschil om – de tarieven op “redelijkheid” (als de relevante norm waaraan interconnectietarieven dienen te voldoen) kunnen toetsen en via een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete maatregelen kunnen treffen. Deze handhavingsroute kan zij baseren op de artikelen 15.1, lid 3 Tw jo 15.2, lid 2 Tw en Hoofdstuk 5 Awb. Wellicht had OPTA bij deze route tevens (andere) problemen op haar pad ondervonden, doch was zij in elk geval niet volledig van (de omvang van) de aan haar voorgelegde geschillen afhankelijk geweest.⁶⁶ OPTA had via duidelijke beleidsregels kunnen aangegeven in welke gevallen zij zaken via algemene handhaving en in welke gevallen via geschilbeslechting ter hand zou nemen, hetgeen mogelijke risico’s in gerechtelijke procedures zou hebben vermindert.⁶⁷

Aanvankelijk nam OPTA het standpunt in dat zij over een dergelijke algemene handhavingsbevoegdheid beschikte. Dit blijkt uit het besluit van OPTA in de

64 Hoofdstuk 5 (handhaving) Awb. Uit het rechtsvergelijkend onderzoek van het IViR dat in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken is verricht (september 2003, niet gepubliceerd) blijkt dat toezichthouders uit andere Lid-Staten eveneens over een dergelijke algemene handhavingsbevoegdheid beschikken. Zie voor handhaving op grond van de Tw: Ottow 2003b, hoofdstuk 5.

65 Ottow & Prompers 2001, p. 37 en Dommering e.a. 1999, p. 697.

66 Daarbij speelt onder andere de vraag of de redelijkheidsnorm slechts van toepassing is in het geval van een geschil of dat dit een algemene norm is waaraan interconnectietarieven dienen te voldoen. Deze norm ligt niet expliciet in de Tw verankerd, doch is af te leiden uit de parlementaire geschiedenis over hoofdstuk 6.

67 Vgl. in dit verband de beleidsregels van de DTe en de d-g NMa met betrekking tot de afbakening tussen de handhavingsbevoegdheid van de DTe en de geschilbeslechtende bevoegdheid van de d-g NMa: Beleidsregels van de directeur-generaal van de NMa en de directeur DTe met betrekking tot samenwerking bij de behandeling van verzoeken om geschillenbeslechting op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, Strct. 31 augustus 2001, nr. 168, p. 41.

Denda zaak.⁶⁸ Om onduidelijke redenen is OPTA hier niet meer op teruggekomen en heeft zij de route van de algemene handhavingsbevoegdheid slechts incidenteel willen bewandelen. Een mooi voorbeeld, waarbij OPTA deze route wel heeft gekozen en de rechter deze keuze van OPTA heeft gerespecteerd betreft het besluit van OPTA met betrekking tot de collocatietarieven.⁶⁹ Na aanvankelijk in het interconnectiegeschil van BabyXL de tarieven te hebben vastgesteld,⁷⁰ gaat OPTA tot handhaving jegens KPN van dit besluit over in de relatie met Versatel. OPTA neemt derhalve geen nieuw besluit in een geschil tussen Versatel en KPN, maar gaat direct tot handhaving over. Niet duidelijk is waarom OPTA in dit geval wel voor de handhavingsroute heeft gekozen en in eerdere gevallen partijen verzocht zelf een geschil ahangig te maken. Een verzoek van KPN om dit handhavingsbesluit te schorsen, mislukte. In de zaak *Versatel* (TJ 181) erkent de voorzieningenrechter de rechtsvragen omtrent de door OPTA gekozen route, maar overweegt dat geen sprake is van “evidente onrechtmatigheid”.

Een voorbeeld waarbij OPTA wel via beleidsregels het handhavingstraject heeft uitgezet betreft de verplichting tot nummerportabiliteit voor de mobiele telecommunicatieondernemingen. In haar beleidsregels legde OPTA vrij nauwkeurig vast op welke wijze en binnen welk tijdstraject de mobiele telecommunicatieondernemingen aan deze verplichting dienden te voldoen.⁷¹ Bij niet-nakoming legde OPTA lasten onder dwangsom op. Deze handhavingstrajecten hebben niet tot gerechtelijke procedures geleid, hetgeen zou kunnen worden verklaard door het transparante beleid en het daadkrachtig optreden van OPTA.

De vraag doet zich voor wat de situatie zal zijn onder het nieuwe recht, na de inwerkingtreding van de gewijzigde Tw.⁷² Indien OPTA tot een aanwijzing van een marktpartij met aanmerkelijke marktmacht is overgegaan, ligt het voor de hand dat OPTA de nakoming van de aan de aanwijzing verbonden verplichtingen via een handhavingstraject zal kunnen afdwingen.⁷³ Welke bevoegdheden

68 Besluit van OPTA van 26 september 1999, *Denda Multimedia en Topware CD-service vs KPN Telecom*, overweging 36, te vinden op www.opta.nl.

69 Besluit inzake handhaving collocatietarieven ten opzichte van Versatel Nederland B.V., kenmerk OPTA/IBT/2003/202083, van 5 juni 2003.

70 Besluit van 15 oktober 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/203280.

71 Beleidsregels nummerportabiliteit mobiele telefonie 2001 van 29 juni 2001 (aangepast per 8 juli 2003), te vinden op www.opta.nl.

72 Zie Ottow 2003a, p. 14-15.

73 Daarbij zal OPTA wel rekening dienen te houden met de visie van de rechter in de zaak *Tiscali* (TJ 178). In die zaak legt de rechter een duidelijk causaal verband tussen de reikwijdte van de aanwijzing en de reikwijdte van de verplichting tot bijzondere toegang.

heeft OPTA indien er geen sprake is van een aanwijzing? Deze vraag is bijvoorbeeld relevant ten aanzien van de interconnectieverplichting, die op alle marktpartijen rust (dus ook zonder aanwijzing). In de nieuwe Tw is in art. 6.2, lid 2 nu expliciet bepaald dat OPTA ambtshalve (dus buiten een geschil om) verplichtingen kan opleggen “met betrekking tot het tot stand brengen en waarborgen van eind-tot-eindverbindingen”.⁷⁴ Valt onder deze bevoegdheid tevens het toetsen van interconnectietarieven van niet-aangewezen telecommunicatieondernemingen? Of anders gezegd: is OPTA ook in staat – buiten het geschil om – de tarieven te toetsen op “redelijkheid”? OPTA dient daarbij wel in staat te zijn de wettelijke verplichting aan te duiden die is geschonden. Het is evenwel de vraag of de redelijkheidsnorm voor interconnectietarieven nog wel zo duidelijk in de (toelichting van de) nieuwe wet verankerd ligt. Indien dit niet het geval zou zijn, zou OPTA met lege handen staan, zowel voor de geschillen- als de handhavingsroute. Bij de beantwoording van dergelijke vragen dient steeds art. 8 Toegangsrichtlijn (Richtlijn 2002/19/EG)⁷⁵ in ogenschouw te worden genomen, waarin de bevoegdheid van de nationale toezichthouder om zowel via een geschil of ambtshalve in te treden “wat toegang en interconnectie betreft [...] ter waarborging van de beleidsdoelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG” wordt omschreven. De beperkt omschreven bevoegdheden van de nieuwe Tw staan op gespannen voet met deze ruim omschreven bevoegdheden van artikel 8 van de Toegangsrichtlijn.⁷⁶

4.5 MOTIVERINGSGEBREKEN EN BEWIJSLAST

Feitenonderzoek, bewijslast en motivering

Het feitenonderzoek, de motiveringsplicht en de bewijslast zijn aspecten van de besluitvorming die dicht tegen elkaar aanliggen. In sommige gevallen benadert de rechter de problematiek vanuit het motiveringsbeginsel (artikel 3:2 en artikel 3:46 Awb), in andere gevallen wordt een bewijslast bij de toezichthouder gelegd, waarbij het bewijs onvoldoende is geleverd. In andere zaken lopen deze aspecten in elkaar over, zonder dat zij expliciet worden onderscheiden. In paragraaf 1.3.4 van Bijlage D van het onderzoek zijn de uit-

74 Voor andere wettelijke verplichtingen is een dergelijke ambtshalve bevoegdheid niet expliciet opgenomen. Hieruit kan naar onze mening niet a contrario worden afgeleid dat OPTA geen ambtshalve bevoegdheid tot optreden (lees: handhavingsbevoegdheid) zou hebben. Een dergelijke bevoegdheid tot handhaving bestaat voor elk bestuursorgaan die toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen dient te houden.

75 *PbEG* 2002, L 108/7.

76 Ottow 2003b, p. 165.

spraken op dit terrein behandeld (zie bijvoorbeeld de uitspraken met betrekking tot de aanwijzing AMM-huurlijnen: TJ 37, 123, 148 en 158). Hieruit blijkt dat OPTA bij de voorbereiding van haar besluiten meer aandacht voor de feitelijke, economische en juridische redengeving dient te hebben.

Bij bestudering van de zaken, valt in de eerste plaats op dat OPTA in 'hard cases' haar besluiten minder degelijk motiveert dan bijvoorbeeld haar Engelse tegenhanger.⁷⁷ Zowel in de voor OPTA zeer principiële zaken *Libertel* (TJ 21) als *O2* (TJ 133) kan worden geconstateerd dat met name de (economische) onderbouwing door OPTA te wensen overliet. Deze besluiten sneuvelen dan ook (mede) wegens een te magere onderbouwing. In de zaak *Libertel* (TJ 21) gaf de rechter aan OPTA duidelijk de instructie dat een "toereikend marktonderzoek wordt gedaan, waarbij tenminste de feitelijke verhoudingen en ontwikkelingen op de desbetreffende markt en de positie daarop van de aan te wijzen markt-partij in essentie inzichtelijk worden." Deze verplichting dient OPTA onder alle omstandigheden na te komen. In de zaak *Libertel* werd de zaak daarnaast gecompliceerd vanwege het feit dat de rechter meende dat het aan OPTA was om te bewijzen dat zich geen omstandigheden voordoen van artikel 6.4, lid 4 Tw. Afgezien van deze bewijslastverzwarende voldeed het besluit van OPTA niet aan de vereisten van een deugdelijk onderzoek dat op inzichtelijke wijze in het besluit dient te zijn vervat. Ook in de zaak *O2* (TJ 133) speelde deze motiveringsplicht OPTA parten. OPTA had in haar besluit uitdrukkelijk aangegeven dat zij een "marktbrede benadering" volgde en zij de tarieven "niet separaat per (bilaterale) interconnectierelatie" had beoordeeld.⁷⁸ OPTA motiveert haar optreden vanuit een algemene bevoegdheid tot reguleren en ziet daarbij over het hoofd dat zij ook de positie van de bij dat geschil betrokken partijen in het oog moet houden. Indien OPTA de motivering in het concreet voorliggende geval voldoende met (economische) feiten – toegespitst op het onderliggende geschil – had onderbouwd, had de beoordeling wellicht wel in haar voordeel kunnen uitpakken. Haar algemene reguleringsbevoegdheid ontslaat OPTA niet van haar motiveringsplicht.

De bewijslast voor OPTA en haar motiveringsplicht zullen ook in de toekomst belangrijke aandachtspunten blijven. OPTA dient hier voldoende oog voor te hebben. Zowel de nieuwe Europese richtlijnen als de jurisprudentie op grond

⁷⁷ Zie ook Dommering 2003, paragraaf 2.1.4. Zie bijvoorbeeld Oftel: Direction to resolve a dispute between BT, Energis and Thus concerning xDSL interconnection at the ATM switch, 21 juni 2002, te vinden op www.oftel.gov.uk.

⁷⁸ Zie de paragrafen 60-64 van de beslissing op bezwaar.

van het generieke mededingingsrecht stellen zware eisen aan het in kaart brengen van de feiten en de motivering van een toezichthouder.⁷⁹ Nu het nieuwe telecommunicatierecht meer aanleunt tegen het algemene mededingingsrecht, zal OPTA met deze jurisprudentie rekening dienen te houden. Bovendien zal OPTA in haar besluiten de uitkomsten van zowel de nationale consultaties als de Europese consultaties dienen te verwerken.⁸⁰ OPTA doet er verstandig aan expliciet naar deze consultaties in haar besluiten te verwijzen althans op gemotiveerde wijze hiervan af te wijken. Doet zij dat niet dan zal de rechter het betrokken besluit kritisch aan het beginsel van deugdelijke motivering toetsen. Bovendien zal de rechter bij de toetsing van de besluiten van OPTA vanwege deze consultatieverplichtingen belang hechten aan gelijksoortige, buitenlandse besluiten en uitspraken. De buitenlandse zaken en uitspraken zullen onder het nieuwe recht aan belang toenemen.

Het motiveringsbeginsel zal nog meer op de voorgrond raken in het geval rechtstreeks beroep bij de rechtbank tegen besluiten van OPTA zou worden toegestaan (in navolging van het wetsontwerp ter wijziging van de Mw). Immers, OPTA heeft nu nog de mogelijkheid in de bezwaarfase bij volledige heroverweging haar primaire besluiten nader te motiveren c.q. te corrigeren. Een dergelijk correctie-instrument ontbeert OPTA in het geval van rechtstreeks beroep. OPTA zal in dat geval direct in de eerste ronde zeer uitgebreid op de feiten en de onderliggende economische analyse dienen in te gaan, ter voorkoming van een kritische toetsing door de rechter. Weliswaar heeft de rechter de mogelijkheid de zaak terug te verwijzen naar OPTA in het geval hij meent dat de feiten nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd, doch het is niet duidelijk in welke gevallen OPTA een dergelijke gelegenheid verkrijgt. Een illustratief voorbeeld waaruit blijkt dat het feitenonderzoek onder de maat was gebleven, betreft de *Tiscali* zaak (TJ 178). Uit de uitspraak van de voorzieningenrechter komt naar voren dat pas ter zitting – na een kritische ondervraging door de voorzieningenrechter – de feiten van de zaak uit de verf kwamen. In het primaire besluit van OPTA⁸¹ was aan de feitelijke kwalificatie van het betrokken netwerk weinig aandacht besteed, hetgeen tot de nodige verwarring

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld de kritische toetsing door het GvEA in concentratiezaken van de Europese Commissie: GvEA 22 oktober 2002, zaak T-310/01 (*Schneider/Commissie*) en GvEA 25 oktober 2002, zaak T-5/10 (*Tetra Laval/Commissie*), besproken door S. O'Keefe, 'Gerecht laatdunkend over Concentratieanalyse Commissie', *SEW* 2003/6, p. 212-220. In deze zaken betrof het tevens een ex ante toetsing, nl. de concentratietoets door de Europese Commissie. Deze zaken zijn derhalve zeer vergelijkbaar met de wijze waarop de toetsing door OPTA bij AMM zal moeten plaatsvinden. Zie voor een vergelijking van het telecommunicatie- en mededingingsrecht: Dommering e.a. 2001, hoofdstuk 3.

⁸⁰ Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze consultatieprocedures: Ottow 2003b, p. 185-188.

⁸¹ Besluit van 1 mei 2003 inzake *Tiscali vs. KPN Telecom*, te vinden op www.opta.nl.

leidde bij de behandeling van de schorsingszaak. Dergelijke onduidelijkheden dient OPTA te voorkomen door een uitgebreide feitelijke behandeling van de zaak in haar besluit (hetgeen OPTA nu duidelijk heeft recht gezet in de beslissing op bezwaar).⁸² Overigens is opvallend dat in deze zaak de voor de hand liggende rechtsvergelijking volledig ontbreekt (hetgeen bijvoorbeeld in de zaak MCI (TJ 39) wel een belangrijke factor was).

Recht op inlichtingen en inzage, deskundigen

Samenhangend met het feitenonderzoek is de bevoegdheid van OPTA bij marktpartijen inlichtingen in te winnen (het recht op informatie: artikel 18.7 Tw).⁸³ In de zaak TPG/OPTA argumenteerde TPG dat de door TPG gevorderde inlichtingen niet of slechts ten dele betrekking hadden op het wettelijk aan TPG opgedragen postvervoer.⁸⁴ Of anders gezegd: dat OPTA om inlichtingen verzocht die niet binnen de reikwijdte van de wettelijke taken van OPTA vallen. OPTA had om inzage in contracten gevraagd die naar het standpunt van TPG ten dele betrekking kunnen hebben op postvervoer of andere dienstverlening ten aanzien waarvan OPTA geen wettelijke taken heeft. De voorzieningenrechter overwoog dat TPG verplicht is zowel op grond van de Postwet als op grond van de Awb inlichtingen te verstrekken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de wettelijke taken nodig is. Daarbij achtte hij van belang dat de contracten als een geheel moeten worden gezien, waarbij het eindresultaat belangrijker is dan de losse onderdelen. Indien OPTA slechts de beschikking zou krijgen over enkele onderdelen van een dergelijk contract, zou OPTA zich geen goed oordeel kunnen vormen over de inhoud van de contracten. Het argument dat het hier om bedrijfsvertrouwelijke informatie zou gaan, werd door de voorzieningenrechter niet relevant geacht. De rechter geeft aan dat kan worden verwacht dat OPTA op zorgvuldige wijze met dergelijke inlichtingen om zal gaan. De voorzieningenrechter merkte wel kritisch op:

“Voorts dient [OPTA] zich te beseffen dat, indien achteraf zou worden vastgesteld dat inlichtingen op onrechtmatige wijze zijn verkregen, hij zich bij het nemen van bestuursrechtelijke maatregelen jegens verzoeksters waarbij ook maar een begin van een vermoeden kan bestaan dat daarbij gebruik is

⁸² Beslissing op bezwaar (ongedateerd), kenmerk OPTA/JUZ/2003/202984, gepubliceerd op www.opta.nl.

⁸³ Het recht op inlichtingen wordt in de Tw (nieuw) uitgebreid c.q. versterkt: artikel 18.7, lid 4 (nieuw) en artikel 12.4 (nieuw).

⁸⁴ V.zr. Rotterdam 25 juli 2003, LJN-nr. AI 0515 (TPG/OPTA). Voor de energiesector en de bevoegdheid van de DTE kan worden gewezen op CBB 4 september 2002, LJN-nr. AE8318 (NEA/DTE).

gemaakt van dergelijk onrechtmatig verkregen inlichtingen, meer nog dan gebruikelijk zal moeten verantwoorden met betrekking tot welke gegevens die daaraan ten grondslag hebben gelegen opdat iedere twijfel daaromtrent kan worden uitgesloten.”

Onder welke omstandigheden sprake zou zijn van onrechtmatig verkregen inlichtingen laat de rechter in deze zaak in het midden. Ook in de UPC zaak (TJ 149) kwam het inlichtingenrecht (zijdelings) aan de orde. De rechter geeft daarbij aan dat een zeer kritisch bezien van een beroep op vertrouwelijkheid van (niet of slechts deels) te verstrekken gegevens op zijn plaats is. De rechtbank merkt hierover op:

“Het is immers ten opzichte van de wederpartij niet aanvaardbaar dat een marktpartij enerzijds een hoger tarief van de wederpartij vraagt dan deze wil betalen, maar anderzijds, indien deze laatste om een oordeel ex artikel 8.7 Tw vraagt, een onderzoek naar de redelijkheid van deze opstelling door een onafhankelijke instantie via een te ruimhartig beroep op vertrouwelijkheid en het accepteren van een dergelijk beroep zou kunnen bemoeilijken.”

De andere kant van de medaille betreft het recht op inlichtingen van marktpartijen jegens OPTA. De Tw voorziet niet in de ter inzagelegging van dossiers. Nu de Tw niet in een speciale procedure voorziet, is de klager aangewezen op de algemene regels van de Awb, waar een en ander slechts summier in titel 4.1 Awb is geregeld. Hierin is geen algemeen recht op inzage neergelegd. In één geval heeft OPTA een dossier ter inzage gelegd en belanghebbenden opgeroepen tot het inzenden van een reactie. Het betrof de zaak *Denda*, waarin OPTA en de NMa tezamen een voorlopige beoordeling gaven,⁸⁵ waarna zij de oproep in de Staatscourant plaatsten.⁸⁶ Waarom in deze zaak (in tegenstelling tot andere zaken) tot ter inzagelegging is overgegaan, valt niet uit de publicaties op te maken.

Nu een speciale regeling ontbreekt, kan de klager wel een beroep doen op de Wob indien OPTA niet zou voldoen aan verzoeken tot inzage in bepaalde stukken. Deze wet is onverkort van toepassing, waarbij aan de hand van de uitzonderingsgronden van de Wob dient te worden gezien welke bedrijfsvertrouwelijke informatie en interne documenten van OPTA niet tot het open-

⁸⁵ Voorlopige beoordeling van de NMa en OPTA inzake *Denda* e.a./KPN van 14 december 1998, www.opta.nl.

bare dossier behoren. Op welke wijze OPTA met de Wob omgaat, valt niet uit haar besluiten af te leiden. Het verwijderen van vertrouwelijke informatie geschiedt in overleg – al dan niet met veel gesteggel – met de betrokken partijen. Hiervoor gelden ook geen termijnen, waardoor publicatie van de besluiten nogal eens op zich laat wachten. Een beleid van OPTA hoe het college omgaat met de vertrouwelijkheidsvraag is niet bekend. De Tw kent één speciale regeling met betrekking tot de toegang tot dossiers: artikel 6.2, lid 3 Tw. Op verzoek van een belanghebbende kan OPTA een afschrift van bij haar gedeponeerde interconnectie – en bijzondere toegangsovereenkomsten ter beschikking stellen. Daarbij dienen de vertrouwelijke bedrijfsgegevens te zijn verwijderd. Het is aan OPTA te beoordelen welke gegevens als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt. Op welke wijze OPTA met dergelijke verzoeken tot inzage omgaat, is nu vastgelegd in de Beleidsregels inzake depot en openbaarmaking van overeenkomsten inzake interconnectie, bijzondere toegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.⁸⁷ Tot op heden heeft OPTA over de toepassing van deze beleidsregels geen besluiten of zienswijzen gepubliceerd. Interessant is op te merken dat in artikel 7, lid 8 van de beleidsregels is bepaald dat OPTA niet eerder tot het ter beschikking stellen van een afschrift overgaat dan na een week na verzending van de mededeling aan depotplichtige partijen, “teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich te wenden tot de bevoegde civiele rechter”.⁸⁸ Dit laatste zal nu in het licht van de zaak *Yarosa* (TJ 147, 154 en 176) moeten worden gecorrigeerd: de (gewone) bestuursrechter is op grond van de Wob bevoegd.⁸⁹

In dit verband is tevens vermeldenswaardig de Wob zaak met betrekking tot het kostentoe rekeningssysteem ontwikkeld door Nera in opdracht van OPTA (*KPN/OPTA en Nera*).⁹⁰ Het verzoek van KPN tot het verkrijgen van de software versie van het model op grond van de Wob werd door OPTA afgewezen. Naar het oordeel van de Haagse bestuursrechter terecht, aangezien het maken van een kopie van het model een inbreuk zou maken op het auteursrecht van Nera en daarvoor moet het algemene belang van openbaarheid wijken. Volgens Hins

86 Ter inzagelegging openbaar dossier naar aanleiding van vastgestelde voorlopige beoordeling, *Starr*. 1998, nr. 243.

87 Gepubliceerd op 7 oktober 2002, www.opta.nl.

88 Deze regeling van OPTA, zoals vastgelegd in haar beleidsregels inzake interconnectieovereenkomsten sluit aan bij de wettelijke regelingen in de Mw, waarin een zelfde regeling is voorzien Zie de artikelen 18, lid 4 Mw; 35, lid 4 en 42, lid 4 Mw.

89 Deze uitspraak is bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS (TJ-nr 176). De zaak werd dan ook behandeld door de gewone bestuursrechter, de sector bestuursrecht van de Rb. Rotterdam, als de plaats van vestiging van verzoekster. Volgens de Rb. betreft het hier geen besluit die zijn grondslag vindt in de Tw.

90 Rb. Den Haag 2 juli 2003, *Mediaforum* 2003/9, Jur. Nr. 39, m.nt. Wouter Hins.

heeft OPTA hierbij een terecht onderscheid gemaakt tussen het geven van een kopie van het programma en het verschaffen van informatie over de resultaten die het programma genereert. Waar het – volgens Hins – omgaat is dat het beleid van OPTA helder wordt, zonder dat daarbij het auteursrecht van derden wordt geschonden. Gecomplieerd wordt de situatie echter als zou blijken dat marktpartijen alleen de rechtmatigheid van het OPTA-beleid kan beoordelen wanneer zij over een kopie van het NERA-programma beschikt. In dat geval is volgens Hins niet de Wob het juiste kader, maar het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht krachtens de Awb.⁹¹

De civiele rechter lijkt in het voordeel van niet-openbaarmaking te beslissen. In de zaak *Vodafone Libertel*⁹² achtte de voorzieningenrechter de verstrekking van een bepaald deskundigenrapport door de NMa aan concurrenten van Vodafone Libertel onzorgvuldig en onrechtmatig. Nu het kwaad echter reeds was geschied (de toezending had reeds plaatsgevonden) kon de NMa volstaan met de toezending van een kopie van het vonnis aan deze concurrenten (waarin zij werden aangemaand vertrouwelijk met het rapport om te gaan). Reeds eerder had dezelfde voorzieningenrechter in de zaak *Gasunie* geoordeeld dat de DTe niet tot openbaarmaking van de verkoopprijzen van de Gasunie aan de distributiemaatschappijen mocht overgaan.⁹³

De problematiek over het recht op inzage was eveneens aan de orde in de zaak *UPC* (TJ 149). In deze zaak stelde Canal+ dat zij ten onrechte geen toegang had verkregen tot alle bewijsmiddelen die OPTA bij haar besluitvorming over het toegangsgeschil ex artikel 8.7 Tw jegens UPC had gebruikt. Canal+ beargumenteerde dat de regels van bedrijfsvertrouwelijkheid die OPTA hanteert bij haar besluitvorming op grond van artikel 8.7 Tw en artikel 8:29 Awb op gespannen voet staan met artikel 6 EVRM. Canal+ eiste op deze grond dat zij door middel van haar accountant toegang zou verkrijgen tot de volledige documenten en de boekhouding van UPC die aan OPTA's beslissing ten grondslag lagen. De rechtbank is in zijn uitspraak van 26 februari 2003 niet aan een inhoudelijke beoordeling van dit argument van Canal+ toegekomen. Reeds eerder hadden OPTA en de voorzieningenrechter het verzoek van Canal+ om getuigen op tegenspraak (dus in aanwezigheid van de beide partijen en onder

91 Zie de noot van Wouter Hins onder de rechtbank uitspraak in *Mediaforum* 2003/9, p. 305.

92 Vzr. Rotterdam 9 september 2002, VMEDED 02/2057-RIP, niet gepubliceerd (*Vodafone Libertel/d-gNMa*) en Vzr. Den Haag 1 oktober 2002, KG 02/1016, niet gepubliceerd (*Vodafone Libertel/Staat der Nederlanden*).

93 Vzr. Den Haag 6 juli 2001, KG 01/646, niet gepubliceerd (*Gasunie/Staat*).

ede) te horen en haar in de gelegenheid te stellen haar eigen accountant de feiten te laten beoordelen en niet-geschoonde rapporten in te zien, niet ingewilligd (TJ 48).

Publicatie van besluiten en informatie door OPTA

Een ander procedureel aspect is eveneens een punt van aandacht: de openbaarheid van procedures en besluiten. De publicatie van het tijdschrift *Connecties* en de website van OPTA hebben een belangrijke bijdrage aan de transparantie van OPTA geleverd.⁹⁴ Dit is evenwel niet genoeg. De noodzaak van transparante en deugdelijke besluitvorming brengt mee dat overheidsbesluiten zo veel mogelijk openbaar zijn.⁹⁵ Op de website zijn niet alle besluiten van OPTA opgenomen. Een andere rechtsbron is niet voorhanden. Indien uit een bericht in *Connecties* of de website al valt af te leiden dat een procedure aanhangig is gemaakt of een besluit is genomen, dient dit bij OPTA te worden opgevraagd. In sommige gevallen wordt het besluit (of brief) zonder enige reserve toegezonden. In een ander geval dient met een beroep op de Wob een verzoek te worden ingediend.

Niet valt in te zien waarom OPTA niet in alle gevallen na het verwijderen van de vertrouwelijke gegevens de besluiten of andere documenten zelf op haar website kan plaatsen. De Awb kent in Afdeling 3.6 (bekendmaking en mededeling) geen algemene regels over de openbaarheid van een besluit. Artikel 3:44, lid 4 onder a Awb bepaalt dat bij een openbare mededeling van het nemen van een besluit dat met toepassing van Afdeling 3.5 Awb is voorbereid, wordt aangegeven hoe en waar het besluit kan worden ingezien. De wetgever gaat uit van openbaarheid, behoudens een regeling in een bijzondere wet. Nu deze regeling ontbreekt, is openbaarheid het uitgangspunt. Recentelijk heeft OPTA enige verbetering aan gebracht door de publicatie van een rolbericht op haar website, waar de lopende procedures bij OPTA gevolgd kunnen worden. Bij de bestudering van besluiten van OPTA valt op dat OPTA geen consistente wijze van publicatie van besluiten aanhoudt. Dit leidt in de praktijk tot complicaties bij de berekening van termijnen voor het instellen van bezwaar en beroep. Publicatie vindt in sommige gevallen in het geheel niet plaats en wordt slechts aan de geadresseerde (in de meeste gevallen KPN) toegezonden. In andere gevallen wordt het besluit wel op de website gezet, maar zonder vermelding

⁹⁴ Gepubliceerd op www.opta.nl.

⁹⁵ Daalder 2000.

van de datum waarop het besluit genomen is of wanneer het besluit aan de geadresseerde is toegezonden. Ook vindt publicatie op de website geregeld veel later na het nemen van het besluit plaats. Een voorbeeld. In de reeds genoemde zaken *Tele2* (TJ 166-168) werd OPTA verordonneerd binnen een termijn van zes weken alsnog de beslissingen op bezwaar te nemen. Deze beslissingen op bezwaar zijn inmiddels op de website gepubliceerd, evenwel zonder vermelding van de beslisdatum of de datum van toezending van het besluit aan *Tele2* en KPN.

In de zaak *Yarosa* (TJ 147) verzocht Yarosa de voorzieningenrechter OPTA te verbieden om tot publicatie van het geschilbesluit over te gaan. Het argument van Yarosa was dat zij als eerste een nieuwe vorm van bijzondere toegang van KPN had afgedwongen, waardoor zij als eerste op de markt in staat was nieuwe diensten aan te bieden. Door publicatie van het besluit zou deze voorsprong verloren gaan en zouden concurrenten op de hoogte raken van haar ondernemingsplan. Yarosa meent dat hier sprake is van bedrijfsvertrouwelijke informatie, waardoor het besluit in zijn geheel niet voor publicatie in aanmerking komt. Deze stelling gaat naar onze mening te ver. Openbaarheid is, zoals gezegd, het uitgangspunt en de uitzonderingen van artikel 10 Wob zijn niet bedoeld om bepaalde ondernemingen op deze wijze een voorsprong te laten behalen. Bovendien is KPN gebonden aan het non-discriminatiebeginsel en dient zij deze nieuwe bijzondere toegangsdienst ook aan andere ondernemingen te kunnen aanbieden. De voorzieningenrechter kwam evenwel nog niet aan een inhoudelijke beoordeling toe, nu OPTA verzoekster ten onrechte niet-ontvankelijk had verklaard.

Ten slotte is vermeldenswaardig de civiele zaak betreffende de voorlichtingscampagne van OPTA via haar website. KPN vorderde in deze procedure OPTA te verbieden dergelijke campagnes te voeren. KPN stelde zich op het standpunt dat OPTA niet bevoegd is tot het houden van dergelijke voorlichtingscampagnes, aangezien uit art. 15 OPTA-wet blijkt dat de taken van OPTA zich zouden beperken tot het houden van toezicht op de naleving van de bepalingen van de Tw. In het vonnis van de rechtbank Den Haag wordt overwogen dat “hedendaagse inzichten meebrengen dat de onafhankelijkheid van marktautoriteiten publieke verantwoording vergt en derhalve transparantie in besluitvorming en optreden”.⁹⁶ OPTA is derhalve toegestaan via haar website dergelijke voorlichting te geven. Het vonnis is evenwel ook voor andere

⁹⁶ Rb. Den Haag 2 juli 2003, *Mediaforum* 2003/9, Jur. Nr. 40 (KPN/OPTA).

activiteiten van belang, waarbij OPTA een speciale verantwoordelijkheid draagt dergelijke transparantie te betrachten.

4.6 OVERIGE RECHTSBEGINSELEN

Verskillende besluiten van OPTA zijn bij de rechtbank gesneuveld wegens strijd met andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheids-, zorgvuldigheids- en proportionaliteitsbeginsel. Meest in het oog springend is de zaak *CPS* (TJ 32), waarbij de voorzieningenrechter oordeelde dat OPTA de last onder dwangsom op onzorgvuldige wijze had geformuleerd. De opgelegde norm was te vaag en kwam hierdoor in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Deze zaak toont eveneens aan wat het belang is van de juridische inkadering van besluiten. Dit geldt niet alleen voor de wijze waarop OPTA de lasten onder dwangsom formuleert, doch tevens voor de formulering van het dictum van haar besluiten, die niet altijd even scherp zijn omschreven.

Een punt van aandacht betreft tevens de rechtsgevolgen van de besluiten van OPTA. In hoeverre kunnen deze besluiten terugwerkende kracht worden toegekend? Dit aspect speelt bijvoorbeeld een belangrijke rol bij het vaststellen van tarieven in interconnectiegeschillen. In de *Dutchtone* zaak (TJ 44) merkt het CBB in het kader van art. 3.11 Tw op dat de tekst van dit artikel in beginsel in de weg staat aan het toekennen van terugwerkende kracht. Dit zou betekenen dat OPTA niet met terugwerkende kracht tarieven zou kunnen vaststellen. Dit zou in strijd kunnen komen met het rechtszekerheidsbeginsel. Kan OPTA wel de tarieven vaststellen vanaf het moment dat het geschil aanhangig is gemaakt of slechts vanaf de datum van het besluit? Vooralsnog blijft dit onduidelijk.⁹⁷

4.7 HANDHAVING VAN BESLUITEN

Reeds aan de orde kwam de handhaving door OPTA (zie paragraaf 4.4). Een enkele opmerking over de handhaving van besluiten in het kader van geschilbeslechting.⁹⁸ In de Tw is geen regeling opgenomen voor de executie van uitspraken van OPTA. De uitspraak van het zelfstandig bestuursorgaan verschaft de winnende partij geen titel tot executie. Uit de (civielrechtelijke) jurisprudentie volgt dat een aangewezen marktpartij (in de meeste gevallen

⁹⁷ Zie de annotaties van A.T. Ottow en E.J. Dommering onder de *Dutchtone* zaak (TJ 44).

⁹⁸ Zie uitgebreid hierover Ottow 2002b.

KPN Telecom) slechts tot *betaling* kan 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 ommissie 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.

4.8 SAMENWERKING MET ANDERE TOEZICHTHOUDERS

De samenwerking met de NMa en andere toezichthouders uit andere Lid-Statens zal in de toekomst onder het nieuwe regime gaan toenemen. Het huidige Samenwerkingsprotocol⁹⁹ geeft een regeling ter voorkoming van forumshopping, maar biedt weinig houvast ten aanzien van procedures, afstemming en gegevensuitwisseling. Op dit punt is het protocol niet transparant: een nadere procedurele invulling zal dienen plaats te vinden. Zo zal de wijze waarop het advies van c.q. de afstemming met de NMa tot stand komt (en de betrokkenheid van belanghebbenden daarbij) in het protocol dienen te worden opgenomen. In de zaak *KTA* (TJ 14) zag de voorzieningenrechter de slordigheden (over hoor en wederhoor) bij de afstemming tussen OPTA en de NMa nog door de vingers. Dit biedt evenwel geen garantie voor de toekomst.

⁹⁹ Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa, *Stirt.* 2000, 249, (hierin zijn ook de afspraken opgenomen die zijn gebaseerd op art. 50 van de gewijzigde Postwet). Het vorige protocol was gepubliceerd in *Stirt.* 1999, nr. 2.

5 DE RECHTERLIJKE MACHT

5.1 INLEIDING

De besluiten door OPTA worden getoetst door de gespecialiseerde rechter, de bestuursrechter van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, met een hoger beroep mogelijkheid bij het CBB. Ook bij het toezicht door de rechter werd door de wetgever ervoor gekozen alle zaken onder te brengen bij een gespecialiseerde rechter. De bundeling van expertise ten aanzien van dit sector-specifieke toezicht werd noodzakelijk geacht voor de noodzakelijke specialisatie op dit terrein. Deze specialisatie van het toezicht heeft de wetgever evenwel niet doorgevoerd in zijn algemene personeelsbeleid. Een en ander heeft geleid tot een regelmatige wisseling van de wacht bij de rechters, hetgeen het onnodig weglekken van expertise heeft veroorzaakt. Bovendien vergt de afhandeling van gecompliceerde telecommunicatiezaken meer tijd en mankracht dan de gemiddelde bestuursrechtzaak, een aspect waarmee de wetgever geen rekening heeft gehouden. Dit tekort aan mankracht heeft geleid tot lange doorlooptijden bij de afhandeling van rechtszaken.

Een ander aspect betreft de afdoening van telecommunicatiezaken door de voorzieningenrechter. Tegen uitspraken van de voorzieningenrechter staat – in tegenstelling tot kort geding uitspraken van de civiele rechter – geen hoger beroep open. De vraag is of dit juist is. In telecommunicatiezaken worden veel principiële geschillen beslecht via een schorsingsprocedure. De uitspraak is in die gevallen definitief, totdat in de bodemzaak een uitspraak is gedaan. Aangezien deze bodemuitspraak in de meeste gevallen zeer lang op zich laat wachten of in het geheel niet meer komt (de zaak wordt door verandering van omstandigheden ingetrokken), worden principiële onderwerpen niet meer of slechts in een laat stadium opnieuw getoetst. In dit verband wordt gewezen op het proefschrift van J. Polak, waarin hij op het nadeel van dit systeem wijst:

“Omdat de wet niet voorziet in hoger beroep tegen uitspraken van Presidenten van de rechtbank, sectoren bestuursrecht, op verzoeken om een voorlo-

pige voorziening, komt aan de uitspraken in de praktijk onevenredig veel gewicht toe, hetgeen betrokken partijen, waaronder het verwerende overheidsorgaan, zeer kan schaden.”¹⁰⁰

Naar onze mening zou – in navolging van het civiele recht – de mogelijkheid van spoedappel dienen te bestaan. Hoewel dit kan leiden tot langere procedures, met een tijdelijke onzekerheid voor de betrokken partijen, lijkt dit een evenwichtigere gang van zaken, waarbij belangwekkende onderwerpen door meerdere rechters kunnen worden beoordeeld. Dit geldt des te meer nu slechts de Rechtbank Rotterdam bevoegd is telecommunicatiezaken te beoordelen en geen voorzieningenrechters van andere rechtbanken soortgelijke zaken beoordelen. Bovendien kunnen doorlooptijden aanzienlijk worden bekort, indien zaken snel door de voorzieningenrechters in meerdere instanties kunnen worden beslecht. Dit voorkomt (de huidige) lange wachttijden bij de (behandeling van) bodemzaken.

5.2 DOORLOOPTIJDEN

Niet alleen de doorlooptijden bij OPTA vormen een obstakel bij de behandeling van zaken, ook de doorlooptijden bij de rechtbank en het CBB vormen een probleem. Dit ten nadele van de ontwikkeling van concurrentie. Illustratief zijn in dit verband de bevindingen van de Europese Commissie over de procedures (onder meer) in Nederland:

“In a fast-moving market, players look to the NRA to resolve disputes rapidly. There is, however, clearly a trade-off between the quality of decisions on the one hand and rapid decision-making in line with market developments on the other. In some Member States the incumbent (and in some cases its subsidiaries) has been able to seize first mover advantage in the roll-out of DSL services while entrants have been engaged in lengthy proceedings with regulators and the courts.[...]”

In a related matter, it appears that incumbents have, as a matter of strategy, continued the practice of appealing systematically against NRA decisions [...]. While due process is a fundamental legal principle, NRAs need to put in place disincentives for excessive delaying measures. Operators are concerned

¹⁰⁰ Stelling 7 bij Polak 1999.

at lengthy appeal procedures in Belgium, Germany and the Netherlands, Austria and Finland.”¹⁰¹

De doorlooptijden zijn voor beroepszaken (met betrekking tot geschilprocedures) gemiddeld 534 dagen vanaf beroepsschrift tot uitspraak (van een minimum van 103 dagen tot een maximum van 1163 dagen). Voor een verzoek tot voorlopige voorzieningen geldt een gemiddelde van 52 dagen (minimum van 7 dagen met maximum van 91 dagen). Voor de hoger beroepszaken bij het CBB geldt een gemiddelde van 344 dagen (met een minimum van 132 dagen tot maximaal 504 dagen).

Dit brengt de gemiddelde doorlooptijd van een geschil vanaf indiening tot en met de uitspraak van de rechtbank in beroep op 970 dagen (ongeveer 32 maanden).

5.3 DE RECHTERLIJKE TOETSING

Op welke wijze vindt de toetsing door de rechter van besluiten van een bestuursorgaan plaats?

5.4 DE BEVOEGDHEDEN VAN OPTA

In de eerste plaats speelt hier – vanuit het perspectief van OPTA – de voorvraag of OPTA over een bevoegdheid tot optreden beschikt. Bij bestudering van de jurisprudentie valt op dat de Rotterdamse bestuursrechter zich met betrekking tot deze vraag terugtrekt op een formele toetsing:

“Hoewel de hoogste beroepsrechter, het CBB, in een tweetal uitspraken¹⁰² een duidelijk signaal heeft afgegeven dat bij de toepassing van de wet – *in concreto* de interpretatie van wettelijke begrippen en bevoegdheden – naar de doelstellingen van de wet dient te worden gekeken, heeft dit niet tot gevolg gehad dat de Rechtbank Rotterdam haar formele lijn heeft verlaten.”¹⁰³

Het CBB overwoog in de *Dutchtone* zaak (TJ 44):

¹⁰¹ Zie Zevende Implementatierapport van de Europese Commissie: 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, Brussels, COM(2001) 706, p. 15.

¹⁰² CBB 18 september 1996, UCB nr. 91 m.nt. K.J.M. Mortelmans (*Otto*) en TJ 144 (*KPN/Dutchtone/OPTA*).

¹⁰³ Dommering 2003, paragraaf 2.1.3.

“De reikwijdte van de verplichting om medegebruik toe te staan dient te worden vastgesteld met inachtneming van de bedoeling ervan, te weten [...]”

Dommering¹⁰⁴ brengt dit als volgt onder woorden:

“Desondanks is de rechtbank blijven vasthouden aan een tamelijk grammaticale uitleg van de wettekst, met als hoofdaandachtspunt het binnen dit beperkte toetsingskader uitgevoerde onderzoek of het legaliteitsbeginsel¹⁰⁵ wel in acht genomen was.¹⁰⁶ Kennelijk wordt de algemene doelstelling van de ONP-regels onvoldoende grondslag gevonden om te controleren of het overheidsorgaan binnen de grenzen van de wet is gebleven. De bestuursrechter heeft hierbij slechts oog gehad voor het ‘verticale onrecht’ (namelijk of binnen de uitdrukkelijk in de wet vastgelegde bevoegdheden wordt gehandeld), maar is geheel voorbij gegaan aan het ‘horizontale onrecht’ dat de toezichthouder door zijn ingreep beoogde weg te nemen (bijvoorbeeld een onrechtmatige leveringsweigering door de incumbent). Er zou toch binnen het kader van de instrumentele doelstelling van het ONP recht enerzijds (‘level playing field’ voor de marktpartijen) en de doelstellingen van legitimatie en rechtsbescherming anderzijds (‘legal playing field’ voor overheid en samenleving) een afweging en een verantwoording in het rechterlijk oordeel moeten plaatsvinden. Dat de rechter zich in deze zaken opsluit in de bewoordingen van de wettekst zonder de achterliggend economische problematiek expliciet te maken, draagt niet bij aan de legitimiteit van de rechterlijke uitspraken.”¹⁰⁷

Illustratief zijn in dit verband de uitspraken in de zaken *Dutchtone* (44), *O2* (TJ 77, 133 en 157) en *Tiscali* (TJ 178). In de zaken *MCI Worldcom* (TJ 39) en *Denda* (TJ 49) kende de Rotterdamse rechter juist wel een belangrijke betekenis toe aan de doelstellingen van zowel de nationale als Europese regelgeving en volgde een extensieve interpretatie.

104 Dommering 2003, paragraaf 2.1.3.

105 Voor het legaliteitsbeginsel kan tevens worden gewezen op Ottow 2003b, p. 154-157 en De Ru 2003.

106 Voor een analyse van de rechtspraak zie tevens E.J. Dommering e.a. 2001, hoofdstuk 5 en voorts Ottow 2003.

107 Zie de noot van Rob van Hoven van Genderen in de zaak *O2* (TJ 157) betreffende de mobiele terminatietarieven, *Computerrecht* 2003/4, p. 253-257: “Is het niet de bedoeling om via rechtsvinding tot de meest plausibele oplossing te komen?”, vraagt de annotator zich bij de puur grammaticale uitleg van de rechtbank af. Zie voorts N.A.N.M. van Eijk die bij de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak tussen *UPC* (TJ 149) er op wijst dat de rechtbank voorbij is gegaan aan de historische bedoeling van de invoering van artikel 8.7 Tw in de Telecommunicatiewet, *Mediaforum* 2003/4, p. 160.

Een naar onze mening te restrictieve uitleg van de wettelijke bepalingen heeft er in de genoemde zaken toe geleid dat OPTA ten onrechte niet kon optreden in de markt. Het gebrek aan duidelijke instructies ten aanzien van de te volgen doelstellingen en het niet toetsen aan de onderliggende Europese richtlijnen¹⁰⁸ leidde tot een te strikte vaststelling van bevoegdheden van OPTA in plaats van een ruime interpretatie aan de hand van de doelstellingen van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.¹⁰⁹ Wij delen derhalve – ten aanzien van de telecommunicatie-uitspraken van de Rotterdamse bestuursrechter – niet de mening van Van der Meulen in zijn preadvies, waarin hij opmerkt:

“De gelegenheid die de rechter wordt geboden om eigen materiedeskundigheid op te bouwen, zou een zeker tegenwicht kunnen bieden tegen de neiging die sommige bestuursrechters vertonen om zich terug te trekken op een formele toetsing, niet alleen wanneer er bestuurlijke vrijheid, maar ook wanneer er inhoudelijk een gecompliceerde materie aan de orde is. De Rechtbank Rotterdam heeft al bij herhaling blijk gegeven van durf waar het gaat om het geven van eigen oordelen ten aanzien van economische kwesties.”¹¹⁰

Deze uitspraken hebben negatieve gevolgen voor de ontwikkeling van concurrentie met zich meegebracht: nieuwe spelers konden hun achterstand minder snel inlopen of eindgebruikers/consumenten zijn langere tijd met hogere prijzen geconfronteerd. De bestuursrechter zou meer oog voor deze economische effecten op de markt dienen te hebben bij de beoordeling van de zaak die aan hem wordt voorgelegd.¹¹¹ Nu de doelstellingen van het Europese en nationale communicatierecht op een duidelijke wijze in de gewijzigde Tw verankerd zullen worden (artikel 1.3 Tw nieuw), zal de rechter bij de uitleg van wettelijke bepalingen niet om deze doelstellingen heen kunnen.

Beoordelings- en beleidsruimte

Naast de vraag of OPTA over een bevoegdheid tot optreden beschikte, kwam daarnaast aan de orde of OPTA bij de uitoefening van deze bevoegdheden over een zekere mate van beoordelings- en beleidsruimte beschikt. Indien deze vrijheden bestaan, kan de bestuursrechter op grond van standaardjurisprudentie

108 Zie in dit verband de kritische noot van K. Mortelmans te verschijnen in *Mediaforum* 2003/10 onder de uitspraak van het CBB in de zaak *Versatel* (TJ 165).

109 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 20 maart 2002, reg. nr. POST 01/2525-SIMO, LJN-nr. AE1151 (*TPG vs. OPTA*), *UPC* (TJ 98) en *O2* (TJ 157).

110 Van der Meulen 2003, p. 44.

111 Ottow 2003b, p. 166.

een dergelijke vrijheid slechts marginaal toetsen. In de zaak *Dutchtone* (TJ 44) heeft het CBB aangegeven dat OPTA in het kader van geschilbeslechting over de bevoegdheid beschikt regels te stellen en daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid heeft:

“komt [...] deze regel slechts voor rechterlijke vernietiging in aanmerking indien geoordeeld moet worden dat de OPTA in redelijkheid niet tot vaststelling ervan heeft kunnen komen. Aldus komt tot uitdrukking dat aan de OPTA als op het terrein van de telecommunicatie deskundige toezichthouder een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt bij het gebruik van de door artikel 3.11 Tw aan haar toegekende bevoegdheid.”

De vraag is hoe kritisch de rechter zich – binnen de marges van een marginale toetsing – mag en kan opstellen. De bestuursrechter heeft zich in het kader van de Mw reeds verschillende malen uitgelaten over de vraag op welke wijze de rechter de besluiten van de d-g NMa dient te toetsen. Was de toetsing door de Rechtbank Rotterdam aanvankelijk niet erg terughoudend in de zaak *Wegener*¹¹² het CBB heeft in het hoger beroep van die zaak aangegeven dat de rechter alleen toetst of de d-g NMa “in alle redelijkheid tot deze beslissing had kunnen komen”.¹¹³ Hoewel het CBB wel in enige mate inhoudelijk op de toetsing van de NMa ingaat, wordt de d-g NMa wel een grote mate van beoordelingsvrijheid toegedicht (in dat geval ten aanzien van de uitgevoerde concentratietoets). In de zaak *Essent* heeft het CBB de toetsingsvrijheid van de rechter nader toegelicht:

“6.1 Naar aanleiding van hetgeen appellanten hebben aangevoerd tegen de naar hun mening te terughoudende toetsing door de rechtbank, overweegt het College als volgt.

Dat de d-g NMa een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij de waardering van de economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw, neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing, gelijk ook de rechtbank heeft overwogen, de vraag omvat of de d-g NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat (al dan niet) sprake is van mededingingsrechtelijke problemen als genoemd in de Mw. Aan het rechterlijk toezicht op deze verplichting uit de Mw kan niet afdoen, dat volgens de

rechtbank uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg zou kunnen worden afgeleid dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter zou zijn naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt. [...]

Hierbij dient niet alleen te worden te worden gezien of het besluit op een zorgvuldige wijze is totstandgekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of de d-g NMa op juiste wijze invulling heeft gegeven aan de wettelijke begrippen en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen.”¹¹⁴

Het CBB sluit zich hierbij aan bij de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie:

“[...], dient de gemeenschapsrechter zich te beperken tot een beperkte controle, waarbij hij in de eerste plaats moet nagaan of de bestreden handeling een *prima facie* consistente motivering bevat waaruit blijkt dat rekening is gehouden met de relevante elementen van het dossier, in de tweede plaats of de vastgestelde feiten materieel juist zijn, en in de derde plaats of de *prima facie* beoordeling van deze feiten niet kennelijk onjuist is.

In dergelijke omstandigheden is de door het Gerecht uitgeoefende controle dus beperkt wat betreft het toepassingsgebied ervan, en verschillend wat betreft de intensiteit ervan. De materiële juistheid van de vastgestelde feiten kan door het Gerecht namelijk volledig worden getoetst, terwijl de *prima facie* beoordeling van die feiten en meer nog de beoordeling van de noodzaak van een tussenkomst slechts beperkt kan worden getoetst.”¹¹⁵

Dit is het toetsingskader waar het CBB in mededingingszaken van uit gaat. Van der Meulen geeft daarbij aan:

“De mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing is groter, naar mate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt. Dit heeft tot gevolg dat de deskundige rechter zich zal terugtrekken van het terrein van de specifieke deskundigheid van het betrokken bestuursorgaan. Dit leidt

¹¹² Rb. Rotterdam 20 september 2000, *Mediaforum* 2001/1, Jur. nr. 14, p. 20-33, m.nt. F. Leeftang & K. Mortelmans (*Wegener/d-g NMa*).

¹¹³ CBB 5 december 2001, *Mediaforum* 2002/4, Jur. nr.15, p. 131-145, m.nt. F. Leeftang & K. Mortelmans (*d-g NMa/Wegener*).

¹¹⁴ CBB 27 september 2002, *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2002/9, p. 171-176 (*Essent en Edon*).

¹¹⁵ HvJ EG 30 januari 2002, zaak T-54/99, r.o. 58-59 (*Max. Mobil telekommunikation Service GmbH vs. Commissie*).

er toe dat de toezichthouders een zekere mate van onafhankelijkheid genieten ten opzichte van de bestuursrechter.”¹¹⁶

Dommering formuleert het als:

“De economische complexiteit noopt inderdaad tot terughoudendheid bij de toetsing, omdat deze het maken van politiek-economische keuzen door de toezichthouder op beleidsniveau vergt.”¹¹⁷

Dit laat evenwel onverlet dat de rechter de onderliggende feiten en motivering – in het licht van bovengenoemde jurisprudentie – kritisch zal kunnen blijven toetsen. De marginale toetsing door de rechter kent wel haar begrenzing. De bestuursrechter mag niet via het stellen van te scherpe eisen aan de motivering van een besluit de grenzen van de marginale toetsing overschrijden en daarmee de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan aantasten.¹¹⁸

Een terughoudende toetsing vond eveneens plaats door de civiele rechter in het geval van het handhavingstoezicht door de NMa. In de zaken *HBG* en *Van Hattum & Blankevoort*¹¹⁹ diende de voorzieningenrechter op basis van een gestelde onrechtmatige daad de uitoefening van handhavingstoezicht (een boeteonderzoek) te beoordelen. De civiele rechter oordeelde dat de vordering met terughoudendheid diende te worden gezien, onder meer vanwege de mogelijke onomkeerbaarheid van de door hem te treffen voorziening en de omstandigheid dat het aan de bestuursrechter is te oordelen over de rechtmatigheid van de bewijsgeving door het bestuursorgaan.

Het is aannemelijk dat – zowel in geschil- als handhavingzaken – een zelfde rechterlijke toetsing dient plaats te vinden bij de besluiten van OPTA. Hoewel het CBB in de zaak *Dutchtone* (TJ 44) zijn uitspraak slechts toespitst op het redelijkheidscriterium, lijkt de nadien gegeven uitleg in de zaak *Essent* eveneens te gelden voor telecommunicatiezaken. Een *Essent*-achtige toetsing vond plaats in de zaak *Libertel* (TJ 21), waar de voorzieningenrechter meende dat OPTA onvoldoende rekenschap had gehouden met de (dynamische) marktomstandigheden en in feite niet had voldaan aan haar motiveringsplicht ter staving van haar conclusies. In de zaak *Ijmond/Casema* (TJ 169) oordeelde de

¹¹⁶ Van der Meulen 2003, p. 44.

¹¹⁷ Dommering 2003, paragraaf 2.1.3.

¹¹⁸ Damen e.a. 2002, p. 634-645.

rechter dat OPTA op basis van de feiten en omstandigheden wél in redelijkheid tot haar besluit had kunnen komen.

Ook voor de toekomst zal dit aspect van de rechterlijke toetsing van de besluiten van OPTA van belang blijven. Juist bij de toepassing van het nieuwe begrip aanmerkelijke marktmacht en de aanwijzingen zal OPTA zich ervan dienen te vergewissen dat zij haar besluitvorming baseert op voldoende en juiste feiten en omstandigheden.

5.5 ART. 8:29 AWB PROBLEMATIEK

Tot slot een bespreking van artikel 8:29 Awb, dat in de gerechtelijke procedures in mededingings- en telecommunicatiezaken een belangrijk aspect van de procedures vormt, dit vanwege de vertrouwelijkheid van vele documenten. Op welke wijze de Rechtbank Rotterdam omgaat met art. 8:29 Awb verzoeken, is door Simons besproken.¹²⁰ Opgemerkt kan worden dat deze procedure in de praktijk voor de nodige vertraging zorgt (samenstelling van het dossier). Bovendien vormt dit een belangrijk manco het ontbreken van gedifferentieerde kennisname. Art. 8:29 behelst nu een alles of niets systeem en kent niet de mogelijkheid dat stukken voor een bepaalde partij niet en voor andere weer wel toegankelijk zijn.

Interessant is te vermelden de uitspraak inzake SEP van de Rechtbank Rotterdam.¹²¹ Daarin speelde de vraag in hoeverre de toepassing van art. 8:29 Awb in strijd zou zijn met artikel 6, lid 2, EVRM inzake – kort gezegd – het recht op het voeren van een adequate verdediging. Aangezien deze zaak het opleggen van een (bestuurlijke) boete betrof, was sprake van een “criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM. Volgens vaste jurisprudentie van het EVRM is voor het voeren van een adequate verdediging vereist dat de overtreder inzake heeft in alle stukken die door het tot boete-oplegging bevoegde bestuursorgaan aan het besluit omtrent het opleggen van een boete ten grondslag zijn gelegd dan wel anderszins relevant zijn voor (de toetsing van) dat besluit. De vraag is hoe de beperking van kennisneming van stukken op grond van artikel 8:29 Awb zich tot artikel 6 EVRM verhoudt. De rechtbank overweegt over deze rechtsvraag:

¹¹⁹ V.zr. Den Haag 9 april 2003, LJN-nr. AF7087 (*HBG/Staat - d-g NMa*) en V.zr. Den Haag 9 april 2003, LJN-nr. AF7069, AB 2003, 199, m.nt. OJ en *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003/4, p. 86, m.nt. H. Speyart (*Van Hattum & Blankevoort/Staat*).

¹²⁰ Simons 2001, p. 6-10. Zie tevens Daalder 2000, p. 159 – 162.

¹²¹ Rb. Rotterdam 26 november 2002, nr. 00/1002-SIMO, LJN-nr. AF1111 (*SEP/d-g NMa*).

“De onderhavige, direct werkende, verdragsbepalingen brengen met zich, dat verweerder bij de ter inzagelegging van alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het kader van de primaire besluitvorming, geen beroep kan doen op artikel 6o, derde lid, van de Mw in verbinding met artikel 3:11, tweede lid, van de Awb in verbinding met artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob voorzover het gaat om stukken die van belang zijn voor de bewezenverklaring en voor de strafmaat. Dergelijke stukken moeten dus ter inzage worden gelegd. Voorzover verweerder ten aanzien van een of meer van dergelijke stukken niettemin het belang van de bedrijfs-vertrouwelijkheid wil laten prevaleren en die stukken daarom niet ter inzage wil leggen, kan verweerder die keuze in beginsel maken. In dat geval kunnen en mogen die stukken echter niet worden betrokken bij de totstandkoming van een bewezenverklaring en ook niet bij de bepaling van de strafmaat.”

Bij een verzoek om artikel 8:29 Awb zal dus steeds moeten worden onderzocht of sprake is van stukken die ten grondslag liggen aan de boete-oplegging dan wel de hoogte van de strafmaat. Indien dit het geval is, kan een beroep op artikel 8:29 Awb niet worden gehonoreerd.

6 MARKTPARTIJEN

6.1 INLEIDING

Het proces dat leidt tot besluiten van OPTA en tot oordelen van de Rechtbank Rotterdam en het CBB is in hoge mate afhankelijk van het gedrag van marktpartijen. Zonder marktpartijen die een geschil aanhangig maken is in de regel optreden van de toezichthouder en de rechterlijke macht in beginsel uitgesloten, tenzij een beroep kan worden gedaan op algemene handhavingsbevoegdheden. In de tweede plaats zijn doorlooptijden van procedures mede afhankelijk van de betrokken marktpartij of marktpartijen. In dit hoofdstuk wordt het perspectief vanuit de betrokken marktpartijen geschetst.

6.2 DOORLOOPTIJDEN

Met name wanneer het gaat om toepassing van de geschilbeslechtende rol van OPTA, is het evident dat de afhankelijkheid van marktpartijen groot is. Zonder geschil, geen betrokkenheid van OPTA. Dit is ook al geconstateerd in paragraaf 4.3 bij bespreking van de wijze waarop OPTA haar bevoegdheden uitoefent. Marktpartijen bepalen daarmee het moment waarop er sprake is van mogelijke juridische interventie door de toezichthouder. In dit onderzoek is geen nadere studie verricht naar de vraag wanneer een geschil tussen marktpartijen zich aandient en wanneer het geschil bij OPTA aanhangig wordt gemaakt. Uit de rechtspraak is bekend dat partijen in voorkomende gevallen grote aarzeling hebben om in formele geschilprocedure te belanden. Oorzaken die genoemd worden zijn de onderlinge afhankelijkheid en het feit dat men het initiatief niet uit handen wil geven. Noch in de regelgeving, noch in beleidsregels worden enige voorschriften gegeven met betrekking tot het moment waarop een geschil geacht moet zijn te bestaan en het moment waarop een procedure tot geschilbeslechting aanhangig moet worden gemaakt. Aan het ‘niet-tijdig’ aanhangig maken is geen specifiek rechtsgevolg verbonden. De rechten van marktpartijen om een geschil voor te leggen zijn wat de *timing* betreft dus niet gebonden aan enige beperking. Hierbij kan nog worden aangetekend dat zich

evenmin de situatie voordoet dat bij een eventuele impasse tussen marktpartijen door de toezichthouder een beroep wordt gedaan op de eigen handhavingsbevoegdheden. Hiervoor zou gekozen kunnen worden vanuit de optiek dat geschilbeslechting niet een doel op zich is, maar slechts een middel om een gewenste toestand te bereiken.

Uit de kwantitatieve analyse blijkt dat marktpartijen niet het meest initiatiefrijk zijn wanneer het gaat om het zelf beïnvloeden van doorlooptijden. Bezwaar en beroep wordt in beginsel nooit aan het begin van de daarvoor geldende wettelijke termijn ingezet, maar veeleer kort voor het verloop van deze termijn. Een verklaring hiervoor volgt niet uit het onderzoek. Hooguit kan worden verondersteld dat de vaak hoge complexiteit er toe bijdraagt. Mogelijk gebruiken partijen de betreffende periode voor nader onderling overleg om zo alsnog te komen tot een minnelijke schikking.

Marktpartijen hebben voorts in niet onbelangrijke mate het initiatief in handen om de doorlooptijd van procedures te beïnvloeden. Dit kan gebeuren door al dan niet een beroep te doen op het verloop van wettelijke termijnen waarbinnen beslist moet worden. In hoofdstuk 2 is aangetoond dat procedures dusdanig veel tijd nemen dat naar alle waarschijnlijkheid de situatie optreedt waarbij zich een fictieve weigering tot het nemen van een beslissing voordoet. Uit de *Télez* zaken (TJ 166 en TJ 167) blijkt dat in dergelijke gevallen de rechter aan OPTA een termijn oplegt waarbinnen alsnog een besluit moet worden genomen. Ook hier viel het buiten het kader van het onderzoek om na te gaan waarom termijnoverschrijding zich voordoet. Mogelijk wensen partijen de aldus verkregen tijd te gebruiken voor nader overleg of achten zij het ongewenst om OPTA in deze met een beroep op fictieve weigering te confronteren. Wat betreft de positie van OPTA in deze is evenmin onderzocht waarom doorlooptijden niet overeenstemmen met de voorgeschreven wettelijke termijn. Wel is bekend dat regelmatig tot opschorting wordt overgegaan omdat gewenste informatie niet of nog niet geleverd is door marktpartijen.

Voorts moet niet worden uitgesloten dat gedurende de procedure het belang van partijen afneemt of verloren gaat. Partijen zien daardoor af van verdere actieve participatie of brengen deze in omvang terug. Daardoor beperkt de procedure zich tot een procedure tussen OPTA en de tegenpartij.

6.3 VERSNELLING PROCEDURES

In het wetsvoorstel ter implementatie van het nieuwe richtlijnenkader is voorzien in een nieuw hoofdstuk 12 waarin de geschilbeslechting wordt geregeld. In het geval van een geschil dient OPTA conform de Kaderrichtlijn binnen 17 weken (de Kaderrichtlijn spreekt van 4 maanden) te beslissen (artikel 12.5 wetsvoorstel). In spoedeisende gevallen kan eerder worden beslist, in uitzonderlijke gevallen is uitstel mogelijk. Op vordering van OPTA dienen de betrokken partijen binnen twee weken (dan wel een andere door OPTA te bepalen redelijke termijn) benodigde informatie te overleggen voor de beoordeling van het geschil (artikel 12.4, lid 1 wetsvoorstel). Partijen zijn verplicht medewerking te verlenen (artikel 12.4, lid 1 wetsvoorstel).

Op zich biedt de Kaderrichtlijn aldus een aanknopingspunt voor een versnelde geschilbeslechting. Daar staat tegenover dat de termijn van 17 weken zich niet uitstrekt tot bezwaar en beroep. Tevens bieden verzoeken tot informatieverstrekking nog steeds de mogelijkheid tot verlenging. De vraag is evenwel of daarmee de voorgeschreven beslissingstermijn uit de Kaderrichtlijn van vier maanden mag worden overschreden. Artikel 20, lid 1 van de kaderrichtlijn gaat daar niet vanuit en staat slechts een verlenging toe voor uitzonderlijke omstandigheden.

De gegevens uit Hoofdstuk 2 geven aan dat overschrijdingen van vier maanden niet ongebruikelijk zijn aangezien er tussen het moment waarop partijen een geschil aanhangig maken bij OPTA en het moment waarop OPTA een besluit neemt gemiddeld 192 dagen verlopen.

7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

7.1 DOORLOOPTIJDEN EN PROCEDURES

Inleiding

Uit het onderzoek komt naar voren dat de procedures door verschillende oorzaken te lang duren. Dit ligt niet alleen aan OPTA en de rechtbank, maar ook aan de houding van partijen die van het rechtsmiddel dat artikel 6:2 onder b van de Awb biedt om op te komen tegen te lang stilzitten van het overheidsorgaan heel weinig gebruik hebben gemaakt. Of dat altijd een oplossing is, kan niet met zekerheid worden vastgesteld, omdat de doorlooptijden voor de behandeling van beroepen tegen een fictieve weigering bij de Rechtbank Rotterdam niet zijn onderzocht. Vastgesteld moet echter worden dat het middel van het beroep tegen de fictieve weigering in de onderzochte periode slechts sporadisch door partijen is toegepast.

Soms laten partijen verstek gaan in de beroepsprocedure bij de rechtbank of het CBB. Of dit de uitslag van de procedure beïnvloedt is niet vast te stellen, maar wel staat vast dat dit het geschil zich verplaatst van een geschil tussen marktpartijen met OPTA als arbiter naar een geschil tussen OPTA en één marktpartij.

In het onderzoek is geen significant verband tussen de bezwaarschriftprocedure en het in stand blijven van het besluit op bezwaar bij de rechtbank aangetroffen. Hieraan is slechts een hypothetische conclusie te verbinden, aangezien niet kon worden vastgesteld of er besluiten zijn die in de bezwaarschriftenfase zodanig zijn aangevuld en verbeterd, dat ofwel geen beroep meer is ingesteld ofwel het besluit in beroep in stand is gebleven.

In de analyse zijn verschillende oplossingsrichtingen geschetst. Wij laten ze hierbij de revue passeren, waarbij wij er ons van bewust zijn dat inmiddels bepaalde keuzes zijn gemaakt in de derde Nota van Wijzigingen van de

Telecommunicatiewet.¹²² Voorop moet worden gesteld dat al deze oplossingen gemeen hebben dat zij een zware last leggen op de organisatie van OPTA om de beschikking *in primo* zowel feitelijk als juridisch met grote zorgvuldigheid vast te stellen. Nu, zoals hier na zal blijken, in de Telecommunicatiewet voor een belangrijke groep besluiten wordt gekozen voor het schrappen van de bezwaarschriftprocedure en rechtstreeks beroep op het CBB nemen de mogelijkheden om feitelijke en juridische fouten te herstellen aanzienlijk af. Hoewel er geen uitputtend onderzoek is gedaan naar een kwalitatieve vergelijking tussen de motivering en onderbouwing van het primaire besluit en het besluit op bezwaar, zijn er gevallen aanwijsbaar waarin het besluit op bezwaar beter is gemotiveerd dan het primaire besluit.

De facultatieve bezwaarschriftprocedure

Deze oplossing geeft meer flexibiliteit, zeker als de rechtbank de mogelijkheid heeft om de zaak terug te verwijzen, maar zal niet de gewenste snelheid opleveren wanneer een besluit *in primo* door de voorzieningenrechter wordt geschorst en de rechtbank achteraf in het bodemgeschil vernietigt of tot de conclusie komt dat er alsnog een bezwaarschriftenprocedure volgt. In het aanhangige wetsontwerp is in de derde Nota van Wijzigingen niet voor deze oplossing gekozen, omdat voor een omschreven groep van besluiten de bezwaarschriftenprocedure wordt geschrapt. Deze regeling geldt echter niet voor de besluiten tot handhaving, zodat daar onverkort de bezwaarschriftenprocedure moet worden gevolgd, terwijl het juist hier gaat om besluiten waarbij slagvaardigheid is geboden. Daar staat tegenover dat bij een handhavingsbeslissing de hoofdregel van het bestuursrecht geldt dat de handhavingsbeslissing uitvoerbaar is tenzij zij wordt geschorst. Dan hangt het echter van het beleid van de bestuursrechter af hoe zwaar hij bij schorsingsverzoeken de noodzaak van bestuurlijke handhaving zal wegen in het licht van de doelstelling van de regeling.

Hoger beroep beslissing van de voorzieningsrechter

Het onderzoek toont aan dat er onevenredig veel beslissingen die in feite op de zaak prejudiciëren door de voorzieningenrechter zijn genomen. Gelet op de aard van de procedure bij de voorzieningenrechter die slechts een beperkt

¹²² Kamerstukken II 2003-2004, 28851, nr. 22.

onderzoek naar de doorgaans ingewikkelde feiten en rechtsvragen toelaat, is dit een onwenselijke situatie die niet heeft bijgedragen aan de legitimerende kracht van de rechtspraak. Een correctie op dit mechanisme zou zijn dat er hoger beroep open wordt gesteld van de beslissing van de voorzieningenrechter, net zoals bij de civiele procedure. Wij realiseren ons dat dit een systeemdoorbrekende oplossing zou zijn dat de gehele Awb raakt en daarom waarschijnlijk niet op korte termijn is te realiseren. In de derde Nota van Wijzigingen is deze overweging ingehaald door het feit dat voor een omschreven categorie van besluiten (die gebaseerd op hoofdstuk 6, 6A, 6B of 12) rechtstreeks beroep op het CBB is opengesteld.

Rechtspraak in een instantie bij het CBB

Een mogelijkheid zou zijn de geschilbeslechting rechtstreeks bij het CBB onder te brengen zoals ook bij de DTe is gebeurd. Waarschijnlijk zal dit de gewenste specialisatie kunnen bevorderen, die bij de Rechtbank Rotterdam is achtergebleven, omdat daarvoor onvoldoende financiële middelen ter beschikking zijn gesteld en het algemene personeelsbeleid bij de rechterlijke macht specialisatie bij rechters tegenwerkt. Deze aanpak dient dan wel over de hele linie te geschieden, zich dus ook uit te strekken tot het handhavingstraject, omdat anders een eigenaardige asymmetrie in procedures ontstaat. De derde Nota van Wijzigingen kiest ongelukkigerwijs niet voor een integrale aanpak, omdat alleen voor de besluiten op grond van artikel 6, 6A, 6B of 12 voor een rechtstreeks beroep op het CBB wordt gekozen en alleen voor die categorie de bezwaarschriftenprocedure wordt afgeschaft. Voor het handhavingstraject blijft bijvoorbeeld de normale rechtsgang van de Awb gelden, zij het dat de rechtbank te Rotterdam de aangewezen beroepsinstantie blijft.

Facultatieve bezwaarschriftprocedure

In die gevallen waarin partijen de zaak nog niet rijp achten voor een beroepsprocedure bij de rechter, zou overwogen kunnen worden een externe bezwaarschriftcommissie in te stellen. Deze optie wordt in de geciteerde Nota van Wijzigingen zonder veel motivering ter zijde gelaten.

7.2 PROCEDUREREGELS

Hoorprocedures

In de analyse is geconstateerd dat OPTA pas in een laat stadium procesregels heeft vastgesteld en gepubliceerd. Dit is een duidelijke omissie die de transparantie en de snelheid van de afwikkeling van procedures niet heeft bevorderd. Het lijkt raadzaam om de procedureregeling nog eens goed te bekijken, en met name de relatie tussen geschilbeslechting en handhaving te doordenken en om te zetten in gepubliceerde beleidsregels, zodat de marktpartijen duidelijkheid hebben welke weg ze moeten kiezen. Daarin zou het college ook kunnen verduidelijken wie het als belanghebbende bij geschillen en handhaving aanmerkt.

Ditzelfde geldt voor regeling van de voorlopige besluiten in spoedeisende procedures.

Een apart punt van overweging, dat hoger op de agenda komt als voor de facultatieve bezwaarschriftprocedure wordt gekozen, is of leden van College niet in belangrijke procedures zelf deel zouden moeten uitmaken van de hoorcommissie. Juist in zaken die gezichtsbepalend zijn voor de verdere beeldvorming kan het wenselijk zijn dat een lid of leden van het College zelf aan de hoorprocedure deelnemen. Bij het Commissariaat van de Media is dit standaard, maar bij OPTA is het in de afgelopen periode nooit gebeurd.

Publicatieregels

De onderzoekers hebben een soms op archeologie lijkend onderzoek moeten verrichten om de relevante beslissingen boven water te krijgen. Noch bij OPTA noch bij de rechtbank blijkt een systematisch toegankelijk en volgens uniforme maatstaven samengesteld overzicht van beslissingen te bestaan. Het zou de transparantie van de organisatie en de rechtspleging aanzienlijk bevorderen als een dergelijke toegang er zou komen.

Ook de publicatie van de beslissingen op de website blinkt niet altijd uit door duidelijkheid. Niet alle beslissingen worden gepubliceerd, terwijl bij de gepubliceerde beslissing niet altijd de verzenddatum van de oorspronkelijke papieren versie aan de aanvrager of de belanghebbende danwel de datum van publicatie in de Staatscourant duidelijk wordt vermeld, zodat het voor derden

belanghebbenden dikwijls moeilijk is te achterhalen wanneer de beroepstermijn van de Awb een aanvang heeft genomen.

Vertrouwelijke gegevens en recht op inlichtingen

In de onderzoeksperiode hebben zich verscheidene malen fundamentele problemen voorgedaan met het omgaan met vertrouwelijke gegevens of informatie waarop derden rechten van intellectuele eigendom claimen (bijvoorbeeld het BULRIC model). OPTA ondervindt hier soortgelijke problemen als de NMa met de toepassing van de hiervoor in de Awb opgenomen generieke regels die er op neer komen dat het bestuursorgaan of de rechter van een omvangrijke hoeveelheid vertrouwelijk materiaal kan kennisnemen waarop het beginsel van hoor en wederhoor niet kan worden toegepast. Er lijkt een behoefte te bestaan aan de ontwikkeling van een kader van beleidsregels hoe het beginsel van de bedrijfsvertrouwelijkheid, de rechten van derden, en het beginsel van hoor en wederhoor beter met elkaar verzoend kunnen worden. Dit probleem zal alleen maar groter worden bij de toepassing van de nieuwe wettelijke regels, omdat OPTA grotere bevoegdheden voor het vragen van inlichtingen krijgt en zeer veel bedrijfs- en marktgegevens zal moeten gaan verzamelen over het vaststellen van markten. Beslissingen met betrekking tot markten kunnen in dit opzicht bijzonder gecompliceerde geschillen opleveren.

Samenwerking met andere toezichthouders

OPTA werd regelmatig, mede als gevolg van de gebrekkige omschrijving van haar bevoegdheden, geconfronteerd met vragen die op het grensvlak van het mededingingsrecht lagen. Dit zal onder het nieuwe wettelijke kader alleen maar toenemen. Het samenwerkingsprotocol met de NMa verschaft onvoldoende inzicht wat nu precies de procedure is als beide organen gelijk optrekken in geschillen of vragen die elkaars gebied raken. Zo is het opvallend dat de NMa in sommige zaken wel een advies uitbrengt zonder deel te hebben uitgemaakt van de hoorcommissie en zonder dat partijen in de gelegenheid zijn geweest zich daarover uit te laten. Ook hier geldt dat het nieuwe wettelijke kader een nauwere samenwerking tussen OPTA en de NMa nodig maakt, ook in de periode dat beide organen nog niet zijn geïntegreerd. Een heldere gepubliceerde afspraak die recht doet aan het hoor en wederhoor beginsel is gewenst.

7.3 DOOR DE RECHTER GEHANTEERDE Vernietigingsgronden

In het navolgende kijken we naar de schorsing- en bodemprocedure bij de rechtbank. Van de beroepen waarbij OPTA betrokken was (43) besloot de rechtbank in 13 gevallen de geappelleerde beslissing(en) in beroep geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Dat betekent dat 30% van de beslissingen van OPTA waartegen in beroep is gegaan, door de rechtbank zijn vernietigd. In hoeverre dit percentage in hoger beroep gehandhaafd blijft is nog niet te verifiëren omdat nog niet in alle zaken uitspraak is gedaan in hoger beroep. Voor zover deze zaken zijn geappelleerd heeft het CBB (en de AB in de zaak *Yarosa*) in 4 zaken (van een totaal van 7) het oordeel van de rechtbank – in het voordeel van OPTA – geheel of gedeeltelijk vernietigd. Het CBB heeft in het geschil tussen TPG/OPTA van 18 juli 2003 het besluit van de rechtbank bevestigd.¹²³

In de gevallen waar om een schorsing van een besluit van OPTA is gevraagd (20) heeft de rechter het besluit in 11 gevallen geheel of gedeeltelijk geschorst.¹²⁴ Dat betekent dat 50% van de beslissingen van OPTA waartegen een schorsing is gevraagd door de rechter zijn geschorst.

Wij laten hier nogmaals de staatjes uit hoofdstuk 2 volgen met betrekking tot de vernietigingsgronden en de schorsingsgronden die door de rechtbank worden gehanteerd:

Gronden voor gehele of gedeeltelijke vernietiging	
Bevoegdheidsgebrek	5
Strijd met ABBB	2
Strijd met de wet/ontbreken wett. grondslag	7
Overig	1
Totaal (overlap mogelijk)	13

Gronden voor gehele of gedeeltelijke schorsing	
Bevoegdheidsgebrek	6
Strijd met ABBB	5
Overige redenen	2
Totaal (overlap mogelijk)	11

¹²³ CBB 18 juli 2003, LJN-nr. AI0681 (OPTA/TPG).

¹²⁴ Hierbij zij opgemerkt dat TJ 181 niet is meegeteld omdat deze te laat in het onderzoek is binnengekomen.

Uit deze staatjes blijkt dat het bevoegdheidsvraagstuk zowel in de bodemgeschillen bij de rechtbank als de schorsingen bij de rechtbank (met een mogelijk overlap wat de aantallen betreft) veruit de belangrijkste (terecht of ten onrechte, dat kan hier in het midden blijven) vernietigingsgrond voor de rechtbank is geweest. Hier (soms nauw mee samenhangend) is de vernietiging wegens strijd met de wet die vaak is terug te voeren tot onduidelijke of te beperkte wettelijke regels. Dit beeld wordt genuanceerd door de rechtspraak van het CBB, al valt mede in verband met het kleine aantal uitspraken in hoger beroep daaruit geen eenduidige conclusie te trekken. Wij staan hierna stil bij de bevoegdheidsvraag en de materiële gronden.

7.4 BEVOEGDHEDEN

Wettelijke omschrijving en wetsinterpretatie

Uit het onderzoek komt heel duidelijk naar voren dat OPTA in de onderzoeksperiode heeft geworsteld met de beperkte (aan het oude ONP kader gebonden) en dikwijls ook onduidelijke wettelijke omschrijving van haar bevoegdheden. De formele toetsing door de Rechtbank Rotterdam heeft het er niet gemakkelijker op gemaakt. Daarnaast speelden er te vaak formele vragen die terug te voeren waren op het feit dat het algemene Awb kader onvoldoende op de regulering van marktsectoren is toegeschreven, althans de rechter onvoldoende of te laat de mogelijkheden die er ook binnen dat Awb kader waren benutte. Daardoor is heel veel energie van alle betrokkenen verloren gegaan aan het uitprocederen van formele kwesties zonder dat dit tot het gewenste marktinterventies heeft geleid. Belangrijke nieuwe ontwikkelingen zoals internettoegang, de hoogte van de mobiele terminating tarieven en de toegang tot de kabel, zijn daardoor gedurende de werking van de Tw onopgelost gebleven. Dat is vanuit de ratio van de instelling van een sectorspecifiek toezicht natuurlijk een onaanvaardbaar resultaat. Deze voor een wetgever toch tamelijk alarmerende constatering, heeft bij het opstellen van het ontwerp van de implementatiewet geen prioriteit gehad, mede omdat dit aspect bij de evaluatie van OPTA in het geheel geen aandacht heeft gekregen. De kostbare evaluatie die wel heeft plaats gehad en het nodige van de marktpartijen en de OPTA heeft gevegd, en in zekere zin ook een hypotheek op het toezicht in de laatste anderhalf jaar heeft gelegd, heeft bovendien geen kenbare rol gespeeld bij het wetsontwerp. Weliswaar is in een laat stadium aan de Tweede Kamer aangekondigd dat er nog een tweede wijziging van de Tw aankomt die speciaal aandacht zal geven aan de bevoegdheden van OPTA, maar deze reactie komt te

laat en is bovendien onvolledig. Daarbij lijkt de minister ook vast te houden aan het standpunt dat ‘National Regulatory Authority’ (NRA) in de richtlijnen zowel kan staan op het ministerie als op OPTA, hetgeen leidt tot onoverzichtelijke scheiding van bevoegdheden, die door de verwijzing van sommige te reguleren onderwerpen naar een AMvB, de slagvaardigheid van het toezicht niet zal bevorderen.

Uitoefening van bevoegdheden

Het onderzoek leert dat er onzekerheid bij het bestuursorgaan, de partijen en de rechter was hoe men nu precies moet omgaan met de bevoegdheden in hun onderlinge relatie, de keuze die daaruit moet worden gemaakt en wat het ‘civiel effect’ is van beslissingen van een bestuursorgaan die ingrijpt in civiele rechtsbetrekkingen. Het gaat evenzeer om onderwerpen die bij de aanpassing van de Tw hoge prioriteit hadden moeten hebben, maar dat niet hebben gehad. OPTA stelde zich in de onderzoeksperiode geschilgestuurd op en maakte weinig gebruik van handhavingsbevoegdheden. Bij dat laatste speelt natuurlijk ook het gebrek aan precisie van de te handhaven wettelijke norm een rol, zoals bijvoorbeeld de te late invoering door KPN van CPS leerde. Een duidelijk gepubliceerd handhavingsbeleid zou echter hebben bijgedragen aan meer duidelijkheid voor de markt. De regeling in de derde Nota van Wijzigingen die versnelling van handhavingsprocedures ongemoeid laat, is geen prikkel om het nu anders te gaan doen.

Het ontbreken van een regeling van het ‘civiel effect’ van OPTA beslissingen gaf veel problemen in de praktijk, die ondervangen hadden kunnen worden als de wetgever meer oog voor deze problematiek had gehad. Het valt op dat de wet tot implementatie van de toegangsrichtlijn nog steeds niet blijk geeft van een helder inzicht in deze problematiek. Zo treffen wij in de toelichting op de wets-tekst een uitvoerige verhandeling aan over onderhandelen in de pre-contractuele fase en de rol van de redelijkheid en billijkheid daarbij, terwijl dit toch maar een detail is in de eigenlijke toegangsproblematiek waarbij (delen van) de overeenkomst uiteindelijk door het bestuursorgaan in een beslissing met een publiekrechtelijke grondslag wordt vastgesteld.

Een ander vraagpunt blijkt te zijn geweest wat de aanwijzingsbevoegdheid nu precies inhoudt, zowel als het ging om een concrete aanwijzing in een geschil als een generieke aanwijzing van een aanmerkelijke machtspositie op een markt. Dit zijn vragen die ook in de toekomst een rol zullen blijven spelen. Nu

de implementatiewetgever op dit punt geen helderheid verschaft rijst de vraag of de OPTA ook op dit punt niet met gepubliceerde beleidsregels bestaande onzekerheden zou kunnen verminderen.

7.5 MATERIËLE RECHTSVRAGEN (BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR)

Motivering en bewijs

In de onderzoeksperiode werd in een belangrijke zaak (een aanwijzing van een tweede marktpartij als aanmerkelijk machtige partij op de mobiele markt) het door OPTA beoogde effect niet bereikt, omdat de rechter oordeelde dat het onderzoek niet voldoende zou zijn geweest. OPTA was er te zeer van uitgegaan dat de in de wet gedefinieerde markt voor mobiele telefonie, reeds voldoende basis voor een beslissing bood. Nu in het wetsontwerp specifieke bewijsregels ontbreken om een dominante partij op een markt aan te wijzen, zullen OPTA en NMa bij de toepassing van het nieuwe kader, zeker in de opstartfase waarin ook allerlei overgangsrechtelijke vragen zullen rijzen, tegen hetzelfde probleem aanlopen. De door de Commissie opgestelde lijsten zijn indicatief en zullen op nationaal niveau *in concreto* moeten worden ‘bewezen’, zowel wat betreft (de omvang van) de markt als de daar aanwezige machtsposities. Bovendien geeft deze lijst geen inzicht in de verbinding tussen de markten en de (in het algemene mededingingsrecht gehuldigde) leer dat ook sprake kan zijn van misbruik, wanneer de machtspositie op een annexe markt (bijvoorbeeld de markt van het vaste communicatienet, voorheen het vaste telefoonnet) wordt aangewend om de toegang tot nieuwe markten te belemmeren. Ook op dit punt bevelen wij aan dat OPTA en NMa beleidsregels voor consultatie en de criteria voor de in te zetten instrumenten (kostenoriëntatie, bijzondere toegang, non-discriminatie) publiceren, om te voorkomen dat het zonder nadere motivering overnemen van een door de Commissie aanbevolen markt bij de rechter aangevochten zou kunnen worden.

Een ander punt van aandacht is de motivering van handhavingsbeslissingen, met name de last onder dwangsom, omdat de ervaring, ook bij de NMa, heeft geleerd dat de bestuursrechter aan dit soort beslissingen hoge motiveringseisen stelt. Anderzijds kunnen gepubliceerde beleidsregels helpen, zoals bijvoorbeeld de boeteregeling van het Commissariaat voor de Media leert.

Doelmotiveringen

OPTA heeft in de betrokken periode de grenzen van haar bevoegdheden (terecht) proberen te verkennen, maar de vraag is of zij dat voldoende vertaald heeft in de motivering van deze grensverleggende beslissingen (de *hard cases* zoals ze in de studie worden aangeduid). Het maakt naar ons oordeel voor de discussie bij de rechter uit dat er bij een grensverkenning een breed gemotiveerde beslissing van het bestuursorgaan ligt waarin wordt uitgelegd waarom de grenzen worden verkend en waarom dat in de doelstelling van de regeling (de regulering van de specifieke telecommunicatiemarkt) past. Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat door het ontbreken van een principiële motivering op dit punt, de discussie bij de bestuursrechter te snel in het beperkte formele kader van de Awb werd getrokken. Nu de wetgever in de implementatiewet meer oog heeft gehad voor het feit dat dit soort wetgeving duidelijke doelstellingen moet formuleren, is het voor de toekomst zeker een aandachtspunt.

Rechtsvergelijking

In het nieuwe wettelijke kader is er door de coördinatieprocedure bij de Commissie meer aandacht voor de ontwikkelingen in de lidstaten. Dat heeft een nadeel en een voordeel.

Het nadeel is evident dat iedereen op iedereen gaat zitten wachten zodat er niets meer gebeurt. Het voordeel is dat het bestuursorgaan een bredere grondslag kan geven aan de beslissing die het straks bij de bestuursrechter moet verdedigen.

Dit samenspel (gecoördineerd door de Commissie) is relatief nieuw in Europa, en het zou ons niet verbazen als telecommunicatie (dat bij de ontwikkeling van sector specifiek toezicht in het bijzondere en het mededingingsrecht in het algemeen een pioniersrol vervulde) opnieuw een voortrekkersrol gaat krijgen. Dat betekent dat een deel van de bestuursrechtelijke vragen naar Europees niveau wordt getild. De vraag rijst of de consultaties over nieuwe markten nog een puur nationale aangelegenheid kunnen zijn, en of de te ontwikkelen beleidsrichtlijnen niet een Europese aangelegenheid van de Independent Regulators Group (IRG waarin de NRA's van de lidstaten regelmatig samenkomen) worden. Dan zal ook de vraag moeten worden beantwoord hoe de relatie tussen de European Regulators Group (ERG) die op grond van de richtlijnen

wordt ingesteld en waarin dus ook de regeringen zijn vertegenwoordigd, zal zijn. De ERG wordt in de Richtlijn gedefinieerd als volgt:

“The ERG is an independent body of reflection, debate and advice in the electronic communications regulatory field. Composed of the heads of the relevant national authorities, it acts as an interface between them and the European Commission in order to advise and assist the Commission in consolidating the internal market for electronic communications networks and services.

Among its main missions, the ERG aims at ensuring a consistent application of the new regulatory framework for electronic communications and services established in accordance with European Parliament and Council Directives:

In some cases, ERG builds on previous work of the IRG (Independent Regulators Group, the informal co-operation forum of 29 European regulators that has been operative since 1997). In those cases, reference within the work programme is made to already existing IRG work.”

Bij de IRG (<http://irgis.anacom.pt/site/en/>) gaat het om:

“The – IRG – was established in 1997 as a group of European National Telecommunications Regulatory Authorities (NRAs) to share experiences and points of views among its members on issues of common interest such as interconnecton, prices, universal service, and other important issues relating to the regulation and development of the European telecommunications market.”

Vooralsnog blijven beide gremia naast elkaar bestaan.

Dit vergt van OPTA een nationaal coördinerende en aansturende rol van de IRG en/of de ERG waarin de nationale marktpartijen worden geconsulteerd, temeer daar in het decentralisatiebeleid van de Commissie aan nationale toezichthouders een rol wordt toegekend bij de verwezenlijking van de interne markt.¹²⁵

¹²⁵ Zie K. J. M. Mortelmans, ‘Kroniek van het economisch publiekrecht’, *NJB* 2003, p. 1644.

A LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN

Van Angeren 2002 J.R. van Angeren, 'Hoger beroep in het mededingingsrecht; concentratie wenselijk?', *M&M* 2002/7, p. 246-251.

Daalder 2000 E.J. Daalder, 'Processuele openbaarheid: toegang tot stukken in het bestuursproces', *JB Plus* 2000/4, p. 153-163.

Damen e.a. 2003 L.J.A. Damen e.a., 'Rechtsbescherming tegen de overheid. 2 bestuursprocesrecht', Den Haag: BJu, 2002.

Van Damme & Hancher 2000 E.E.C. van Damme en L. Hancher, 'Netwerksectoren in transitie', *ESB* 22 juni 2000, p. D6-D9.

Dommering e.a. 1999 E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie.*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Dommering e.a. 2001 Dommering e.a., *Toezicht en regulering in de Telecommunicatiemarkt. Een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam (IViR) 2001.

Dommering 2002 E.J. Dommering, 'Institutionele vormgeving van netwerken. Een nieuw maatpak voor netwerkmakten', *I&I* 2002/4, p. 24-33.

Dommering 2003 E.J. Dommering, 'Telecommunicatie in de jaren negentig: Van de Big bang naar een geordend heelal of een nieuw zwart gat', in: H. Franken e.a., *Zeven essays over informatietechnologie en recht*, Den Haag: Sdu 2003, p. 171-226.

Van der Meulen 2002 B.M.J. van der Meulen, 'Onoverkomelijk bezwaar. Drie soorten prorogatie: maatwerk of wetgevingsvandalisme?', *NTB* 2002/4-5, p. 87-97.

Ottow 2000 A.T. Ottow, 'De procedures bij OPTA: geen sinecure', *M&M* 2000/1, p. 3-10.

Ottow & Prompers 2001 A.T. Ottow & A. Prompers, 'De wisselwerking tussen het telecom- en mededingingsrecht'. In: A.T. Ottow & A.F. Eeken (red.), *De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten*, Den Haag: Bju 2001, p. 37-63.

Ottow 2002a A.T. Ottow, "Over toezicht en rechtsbescherming: de omissies in de Telecommunicatiewet", *Mediaforum* 2002/4, p. 108-113.

Ottow & Schong 2002 A.T. Ottow & I. Schong, "De sectorspecifieke toezicht-houders en het kamermodel NMa", *M&M* 2002/4, p. 128-134.

Ottow 2002b A.T. Ottow, "De bevoegdheidsverdeling tussen OPTA en de civiele rechter", *Mediaforum* 2002/10, p. 316-319.

Ottow 2003a A.T. Ottow, 'Review van het toezicht', *Computerrecht* 2003/1, p. 12-18.

Ottow 2003b A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuursrechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', In: B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, preadviezen voor de VAR 2003, Bju: Den Haag 2003, p. 131-234.

Polak 1999 J.E.M. Polak. *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, Deventer: Kluwer 1999.

De Ru 2003 H.J. de Ru, "Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden, Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten", in: *M&M* 2003/5, 178-181.

Schnezler 2000 P. Schnezler, 'Geschilbehandeling in het perspectief van OPTA', *M&M* 2000/3, p. 103-106.

Simons 2001 Th.G.M. Simons, 'Openingsrede', in: O.J.D.M.L. Jansen e.a., *De handhaving van de Mededingingswet*, Kluwer: Deventer 2001, p. 41-10.

Sitompoeel 2000 N. Sitompoeel, 'De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid', *Computerrecht* 2000/3, p. 123-133.

B OVERZICHT KWANTITATIEVE ANALYSE

DATA NIET-GESCHILBESLECHTING

Partijen	TJ nummers	besluit	bezwaar	besliss. bzw.	beroep	besliss. brp.	verzoek vz.	voorziening	hoger brp.	beslissing h.b.
Versatel/Koninklijke KPN/OPTA	74 (beroep), 165 (hb)	6-4-1998	8-5-1998	29-9-1998	4-11-1998	14-3-2002			26-4-2002	28-5-2003
Koninklijke KPN/KPN Telecom/OPTA/Telfort/Versatel	4 (vv)	28-8-1997	9-10-1997	20-2-1998			10-3-1998	29-4-1998		
Kerktelefoon/OPTA/KPN	27 (vv)	20-12-1999	13-1-2000				14-1-2000	31-3-2000		
Kerktelefoon/OPTA/KPN	26 (vv)	25-8-1998	30-9-1998	27-4-1999	8-6-1999	31-3-2000	14-1-2000	31-3-2000		
Talkline/OPTA	30 (vv)	26-1-2000	22-2-2000	19-5-2000	15-5-2000		15-5-2000	29-6-2000		
Denda Directory Services/OPTA	64 (beroep)	16-3-1999		26-10-2000	15-1-2001	27-11-2001				
Versatel/OPTA/KPN Telecom	131 (beroep)	23-11-1998	30-12-1998	10-7-2000	21-8-2000	25-11-2002				
Versatel/OPTA/KPN Telecom	127 (beroep)	27-4-1999	10-5-1999	30-6-2000	4-8-2000	25-11-2002				
Versatel/OPTA/KPN Telecom	130 (beroep)	19-9-2000	6-10-2000	3-11-2000	13-12-2000	25-11-2002				
Energis/OPTA/KPN Telecom	128 (beroep)	1-11-1999	8-12-1998	27-7-2000	7-9-2000	25-11-2002				
Energis/OPTA	132 (beroep)	28-6-2001	8-8-2001	7-11-2001	18-12-2001	25-11-2002				
Versatel/OPTA	129 (beroep)	28-6-2001	8-8-2001	7-11-2001	18-12-2001	25-11-2002				
Istel	79 (beroep)	30-11-1999	16-2-2000	25-10-2000	1-11-2000	8-5-2002				
	79 (beroep)	31-5-2000	9-6-2000	25-10-2000	1-11-2000	8-5-2002				
Webpoint/OPTA	78 (beroep), 177 (hb)	7-12-1999	13-12-1999	12-9-2000	30-10-2000	8-5-2002			24-5-2002	16-7-2003
Libertel/OPTA	21 (vv)	20-10-1999	24-11-1999	9-11-2000			24-11-1999	23-12-1999		
Versatel/OPTA	68 (beroep)	20-10-1999	20-12-1999	29-3-2000	8-5-2000	7-1-2002				
Patrijsstate/OPTA	75 (beroep)	5-1-2000	6-3-2000	27-9-2000	7-11-2000	19-3-2002				
VZG/OPTA	104 (beroep), 179 (hb)	10-7-2000	15-8-2000	30-11-2000	8-1-2001	17-7-2002			9-9-2002	23-7-2003
KPN Telecom/OPTA	32 (vv)	19-7-2000	21-7-2000				21-7-2000	28-7-2000		
Koninklijke KPN/OPTA	37 (vv)	15-11-2000	21-12-2000	26-3-2001			21-12-2000	31-1-2001		
IJmond T.V./OPTA	90 (beroep)	7-3-2001		12-11-2001		17-5-2002				
KPN Telecom/OPTA	111 (vv)	27-3-2002	8-5-2002	18-10-2002			14-6-2002	30-7-2002		
	123 (vv)						24-10-2002	13-11-2002		
	148 (vv)						5-12-2002	13-2-2003		
	158 (vv)						28-2-2003	2-5-2003		
Yarosa/OPTA	147 (beroep), 147 (vv), 176 (hb)	6-11-2002	13-11-2002	3-12-2002	4-12-2002	12-2-2003	4-12-2002	12-2-2003	4-3-2003	16-7-2003
Tele2/OPTA	167 (beroep)	4-12-2000	23-1-2001		28-4-2003	5-6-2003				
			5-6-2003	7-8-2003						
Tele2/OPTA	168 (beroep)	1-8-2001	29-6-2001		28-4-2003	5-6-2003				
			5-6-2003	7-8-2003						
Tele2/OPTA	166 (beroep)	27-6-2002	7-8-2002		28-4-2003	5-6-2003				
			5-6-2003	7-8-2003						
UBN/OPTA/Name Management	180 (beroep)	10-5-2001	15-6-2001	5-11-2001	14-12-2001	29-7-2003				

DOORLOOPTIJDEN NIET-GESCHILBESLECHTING

Partijen	TJ nummers	bezwaar	beroep	voorlopige voorziening	hoger beroep	bezwaar tot beroep
Versatel/Koninklijke KPN/OPTA	74 (beroep), 165 (hb)	141	1210		392	1351
Koninklijke KPN/KPN Telecom/OPTA/Telfort/Versatel	4 (vv)	131		49		
Kerktelefoon/OPTA/KPN	27 (vv)			77		
Kerktelefoon/OPTA/KPN	26 (vv)	207	293	77		500
Talkline/OPTA	30 (vv)	87		44		
Denda Directory Services/OPTA	64 (beroep)		312			
Versatel/OPTA/KPN Telecom	131 (beroep)	550	814			1364
Versatel/OPTA/KPN Telecom	127 (beroep)	410	831			1241
Versatel/OPTA/KPN Telecom	130 (beroep)	27	702			729
Energis/OPTA/KPN Telecom	128 (beroep)	589	798			1387
Energis/OPTA	132 (beroep)	89	337			426
Versatel/OPTA	129 (beroep)	89	337			426
Istel	79 (beroep)	249	547			796
	79 (beroep)	136	547			683
Webpoint/OPTA	78 (beroep), 177 (hb)	269	548		412	817
Libertel/OPTA	21 (vv)	345		29		
Versatel/OPTA	68 (beroep)	99	599			698
Patrijsstate/OPTA	75 (beroep)	201	492			693
VZG/OPTA	104 (beroep), 179 (hb)	105	549		314	654
KPN Telecom/OPTA	32 (vv)			7		
Koninklijke KPN/OPTA	37 (vv)	95		40		
IJmond T.V./OPTA	90 (beroep)					
KPN Telecom/OPTA	111 (vv)	160		46		
	123 (vv)			19		
	148 (vv)			68		
	158 (vv)			62		
Yarosa/OPTA	147 (beroep), 147 (vv), 176 (hb)	20	68	68	132	88
Tele2/OPTA	167 (beroep)		37			
		62				
Tele2/OPTA	168 (beroep)		37			
		62				
Tele2/OPTA	166 (beroep)		37			
		62				
UBN/OPTA/Name Management	180 (beroep)	140	585			725
Gemiddeld		180	484	49	313	664 (180+484)

DATA GESCHILBESLECHTING

Partijen	TJ nummers	geschil	besluit	bezwaar	besliss. bzw.	beroep	besliss. brp.	verzoek vz.	voorziening	hoger brp	beslissing h.b.
Telfort/KPN/OPTA/Versatel	3 (beroep), 3 (vv)		29-6-1997	14-8-1997	26-9-1997	5-11-1997	18-2-1998	28-11-1997	18-2-1998		
Koninklijke KPN/OPTA	94 (beroep)	23-12-1998	9-3-1999	19-4-1999	29-9-2000	9-9-2000	21-6-2002				
KTA/UPC/OPTA/Canal+	149 (beroep), 14 (vv)	16-12-1998	9-7-1999	28-7-1999	4-11-1999	3-12-1999	26-2-2003	30-7-1999	14-9-1999		
	149 (beroep)		4-11-1999	15-12-1999	27-1-2000	8-3-2000	26-2-2003				
	149 (beroep)		4-11-1999	3-12-1999	31-7-2000	8-9-2000	26-2-2003				
	149 (beroep), 48		31-7-2000	6-9-2000	20-3-2002	29-4-2002	26-2-2003	6-6-2001	15-6-2001		
	98 (vv)		20-3-2002	12-4-2002				12-4-2002	8-7-2002		
Koninklijke KPN/KPN Telecom/OPTA/Energis	143 (beroep)	4-11-1998	12-7-1999	20-8-1999	1-12-2000	12-1-2001	31-1-2003				
KPN Telecom/OPTA/Energis	124 (beroep), 70 (vv)	3-5-2001	15-10-2001	19-10-2001	25-1-2002	1-2-2002	15-11-2002	1-2-2002	19-2-2002		
UPC/OPTA/Canal+	150 (vv)	9-9-2002	31-10-2002	26-11-2002				26-11-2002	27-2-2003		
KPN/OPTA/Dutchtone	33 (beroep), 11 (vv), 44 (hb)	18-12-1998	2-4-1999	29-4-1999	3-11-1999	14-12-1999	13-9-2000	2-4-1999	3-6-1999	17-10-2000	25-4-2001
	22 (vv)							1-12-1999	30-12-1999		
KPN/OPTA/MCI	39 (vv)	29-3-2000	21-11-2000	6-12-2000				6-12-2000	16-2-2001		
KPN/Denda Multimedia/OPTA	49 (beroep), 138 (hb)	11-12-1997	29-9-1999	5-11-1999	4-12-2000	10-1-2001	21-6-2001			14-8-2001	8-1-2003
O2/Telfort/KPN Mobile/OPTA	157 (beroep), 77 (vv)	12-6-2001	9-4-2002	11-4-2002	19-7-2002	14-8-2002	25-4-2003	5-2-2002	1-5-2002		
Mobiele operators/OPTA	133 (vv)	1-7-2002	10-9-2002					20-11-2002	29-11-2002		
KPN Telecom/OPTA/Tiscali	178 (vv)	8-1-2003	1-5-2003	5-5-2003				5-5-2003	17-7-2003		
IJmond/OPTA/Casema	169 (beroep)	22-11-2000	7-3-2001	19-4-2001	7-11-2001	24-12-2001	2-7-2003				

DOORLOOPTIJDEN GESCHILBESLECHTING

Partijen	TJ nummers	geschil	bezwaar	beroep	voorlopige voorziening	hoger beroep	geschil tot beroep
Telfort/KPN/OPTA/Versatel	3 (beroep), 3 (vv)		42	103	80		
Koninklijke KPN/OPTA	94 (beroep)	76	520	642			1238
KTA/UPC/OPTA/Canal+	149 (beroep), 14 (vv)	203	96	1163	44		1462
	149 (beroep)		42	1068			1110
	149 (beroep)		238	888			1126
	149 (beroep), 48		554	297	9		851
	98 (vv)				86		
Koninklijke KPN/KPN Telecom/OPTA/Energis	143 (beroep)	248	461	739			1448
KPN Telecom/OPTA/Energis	124 (beroep), 70 (vv)	162	96	284	18		542
UPC/OPTA/Canal+	150 (vv)	52			91		
KPN/OPTA/Dutchtone	33 (beroep), 11 (vv), 44 (hb)	104	184	269	61	188	557
	22 (vv)				29		
KPN/OPTA/MCI	39 (vv)	232			70		
KPN/Denda Multimedia/OPTA	49 (beroep), 138 (hb)	648	389	161		504	1198
O2/Telfort/KPN Mobile/OPTA	157 (beroep), 77 (vv)	297	98	251	86		646
Mobiele operators/OPTA	133 (vv)	69			9		
KPN Telecom/OPTA/Tiscali	178 (vv)	113			72		
IJmond/OPTA/Casema	169 (beroep)	105	198	548			851
Gemiddeld		192	243	534	55	346	969/970 (192+243+534)

DATA VERGOEDINGEN

Partijen	TJ nummers	besluit	bezwaar	besliss. bzw.	beroep	besliss. brp.	hoger brp.	beslissing h.b.
Libertel/OPTA	7 (beroep)	28-10-1996	6-12-1996	24-7-1997	5-11-1997	14-10-1998		
	7 (beroep)	19-12-1996	20-1-1997	24-7-1997	5-11-1997	14-10-1998		
	51 (beroep)		14-10-1998	22-1-1999	4-3-1999	24-7-2001		
Telediscount/OPTA	65 (beroep), 153 (hb)	2-9-1999	6-10-1999	20-7-2000	30-7-2000	27-12-2001	7-2-2002	12-3-2003
KPN Mobile/Koninklijke KPN/OPTA	66 (beroep), 182 (hb)	5-11-1999	16-12-1999	12-5-2000	4-7-2000	27-12-2001	7-2-2002	27-8-2003
CallMax/OPTA	6 (beroep)	15-11-1996	20-12-1996	24-7-1997	3-9-1997	14-10-1998		
KPN Telecom/KPN Mobile/OPTA	46 (beroep)	24-10-1997	19-11-1997	5-11-1999	15-12-1999	9-5-2001		
Canal+/OPTA	144 (beroep)	9-1-2001	12-2-2001	5-9-2001	17-10-2001	4-2-2003		
DiVA/OPTA	113 (beroep)	21-11-2000	14-12-2001	24-4-2002	5-6-2002	3-9-2002		
Utelisys/OPTA	145 (beroep)	8-3-2001	6-8-2001	11-4-2002	15-5-2002	4-2-2003		
Vodafone Libertel/OPTA	81 (beroep)	1-10-1997	16-10-1997		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	80 (beroep)	31-7-1997	11-9-1997		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	82 (beroep)	3-8-1998	11-7-1998		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	83 (beroep)	6-1-1999	11-2-1999		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	86 (beroep)	30-11-2000	21-12-2000		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	84 (beroep)	7-4-1999	11-5-1999		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	87 (beroep)	6-12-2000	21-12-2000		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	85 (beroep)	4-12-2000	12-12-2000		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	89 (beroep)	24-4-2001	30-5-2001		8-2-2002	17-5-2002		
Vodafone Libertel/OPTA	88 (beroep)	15-12-2000	21-12-2000		8-2-2002	17-5-2002		
TeleSpectrum/OPTA	163 (beroep)	22-12-2000	4-1-2001	23-7-2001	3-7-2001	21-5-2003		

DOORLOOPTIJDEN VERGOEDINGEN

Partijen	TJ nummers	bezwaar	beroep	hoger beroep	bezwaar tot beroep
Libertel/OPTA	7 (beroep)	228	339		567
	7 (beroep)	184	339		523
	51 (beroep)	98	860		958
Telediscount/OPTA	65 (beroep), 153 (hb)	284	507	395	791
KPN Mobile/Koninklijke KPN/OPTA	66 (beroep), 182 (hb)	146	533		679
CallMax/OPTA	6 (beroep)	214	401		615
KPN Telecom/KPN Mobile/OPTA	46 (beroep)	706	504		1210
Canal+/OPTA	144 (beroep)	203	467		670
DiVA/OPTA	113 (beroep)	130	88		218
Utelisys/OPTA	145 (beroep)	245	259		504
Vodafone Libertel/OPTA	81 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	80 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	82 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	83 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	86 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	84 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	87 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	85 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	89 (beroep)		99		
Vodafone Libertel/OPTA	88 (beroep)		99		
TeleSpectrum/OPTA	163 (beroep)	199	678		
Gemiddeld		240	284	395	524 (240+284)

C TOELICHTING BIJ TABELLEN

Deze tabellen bevatten de gegevens voor de berekening van de gemiddelde doorlooptijden. De data die in de vonnissen van de rechtbank zijn vermeld hebben als uitgangspunt gediend voor invoer van de tabellen. De tabellen bevatten de vonnissen van alle bestuursrechtelijke zaken waarbij OPTA partij is geweest, voor zover die door de Rechtbank Rotterdam zijn behandeld, en deze beschikbaar zijn gesteld door OPTA en de Rechtbank Rotterdam. De uitspraken van de Rechtbank Rotterdam zijn niet allemaal gepubliceerd, zodat het niet mogelijk is om met zekerheid vast te stellen of dit de volledige lijst met uitspraken is.

De data zijn beperkt tot zaken over telecommunicatie. Zaken over post zijn niet meegenomen in de tabellen.

Overigens is in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 22 mei 2002, waarin een onderzoek wordt heropend, OPTA abusievelijk als partij vermeldt (TJ 91). Deze uitspraak is niet verwerkt.

De uitspraken door de rechter-commissaris over de beperkte kennisneming van stukken op grond van artikel 8:29 Awb zijn niet opgenomen in de tabel. Ook de uitspraken over een verzoek tot versnelde behandeling (TJ 72 en 73) en over onbevoegdheid van de rechter (TJ 41) zijn niet opgenomen. Tot slot is de uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening door Yarosa bij de Afdeling Bestuursrechtspraak niet opgenomen (TJ 154).

De vonnissen vanaf 1 augustus 1997, de oprichtingsdatum van OPTA, tot 1 augustus 2003 zijn verwerkt. Hierbij is een uitzondering gemaakt voor de uitspraak van het CBB van 29 augustus 2003 (TJ 182). De uitspraak van de voorzieningenrechter van 29 juli 2003 (TJ 181) is niet opgenomen omdat de uitspraak te laat in het onderzoek is binnengekomen.

CATEGORIE-INDELING

Voor de overzichtelijkheid is onderscheid gemaakt tussen zaken waaraan een geschilbeslechtend besluit vooraf is gegaan ('Geschilbeslechting'), zaken waar dat niet het geval is ('Niet-geschilbeslechting') en zaken over vergoedingen ('Vergoedingen').

Deze categorie-indeling vereist enige kanttekeningen. Sommige zaken, zoals *WEBPoint/OPTA* (TJ 78) en *Itel/OPTA* (TJ 79) zijn weliswaar gericht tegen vergoedingen die OPTA in rekening heeft gebracht, maar het geschil richt zich bij de rechter op de vraag of sprake is van een openbare telecommunicatiedienst. Deze twee zaken zijn daarom niet ondergebracht bij de tabel 'Vergoedingen', maar bij de tabel 'Niet geschilbeslechting'. Het onderscheid tussen vergoedingen en niet-vergoedingen is voor de uiteindelijke resultaten van de gemiddelden overigens niet van belang, omdat iedere zaak even zwaar weegt.

Het vonnis in *Denda Directory Services/OPTA* is ondergebracht in de categorie niet-geschilbeslechting, omdat niet uit het vonnis blijkt dat de zaak ziet op een geschilbeslechtend besluit (TJ 64). Daarnaast is Denda hier niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding, zodat het vonnis niet ingaat op de inhoudelijke aspecten van een mogelijk geschilbeslechtend besluit.

TOELICHTING BIJ KOLOMMEN

Hieronder volgt een toelichting van de verschillende kolommen.

Partijen

De kolom 'partijen' strekt slechts tot ondersteuning bij het opzoeken van vonnissen. Het bevat niet altijd de volledige titel van de partijen die deel hebben genomen, en bevat in sommige gevallen aanvullende partijen die niet onderdeel uitmaakten van het vonnis, maar wel partij waren bij het geschil waar het vonnis aanleiding toe gaf. Een voorbeeld hiervan is het interconnectiegeschil tussen Telfort en KPN, waarbij Versatel bezwaar maakte (TJ 3). Hier zijn Telfort, KPN, OPTA en Versatel opgenomen als partijen.

Geschil

In het geval van geschilbeslechting is de datum opgenomen waarop bij OPTA een verzoek is gedaan tot het nemen van een geschilbeslechtend besluit, in de kolom 'geschil'. Voor de niet-geschilbeslechtende besluiten is deze datum niet van toepassing.

De datum waarop het geschil aanhangig is gemaakt is overigens niet beschikbaar in het interconnectiegeschil tussen Telfort en KPN waartegen Versatel bezwaar heeft gemaakt (TJ 3). Dit vakje is leeg gelaten.

Besluit

De datum waarop een besluit is genomen, is onder het kopje 'besluit' opgenomen. Dit besluit kan genomen zijn naar aanleiding van een geschil, maar ook op initiatief van OPTA.

In de procedure in *TeleDiscount/OPTA* heeft OPTA twee facturen gestuurd, een op 2 september en een op 6 september 1999. Omdat tegen beide facturen in een keer bezwaar is gemaakt op 6 oktober 1999 is de factuur van 6 september 1999 niet apart opgenomen in de tabel (TJ 65 en TJ 153). Hetzelfde geldt voor de zaak over vergoedingen van *KPN Mobile en KPN Telecom/OPTA* waarin de rechtbank uitspraak heeft gedaan op 9 mei 2001 (TJ 46). Hier betrof het twee op dezelfde dag verstuurd facturen, waartegen tegelijkertijd bezwaar is gemaakt, en op welk bezwaar in een besluit is beslist. Dit bezwaar is slechts één keer opgenomen. In *WEBPoint* is bij wijze van twee besluiten van 7 december 1999 een aantal vergoedingen in rekening gebracht, waartegen op 13 december 1999 bezwaar is gemaakt (TJ 78). Deze datum is ook slechts één keer in de kolommen opgenomen.

In *Itel/OPTA* (TJ 79) daarentegen heeft OPTA op 30 november door middel van twee besluiten vergoedingen in rekening gebracht, waartegen één keer bezwaar is gemaakt op 6 februari 2000. Vervolgens zijn nieuwe vergoedingen in rekening gebracht op 31 mei 2000 waartegen opnieuw bezwaar is gemaakt op 9 juni 2000. Beide bezwaren zijn in een besluit van 25 oktober 2000 ongegrond verklaard. Deze beide rechtsgangen zijn in beroep gezamenlijk behandeld, maar afzonderlijk opgenomen in de tabel.

In *DiVA/OPTA* ging het om een besluit van 21 november 2000 waarin DiVA als aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst is geregistreerd. Daarna

heeft OPTA een aantal facturen gestuurd, maar de rechtbank gaat ervan uit dat het bezwaar van DiVA gericht is tegen het besluit van 21 november 2000, en stelt dat OPTA terecht DiVA niet-ontvankelijk heeft verklaard (TJ 113). Hierbij is het besluit van 21 november 2000 als uitgangspunt genomen.

Bezwaar

De datum waarop hiertegen bezwaar is aangetekend is opgenomen onder het kopje 'bezwaar'.

Als twee partijen op verschillende data bezwaar maken tegen één besluit is het vroegste bezwaar als uitgangspunt genomen. Dus als één partij op 4 oktober 1999 bezwaar maakt, en één op 6 oktober 1999, dan is 4 oktober 1999 opgenomen als de datum waarop bezwaar is gemaakt.

Het komt voor dat OPTA een nieuwe beslissing moet nemen naar aanleiding van een vonnis van de rechtbank dat het aangevallen besluit vernietigde, en dat tegen deze beslissing vervolgens in beroep is gegaan. In zo een geval is het vonnis van de rechtbank als datum genomen waarop bezwaar wordt gemaakt tegen de beslissing die OPTA vervolgens dient te nemen. De datum van de nieuwe beslissing is dan opgenomen in een nieuwe, volgende rij. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de uitspraak in beroep van 14 oktober 1998 (TJ 7), waar het CBB aan OPTA gebood een beslissing te nemen, die zij vervolgens op 22 januari 1999 heeft genomen, waarover de rechter in beroep heeft beslist op 24 juli 2001 (TJ 51).

Het spreekt voor zich dat bezwaren die op gelijke datum maar in aparte vonnissen in beroep zijn behandeld in aparte rijen worden vermeld. Het niet-nemen van tien besluiten waartegen Vodafone beroep instelde (TJ 80-89) is hiervan een voorbeeld.

Beslissing op bezwaar

De datum van de beslissing op bezwaar is ondergebracht onder het kopje 'besliss. b.z.w.'.

Het is mogelijk dat een bezwaar is gemaakt, en rond dezelfde tijd bij voorlopige voorziening is gevraagd om het besluit te schorsen. Het is mogelijk dat nadien alsnog een beslissing op bezwaar is genomen, waarbij het oorspronke-

lijke besluit bijvoorbeeld wordt ingetrokken. Niet al deze beslissingen op bezwaar zijn echter op de OPTA website te vinden, en als dan niet in beroep uitspraak is gedaan blijft de datum van beslissing op bezwaar leeg, omdat geen vonnis van de rechtbank beschikbaar is waarin deze datum is vermeld. Voorbeelden hiervan zijn de geschillen tussen *Kerktelefoon/OPTA/KPN* (TJ 27), *KPN Telecom/OPTA* (TJ 32) en *KPN/OPTA/Tiscali* (TJ 178). Een uitzondering op dit beginsel is de *Libertel* zaak (TJ 21).

Als door meer dan één partij bezwaar is gemaakt, en twee verschillende beslissingen op bezwaar zijn genomen, dan is aangenomen dat deze tegelijkertijd zijn genomen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de beslissing op bezwaar van 3 november 1999 in het geschil tussen Dutchtone en KPN over antenneopstelpunten (TJ 33), en de beslissing op bezwaar van 4 december 2000 in het geschil tussen Denda en KPN over telefoongidsen (TJ 49).

In de voorlopige voorziening in het geschil tussen KPN, Energis en OPTA is aangegeven dat de secretaris van OPTA op 23 januari meedeelde dat het besluit van 10 januari 2002 is ingetrokken. Twee dagen later heeft OPTA, dus niet haar secretaris, het bezwaar tegen dit besluit echter ongegrond verklaard. In de tabel is de datum van de beslissing op bezwaar van 25 januari 2001 genomen (TJ 143).

Beroep

De datum waarop mogelijk in beroep is gegaan is ondergebracht onder het kopje 'beroep'. Ook hier geldt, zoals bij de bezwaargang, dat als door meer partijen beroep is ingesteld het vroegste beroep als uitgangspunt is genomen.

Beslissing op beroep

De datum waarop de Rechtbank Rotterdam haar uitspraak heeft gedaan is ondergebracht onder het kopje 'beslissing brp'. Dit is dus niet de datum van verzending van het afschrift van het vonnis.

Het is mogelijk dat de rechter naar aanleiding van een verzoek om voorlopige voorziening met inachtneming van artikel 8:86 lid 1 Awb ook uitspraak doet in de hoofdzaak. In dat geval is de datum waarop de voorlopige voorziening is genomen, ook opgenomen als datum waarop de beslissing op het beroep is genomen. Dit is het geval bij TJ 3 en TJ 147.

Het is mogelijk dat in een vonnis in beroep meerdere beslissingen op bezwaar worden behandeld. In dat geval is een beslissing in beroep meerdere keren vermeld in de tabel. Dit is het geval bij TJ 7, 79 en 149. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de beslissing van de rechtbank op het ene beroep kan verschillen van de beslissing op het andere beroep. Deze beroepen zijn in dat geval anders gekwalificeerd.

Het beroep is overigens in twee gevallen behandeld door het CBB (TJ 6 en 7).

Hoger beroep

De datum waarop hoger beroep is ingesteld is ondergebracht onder het kopje 'hoger brp'. De vroegste datum waarop hoger beroep is ingesteld is als uitgangspunt genomen.

Beslissing op hoger beroep

De datum waarop de beslissing van het CBB op het hoger beroep is gegeven, is onder het kopje 'beslissing hb' ondergebracht. Hier is overigens ook de prejudiciële vraag van het CBB opgenomen.

Het hoger beroep is in beginsel door het CBB uitgesproken, behalve in de zaak *Yarosa*, waar de afdeling AB van de RvS uitspraak heeft gedaan op 16 juli 2003 (TJ 176).

Verzoek om voorziening

De datum waarop een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan, is ondergebracht onder het kopje 'verzoek vz'.

Voorziening

De datum waarop een beslissing is gegeven naar aanleiding van een verzoek om een voorlopige voorziening is opgenomen onder het kopje 'voorziening'. Een verzoek tot opheffing van een voorlopige voorziening is apart opgenomen (TJ 22 en 158).

BIJZONDERE GEVALLEN

Het geschil tussen Canal+ en UPC/KTA vereist aparte behandeling. Hierbij heeft OPTA in een beslissing op bezwaar van 4 november 1999 een voorlopig doorgiftetarief vastgesteld, waartegen beroep is ingesteld, dat de rechtbank deels heeft doorgezonden naar OPTA omdat dit beroep deels als bezwaarschrift moest worden gekwalificeerd. Om die reden is het besluit van 4 november 1999 zowel opgenomen in de kolom van het primair besluit als de kolom van de beslissing op bezwaar. Tegen een gedeelte van het besluit van 4 november 1999 is door UPC bezwaar gemaakt op 3 december 1999, en door Canal+ op 15 december 1999. OPTA heeft op 27 januari 2000 het bezwaar van Canal+ niet-ontvankelijk verklaard. OPTA heeft op 31 juli 2000 het bezwaar van UPC ongegrond verklaard. Beide beslissingen op bezwaar zijn vermeld. OPTA heeft op diezelfde dag een bindende aanwijzing gegeven. Hiertegen is ook bezwaar gemaakt, en hierop is een beslissing op 20 maart 2002 genomen. Tegen al deze beslissingen op bezwaar is beroep ingesteld, en deze zijn tezamen behandeld in de bodemuitspraak van de rechtbank van 26 februari 2003 (TJ 149). Op 20 maart 2002 heeft OPTA daarnaast een nieuwe bindende aanwijzing gegeven, die UPC heeft verzocht om te schorsen. Deze beslissing is ook apart vermeld (TJ 98).

Niet-binnen de wettelijke termijn genomen besluiten van OPTA vormen ook een apart geval. Een geslaagd beroep tegen het niet-nemen van een besluit is niet als vernietiging aangemerkt, maar wel opgenomen in de tabel. Hier is de datum van de beslissing op bezwaar niet aangegeven in de zaken van Vodafone Libertel (TJ 80-89). In de zaken Tele2/OPTA (TJ 166-168) is de uiterlijke datum waarop de rechter OPTA heeft opgedragen om een beslissing te nemen opgenomen als datum waarop bezwaar is gemaakt. Als data van de hieropvolgende beslissing op bezwaar zijn overigens de data genomen van de publicatie op de website omdat op de besluiten zelf geen datum is aangegeven. In de zaak *Talkline* (TJ 30) is de beslissing op bezwaar opgenomen omdat deze tot gevolg had dat in de voorlopige voorziening slechts tot een veroordeling van de proceskosten werd verzocht.

Het geschil over mobiele terminating tarieven tussen de mobiele operators en OPTA, waarin de voorzieningenrechter op 29 november 2002 (TJ 133) een voorziening heeft getroffen, vereist tevens aparte behandeling. De voorzieningenrechter heeft hier enerzijds een verzoek behandeld om de beslissing op bezwaar 9 april 2002 in het geschil tussen Telfort/O2 en KPN Mobile te schor-

sen. De rechter heeft anderzijds het verzoek behandeld om een veelheid aan geschilbeslechtende besluiten tussen de verschillende operators te schorsen. 18 van deze besluiten zijn genomen op 10 september 2002, 4 besluiten op 23 september 2002, 1 besluit op 4 oktober en 2 besluiten op 17 oktober 2002. De datum waarop het bezwaar is gemaakt tegen het besluit in het geschil tussen *Tele2/Vodafone* (G28.02), 1 juli 2002, heeft gediend als datum voor het bezwaar in de tabel. De datum waarop de beslissing op bezwaar is genomen in de *Tele2/Vodafone* zaak, 10 september 2002, heeft gediend als datum voor de beslissing op bezwaar in de tabel. Deze besluiten, 26 in totaal, zijn niet afzonderlijk opgenomen in de tabel.

De aanwijzing van 27 maart 2002 van KPN als AMM op de huurlijnenmarkt is vier keer het voorwerp geweest van een voorlopige voorziening (TJ 111, 123, 148 en 158). Deze vonnissen zijn onder elkaar opgenomen.

D JURISPRUDENTIE OVERZICHT

1.1 INLEIDING

Deze bijlage geeft een beschrijving van de belangrijkste bestuursrechtelijke uitspraken binnen het telecommunicatie-en postrecht. De bijlage verwijst waar beschikbaar naar de nummers in de TJ-lijst. De belangrijkste uitspraken die zijn opgenomen in de TJ-lijst komen aan de orde. TJ 41 en TJ 181 zijn echter niet besproken. TJ 41 is niet relevant voor dit onderzoek en TJ 181 is te laat in het onderzoek binnengekomen.

1.2 PROCESSUELE VRAAGSTUKKEN

Voordat de rechter ingaat op de inhoudelijke vragen beantwoordt hij een aantal formele voorvragen. De belangrijkste vraag, of partijen ontvankelijk zijn, valt uiteen in drie delen: of het bezwaar of beroep binnen de termijn is ingesteld, of sprake is van een appelabel besluit, en of sprake is van een belanghebbende. Het juridisch kader voor deze toetsing wordt met name gevormd door de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb).

Daarnaast toetst de rechter of sprake is van een procesbelang en of sprake is van een spoedeisend belang. Voor zover het geschilbeslechting betreft onderzoekt de rechter tevens of sprake is van een geschil. Tot slot bevat dit hoofdstuk een onderwerp dat een raakvlak heeft met de procedurele aspecten van het telecommunicatierecht: de bevoegdheid van OPTA tot handhaving.

1.2.1 BEZWAAR- EN BEROEPSTERMIJN

De bezwaar- en beroepstermijn is zes weken, op straffe van niet-ontvankelijkheid, tenzij niet kan worden geoordeeld dat de betreffende partij in verzuim is geweest, aldus artikel 6:11 Awb. Deze uitzondering is toegepast in de uitspraak in *Versatel* van 18 februari 1998 (TJ 3), waarin de rechtbank stelt dat niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar achterwege blijft nu niet kan

worden geoordeeld dat verzoekster in verzuim is geweest, omdat op geen enkele wijze blijkt uit de publicatie in de Staatscourant dat het besluit reeds op de in artikel 3:41 Awb voorgeschreven wijze was bekendgemaakt.

In *Denda Directory Services* (DDS) oordeelde de rechtbank op 27 november 2001 (TJ 64) dat, hoewel DDS pas op 14 december 2000 kennis heeft kunnen nemen van het besluit, zij heeft ‘nagelaten om zo spoedig mogelijk (volgens de jurisprudentie binnen ongeveer twee weken) nadat zij alsnog kennis heeft kunnen nemen van de inhoud’ beroep in te stellen. Zij heeft een maand gewacht voor beroep in te stellen zodat niet redelijkerwijs geoordeeld kan worden dat DDS niet in verzuim is geweest.

In *Patrijsstate* oordeelde de rechtbank op 19 maart 2002 dat wel sprake was van een verschoonbare termijnoverschrijding (TJ 75). De rechtbank is van oordeel dat “gelet op het gegeven dat verzending naar een onjuist adres plaatsvond terwijl [OPTA] van het juiste adres op de hoogte was dan wel kon zijn en het gegeven dat [de opnieuw verzonden brief] bij eiseres minstens verwarring kon veroorzaken, de termijnoverschrijding niet (ten volle) aan eiseres is toe te rekenen en verschoonbaar moet worden geacht.”

In *Itel/OPTA* oordeelde de rechter op 8 mei 2002 dat geen sprake was van een verschoonbare termijnoverschrijding (TJ 79). De besluiten zijn daarmee in rechte onaantastbaar geworden, zodat de vergoeding voor de registratie en de vergoeding voor het toezicht in 1999 vaststaan. Het besluit heeft formele rechtskracht gekregen, en het beroep van Itel wordt ongegrond verklaard.

In *DiVA* is de rechtbank op 3 september 2002 ook van oordeel dat OPTA terecht heeft besloten dat geen sprake was van een verschoonbare termijnoverschrijding (TJ 113). Dat DiVA al voor het aflopen van de termijn had aangegeven het niet eens te zijn met toekomstige besluiten van OPTA kan hieraan niet afdoen, omdat op dat moment nog geen sprake was van een situatie als bedoeld in artikel 6:10 van de Awb, aldus de rechtbank.

In *Utetel* sluit de rechtbank zich op 4 februari 2003 ook aan bij het oordeel van OPTA dat geen sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding (TJ 145).

1.2.2 BESLUIT

Omdat slechts bezwaar kan worden gemaakt tegen een ‘besluit’ staat de reikwijdte van dit begrip centraal in het bestuursprocesrecht. Artikel 1:3 Awb luidt, voor zover van belang:

1. Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.
2. Onder beschikking wordt verstaan: een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan.

Hieronder passeren de belangrijkste beslissingen op dit punt de revue.

In de zaak *Nijdam* betreft het de vraag of OPTA terecht heeft beslist op een bezwaar van de heer Nijdam tegen een brief van OPTA.¹²⁶ Deze brief is volgens het CBB geen besluit waartegen beroep open staat. De brief is pas een besluit als deze de neerslag vormt van een beslissing die een publiekrechtelijke rechtshandeling – een handeling die is gericht op enig rechtsgevolg – inhoudt. De bevoegdheid om een vaststelling te doen zoals die in de brief is gegeven, kan het CBB echter niet vinden. Daarnaast houdt de brief ook niet een besluit in om af te zien van toepassing van artikel 15 van de Postwet. Ook is OPTA niet tekort geschoten door de brief van Nijdam niet te behandelen als een verzoek tot het geven van een aanwijzing. Hier komt bij dat de wetsgeschiedenis de opvatting ondersteunt dat toezicht op hoofdlijnen plaats vindt. Een aanwijzing door OPTA naar aanleiding van één individuele klacht over de situering van een brievenbus lijkt met dit karakter van het toezicht moeilijk te verenigen.

In *Canal+* is de rechter op 14 september 1999 van oordeel dat de aanwijzing aan KTA tot doorgifte van programma’s van Canal+ een op rechtsgevolg gerichte rechtshandeling is, omdat hierdoor voor een deel van het conflict tussen KTA en Canal+ een oplossing is gegeven (TJ 14).

In het beroep van Versatel tegen de niet-aanwijzing van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor vaste en mobiele openbare telefoonnetwerken en -diensten tezamen behandelt de rechtbank op 7 januari 2002 de

¹²⁶ CBB 21 juli 1999, 96/0016/090/199 A (*Nijdam/OPTA/PTT*).

vraag of OPTA het bezwaar terecht niet-ontvankelijk heeft geacht (TJ 68). In onderdeel 53 van het primaire besluit heeft OPTA overwogen dat, afhankelijk van de ontwikkelingen in de markt, OPTA alsnog kan overgaan tot een aanwijzing op grond van artikel 6.4 lid 2 Tw. De rechtbank meent dat dit echter niet als een expliciete of impliciete weigering kan worden opgevat. Omdat geen sprake is van een besluit kan hiertegen ook geen bezwaar worden gemaakt en OPTA heeft Versatel terecht niet-ontvankelijk verklaard.

In het geschil tussen KPN en Energis heeft de rechtbank op 31 januari 2003 besloten dat een mededeling die is gedaan op grond van artikel 6.7, derde lid, van de Tw niet is aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb (TJ 143). OPTA had KPN daarom niet-ontvankelijk moeten verklaren.

In de zaak *Yarosa* oordeelt de rechter op 12 februari 2003 dat een brief waarin is besloten dat bepaalde passages in een besluit van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn, een besluit is (TJ 147). Dit is een besluit omdat OPTA hiermee een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 Wob anticipeert. OPTA is tegen deze uitspraak in beroep gegaan bij de Raad van State, die op 16 juli 2003 uitspraak heeft gedaan.

Voordat deze uitspraak wordt gedaan doet de Afdeling Bestuursrechtspraak echter op 19 maart 2003 nog uitspraak in een voorlopige voorziening in deze zaak (TJ 154). OPTA verzoekt onder meer om hangende het beroep niet op de beslissing op bezwaar te hoeven beslissen. Omdat *Yarosa* ter zitting heeft ingestemd met het verzoek wijst de voorzitter dit verzoek toe.

De Raad van State bevestigt op 16 juli 2003 het oordeel van de rechtbank (TJ 176). Het publicatiebeleid van OPTA is gebaseerd op actieve openbaarmaking, en de uitzonderingsgronden van artikel 10 van de Wob zijn hierop van toepassing. Onder deze omstandigheden dient de beslissing van appellant om geen uitzonderingsgrond aan te nemen te worden aangemerkt als een besluit. De Raad van State verklaart het beroep ongegrond en bevestigt de uitspraak.

In het geschil tussen UPC en Canal+ over de doorgifte van programma's op het omroepnetwerk van UPC heeft de rechtbank op 26 februari 2003 geoordeeld dat de afwijzing van OPTA van kennisneming van stukken door een externe accountant geen besluit is (TJ 149). Dit is niet zelfstandig vatbaar voor bezwaar en beroep omdat zij Canal+ niet los van het op grond van artikel 8.7 Tw te nemen besluit rechtstreeks in haar belang treft. Deze tussenbeslissing kan

alsnog worden aangevochten bij het besluit waarbij verweerder bindende aanwijzingen heeft gegeven.

Instemming met tarief

Twee uitspraken van de rechtbank gaan over de vraag of een brief waarin OPTA de tarieven die KPN voorstelt accepteert is aan te merken als een besluit.

Dit is voor het eerst aan de orde geweest in één van de uitspraken in de *Kerktelefonie* zaak van 31 maart 2000 (TJ 26). De wet voorziet expliciet niet in een bevoegdheid tot acceptatie van de tarieven, maar slechts in de mogelijkheid om een aanwijzing te geven, aldus de rechtbank. De acceptatie van OPTA kan niet worden geconstrueerd als een impliciete weigering om een aanwijzing te geven, omdat het geven van een aanwijzing helemaal niet aan de orde was. De acceptatie van de tarieven is daarom geen besluit.

Op 15 en 25 november 2002 heeft de Rechtbank Rotterdam een groot aantal zaken besloten die allen handelden over een zelfde vraag: of de instemming van OPTA met een bepaald tarief door KPN gelijkgesteld kan worden met het niet-geven van een aanwijzing. Er is noch sprake van een impliciete weigering tot het geven van een besluit, noch sprake van een expliciete weigering, omdat namelijk geen sprake is van een klacht, aldus de rechtbank (TJ 127-132). Tegen de instemming van OPTA kan daarom geen bezwaar worden gemaakt.

Niet-nemen besluit

Het niet-nemen van een besluit door OPTA is in ieder geval drie keer aan de orde gekomen bij de rechtbank. De eerste keer is in *Talkline*, waarin de rechter op 29 juni 2000 OPTA veroordeelt in de proceskosten (TJ 30). OPTA had het bestreden niet-genomen besluit weliswaar hangende de procedure alsnog genomen, maar ten tijde van het aanhangig maken van de procedure niet.

Nadien heeft de rechtbank op 17 mei 2002 in 10 vrijwel gelijke uitspraken in geschillen tussen *Vodafone Libertel* en OPTA geoordeeld dat OPTA niet tijdig een beslissing op bezwaar heeft genomen en daardoor handelt in strijd met artikel 7:10 Awb (TJ 80-89). De rechtbank bepaalt dat OPTA binnen zes weken na de beslissing alsnog moet beslissen op de bezwaren.

De rechtbank heeft tot slot besloten in drie uitspraken van 5 juni 2003, die vergelijkbaar zijn met de uitspraken in *Vodafone Libertel*, dat OPTA niet binnen de termijn heeft beslist op de bezwaren van Telez (TJ 166-168). De beroepen tegen het niet-nemen van een besluit verklaart de rechtbank gegrond, en zij bepaalt dat OPTA binnen zes weken na verzending van het afschrift van deze uitspraak alsnog beslist op de bezwaren van Telez.

1.2.3 BELANGHEBBENDE

Slechts ‘belanghebbenden’ kunnen deelnemen aan een bestuursrechtelijke procedure. De rechter dient een partij niet-ontvankelijk te verklaren als hij geen belanghebbende is. Artikel 1:2 Awb definieert het begrip belanghebbende:

1. Onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.
2. [...]
3. Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Lid 1 ziet op het meest voorkomende type belanghebbende: de belanghebbende wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Lid 3 ziet op een bijzonder type belanghebbende: rechtspersonen die algemene en collectieve belangen behartigen. Beide typen belanghebbenden komen hieronder aan de orde, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de beslissingen over het belanghebbende-begrip binnen de context van de geschilbeslechting en de niet-geschilbeslechting.

Geschilbeslechting

Een geschilbeslechtend besluit is enkel gericht tot de partijen die betrokken zijn bij het geschil. De rechtbank hanteert als uitgangspunt dat andere partijen dan de bij het geschil betrokken partijen geen belanghebbenden zijn bij een geschilbeslechtend besluit.

Dit is voor het eerst besloten op 18 februari 1998 door de president in een geschil tussen Versatel en OPTA (TJ 3). Versatel stelt zich in deze zaak op het standpunt dat de Minister weliswaar de interconnectietarieven tussen KPN en Telfort heeft vastgesteld, maar dat een beslissing in een interconnectiegeschil juridisch en feitelijk rechtstreekse gevolgen heeft voor derden, waaronder Versatel.

De president volgt deze redenering niet. Het belanghebbende-begrip van artikel 1:2 Awb vereist een ‘rechtstreeks bij het besluit betrokken belang.’ Hoewel Versatel belang heeft bij de beslissing is dit geen ‘rechtstreeks’ bij het besluit betrokken belang, omdat een beslissing in een interconnectiegeschil voor anderen dan partijen niet een onherroepelijke en bindende beslissing is.

De president ontleent ook een argument aan artikel 4c Wtv. De wetgever heeft het interconnectiegeschil uitdrukkelijk geconstrueerd als een procedure over een geschil tussen twee contractspartijen. Er is niet voorzien in inbreng in een aanhangig interconnectiegeschil. Dit dient ook de bescherming van de bedrijfsgeheimen van de contractspartijen.

Versatel is daarom geen belanghebbende.

In de hieropvolgende uitspraken blijft het uitgangspunt dat slechts de partijen waartussen een geschil bestaat als belanghebbende bij een geschilbeslechtend besluit kunnen worden aangemerkt.

Op 23 december 1999 wijst de rechter het verzoek van Versatel om deel te nemen aan het geschil tussen Libertel en OPTA af, omdat Versatel geen rechtstreeks belang zou hebben (TJ 21). De motivering hiervoor ontbreekt overigens.

Op 16 februari 2001 wijst de rechtbank een verzoek van Level 3 om deel te nemen aan een geschil tussen MCI en KPN af (TJ 39). De president is van mening dat Level 3 weliswaar enig belang heeft bij het bestreden besluit, maar ook hier is geen sprake van een rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belang. Hij verwijst hierbij naar de Versatel zaak uit 1998. Hij voegt daaraan toe dat:

“het ook niet goed denkbaar zou zijn een derde te laten participeren in een geschil dat er uiteindelijk toe strekt de civielrechtelijke relatie tussen twee (contracts)partijen vast te leggen. De president onderstreept dat elke aanvraag om een beslissing in een geschil als het onderhavige en daarmee

vergelijkbare geschillen zelfstandig dient te worden beoordeeld en voor andere partijen niet een bindende en onherroepelijke beslissing oplevert. [...] [en dat] de werking in concreto van het op grond van artikel 6.9, tweede lid, in verbinding met artikel 6.5 van de Tw geldende beginsel van non-discriminatie in volle omvang aan de orde kan komen bij de beoordeling door verweerder van het geschil tussen [OPTA] en Level 3.”

Niet-geschilbeslechting

In de *Libertel* zaak wijst de president op 23 december 1999 een verzoek van Versatel om aan het geding als partij deel te nemen af – Versatel zou geen rechtstreeks belang hebben (TJ 21).

In *Vodafone/OPTA* heeft het CBB op 26 februari 2002 uitspraak gedaan over de aanwezigheid van een ‘evenwijdig belang’ (TJ 73). De aanwezigheid van een aan TeleDiscount evenwijdig belang maakt nog niet dat Vodafone aangemerkt kan worden als belanghebbende bij een hoger beroep van Telediscount tegen de heffing van vergoedingen, aldus het CBB.

De rechtbank legt uit

Naar aanleiding van de onzekerheid die bij marktpartijen is ontstaan over het belanghebbende-begrip geeft de rechtbank op 7 januari 2002 een leidraad voor de hantering van het begrip belanghebbende in regulerende besluiten buiten de context van de geschilbeslechting (TJ 68). In deze zaak maakt Versatel bezwaar tegen het feit dat OPTA KPN weliswaar heeft aangewezen als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele openbare telefoonnetwerken en -diensten (art. 6.4 lid 1 Tw), maar niet als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor vaste en mobiele openbare telefoondiensten tezamen. OPTA verklaart dit bezwaar niet-ontvankelijk en de rechtbank bevestigt dit. In *obiter dicta* wijdt de rechtbank een passage aan de toepassing van het begrip belanghebbende in het telecommunicatierecht:

“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 beslissing is gericht, maar ook die – ingevolge artikel 2.1, eerste lid, van de Tw geregistreerde – marktpartijen die in een concurrentiële of anderszins rechtens relevante relatie staan tot de gereguleerde of te reguleren marktpartij en op welke (rechts)positie het betrokken besluit in voldoende mate rechtstreeks van invloed is, als belanghebbende bij dat besluit worden aangemerkt.”

De rechtbank overweegt vervolgens, dat in een voldoende mate rechtstreeks bij dat besluit is betrokken het belang van een marktpartij die actief is op een (deel)markt waarop een besluit omtrent de aanwijzing van een (andere) marktpartij op grond van artikel 6.4, eerste en/of tweede lid, van de Tw van invloed is en die met de betrokken marktpartij een of meer overeenkomsten inzake interconnectie en/of bijzondere toegang heeft gesloten dan wel aannemelijk heeft gemaakt voornemens te zijn binnen afzienbare termijn een dergelijke overeenkomst te willen sluiten.

In de zaak over de toetsing van kortingen van KPN, ook aangeduid als de “price-squeeze” zaak, stelt de rechtbank op 24 maart 2002 dat Versatel – gelet op de bovenstaande uitspraak – als concurrent van KPN op de relevante markt door OPTA terecht als belanghebbende bij de in het primaire besluit vervatte tot KPN gerichte aanwijzing is aangemerkt (TJ 74).

In *Impress*, een uitspraak die is gegeven op grond van de Postwet, is bovenstaande beslissing opnieuw toegepast en uitgewerkt.¹²⁷ De rechtbank overweegt:

“dat in voldoende mate rechtstreeks bij die aanwijzing is betrokken het belang van een marktpartij die actief is op een terrein waarop de tot de concessiehouder gerichte aanwijzing van invloed is en die met de concessiehouder op dat terrein een of meer overeenkomsten heeft gesloten dan wel aannemelijk heeft gemaakt voornemens te zijn binnen afzienbare termijn een dergelijke overeenkomst te willen sluiten. [...] [en dat] gelet op de uit de aanwijzing voor de concessiehouder voortvloeiende verplichtingen (waarop de wederpartij zich ook kan beroepen), door een aanwijzingsbesluit de (rechts)positie van de partijen bij een dergelijke overeenkomst in zoverre onherroepelijk en niet onderhandelbaar worden vastgelegd.”

¹²⁷ Rb. Rotterdam 7 augustus 2002, 00/2565 POST-SIMO, LJN-nr. AE7898 (*Impress/Van Den Busken/OPTA/TPG*).

Impress kan daarom, als verzendhuis, als belanghebbende worden aangemerkt. Van den Busken, die niet van plan is om een overeenkomst aan te gaan met TPG, kan echter niet als belanghebbende worden aangemerkt – haar beroep verklaart de rechtbank niet-ontvankelijk.

Lid 3-belanghebbenden

Op 31 maart 2000 heeft de rechtbank in de Kerktelefonie zaak het lid 3 belanghebbende-begrip besproken (TJ 27). De rechter gaat hier in op de vraag of de Ouderenbond aangemerkt kan worden als belanghebbende. Dit is niet het geval, omdat de doelstelling van de Ouderenbond zoals die in de statuten is omschreven zeer ruim is. Daarom kan niet worden gezegd dat de Ouderenbond een voldoende concreet en specifiek belang behartigt, dan wel een voldoende concreet en specifiek eigen belang heeft bij het bestreden besluit.

1.2.4 PROCESBELANG

Zowel OPTA als de rechter onderzoeken niet alleen of iemand belanghebbende is bij een besluit, maar ook of sprake is van een procesbelang.

In *Denda* is de rechtbank op 21 juni 2001 van oordeel dat het belang van Denda is gelegen in een mogelijke civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding jegens KPN Telecom, waarbij de beweerdelijk geleden schade het gevolg zou zijn van de door DMM onrechtmatig geachte leveringsweigering door KPN (TJ 49). Daarmee is ook het procesbelang van KPN gegeven.

In de *price-squeeze* uitspraak van 14 maart 2002 is de rechtbank van oordeel dat Versatel niet ontvankelijk is in haar beroep. Het procesbelang ontbreekt namelijk, nu de rechtbank het primaire besluit heeft herroepen (TJ 74). KPN daarentegen heeft wel procesbelang dat is gelegen in een mogelijke procedure tegen OPTA (en eventueel de Staat) tot vergoeding van de door haar in de periode van 21 april 1998 tot 1 januari 1999 als gevolg van de onrechtmatige besluitvorming door haar geleden schade.

Op 21 juni 2002 heeft de rechtbank geoordeeld dat KPN geen procesbelang heeft bij een beroep tegen de verplichting om de ‘administratieve oplossing te vergoeden’, omdat de administratieve oplossing nooit heeft plaatsgevonden (TJ 94). Dat zich mogelijk in de toekomst een soortgelijk geschil kan voordoen,

doet de rechtbank niet anders oordelen, en zal bij gebleken procesbelang op dat moment worden beoordeeld.

In het geschil tussen Energis en KPN oordeelde de rechtbank op 15 november 2002 dat KPN geen procesbelang heeft bij het onderhavige beroep, omdat KPN en Energis inmiddels overeenstemming hebben bereikt over het geschilpunt (TJ 124). Dat KPN het beroep ‘om haar moverende redenen’ wil voortzetten doet hier niet aan af.

In de uitspraak van 7 augustus 2002 in *Impress* is sprake van een procesbelang van Impress, omdat zij een belang heeft bij de mogelijke werking die een in rechte vaststaande aanwijzing zou kunnen hebben in een door Impress in het vooruitzicht gestelde, jegens TPG in te stellen civielrechtelijke procedure op grond van onverschuldigde betaling.¹²⁸

1.2.5 GESCHIL

De rechter onderzoekt in een beroep tegen een geschilbeslechtend besluit onder meer of sprake is van een geschil tussen partijen. Als geen sprake is van een geschil dan ontbreekt de bevoegdheid van OPTA voor het nemen van het primaire besluit. Deze problematiek is tot nu toe met name aan de orde gekomen in het geschil over het medegebruik van antenneopstelpunten, de controverse tussen UPC en Canal+ over de doorgifte van programma’s en de regulering van mobiele terminating tarieven.

In de bodemuitspraak van 13 september 2000 over het medegebruik van antenneopstelpunten heeft de rechter onder meer geoordeeld dat de door OPTA vastgestelde regel over vergoedingen niet binnen de bevoegdheid van artikel 3.11 Tw valt, omdat nog geen sprake is van onenigheid over de redelijke vergoeding voor het medegebruik (TJ 33). Dit oordeel heeft het CBB in hoger beroep op 25 april 2001 bevestigd (TJ 44).

In *Canal+* schorst de rechter op 8 juli 2002 een besluit omdat hij onvoldoende aanknopingspunten heeft kunnen vinden voor het oordeel dat het besluit is gegeven naar aanleiding van een concreet geschil (TJ 98). Canal+ verzoekt OPTA om een bindende aanwijzing te geven over de vergoeding die KTA in

¹²⁸ Rb. Rotterdam 7 augustus 2002, 00/2565 POST-SIMO, LJN-nr. AE7898 (*Impress/Van Den Busken/OPTA/TPG*).

rekening kan brengen voor de doorgifte van Canal+ (artikel 8.7 Tw). OPTA geeft deze bindende aanwijzing, en KTA maakt hiertegen bezwaar. Tegelijkertijd verzoekt zij om bij voorlopige voorziening het besluit te schorsen.

Bij de rechter bestaat ernstige twijfel over de rechtmatigheid van het besluit dat is genomen. De rechter heeft onvoldoende aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat verweerders primaire besluit van 20 maart 2002 is gegeven naar aanleiding van een door Canal+ aan hem voorgelegd concreet geschil tussen de betrokken partijen. OPTA was hierom niet bevoegd om op grond van artikel 8.7 Tw bindende aanwijzingen te geven.

De rechter schorst het besluit.

In de bodemprocedure tussen OPTA, O2 en KPN Mobile over de regulering van MTA-tarieven is de rechtbank op 25 april 2003 ook ingegaan op het bestaan van een geschil (TJ 157). De rechter komt hier tot de conclusie dat de bevoegdheid van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw niet is gegeven voor het beslechten van geschillen tussen aanbieders van wie de netwerken indirect zijn gekoppeld. Het geschil tussen O2 en KPN Mobile had geen betrekking op interconnectie in de zin van de Tw, en OPTA had daarom moeten vaststellen dat hem niet de bevoegdheid toekwam om op de aanvraag van KPN Mobile te beslissen.

Daarnaast overweegt de rechter dat O2 op grond van een ontheffing niet verplicht is om in onderhandeling te treden over de totstandkoming van een directe interconnectieovereenkomst. Ook daarom kan van aanwending van de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA geen sprake zijn.

De rechter schorst het besluit.

1.2.6 SPOEDEISEND BELANG

Bij de beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening onderzoekt de rechter tevens de aanwezigheid van een spoedeisend belang. Hieronder komen de belangrijkste uitspraken over dit aspect aan de orde.

In de eerste procedure gaat het om de vraag wanneer KPN het gebruik van bepaalde nummers voor de dienst VPN dient te beëindigen. De beantwoording van deze vraag hangt af van de rechtmatigheid van een besluit waarin OPTA deze nummers toekende.

De president overweegt op 29 april 1998 dat de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit van OPTA beantwoording vergt van een groot aantal feitelijke en rechtsvragen, waarbij het voor een deel gaat om vragen die gecompliceerd dan wel principieel van aard zijn (TJ 4). Deze vragen kunnen slechts worden beantwoord binnen het bestek van de hoofdzaak.

Niet kan worden gezegd dat het besluit onmiskenbaar onrechtmatig is, aldus de president. Tevens is geen sprake van een spoedeisend belang. Hierbij hecht de rechter waarde aan het feit dat KPN heeft aangegeven het gebruik van de nummers voorlopig te zullen voortzetten. OPTA heeft aangegeven zich te beraden op het al dan niet toepassen van bestuurlijke maatregelen, waarbij zij met name dacht aan een last onder dwangsom. De rechter overweegt dat de gevolgen van de oplegging van een last onder dwangsom niet onomkeerbaar zijn, zodat ook daarin geen voldoende spoedeisend belang kan worden gevonden.

Nu het besluit niet onmiskenbaar onrechtmatig is, en ook niet sprake is van spoedeisend belang wijst de president het verzoek om een voorlopige voorziening af.

In de voorlopige voorziening van 3 juni 1999 over site-sharing is naar het oordeel van de president sprake van een voldoende spoedeisend belang van verzoeksters, nu een feitelijk onomkeerbare situatie zou ontstaan indien verzoeksters voorafgaand aan de beslissing in de hoofdzaak de coördinaten dienen over te dragen (TJ 11).

In de het geschil tussen Energis en KPN over reciprociteit geeft de rechter op 19 februari 2002 verder aan wat de rol van de voorlopige voorziening binnen het bestuursprocesrecht is (TJ 70):

“De mogelijkheid hangende beroep een verzoek om voorlopige voorziening te doen is niet bedoeld om – door middel van zogenaamde “kortsluiting” – de behandeling van de hoofdzaak te bespoedigen. Aan het verzoek om voorlopige voorziening dient (mede) een zelfstandig spoedeisend belang ten grondslag te liggen. Indien het verzoek niet is gericht op het verkrijgen van een voorlopige voorziening maar (uitsluitend of in wezen) op het – op korte termijn – verkrijgen van een eindoordeel, is daarin een grond gelegen om geen gebruik te maken van de bevoegdheid onmiddellijke uitspraak te doen in de hoofdzaak, en het verzoek om voorlopige voorziening af te wijzen.”

In dit geval is geen sprake van een spoedeisend belang. Dat Energis heeft gedreigd met incassomaatregelen is niet toereikend, evenmin als de mogelijkheid dat andere operators aanspraak zullen maken op onverwijld nabetaaling.

In de *Canal+* zaak verzocht KTA om een voorlopige voorziening zowel gericht te laten zijn tegen een recent primair besluit als een beslissing op bezwaar van twee jaar eerder. Hoewel de voorzieningenrechter op 8 juli 2002 geen aanleiding ziet, mede vanuit proceseconomisch oogpunt, om het verzoek niet te honoreren, heeft KTA de rechter er niet van kunnen overtuigen dat zij enig spoedeisend belang heeft bij het treffen van de gevraagde voorlopige voorziening (TJ 98):

“Hierbij heeft de voorzieningen rechter in aanmerking genomen dat het desbetreffende verzoek niet ziet op het vastgestelde doorgifte tarief alsmede dat verweerder bij zijn primaire besluit van 20 maart 2002 nadrukkelijk het handhavingsverzoek van Canal+ ter zake van de opdracht aan verzoekster een transparante, objectieve en non-discriminatoire kortingsregeling op te stellen en te publiceren, heeft afgewezen. Dat uitvoering van verweerders bij de beslissing op bezwaar gehandhaafde besluit van 30 juli 2000 onomkeerbare gevolgen met zich brengt, is de voorzieningenrechter niet gebleken.”

In de ‘huurlijnen’ zaak verzocht KPN om de aanwijzing tot AMM in de huurlijnmarkt te schorsen. KPN heeft echter geen spoedeisend belang, omdat pas twee weken na het nemen van het besluit de voorlopige voorziening is gevraagd, aldus de rechter op 30 juli 2002 (TJ 111). Verder overweegt de rechtbank dat de uitspraak op het verzoek tot schorsing waarschijnlijk samen zal vallen met de beslissing op bezwaar.

1.2.7 MAATREGELEN EN HANDHAVING

Naast de bevoegdheid om besluiten te nemen, heeft OPTA de bevoegdheid om in bepaalde gevallen besluiten te handhaven. Deze handhavingsbevoegdheid is het onderwerp geweest van het geschil tussen Canal+ en UPC/KTA.

Canal+ verzocht OPTA om een bindende aanwijzing te geven over de vergoeding die KTA in rekening kan brengen voor de doorgifte van twee programma's van Canal+ (artikel 8.7 Tw). OPTA geeft deze bindende aanwijzing. De bindende aanwijzing verplicht KTA om over de jaren 2000, 2001 en 2002 op het

van haar verlangde doorgiftetarief een korting van 100% ter verlenen. KTA maakt hier tegen bezwaar en tegelijkertijd verzoekt zij om bij voorlopige voorziening het besluit te schorsen.

Als eerste merkt de rechter op 8 juli 2002 op dat ook de, inmiddels genomen, beslissing op bezwaar behandeld wordt op verzoek van KTA, omdat deze het besluit handhaaft (TJ 98). Bij de rechter bestaat echter ernstige twijfel over de rechtmatigheid van artikel het besluit van 8.7 Tw.

De rechter wijdt vervolgens onder meer een passage aan de vraag of de toepassing van artikel 8.7 Tw als sanctiemiddel wel terecht is: ‘er dient te worden betwijfeld dat de wetgever beoogd heeft om verweerder in het kader van artikel 8.7 van de Tw een sanctiemiddel in handen te geven dat hem in hoofdstuk 15 van de Tw (handhaving) is onthouden.’

Tot slot vraagt de rechter zich af of, als al aangenomen kan worden dat op grond van artikel 8.7 Tw OPTA wel de bevoegdheid heeft om een bindende aanwijzing te geven, OPTA in redelijkheid tot de aanwijzing heeft kunnen besluiten.

Omdat er gereede twijfel omtrent de rechtmatigheid van het besluit bestaat, dient een afweging van alle betrokken belangen plaats te vinden. Deze afweging dient in het voordeel van KTA uit te vallen, omdat van zwaarwegende belangen aan de zijde van Canal+ niet is gebleken, en van zwaarwegende belangen aan de zijde van KTA wel.

De rechter schorst het besluit.

1.3 MATERIËLE VRAAGSTUKKEN

1.3.1 INTERPRETATIE BEGRIPPENKADER

De interpretatie van het begrippenkader dat OPTA hanteert is een aantal keer aan de orde gekomen. Hieronder worden de belangrijkste zaken besproken.

Site-sharing

Artikel 3:11 Tw geeft OPTA de bevoegdheid om geschillen over het medegebruik van antenne-opstelpunten te beslechten. De reikwijdte van het begrip ‘medege-

bruik van antenne-opstelpunt' is tot bij het CBB betwist. Nadat OPTA op verzoek van Dutchtone de regels heeft vastgesteld die tussen KPN en Dutchtone dienen te gelden ten aanzien van het medegebruik van antenne-opstelpunten verzoekt KPN om bij voorlopige voorziening het besluit te schorsen.

Voorlopige voorziening

De president overweegt op 3 juni 1999 dat de beoordeling van de rechtmatigheid van de vastgestelde regels plaatsvindt aan de hand van artikel 3.11 Tw en de redelijkheid en billijkheid (TJ 11). De president legt het begrip "antenne-opstelpunt" uit *a contrario*:

"Het is immers niet goed denkbaar dat de wetgever voor de reeds aanwezige vergunninghouder een recht op vergoeding van een andere vergunninghouder zou hebben willen creëren in het geval waarin die vergunninghouder van een derde het recht verwerft een technische faciliteit te plaatsen op een niet bij de reeds aanwezige vergunninghouder in gebruik zijn gedeelte van een (dak)locatie."

Het medegebruik van het antenne-opstelpunt omvat enkel het medegebruik van de technische faciliteit, het zogenaamde site-sharing. Indien de vergunninghouder uitsluitend beoogt op een ander deel van de (dak)locatie zelf een technische faciliteit te plaatsen is sprake van *courtesy*. Dit laatste valt niet onder de in artikel 3.11 Tw bedoelde verplichting.

De volgende vraag is of artikel 3.11 ook de verplichting van KPN omvat om de coördinaten van al haar antenne-opstelpunten mee te delen. Uit de wettekst blijkt dit niet, en in de wetsgeschiedenis zijn geen duidelijke aanknopingspunten te vinden. Hoewel de president het mogelijk acht dat met inachtneming van de doelstellingen van de Tw een dergelijke verplichting ook aanwezig is, acht hij die rechtsvraag slechts te beantwoorden binnen het bestek van de hoofdzaak. Niet kan worden gezegd dat het besluit op dit punt onmiskenbaar onrechtmatig is. Wel heeft KPN een spoedeisend belang bij toewijzing, nu een feitelijk onomkeerbare situatie zou ontstaan als KPN deze verplichting zou moeten nakomen. Dit onderdeel van het besluit schorst de rechter.

Omdat *courtesy* verzoeken niet vallen binnen artikel 3.11 Tw wijst de rechter de voorlopige voorziening op dit punt toe – de president schorst dit onderdeel van het besluit.

Nadat OPTA het bezwaar van eiseressen tegen het primaire besluit ongegrond heeft verklaard, verzoekt Dutchtone om de voorlopige voorziening op te heffen. Dit verzoekt wijst de rechter op 30 december 1999 echter af (TJ 22). Het door OPTA over de uitleg van het begrip "medegebruik van antenne-opstelpunten" overwogene bevat geen feiten of omstandigheden die bij de uitspraak van 3 juni 1999 aan de president niet bekend waren. Ook als wel sprake zou zijn van nieuwe feiten of omstandigheden, leidt hernieuwde afweging van de betrokken belangen niettemin niet tot een andere uitkomst dan in de uitspraak van 3 juni 1999.

Bodemprocedure

Op 13 september 2000 doet de rechtbank uitspraak in de bodemprocedure (TJ 33). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 3.11 onder meer beoogt om de horizonvervuiling tegen te gaan. De rechtbank acht het daarom geraden om onder het begrip "antenne-opstelpunt" te verstaan de desbetreffende mast alsmede het gedeelte van het dak of de wand waarop de technische faciliteit is bevestigd. De rechter acht een dergelijk opstelpunt vervolgens beperkt tot haar natuurlijke grenzen.

De verplichting om de coördinaten van opstelpunten te verschaffen valt niet redelijkerwijs onder de wettelijke verplichting tot medegebruik van antenne-opstelpunten. De rechter weegt hierbij mee dat Dutchtone sommige van die coördinaten nooit zal gebruiken. Daarnaast verwerft Dutchtone zonder eigen inspanning een overzicht van het complete netwerk van haar concurrent terwijl ze dat ook via andere weg zou kunnen krijgen.

Het vaststellen van regels met betrekking tot het aantal af te handelen verzoeken valt wel onder de bevoegdheid van artikel 3.11 Tw. De redelijkheid van deze regels dient OPTA vast te stellen tegen de achtergrond van het doel van het wetsartikel – het tegengaan van horizonvervuiling en de bevordering van de mobiele infrastructuur.

De regel over de vergoedingen valt niet binnen de bevoegdheid van artikel 3.11 Tw, omdat nog geen sprake is van onenigheid over de redelijke vergoeding voor het medegebruik.

De rechtbank vernietigt het besluit en de rechtbank stelt vast dat de schorsing doorloopt tot zes weken nadat verweerder opnieuw op de bezwaren van KPN en Dutchtone heeft beslist.

Hoger beroep

Partijen gaan in hoger beroep en op 25 april 2001 doet het CBB uitspraak (TJ 44). Het College wijdt een aantal overwegingen aan de term antenne-opstelpunt in de zin van artikel 3.11 Tw. Deze overwegingen komen hieronder aan de orde. Het CBB gaat ook in op de beleidsvrijheid van OPTA in het algemeen. Die overwegingen komen in Afdeling 1.3.2 aan de orde.

Artikel 3.11 Tw heeft, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, tot doel om horizonvervuiling te voorkomen en een snelle infrastructurele uitrol te bevorderen. Daarom ligt een beperkte uitleg van dit artikel niet in de rede:

“[Dat] rechtvaardigt de gevolgtrekking dat “voldoen aan een verzoek tot medegebruik” van een antenne-opstelpunt niet enkel moet worden opgevat als het beschikbaar stellen van faciliteiten waarover men als eigenaar of gebruiksgerechtigde van het dak zelf de beschikking heeft, doch tevens andere handelingen omvat die neerkomen op het toestaan van, het mede-werken aan c.q. het zich niet verzetten tegen plaatsing en gebruik van een (antenne)mast.”

Het beroep van KPN wordt verworpen.

De volgende vraag is of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het verschaffen van coördinaten niet valt binnen de inhoud van artikel 3.11, vierde lid Tw. De bepaling zelf bevat geen beperking van de inhoud van de aldus te stellen regels, maar:

“gelet op de in deze bepaling gegeven omschrijving van een voorwaarde waaraan voldaan moet zijn voordat OPTA regels mag stellen en gelet op de samenhang met – voor zover hier van belang – het eerste lid van artikel 3.11, moet evenwel worden aangenomen dat de regels invulling dienen te geven aan de in de het eerste lid bedoelde verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten.”

Het CBB is van oordeel dat een dergelijke verplichting binnen de wettelijke omschrijving van artikel 3.11 Tw valt te brengen. Dat is zo omdat de formulering van de bepaling zeer ruim is, en omdat dit de bevordering van de uitrol van netwerken bespoedigt. Het CBB is niet van oordeel dat OPTA in redelijkheid niet tot vaststelling van de coördinaten-regel had kunnen komen.

Hierbij speelt een rol dat OPTA een begrijpelijke motivering aan deze regel ten grondslag heeft gelegd. Daarnaast heeft OPTA “er blijk van gegeven de lasten die het al dan niet stellen van de regel meebrengt voor de partijen te hebben bepaald en gewogen, een en ander op een inzichtelijke en niet van willekeur getuigende wijze.” Dit deel van het oordeel van de rechtbank kan in hoger beroep niet in stand blijven.

Vervolgens gaat het CBB in op de overwegingen van de rechtbank inzake *courtesy*-verzoeken. Onder het begrip *courtesy* verstaat OPTA het maken van afspraken over het plaatsen van meerdere antennes op een antenne-opstelpunt. Artikel 3.11 biedt ruimte voor een dergelijke interpretatie. Dit brengt met zich mee dat ook regels ten aanzien van het aantal te behandelen verzoeken van deze strekking en het tempo van afhandeling ervan, ingeval vergunninghouders hierover van mening verschillen, hun grond kunnen vinden in artikel 3.11.

Ook het vereiste van de rechtbank dat OPTA de regel met betrekking tot afhandeling mede had moeten baseren op het plan van netwerkuitrol van Dutchtone vindt geen genade bij het CBB. De betrokken partijen, noch het CBB, menen dat artikel 3.11 een dergelijke verplichting omvat. Een beoordeling van de rechtmatigheid had zich volgens het CBB dan ook moeten beperken tot ‘beantwoording van de vraag of OPTA, afgaande op de haar door KPN en Dutchtone ter beschikking gestelde gegevens, in redelijkheid de aantallen en termijnen heeft kunnen vaststellen als is geschied.’ Ook dit onderdeel van de rechtbank houdt geen stand.

De vraag of OPTA in redelijkheid de aantallen en termijnen heeft kunnen vaststellen beantwoordt het CBB bevestigend. Het valt niet in te zien dat OPTA de grenzen van haar beleidsvrijheid zou hebben overschreden door KPN te dwingen haar werkprocessen aan te passen. Dit beroep is ongegrond.

Met betrekking tot de verplichting om binnen vier maanden gereserveerde opstelpunten in gebruik te nemen heeft OPTA erkend dat deze termijn niet onverkort kan worden toegepast in verband met de planologische procedure die doorlopen moet worden. Het CBB oordeelt dat deze regel, gelet op de rechtszekerheid, daarom niet onverkort kan worden toegepast. Overigens kon OPTA wel in redelijkheid oordelen dat binnen een termijn van vier maanden de gereserveerde plaatsen in gebruik genomen moesten worden, gelet op de strekking van artikel 3.11 om horizonvervuiling te voorkomen.

Het CBB bevestigt tot slot het oordeel van de rechtbank dat artikel 3.11 Tw geen grondslag bood om vergoedingen vast te stellen, omdat de betrokken partijen hierover nog geen geschil hadden.

TPG/OPTA/OSS

Artikel 12 van de Postwet verbiedt het vervoeren van pakketten van lichter dan 500 gram door een niet-concessiehouder. Hierop geldt onder andere een uitzondering als de brieven anders dan bedrijfsmatig worden vervoerd in opdracht van een rechtspersoon. OPTA is in het voorjaar van 1998 een onderzoek gestart over de bezorging van brieven afkomstig van Nederlandse gemeentes door instanties ter uitvoering van de Wet Sociale Werkvoorziening (WSW). Brieven, lichter dan 500 gram, die afkomstig zijn van de gemeente Oss worden binnen de grenzen van de gemeente vervoerd door werknemers van de IBN-groep. Volgens OPTA handelt de gemeente hierdoor in strijd met voornoemd artikel. OPTA legt aan de gemeente een last onder dwangsom op. De gemeente gaat hiertegen in beroep, nadat OPTA haar bezwaar ongegrond heeft verklaard.

Volgens de rechtbank dient artikel 12 Postwet, met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis, zo te worden begrepen, dat het verbod tot het vervoeren van pakketten lichter dan 500 gram uitsluitend betrekking heeft op vervoer tegen vergoeding door derden, dat wil zeggen door andere vervoerders dan de concessiehouder.¹²⁹ Het verbod ziet niet op vervoer in eigen beheer, en daarom handelt de gemeente Oss niet in strijd met dit artikel. Aangezien het besluit berust op de onjuiste overweging dat vervoer in eigen beheer tegen vergoeding op grond van artikel 12 verboden is, en OPTA niet heeft onderzocht of de IBN-groep moet worden geacht te behoren tot de interne organisatie van de Gemeente Oss, dient het beroep te worden gegrond verklaard en het besluit te worden vernietigd. OPTA dient een nieuwe beslissing te nemen op het bezwaar van eiser met inachtneming van hetgeen de rechtbank in deze uitspraak heeft overwogen.

Vervolgens heeft OPTA het besluit vernietigd in haar beslissing op bezwaar. TNT Post is hiertegen in beroep gegaan. Zij meent dat de nieuwe Postwet noopt tot een andere beoordeling.

De rechtbank is ten eerste van oordeel dat OPTA terecht de Postwet heeft toegepast zoals die sinds 1 juni 2000 luidt.¹³⁰ De tekst van de oude en de nieuwe

¹²⁹ Rb. Rotterdam 7 december 1999, POST 99/1837-SIMO (TPG/OPTA/Oss).

¹³⁰ Rb. Rotterdam 19 december 2001, POST 00/1677-SIMO (TPG/OPTA/Oss).

Postwet komen overeen, en ook uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever heeft beoogd de reikwijdte van het vervoersverbod te verruimen. Het in eigen beheer vervoeren is nog steeds uitgezonderd van het vervoersverbod. Het arbeidsverband tussen medewerkers van de IBN-groep en de gemeente Oss kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst en daarom is sprake van vervoer in eigen beheer, aldus de rechtbank. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Kerktelefonie

De tariefregulering van kerktelefonie heeft aanleiding gegeven tot een inhoudelijke behandeling op 31 maart 2000 van de vraag of kerktelefonie dient te worden gezien als een vorm van telecommunicatie waarbij met gebruikmaking van een of meer huurlijnen kerkdiensten via randapparatuur door de aangesloten personen en bij de aangesloten instellingen rechtstreeks kunnen worden beluisterd (TJ 27).

OPTA heeft bij brief van 25 augustus 1998 ingestemd met de tarieven die KPN heeft voorgesteld voor haar huurlijnen. Kabelfoon maakt hiertegen bezwaar, voor zover het de tarieven voor kerktelefonie betreft, en OPTA gaat hierin met Kabelfoon mee. KPN deelt vervolgens mee dat zij niet uit eigen beweging kostengeoriënteerde tarieven voor kerktelefonie zal hanteren. OPTA gaf in reactie hierop een aanwijzing op grond van artikel 16, lid 7, Boht, dat KPN kostengeoriënteerde tarieven dient te hanteren voor kerktelefonie. Verzoeker, de organisatie Kerkteléfonoon en de Ouderenbond, gaan tegen deze aanwijzing in bezwaar.

De president is van oordeel dat kerktelefonie in de huidige vorm als een vorm van telecommunicatie dient te worden gezien, waarbij met gebruik van huurlijnen kerkdiensten via randapparatuur door de aangesloten personen en bij de aangesloten instellingen rechtstreeks kunnen worden beluisterd:

“Bij de beoordeling van het karakter van een verbinding zijn uitsluitend de infrastructurele eigenschappen van die verbinding van belang en komt geen betekenis toe aan de aard of de inhoud van de signalen die via die verbinding worden overgebracht.”

Gelet op de definitie van telecommunicatie in artikel 1.1 Tw is niet van belang of via de kerktelefonielijnen wederzijdse communicatie mogelijk is. De

stelling dat de regelgeving enkel van toepassing is op zakelijke gebruikers vindt geen steun in de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.

Een rechtsplicht om ambtshalve een ontheffing zoals bedoeld in artikel 7.3 Tw te geven, kan niet aanwezig worden geacht:

“Uit het voorgaande volgt dat verweerder, gelet op de imperatieve redactie van artikel 16, zevende lid, van het BOHT, gehouden was in de onderhavige omstandigheden aan KPN een aanwijzing te geven. Aan verweerder komt terzake geen beleidsvrijheid toe. [...] Naar het oordeel van de president heeft verweerder niet onjuist gehandeld door bij het bepalen van die termijn uitsluitend rekening te houden met de tijd die KPN nodig had om de nieuwe tarieven voor alle gebruikers redelijkerwijs te kunnen implementeren.”

Het verzoek om voorlopige voorziening wijst de president af.

KPN als AMM-huurlijnen

De rechter heeft de aanwijzing van KPN als AMM-partij op de huurlijnenmarkt geschorst omdat OPTA een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de bepalingen die gaan over huurlijnen. OPTA heeft op 15 november 2000 KPN aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de Nederlandse markt voor huurlijnen – op grond van artikel 6.4 Tw. Hiertegen maakt KPN geen bezwaar. Op diezelfde dag heeft OPTA ook KPN aangewezen als partij op welke de regels, bedoeld in artikel 7.1, eerste lid van toepassing zijn – op grond van artikel 7.1. Tw. KPN maakte tegen dit besluit wel bezwaar, en verzocht tevens om een voorlopige voorziening.

De president is op 31 januari 2001 van oordeel dat OPTA een onjuiste uitleg heeft gegeven aan artikel 7.2, tweede lid, van de Tw (TJ 37). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever artikel 7.2 heeft bedoeld als handvat om hoofdstuk 7, het ONP regime, toe te passen op betreffende aanbieder, aldus de wetgever. De Huurlijnenrichtlijn geeft nadrukkelijk aan dat zowel naar product- als naar geografische omstandigheden dient te worden gedifferentieerd:

“Wat de markt voor huurlijnen betreft is derhalve sprake van afzonderlijke aanwijzingen, met een eigen beoordelingskader, voor de toepassing van hoofdstuk 6 van de Tw, onderscheidenlijk hoofdstuk 7 van de Tw. [...] Dat aldus aan artikel 19 van het BOHT [...] feitelijk geen betekenis toekomt kan

geen grond zijn om aan artikel 7.2, tweede lid, van de Tw een andere uitleg te geven dan de wetgever blijkens de tweede nota van wijziging en de toelichting daarbij heeft beoogd en welke bovendien in overeenstemming is met artikel 2, derde lid, (nieuw) van de Huurlijnenrichtlijn.”

De president schorst het besluit voor zover KPN wordt aangewezen als partij met AMM op de Nederlandse markt voor huurlijnen.

MCI WorldCom

In MCI gaat de rechter in op de vraag of de toepasselijke regelgeving voorziet in een absoluut recht van een telecommunicatie-aanbieder, in dit geval KPN Telecom, om piek- en dal tarieven te hanteren. Aan de hand van de tekst van de toepasselijke richtlijnen komt de president op 16 februari 2001 tot de conclusie dat dit niet het geval is (TJ 39).

Overigens verwijst de rechter in deze beslissing ook naar de recente beslissingen terzake van het Office of Telecommunications in het Verenigd Koninkrijk en de Regierungsbehörde für Telekommunikation und Post in de Bondsrepubliek Duitsland. De uitspraken van de buitenlandse rechters zouden een aanwijzing zijn voor de stelling dat een kostengeoriënteerd tarief voor de Friaco dienst niet redelijkerwijs kan worden vastgesteld.

De rechter gaat in deze zaak ook in op de normen die de rechter hanteert voor de beoordeling van de regels die OPTA vaststelt. Dit onderdeel van de uitspraak komt in afdeling 1.3.2 aan de orde.

KPN/Denda

Denda wil een telefoongids op Cd-rom uitgeven en vraagt hiertoe aan KPN om deze gegevens te verstrekken. KPN weigert andere gegevens dan de abonneegegevens te verstrekken, en wil dit slechts doen tegen een prijs van fl. 0,85 per gegeven. Denda verzoekt via een klacht bij OPTA om aan KPN een aanwijzing te geven op grond van artikel 43 Wtv. Dat artikel stelt dat degene die een nummer in gebruik heeft op verzoek tegen billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers beschikbaar stelt. Ook heeft Denda een klacht ingediend bij de NMa. De NMa laat Denda weten dat OPTA de klacht verder zal afhandelen.

OPTA besluit dat op basis van het beginsel van kostenoriëntatie de gegevens van naam, adres, woonplaats en telefoonnummer (NAWT-gegevens) dienen te worden verstrekt. Deze mogen worden verstrekt onder de voorwaarde dat de Cd-rom van Denda niet geschikt is voor het zoeken op telefoonnummer of adres en het onbeperkt downloaden van gegevens. Denda gaat hiertegen in bezwaar, maar dit bezwaar wijst OPTA af.

Beroep

In beroep gaat de rechter in op de betekenis van artikel 43 Boht. De tekst en totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen bieden geen eenduidige aanknopingspunten voor de uitleg van de term “nummers met bijbehorende informatie” van artikel 43 van het Boht, aldus de rechtbank op 21 juni 2001 (TJ 49):

“De rechter acht echter doorslaggevend dat de verplichting van artikel 43 van het Boht, welke bepaling immers strekt tot implementatie van artikel 6, derde lid, van de ONP spraakrichtlijn II, niet los kan worden gezien van de centrale en overkoepelende doelstelling van die richtlijn, te weten het bevorderen van concurrentie op de markt voor spraaktelefonie. [...] Voor het tot stand brengen van een “level playing field” is vereist dat alle aanbieders kunnen beschikken over dezelfde gegevens die dienen als “grondstof” voor telefoongidsen.”

De rechtbank is het eens met OPTA dat voor de tarifiering van de gegevens enkel moet worden gelet op de marginale kosten van de terbeschikkingstelling van de gegevens, eventueel verhoogd met een redelijke winstopslag. Immers, de gegevens zijn aan te merken als “spin-off”. Ook volgt de rechtbank OPTA in haar oordeel dat de gegevens enkel mogen worden gebruikt voor het maken van een universele telefoongids. Op grond van het beginsel dat de degene aan wie de gegevens beschikbaar worden gesteld geen aanspraak behoren te maken op een ruimere wijze van gebruik daarvan dan de verstrekker in de praktijk hanteert, acht zij ook de beperking van het omgekeerd zoeken gerechtvaardigd.

OPTA is op goede gronden tot het oordeel gekomen dat KPN jegens Denda heeft gehandeld in strijd met hun verplichtingen die voortvloeien uit artikel 43 Boht.

Tegen deze uitspraak is KPN in beroep gegaan bij het CBB. Het CBB doet op 8 januari 2003 uitspraak (TJ 138).

Hoger beroep

De eerste vraag die partijen verdeeld houdt betreft de interpretatie van het begrip “bijbehorende informatie” van artikel 43 Boht. Valt hieronder ook de zogenaamde extra vermeldingen, zoals vermelding van beroep, van een andere naam, in een andere gemeente, of van mobiele telefoonnummers, zo vraagt het CBB zich af.

De tweede vraag die partijen verdeeld houdt betreft de vraag of gegevens verstrekt dienen te worden op grond van “billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden”. Volgens KPN dient deze vergoeding, kort gezegd, gebaseerd te zijn op alle onderliggende kosten die zijn gemaakt voor het verzamelen, behandelen en ter beschikking stellen van gegevens. Volgens OPTA dient de vergoeding voor de telefoondienst-gegevens ten laste van de telefoondienst te komen en tegen marginale kosten beschikbaar worden gesteld. Met betrekking tot de extra vermeldingsgegevens kan KPN extra kosten die zij heeft gemaakt ter verzameling doorberekenen in de vergoeding die zij vraagt.

Het CBB ziet aanleiding om het HvJEG bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te vragen over de uitlegging van artikel 6, derde lid, van de Spraakrichtlijn. Het HvJEG heeft ten tijde van dit schrijven nog geen uitspraak gedaan.

TPG/OPTA

Het verbod op kruissubsidie binnen de TPG wordt onder andere gehandhaafd door middel van een verplichting tot het houden van een gescheiden boekhouding ten aanzien van de voorbehouden en de niet-voorbehouden diensten. OPTA geeft in een besluit aan op welke manier deze verplichting ingevuld dient te worden. Hiertegen gaat TPG in beroep.

Beroep

In zijn uitspraak van 20 maart 2002 gaat de rechtbank in op de vraag of artikel 6.3 van het Besluit algemene richtlijnen post (Barp) aan OPTA de bevoegdheid toekent om voorschriften te verbinden aan de goedkeuring van het toerekeningssysteem voor kosten en opbrengsten.¹³¹ Het gaat hier onder andere om de

¹³¹ Rb. Rotterdam 20 maart 2002, POST 01/2525-SIMO (TPG/OPTA).

interpretatie van het begrip “financiële verantwoording” van artikel 6.2 Barp. Op grond van het systeem en de geschiedenis van de wet is de rechtbank van oordeel dat onder financiële verantwoording in artikel 6.2 van het Barp moet worden verstaan de interne boekhouding van de houder van de concessie. De rechtbank stelt vervolgens vast dat het begrip “interne boekhouding” evident ruimer is dan alleen de wijze van toerekening van kosten en opbrengsten. Hieruit volgt dat OPTA op zich bevoegd is om richtlijnen te geven over de inrichting van de financiële verantwoording. Daar komt bij dat de Postrichtlijn, die gedeeltelijk de grondslag is voor de bovenstaande bepalingen, slechts minimumvoorschriften bevat. Van deze ruimte die de Postrichtlijn biedt is echter geen gebruik gemaakt door de minister.

Op grond van de wetsgeschiedenis komt de rechtbank tot de conclusie dat de ruime interpretatie van OPTA geen stand houdt. Met name kan niet worden volgehouden dat in artikel 6.3 aanhef en onder b van het Barp aan verweerder de bevoegdheid is toegekend om voorschriften aan de goedkeuring van het toerekeningssysteem te verbinden die geen betrekking hebben op de wijze van toerekening van kosten en opbrengsten als zodanig, maar – ruimer – (ook) op de inrichting van de financiële verantwoording, bedoeld in artikel 6.2 van het Barp. De rechter onderzoekt de verschillende voorschriften en concludeert dat twee voorschriften de bevoegdheid op grond van bovenstaande bepalingen overschrijden. Een ander voorschrift is niet voldoende gemotiveerd en kan daarom niet in stand blijven. De overige voorschriften zijn bevoegd gegeven en OPTA kon in redelijkheid tot deze voorschriften komen.

De rechtbank vernietigt het besluit en draagt OPTA op om tot een nieuwe beslissing op bezwaar te komen. OPTA heeft op 19 juli 2002 een nieuw besluit genomen, maar heeft tegelijkertijd – met KPN – hoger beroep aangetekend tegen de uitspraak van de rechtbank.

Hoger beroep

Het CBB behandelt de grieven van beide partijen aan de hand van de gestelde voorschriften.¹³² Het CBB is van mening dat de aan OPTA toegekende bevoegdheid om voorschriften te verbinden aan de goedkeuring van het toerekeningssysteem voor kosten en opbrengsten niet mede inhoudt de bevoegdheid om – door middel van deelwaarnemingen – controle uit te oefenen op de wer-

¹³² CBB 18 juli 2003, AWB 02/712 en 02/713 (OPTA/TPG).

king en toepassing van het systeem. Een dergelijke bevoegdheid is niet terug te vinden in de wet, en verhoudt zich ook niet met de wettelijke bepaling dat een accountant een verklaring afgeeft over de financiële verantwoording.

De interpretatie van de rechtbank dat het begrip financiële verantwoording ziet op de interne boekhouding is correct. Deze volgt uit het wettelijk systeem, dat zich niet uitstrekt tot de externe verslaggeving over het rendement.

Het voorschrift dat gemeenschappelijk gebruikte bedrijfsmiddelen en productiefactoren moeten worden toegedeeld aan de onderscheiden diensten kan niet in stand blijven. Dit voorschrift is namelijk niet inpasbaar in het goedgekeurde toerekeningssysteem, dat uitgaat van toerekening aan activiteiten, niet aan bedrijfsmiddelen en productiefactoren.

Het voorschrift dat TPG een systeem voor statistische meting van poststromen moet ontwikkelen, is, daar zijn OPTA en TPG het over eens, niet nodig omdat dit systeem reeds bestaat. Het CBB overweegt dat het voorschrift daarom ten onrechte aan goedkeuring is verbonden, en de overwegingen van de rechtbank worden door het CBB niet onderschreven.

Het voorschrift tot toerekening van goodwill als opbrengst van het voorbehouden postvervoer past niet in het voorgeschreven toerekeningssysteem:

“Van een voorschrift dat er toe strekt op enig moment – het moment van vervreemding – de waarde van een activiteit, die op dat moment als gevolg van een eerdere sfeerovergang niet meer tot het voorbehouden postvervoer behoort, als opbrengst van dat vervoer te kunnen activeren en registreren, kan niet worden gezegd dat het betrekking heeft op de toerekening van kosten en opbrengsten in de interne boekhouding. Veeleer lijkt sprake van allocatie van een fictief vermogensbestanddeel.”

Tot slot betekent het voorschrift van toerekening van de kosten van het eigen vermogen dat toerekening plaats vindt van de inzet van het vermogen. Zodanige toerekening past niet in de uitgangspunten van het goedgekeurde toerekeningssysteem.

Het CBB bevestigt het besluit van de rechtbank en vernietigt het besluit van OPTA van 19 juli 2002. OPTA moet opnieuw op het bezwaar van TPG beslissen met inachtneming van het in deze uitspraak overwogene.

Price squeeze

De bevoegdheid van OPTA om de kortingen die KPN hanteert te toetsen is aan de orde gekomen in een geschil tussen Versatel en KPN. Versatel, na eerst bij de Europese Commissie een klacht te hebben ingediend over de misbruikelijk lage kortingen die KPN hanteert, verzoekt vervolgens de minister om tegen de kortingen van KPN op te treden. Nadat de OPTA-wet in werking is getreden wordt de klacht behandeld door OPTA. Uiteindelijk geeft OPTA een aanwijzing aan KPN met betrekking tot de kortingen die KPN mag hanteren. KPN en Versatel maken allebei bezwaar tegen het besluit. OPTA verklaart beide bezwaren ongegrond.

De rechtbank

Zowel KPN als Versatel komen in beroep tegen de beslissing op bezwaar van OPTA. De aanwijzing berust op het oordeel dat op grond van de ONP-Spraakrichtlijn I ook voor kortingen het vereiste van kostenoriëntatie geldt en dat kortingen volledig moeten kunnen worden herleid tot aantoonbare kostenvoordelen. KPN stelt zich op het standpunt dat de strekking van de ONP richtlijnen niet is gericht op het tegengaan van te lage kosten.

De rechtbank volgt het standpunt van KPN niet in haar uitspraak van 14 maart 2002 (TJ 74). De ONP-Spraakrichtlijn I, die het begin vormde van de liberalisering van de markten voor telefoonverkeer in de Lid-Staten, strekt tot zowel concurrentiebevordering als consumentenbescherming:

“Het oogmerk van concurrentiebevordering brengt, in deze fase van het liberaliseringproces, mee dat de richtlijn niet alleen een basis dient te bieden om te hoge prijzen tegen te gaan, maar ook om tegen misbruikelijk lage dan wel in de onderhavige context anderszins te lage prijzen te kunnen optreden.”

OPTA kan echter pas een aanwijzing over de te hanteren kortingsregelingen geven als een systeem van kostenoriëntatie is vastgesteld, zo blijkt uit overweging 29 en artikel 13 van de ONP-Spraakrichtlijn I. Ten tijde van het geven van die aanwijzing was een dergelijk systeem op grond van artikel 5.2 van het Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie (Bart) nog niet vastgesteld.

De stelling van OPTA dat zolang de procedure van artikel 5.2 van het Bart niet is afgerond op een andere grond moet kunnen worden opgetreden kan niet

worden gevolgd. Een richtlijnconforme uitleg en toepassing van het stelsel van het Bart impliceert dat als niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de specifieke aanwijzingsbevoegdheid, ook de algemene aanwijzingsbevoegdheid niet mag worden gebruikt. Daarom heeft OPTA zijn aanwijzing ten onrechte rechtstreeks op grond van artikel 43 van de Wtv aan KPN gegeven.

Daarnaast heeft de ONP-Spraakrichtlijn II, die ten tijde van het geven van de aanwijzing reeds van kracht was, het beginsel van kostenoriëntatie losgelaten. De bepalingen van die richtlijn zijn zodanig geformuleerd dat daarin geen beletsel is gelegen om directe werking aan te nemen. OPTA had het Bart richtlijnconform moeten uitleggen en moeten beoordelen of de betrokken kortingsregelingen voldeden aan de vereisten van artikel 19 van de ONP-Spraakrichtlijn II. Ook daarom kan het besluit niet in stand blijven.

Het beroep wordt gegrond verklaard en de rechtbank vernietigt het besluit.

Het CBB

OPTA is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan, en het CBB heeft op 28 mei 2003 uitspraak gedaan (TJ 165). Het CBB gaat, na beantwoording van twee voorvragen, in op de vraag of een wettelijke grondslag bestond om de door KPN aangeboden kortingen te toetsen aan de eis dat deze kostengeoriënteerd moesten zijn. Deze bevoegdheid ontbrak.

Artikel 5.1 van het Bart, dat ONP-Spraakrichtlijn I implementeert, heeft mede betrekking op het verlenen van kortingen, omdat het richtlijnen geeft voor de *tariefstructuur*:

“Daardoor kunnen de artikelen 5.2, 5.3 en 5.4 van het Bart rechtstreeks op de kortingen van toepassing zijn. Omdat aan kortingen de eis van kostengeoriënteerdheid niet al gesteld kan worden op een moment, dat deze eis voor de tarieven nog niet ten volle geldt, is daarom onjuist dat artikel 5.4 slechts betrekking heeft op een verhoging van de bestaande tarieven en dat voor wijziging van een korting op het bepaalde in artikel 5.2 kan worden teruggevallen.”

Anderzijds onderschrijft het CBB niet het oordeel van de rechtbank dat OPTA rekening had moeten houden met het bepaalde in ONP-Spraakrichtlijn II,

omdat deze per 1 juli 1998 had moeten zijn geïmplementeerd en de betrokken bepalingen zodanig zijn geformuleerd dat daarin geen beletsel is gelegen om directe werking ervan aan te nemen. Artikel 19 van de richtlijn is niet voldoende concreet en onvoorwaardelijk geformuleerd om direct te worden toegepast.

Het CBB laat de uitspraak van de rechtbank met verbetering van de gronden in stand.

MTA-tarieven

De bevoegdheid van OPTA om de tarieven voor het termineren van telefoonverkeer op een mobiel netwerk te reguleren is het onderwerp geweest van drie beslissingen. De eerste beslissing, die in deze paragraaf wordt besproken, is een voorlopige voorziening in het geschil tussen KPN Mobile en O2. De tweede beslissing – eveneens een schorsingsprocedure – beslecht een veelheid aan geschillen tussen mobiele operators en andere telecommunicatiedienstaanbieders. In deze uitspraak behandelt de rechter ook de beslissing op bezwaar in het geschil tussen KPN Mobile en O2. De derde beslissing is de uitspraak in de bodemprocedure in het geschil tussen O2 en KPN Mobile.

Voorlopige voorziening I

Op 13 juni 2001 heeft KPN Mobile een geschil aanhangig gemaakt waarin ze OPTA verzoekt om de redelijkheid van de tarieven die O2 in rekening brengt voor het termineren van mobiel verkeer te beoordelen. OPTA neemt op 18 december 2001 een besluit waarin ze Telfort verplicht om in twee stappen haar mobiele terminating tarief te verlagen.

Naar aanleiding van het verzoek van O2, de rechtsopvolger van Telfort, om dit besluit van OPTA te schorsen gaat de voorzieningenrechter op 1 mei 2002 in op de bevoegdheid van OPTA om MTA-tarieven te reguleren (TJ 77). De rechter twijfelt aan het bestaan van een bevoegdheid tot beoordeling van tarieven voor indirecte interconnectie.

Eenzijds formuleert OPTA deze bevoegdheid op grond van het tweede lid van artikel 6.3 Tw, dat een bestaande interconnectieovereenkomst op redelijkheid kan laten toetsen. Dat sprake zou zijn van een bestaande, “impliciete overeenkomst” is volgens de rechter echter niet voldoende onderbouwd.

Anderzijds formuleert OPTA deze bevoegdheid op grond van het eerste lid van artikel 6.3 Tw, dat de bevoegdheid in leven roept om de regels vast te stellen die tussen aanbieders gelden als zij niet tot een overeenkomst kunnen komen. Omdat op grond van artikel 6.1 Tw een ontheffing kan worden gevraagd van de directe interconnectieplicht, en een aanvraag voor een ontheffing nog in behandeling is, zal OPTA eerst hierover dienen te beslissen. Pas daarna kan zij regels stellen op grond van artikel 6.1 Tw. Er bestaat op het moment van het geven van de voorlopige voorziening dus nog geen aanleiding voor het hanteren van de gewraakte bevoegdheid.

De voorzieningenrechter schorst het besluit.

Voorlopige voorziening II

Op 19 juli 2002 doet OPTA uitspraak in het bezwaar. Zij past de tarieven die O2 in rekening mag brengen naar boven aan, en past daarnaast de termijn waarbinnen dit moet gebeuren aan. Tegen deze beslissing op bezwaar wordt beroep aangetekend en tevens een schorsingsverzoek bij de voorzieningenrechter gevraagd. Op 10 en 23 september en 17 oktober 2002 stelt OPTA daarnaast in diverse besluiten de regels vast die gelden tussen de mobiele operators onderling, de mobiele operators en KPN Telecom, en de mobiele operators en MCI WorldCom. Tegen deze besluiten is door de betrokken mobiele operators bezwaar gemaakt, en is tevens verzocht om de besluiten te schorsen. De voorzieningenrechter behandelt het schorsingsverzoek in de zaak KPN/O2 en de andere geschillen gelijktijdig.

In zijn uitspraak van 29 november 2002 schorst de voorzieningenrechter alle besluiten van OPTA (TJ 133). In dit geschil blijkt enerzijds dat een wettelijke bevoegdheid ten aanzien van het reguleren van indirecte interconnectie ontbreekt, aldus de rechter. In zijn algemeenheid overweegt de voorzieningenrechter dat OPTA wél bevoegd is tot het geven van tariefaanwijzingen, maar het is de vraag of OPTA kan eisen dat de mobiele terminating tarieven op kostengeoriënteerdheid zijn gebaseerd.

Omdat de mobiele operators een zwaarwegend belang hebben bij het treffen van een voorlopige voorziening, en betwijfeld kan worden of de bestreden besluiten in stand zullen blijven, schorst de rechter de besluiten.

De rechter gaat in deze zaak ook in op de rol van OPTA als regulator in de telecommunicatiemarkt. Dit komt in afdeling 1.3.2 aan de orde.

Beroep

Op 25 april 2003 doet de rechter uitspraak in de bodemprocedure in de onenigheid tussen Telfort/O2 en KPN Mobile. Niet in geschil is dat O2 en KPN Mobile nimmer een interconnectieovereenkomst hebben gesloten, aldus de rechtbank.

Vervolgens gaat de rechter in op de vraag of OPTA de MTA-tarieven mocht vaststellen op grond van artikel 6.3, eerste lid Tw. Omdat ontheffing is verleend om directe interconnectie tot stand te brengen zou het wetsystematisch onlogisch zijn als partijen dan toch verplicht werden om te contracteren. De rechtbank overweegt:

“dat interconnectie in de zin van (artikel 6.1 van) de Tw slechts de zogenoemde “directe” interconnectie (rechtstreeks [sic] koppeling van de netwerken van twee aanbieders) omvat, en niet tevens de figuur van “indirecte” interconnectie (koppeling van netwerken via het netwerk van een derde).”

OPTA zou niet de bevoegdheid zijn toegekomen om het geschil tussen KPN Mobile en O2 te beslechten. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit wegens strijd met de wet.

WEBPoint

In *WEBPoint* baseert de rechtbank op 8 mei 2002 zich op de wetsgeschiedenis om tot de conclusie te komen dat sprake is van een openbare telecommunicatiedienst (TJ 78). Gelet op de feitelijke activiteiten van WEBPoint en in het bijzonder op het feit dat zij op eigen naam overeenkomsten sluit, moet zij zonder meer worden aangemerkt als aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst.

Tegen deze uitspraak is in hoger beroep gegaan. Het CBB verklaart op 16 juli 2003 het hoger beroep gegrond, vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart het beroep van WEBPoint bij de rechtbank alsnog ongegrond (TJ 177). Zij gaat echter niet in op het begrip ‘openbare telecommunicatiedienst.’

Impress

In *Impress* heeft de rechter beslist dat een begeleidend schrijven wél, en een Cd-rom niet drukwerk in de zin van artikel 1, is, zonder hierbij aan te geven waarop deze interpretatie is gebaseerd.¹³³ De rechter gaat in deze zaak ook in op de vraag of monsters moeten worden aangemerkt als drukwerk:

“Het begrip monster komt in de Postwet, het Barp en het Postbesluit niet voor. Het is aan de bevoegde geschillencommissie dan wel aan de civiele rechter om te beoordelen of TPG zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de Cd-rom’s geen monsters zijn en – indien die vraag ontkennend wordt beantwoord – of artikel 18.2 aanhef en onder a, onder 1, zo moet worden uitgelegd [...]”

De rechtbank verklaart het beroep van *Impress* ongegrond en het beroep van *Van den Busken* niet-ontvankelijk.

KPN/Energis

In de uitspraak van 31 januari 2001 in het geschil tussen KPN en Energis over interconnectiecapaciteit is de interpretatie van het begrip interconnectie aan de orde gekomen (TJ 143). KPN betwist dat de in het besluit neergelegde verplichting dat KPN klanten van Energis moet opvangen als verbindingen misgaan, en de verplichting om een voogd-wezen constructie in haar Referentieaanbod op te nemen, niet onder het begrip interconnectie valt.

De rechter merkt allereerst op dat, hoewel het interconnectiegeschil dat ten grondslag ligt aan dit beroep deels is ontstaan vanwege inmiddels opgeheven schaarste aan interconnectiefaciliteiten in het netwerk van KPN, de rechtbank toch over dit geschil heeft te beslissen nu een van de hoofdvragen de bevoegdheid van verweerder betreft om KPN verplichtingen tijdelijk dan wel blijvend, op te leggen. Ook heeft KPN procesbelang; de stelling van KPN is onweersproken dat een gedeelte van de verplichtingen die voortvloeien uit het interconnectiebesluit nog niet in het netwerk zijn geïmplementeerd.

De rechter baseert zich op het doel en de strekking van de Tw voor de interpretatie van het begrip interconnectie:

¹³³ Rb. Rotterdam 7 augustus 2002, 00/2565 POST-SIMO, LJN-nr. AE7898 (*Impress/Van Den Busken/OPTA/TPG*).

“De rechtbank is van oordeel dat gelet op het doel en de strekking van de Tw, gelet op artikel 9, eerste en derde lid van de Richtlijn 97/33 [...] alsmede gelet op de tekst van artikel 6:1, eerste lid, van de Tw [...] interconnectie niet slechts het aan elkaar koppelen van netwerken inhoudt, maar ook het realiter doen plaatsvinden van communicatie tussen eindgebruikers. Daarbij past dat het kwaliteitsniveau en de wijze waarop interconnectie gerealiseerd wordt voorwerp kan zijn van de op grond van artikel 6:3, tweede lid, van de Tw, te stellen regels.”

De rechtbank stelt dat aan de redelijkheid en billijkheid derogerende werking toekomt, en vervolgt:

“Door nu toch te bepalen dat KPN in principe een aanbod moet doen om Energis een vergelijkbare overloopfunctionaliteit (danwel een vergelijkbare functionaliteit) te bieden als de functionaliteit die haar op de NAPs ter beschikking stond, zodat Energis na migratie van de NAPs naar de RAPs in staat is dezelfde kwaliteit van diensten aan te bieden als voor de migratie en, indien de door KPN aangeboden functionaliteit nog geen deel uitmaakt van het bestaande dienstenpakket van KPN, te bepalen dat KPN de dienst moet beschrijven, inclusief de voorwaarden waartegen deze dienst zal worden aangeboden, is verweerder buiten de grenzen van de artikelen 6.3, eerste lid, in samenhang met artikel 6.3, tweede lid, van de Tw getreden, omdat interconnectie als zodanig immers, onder de bovenaangegeven beperking, al was gewaarborgd.”

Met betrekking tot de voogd-wezen constructie is de rechtbank van oordeel dat een mededeling die is gedaan op grond van artikel 6.7, derde lid, van de Tw niet is aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. OPTA had KPN daarom niet-ontvankelijk moeten verklaren.

De rechtbank verklaart het beroep gegrond en vernietigt het besluit.

VZG

In VZG komt de rechtbank op 17 juli 2002 op grond van de wetsgeschiedenis tot de conclusie dat sprake is van een openbare telecommunicatiedienst (TJ 104). VZG betwist dat zij een registratieplicht zou hebben omdat zij een openbare communicatiedienst aanbiedt, op grond van artikel 1.1 Tw.

De rechtbank is van oordeel dat voor de beoordeling of sprake is van een openbare telecommunicatiedienst, bepalend is of eenieder van het aanbod van de aanbieder gebruik kan maken. Zij baseert zich hierbij op de memorie van toelichting bij artikel 1.1 van de Tw. Hierbij is niet vereist dat sprake is van een standaardaanbod tegen een tevoren door de aanbieder vastgestelde prijs. Ook dat de aanbieder zich tot een bepaalde markt richt is niet relevant. De rechtbank is van mening dat sprake is van een openbare communicatiedienst en verklaart het beroep ongegrond.

VZG is in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank. Het beroep is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat OPTA haar terecht als aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder f, Tw heeft aangemerkt.

Hoger beroep

De rechtbank heeft volgens het CBB op 23 juli 2003 miskend dat de overweging van OPTA een niet-appellabel rechtsoordeel inhoudt (TJ 179). Het geven van een rechtsoordeel kan in zeer bijzondere gevallen worden aangemerkt als het verrichten van een op zichzelf staande publiekrechtelijke rechtshandeling, die bij de bestuursrechter kan worden aangevochten.

“Dit kan zich evenwel slechts voordoen in gevallen waarin niet kan worden geoordeeld dat het rechtsoordeel vooruitloopt op een ten aanzien van betrokkene te verwachten of door hem uit te lokken besluit tot toepassing van de wettelijke regeling, waartegen in rechte kan worden opgekomen zonder dat sprake is van een voor betrokkene onevenredig belastende weg naar de rechter.”

Dit is niet zo een uitzonderingsgeval. VZG kan OPTA immers verzoeken tot registratie, waarbij zij kan aangeven dat zij naar haar oordeel geen openbare telecommunicatiediensten aanbiedt. Tegen het besluit van OPTA kan VZG vervolgens bezwaar maken en beroep instellen.

Het beroep is in zoverre gegrond, en het CBB vernietigt de uitspraak van de rechtbank, voor zover deze betrekking heeft op het in het besluit van 30 november 2002 vervatte rechtsoordeel van OPTA dat appellante openbare telecommunicatiediensten aanbiedt. Het CBB, doende wat de rechtbank had moeten doen, verklaart het beroep van VZG tegen het rechtsoordeel van OPTA niet-ontvankelijk.

Bitstroomtoegang

In het geschil over bitstroomtoegang heeft de rechter op 17 juli 2003 het begrip ‘bijzondere toegang’ geïnterpreteerd (TJ 178). Op 1 mei geeft OPTA aan KPN een aanwijzing dat zij aan Tiscali binnen drie weken een aanbod moet doen, bestaand uit de bitstroomtoegangsdienst inclusief de functionaliteiten die KPN zichzelf levert ten behoeve van ADSL van KPN. Ook stelt OPTA de tarieven vast die tussen Tiscali en KPN dienen te gelden.

In het besluit geeft OPTA aan dat bitstroomtoegang een bijzondere toegangsdienst is in de zin van artikel 1.1, onderdeel j, Tw. OPTA meent voldoende zicht te hebben op de problematiek en neemt – anders dan Tiscali vordert – een definitief besluit. Hiertegen maakt KPN op 5 mei 2003 bezwaar, en zij verzoekt tevens om een voorlopige voorziening te treffen.

De voorzieningenrechter gaat eerst in op de vraag of OPTA bevoegd was om het bestreden besluit te nemen. Dit is volgens de rechter niet het geval. Omdat OPTA slechts bevoegd is om te beslissen op verzoeken om bijzondere toegang tot een telefoonnetwerk, moet worden onderzocht in hoeverre de bitstroomtoegangsdienst gebruik maakt van telefoonnetwerk van KPN.

De rechter bespreekt voor de beantwoording van deze vraag de feitelijke opbouw van het telefoonnetwerk van KPN. Het netwerk loopt vanaf de eindgebruiker via de aansluitlijn naar de nummercentrale en vervolgens naar een regionale verkeerscentrale. ADSL verkeer wordt in de nummercentrale gescheiden van spraakverkeer, waarna beiden verschillende bewerkingen ondergaan. De verbinding tussen de lokale en regionale verkeerscentrale kent drie digitale verkeersstromen, namelijk data-, spraak- en huurlijnverkeer. Beide stromen gaan vervolgens naar de regionale verkeerscentrale, alwaar deze stromen weer verschillende bewerkingen ondergaan.

KPN dient op het niveau van de regionale centrale bitstroomtoegang te geven. De rechter vervolgt:

“Elementen die geheel voor de levering van de vaste openbare telefoondienst worden gebruikt heeft de voorzieningenrechter in het hiervoor omschreven telecommunicatienetwerk van verzoekster voorzover dat voor bitstroomtoegang gebruikt zou kunnen worden, in het geheel niet kunnen ontwaren. Een aantal elementen, zoals de DSLAM in de lokale nummercentrale en de ATM-

centrale in de regionale verkeerscentrale, wordt geheel niet voor de levering van die vaste openbare telefoondienst gebruikt maar alleen voor dataverkeer. Daarnaast zijn er enkele elementen ten aanzien waarvan niet op het eerste gezicht kan worden vastgesteld of zij gedeeltelijk voor de levering van de vaste openbare telefoondienst worden gebruikt.”

De aansluitlijn acht de voorzieningenrechter op het eerste gezicht een element van een openbaar telecommunicatienetwerk dat gedeeltelijk voor de levering van een vaste openbare telefoondienst wordt gebruikt. De rechter betwijfelt echter of de verbinding tussen de lokale nummercentrale en de regionale verkeerscentrale gezamenlijk wordt gebruikt voor zowel data- als spraakverkeer. Hierbij is voor de rechter doorslaggevend dat de verbindingen logisch van elkaar zijn gescheiden, dat wil zeggen dat in de transmissieapparatuur aan beide stromen een maximale capaciteit is toegekend die exclusief is. In ieder geval kan niet in zijn algemeenheid worden aangegeven of in alle gevallen sprake is van een fysieke verbondenheid van beide stromen.

De rechter is van oordeel dat bij een eventuele behandeling in de hoofdzaak in het voor OPTA meest gunstige geval de conclusie zal worden getrokken dat slechts ten aanzien van de aansluitlijn sprake is van het voor bitstroomtoegang gebruiken van een element van een openbaar telecommunicatienetwerk. Het besluit heeft dus voor een belangrijk deel betrekking op een openbaar telecommunicatienetwerk dat niet tevens als telefoonnetwerk kan worden aange-merkt.

OPTA was niet bevoegd tot het nemen van het bestreden besluit, omdat niet alle elementen van bitstroomtoegang geheel of gedeeltelijk worden gebruikt voor de levering van de vaste openbare telefoondienst. Vanwege het bestaan van grote belangen bij KPN, en omdat betwijfeld kan worden of het bestreden besluit in bezwaar in stand zal blijven wijst de rechter de voorlopige voorziening toe, en schorst de rechter het besluit tot zes weken na bekendmaking van de beslissing op bezwaar van KPN.

1.3.2 REIKWIJDTE BEVOEGDHEDEN

Naast de in de voorgaande afdeling besproken interpretatie van de regels door de rechter, oordeelt de rechter ook over de reikwijdte van bevoegdheden van OPTA. De uitspraken over dit onderwerp komen hieronder aan de orde.

Site-sharing

De reikwijdte van de bevoegdheden is aan de orde gekomen in het kader van het geschil over het medegebruik van antenne-opstelpunten. Een korte inhoudelijke beschrijving van de zaak is in Afdeling 1.3.1 al gegeven. In hoger beroep overweegt het CBB op 25 april 2001 het volgende (TJ 44):

“Nu de door OPTA geformuleerde regel omtrent de verstrekking van coördinaten niet onverenigbaar is met de tekst van artikel 3.11 en ook één van haar doelstellingen dient, komt naar het oordeel van het College deze regel slechts voor rechterlijke vernietiging in aanmerking indien geoordeeld moet worden dat OPTA in redelijkheid niet tot vaststelling ervan heeft kunnen komen. Aldus komt tot uitdrukking dat aan OPTA als op het terrein van de telecommunicatie deskundige toezichthouder een zekere beleidsvrijheid toekomt bij het gebruik van de door artikel 3.11 van de Wet aan haar toegekende bevoegdheid.”

Het CBB is van oordeel dat OPTA in redelijkheid tot vaststelling van de coördinaten-regel had kunnen komen. Dit deel van het oordeel van de rechtbank kan in hoger beroep niet in stand blijven.

Deze regel is door de rechtbank herhaald in het geschil tussen KPN en Denda op 21 juni 2001 (TJ 49).

MCI WorldCom

In het geschil tussen KPN en MCI heeft de rechter zich op 16 februari 2001 niet alleen uitgelaten over de interpretatie van wettelijke regels, maar ook over de reikwijdte van de bevoegdheid van OPTA (TJ 39). MCI WorldCom (MCI) en KPN hebben een geschil over de levering door KPN van de MIACO- en FRIACO-dienst. MCI verzoekt OPTA om met betrekking tot de levering van deze dienst de regels vast te stellen die tussen MCI en KPN gelden. Op 25 mei 2000 neemt OPTA een voorlopig besluit waarin ze KPN opdraagt om binnen twee weken aan MCI een volledig aanbod te doen voor een MIACO-dienst, en binnen zes weken voor een FRIACO-dienst.

MCI bericht op 19 juni 2000 dat MCI en KPN geen overeenstemming kunnen bereiken over de levering van de MIACO-dienst. Daarnaast weigert KPN uitvoering te geven aan het voorlopige besluit met betrekking tot de levering van de FRIACO-dienst. MCI verzoekt OPTA om regels met betrekking tot de

levering van de FRIACO-dienst vast te stellen. Op 3 november 2000 stelt OPTA regels vast met betrekking tot de MIACO-dienst, en hierover bereiken partijen uiteindelijk overeenstemming.

Op 21 november 2000 stelt OPTA regels met betrekking tot de FRIACO-dienst. KPN maakt tegen dit besluit bezwaar op 6 december 2000, en zij verzoekt diezelfde dag de president van de rechtbank om een voorlopige voorziening te treffen. Een dag eerder, op 5 december 2000, legt verzoekster een tariefvoorstel voor de FRIACO-dienst voor aan OPTA.

De president staat MCI WorldCom toe om aan het geding als partij deel te nemen, maar een zelfde verzoek van Level 3 Communications wijst de president af. De president gaat vervolgens in op de vraag of het onderhavige besluit de rechterlijke toetsing kan doorstaan. De interconnectieregels in dit besluit dienen naar hun inhoud allereerst te blijven binnen de grenzen van artikel 6.9 Tw en de regelgeving waarnaar daarin wordt verwezen. Belangrijke betekenis komt toe aan de doelstellingen van de aan die regelgeving mede ten grondslag liggende Europese richtlijnen. De president overweegt:

“Tevens is het niet goed mogelijk een limitatieve opsomming te geven van de normen die verweerder bij de beoordeling van een geschil voor het overige mag dan wel moet aanleggen, nu deze veelal mede afhankelijk zullen zijn van de omstandigheden van het geval.”

De president denkt hierbij in ieder geval aan normen als:

1. de mogelijke bedreiging van de netwerkintegriteit
2. de beschikbaarheid van economisch aanvaardbare en verantwoorde alternatieven voor de verzochte bijzondere toegang
3. de gevolgen voor de concurrentie, de concurrenten en de consument/eindgebruikers
4. het bevorderen van product- en prijsinnovatie en -differentiatie
5. het voorkomen van strijdigheid met het algemene mededingingsrecht – met inachtneming van artikel 18.3 van de Tw.

Volgens de president is OPTA bevoegd om opnieuw een beslissing te nemen op grond van artikel 6.9 Tw. Anders dan KPN heeft betoogd voorziet de toepasselijke regelgeving naar het oordeel van de president niet in een absoluut recht om piek- en dalartarieven te hanteren. De stelling dat OPTA de gevolgen van op capaciteit gebaseerde tariefstelling heeft onderzocht vindt geen steun in de gegevens. De bezwaren met betrekking tot netwerkintegriteit acht de president door de beperkingen in het besluit voldoende gepareerd.

Al hetgeen KPN heeft aangevoerd over de bedrijfseconomische aspecten kan en dient naar het oordeel van de president aan de orde te komen in het kader van de verdere procedure aangaande de tarifiering van de FRIACO-dienst.

Het bestreden besluit kan naar het zich laat aanzien in stand blijven en het verzoek wordt afgewezen.

Patrijsstate

In het geschil over naamnummers tussen OPTA en Patrijsstate is de bevoegdheid van OPTA om nummers in te trekken op 19 maart 2002 aan de orde gekomen (TJ 75). OPTA had op 5 januari 2000 de aan Patrijsstate toegekende nummers ingetrokken, nu deze niet voldoen aan het door Patrijsstate opgegeven gebruiksdoel. Na het aankiezen van de nummers wordt men doorgeschakeld naar een algemene meldtekst waarin wordt aangekondigd dat in een later stadium een dienst via deze nummers zal worden aangeboden. Dit beschouwt OPTA niet als het gebruik dat door Patrijsstate is aangegeven: 'het aanbieden van financiële adviezen.'

Omdat de nummers niet voldoen aan het opgegeven gebruiksdoel is de grondslag voor de toekenning komen te vervallen. De meldtekst kan niet als een informatiedienst worden gezien, aldus de rechtbank, en een andere opvatting is niet in overeenstemming met de bedoeling van artikel 4.7 Tw.

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

MTA-tarieven

In de voorlopige voorziening van 29 november 2002 tegen de beslissingen over MTA-tarieven heeft de rechter ook een aantal paragrafen gewijd aan de bevoegdheden van OPTA (TJ 133). De partijen maakten onder andere bezwaar

tegen het feit dat OPTA regulerend te werk zou zijn gegaan en hierdoor buiten haar bevoegdheid zou zijn getreden. De rechter overweegt dat:

“een bestuursorgaan dat wordt verzocht om binnen een kort tijdsbestek min of meer gelijksoortige geschillen te beoordelen – veelal aan de hand van een van te voren vastgesteld beleid – deze geschillen uit een oogpunt van consistent beleid wel op (plusminus) dezelfde wijze dient te beslissen en dusdoende vrijwel onvermijdelijk *de facto* in algemene zin “regulerend” te werk gaat.”

De rechter is echter minder tevreden over de achtergrond en de grondslag van de besluiten. OPTA heeft niet de specifieke positie van de individuele partijen tot uitgangspunt genomen, maar een algemeen maximum tarief opgesteld en daarbij gediifferentieerd tussen nieuwkomers en partijen die reeds een voorsprong bezitten. De grond van dit besluit zijn overwegingen van marktafbakening, het tegengaan van kruissubsidies en het bevorderen van meer concurrentie.

Deze mededingingsrechtelijke aanpak is naar het oordeel van de voorzieningenrechter wellicht beter te plaatsen bij de NMa, maar afgezien daarvan is de bevoegdheid tot het stellen van MTA-tarieven niet terug te vinden in artikel 6.3 Tw en de toelichtende stukken daarbij, aldus de rechter. De rechter oordeelt wel dat er aanleiding kan bestaan tot het vaststellen van een maximum tarief tussen partijen als OPTA tot de conclusie komt dat een partij (evident) misbruik maakt van het gegeven dat de wederpartij tot interconnectie verplicht is. Ook is het de vraag of het voornemen van OPTA om uiteindelijk tot tarieven te komen die op kostenoriëntatie zijn gebaseerd wel terug te vinden is in de wet. Het opleggen van een verplichting tot kostenoriëntatie is alleen geoorloofd jegens een partij met aanmerkelijke marktmacht.

Omdat de mobiele operators een zwaarwegend belang hebben bij het treffen van een voorlopige voorziening, en betwijfeld kan worden of de bestreden besluiten in stand zullen blijven, schorst de rechter de besluiten.

KTA/UPC tegen Canal+

De bevoegdheid van artikel 8.7 om de aanbieder van een omroepnetwerk bindende aanwijzingen te geven ten aanzien van de doorgifte van een programma is een aantal keer door de rechter behandeld in het geschil tussen UPC/KTA en Canal+. Hierbij is de reikwijdte van de bevoegdheden van OPTA ook aan de orde gekomen.

Canal+ verzoekt aan OPTA om regels vast te stellen voor de digitale doorgifte van haar programma's via het omroepnetwerk van KTA, en tevens een redelijk doorgiftetarief vast te stellen voor de programma's van Canal+. 'Vooruitlopend op de eindbeslissing van het verzoek van Canal+,' en onder aanhouding van 'iedere verdere beslissing op het verzoek van Canal+,' geeft OPTA op 9 juli 1999 een aantal bindende aanwijzingen aan KTA op verzoek van Canal+. KTA dient aan Canal+ de mogelijkheid te geven dat haar programma's digitaal worden doorgegeven en hiertoe dient KTA binnen twee weken na dagtekening van het besluit een gespecificeerde kostenopgave te doen. KTA maakt hiertegen bezwaar en twee dagen later verzoekt zij om een voorlopige voorziening bij de president tot schorsing van de bindende aanwijzing.

Voorlopige voorziening I

De president van de Rechtbank Rotterdam doet uitspraak op 14 september 1999 (TJ 14). Nadat de rechter tot de conclusie is gekomen dat sprake is van een besluit behandelt hij de vraag of artikel 8.7 Tw ook de bevoegdheid omvat om de eigenaar van een kabelnetwerk te verplichten om zijn netwerk te prepareren voor digitale doorgifte.

Volgens de president is dat het geval, omdat de bindende aanwijzing zich beperkt tot de doorgifte van twee digitale programma's en niet ziet op de aanbidding van andere diensten. Hierbij gaat de rechter niet in op de wetsgeschiedenis van artikel 8.7 Tw. De rechter wijst het verzoek tot schorsing af.

In haar beslissing op bezwaar van 4 november 1999 handhaaft OPTA haar primaire besluit, en verplicht zij daarnaast KTA om met ingang van 15 september 1999 de helft van de door KTA verlangde doorgiftevergoeding in rekening te brengen aan Canal+. Hiertegen stelt KTA beroep in, en de rechtbank zendt het beroep dat is gericht tegen de vaststelling van het doorgiftetarief naar OPTA, omdat dit als een bezwaar tegen een besluit in primo moet worden aangemerkt. Canal+ maakt tevens bezwaar tegen overweging 68 van het besluit van 9 juli 1999 om geen accountant aan te wijzen. OPTA verklaart dit bezwaar op 27 januari 2000 ongegrond.

Op 31 juli 2000 neemt OPTA een beslissing op dit bezwaar tegen het besluit van 4 november 1999. Zij stelt hierin het definitieve doorgiftetarief vast, en verplicht KTA tevens om binnen twee maanden een transparante, objectieve en non-discriminatoire kortingsregeling op te stellen. Tegen dit besluit hebben

Canal+ en KTA bezwaar gemaakt. Omdat KTA niet binnen de gestelde twee maanden een transparante, objectieve en non-discriminatoire kortingsregeling heeft opgesteld verzoekt Canal+ daarnaast drie keer aan OPTA om een last onder dwangsom en een boete op te leggen.

Voorlopige voorziening II

Op 6 juni verzoekt Canal+ tevens om een voorlopige voorziening te treffen. Canal+ is van mening dat het besluit van 31 juli 2000 op onjuiste gegevens berust. In het verzoek vordert zij dat de president een rechter-commissaris aanwijst die een aantal getuigen hoort over de gewraakte gegevens.

De rechter overweegt op 15 juni 2001 dat het verzoek is gedaan terwijl een bezwaar aanhangig is gemaakt, en dus in formele zin is voldaan aan het in artikel 8:81 Awb neergelegde connexiteitsvereiste (TJ 48). De gevorderde voorzieningen hebben echter geen betrekking op het connexe – bestreden – besluit, en in materiële zin is niet voldaan aan dit vereiste.

Canal+ verzoekt namelijk in haar vorderingen dat de president intervenieert in de procedure ter voorbereiding van de beslissing op het bezwaar van OPTA. De president is van oordeel dat het verzoek kennelijk niet-ontvankelijk is, en wijst de vordering af.

Inmiddels heeft OPTA op 20 maart 2002 de bezwaren van Canal+ en KTA tegen de eindbeslissing ongegrond verklaard, waarop beiden beroep instellen. Op 20 maart 2002 beslist tevens OPTA op de verzoeken van Canal+ om een aanwijzing te geven. OPTA verplicht KTA onder meer tot het hanteren van doorgiftekortingen van 100% over de jaren 2000 en 2001. Hiertegen is bezwaar gemaakt door KTA en tevens een voorlopige voorziening gevraagd.

Voorlopige voorziening III

De rechter uit in zijn uitspraak van 8 juli 2002 ernstige twijfel over de rechtmatigheid van het besluit op grond van artikel 8.7 Tw (TJ 98). De rechter heeft onvoldoende aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat verweerders primaire besluit van 20 maart 2002 is gegeven naar aanleiding van een door Canal+ aan hem voorgelegd concreet geschil tussen de betrokken partijen.

De rechter schorst het besluit.

Bodemprocedure

Op 26 februari 2003 doet de rechtbank uitspraak in de bodemprocedure tegen het besluit van 4 november 1999, 31 juli 2000, 27 januari 2000 en 20 maart 2002 (TJ 149). De belangrijkste overwegingen van de rechtbank komen hieronder aan de orde.

De rechtbank gaat eerst in op de vraag of artikel 8.7 Tw OPTA de bevoegdheid geeft om UPC te verplichten om twee digitale programma's van Canal+ door te geven (het besluit van 4 november 1999). De rechtbank overweegt dat "het geven van bindende aanwijzingen terzake van de wijze waarop UPC de programma's van Canal+ toegang tot haar omroepnetwerk verschaft, namelijk door middel van digitale doorgifte," in elk geval behoort tot de in artikel 8.7 Tw aan OPTA toegekende bevoegdheid. Ook het door Canal+ verzorgde programma valt onder het begrip "programma" in de zin van artikel 1 van de Mediawet. Er is niet gebleken van zodanige technische belemmeringen dat doorgifte in redelijkheid niet kan worden gevergd.

De rechtbank bespreekt vervolgens of artikel 8.7 Tw de bevoegdheid omhelst om het doorgiftetarief vast te stellen (het besluit van 31 juli 2000):

"De rechtbank is van oordeel dat een redelijke interpretatie van artikel 8:7 van de Tw meebrengt dat bindende aanwijzingen inzake de toegang in beginsel mede de aan toegang inherente kernvoorwaarden – waaronder het te betalen tarief – kunnen betreffen. De rechtbank vindt hiervoor steun in de toelichting op artikel 8:7 van de Tw waar wordt gesproken over 'toegang inclusief de financiële aspecten ervan.'"

OPTA heeft dit tarief echter opgelegd bij wijze van een sanctie. Dit blijkt uit het feit dat in het bestreden besluit wordt gesproken van "toerekenbare tekortkoming" en dat het tarief gehalveerd is ten opzichte van het eerder in rekening gebrachte tarief, terwijl naar de hoogte van dit tarief geen onderzoek is gedaan. Het feit dat dit tarief is vastgesteld bij wege van een sanctie is echter in strijd met de wet volgens de rechtbank. Artikel 8.7 Tw kan voor het opleggen van een sanctie geen basis vormen. De wetgever heeft verweerder in het kader van artikel 8.7 Tw geen sanctiemiddel in handen gegeven dat hem in hoofdstuk 15 (handhaving) van de Tw is onthouden.

Dan bespreekt de rechtbank de vraag of OPTA van UPC kostenoriëntatie mag eisen (het besluit van 20 maart 2002). De rechtbank is van oordeel dat dit niet het geval is. Uit het systeem en de strekking van de Tw volgt dat er voor het opleggen van de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven een uitdrukkelijke basis bij of krachtens de wet dient te zijn.

"Een dergelijke verplichting kent de Tw niet voor aanbieders van omroepnetwerken als UPC. Dat een uitdrukkelijke basis bij of krachtens wet vereist is, vindt ook daarin haar grondslag dat het doel van de Tw het bevorderen van concurrentie is, maar niet primair het ingrijpen in de vrijheid van marktpartijen om de prijs van hun diensten te bepalen; in die zin hoort een verplichting tot kostenoriëntatie uitzondering te zijn."

Uit de gedingstukken blijkt dat OPTA het beginsel van kostenoriëntatie als uitgangspunt voor de beoordeling van een redelijk tarief heeft genomen. De door OPTA vastgestelde verplichting jegens UPC om non-discriminatoire voorwaarden te hanteren gaat tevens de reikwijdte van artikel 8.7 Tw te buiten. Ook hier geldt dat artikel 8.7 geen grond is voor de toepassing van een sanctiemiddel.

De rechter verklaart het beroep van UPC tegen het besluit waarin de doorgifteverplichting is vastgesteld ongegrond. Het beroep van UPC tegen het besluit waarin het voorlopig doorgiftetarief is vastgesteld is gegrond, en dit besluit wordt vernietigd. Het beroep van UPC tegen het besluit waarin het beginsel van kostenoriëntatie en non-discriminatie wordt vereist is ook gegrond, en de rechtbank vernietigt het besluit.

Voorlopige voorziening IV

De laatste uitspraak over Canal+ en UPC, genomen een dag na de hiervoor besproken uitspraak in de bodemprocedure, gaat over het volgende (TJ 150). Nadat Canal+ N.V. (een N.V. naar Belgisch recht) in de plaats treedt van Canal+ B.V. verzoekt Canal+ aan UPC om in te stemmen met de overneming van het doorgiftecontract. Omdat Canal+ niet akkoord gaat met de eisen die Canal+ aan de contractsoverneming stelt, verzoekt Canal+ OPTA om een bindende aanwijzing in de zin van artikel 8.7 Tw te geven. Op 31 oktober 2002 geeft OPTA aan UPC de bindende aanwijzing om dezelfde programma's door te geven die UPC eerst doorgaf van Canal+ B.V. UPC vraagt om een voorlopige voorziening, omdat OPTA niet bevoegd zou zijn op grond van artikel 8.7 Tw

aanwijzingen te geven ten aanzien van de doorgifte van voorwaardelijke toegangssystemen of de hoogte van doorgifte-tarieven.

De rechter overweegt dat voor een zeer beperkte lezing van artikel 8.7 Tw geen plaats is. Verwijzend naar zijn uitspraak van 26 februari 2003 stelt zij dat een redelijke interpretatie van artikel 8.7 Tw meebrengt dat bindende aanwijzingen inzake de toegang in beginsel mede de aan de toegang inherente kernvoorwaarden – het te betalen tarief – kunnen betreffen. Ook het begrip ‘programma’ omvat het programma zoals Canal+ dat aanbiedt. Daarom is geen sprake van kennelijke onrechtmatigheid.

De beoordeling van wat als redelijk te gelden heeft, met betrekking tot de door UPC vereiste zekerheid, vergt te zeer een beoordeling in detail en leent zich niet voor beoordeling in het kader van een voorlopige voorzieningsprocedure. Ook de toetsing van de tarieven is marginaal:

“Bij gebreke aan een evident en onbetwist aanknopingspunt is de voorlopige – en dus tot op zeker hoogte arbitraire – keuze van verweerder niet kennelijk onrechtmatig te achten, althans bestaat ten aanzien van dit punt onvoldoende aanleiding tot ingrijpen gedurende de bezwaarprocedure.”

Dit zou anders zijn als de tarieven van OPTA dermate laag zijn dat de financiële situatie van UPC in het geding komt, in het verband met een mogelijk betalingsrisico. Ook speelt een rol dat UPC nog niet is overgegaan tot het innen van de achterstallige betalingen van Canal+, en het doorgiftetarief nog niet geheel vaststaat, gelet op de uitspraak van de rechtbank van 26 februari 2003.

De rechter wijst het verzoek af.

IJmond tegen Casema

In het geschil tussen IJmond en Casema gaat de rechtbank in op de bevoegdheid van OPTA om kabeldoorgifte geschillen te reguleren. Casema biedt programma's aan via de kabel. IJmond is aanbieder van een televisieprogramma gericht op de regio IJmond. Op 23 november 1998 heeft IJmond met Casema een kabeldistributieovereenkomst gesloten voor de duur van een jaar. Deze is daarna verlengd tot 1 december 2000. Het programma van IJmond zou deel uitmaken van het standaardpakket.

De programmaraad adviseert op 3 oktober 2000 om het programma van IJmond wegens “het amateuristische karakter” ervan niet uit te zenden. Casema geeft conform het advies aan dat zij de doorgifte van het programma op 28 november zal moeten beëindigen. IJmond verzoekt daarop op 22 november 2000 aan OPTA om op grond van artikel 8.7 Tw een bindende aanwijzing te geven aan Casema met betrekking tot de doorgifte van het programma van IJmond. Dit verzoek wijst OPTA op 7 maart 2001 af. Hiertegen heeft Casema op 19 april 2001 bezwaar gemaakt. Dit bezwaar is op 7 november 2001 ongegrond verklaard, en hier tegen gaat IJmond in beroep.

De rechtbank overweegt op 2 juli 2003 dat geschillen over toegangsweigeringen ter zake van het standaardpakket, het gedeelte van het pakket dat boven het minimumpakket uitgaat, op grond van artikel 8.7 van de Tw worden voorgelegd aan OPTA (TJ 169). In de Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken van 17 augustus 1999 is bepaald dat OPTA en de NMa slechts toezien dat de samenstelling van het standaardpakket op een zorgvuldige, redelijke, transparante en non-discriminatoire manier plaatsvindt. De rechtbank acht dit beleid niet onredelijk. Ook ligt dit beleid volgens de rechtbank niet buiten de grenzen van een redelijke beleidsbepaling.

De rechtbank gaat vervolgens in op de vraag of OPTA terecht heeft geoordeeld dat de weigering om aan eiseres toegang te verlenen tot het standaardpakket de toets aan de hierbovengenoemde criteria kan doorstaan. De rechtbank overweegt hierbij dat de weigering van Casema moet worden bezien in het licht van de relevante feiten en omstandigheden. Hierbij speelt een rol dat door OPTA met name in overweging is genomen dat Casema en IJmond hebben afgesproken dat doorgifte afhankelijk zou worden gesteld van de toestemming van de programmaraad.

Ook is de rechter van oordeel dat OPTA kon besluiten dat het besluit van de programmaraad op zorgvuldige, redelijke, transparante en non-discriminatoire wijze tot stand is gekomen. Door haar selectiecriteria aan te geven is voldoende duidelijk op welke wijze de programmaraad tot haar advies is gekomen. Hierbij is van belang dat OPTA zich, conform zijn beleid, terughoudend heeft opgesteld.

De rechtbank gaat vervolgens in op het argument van IJmond dat OPTA niet voldoende aandacht heeft besteed aan het feit dat schaarste bestaat op het netwerk van Casema. De overweging van OPTA dat dit argument slechts aan de

orde komt als aan bovenstaand criterium niet is voldaan, is juist, en hieraan hoeft OPTA dus geen aandacht te besteden.

OPTA heeft in redelijkheid kunnen besluiten om het verzoek tot doorgifte van IJmond te weigeren. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Voorlichtingscampagne OPTA

In een civiele zaak van 2 juli 2003 geeft de rechtbank Den Haag tevens inzicht in de bevoegdheden van OPTA.¹³⁴ Op 1 augustus 2002 werd het mogelijk om ook voor wat betreft lokale gesprekken gebruik te maken van de diensten van andere telefoonmaatschappijen dan KPN door middel van CPS. OPTA start een “voorlichtingscampagne” om deze verandering onder de aandacht te brengen van de consument.

KPN vordert om OPTA te verbieden om dergelijke campagnes te blijven voeren, OPTA te gebieden om de onjuiste berichtgeving te rectificeren en te verklaren dat OPTA aansprakelijk is voor de schade die tengevolge van de campagne is ontstaan.

KPN stelt zich allereerst op het standpunt dat OPTA niet bevoegd is tot het houden van een campagne omdat uit artikel 15 Wet OPTA blijkt dat de taken van OPTA zich beperken tot het houden van toezicht op de naleving van de bepalingen van de Tw. De rechtbank overweegt echter dat hedendaagse inzichten meebrengen dat de onafhankelijkheid van marktautoriteiten publieke verantwoording vergt en derhalve transparantie in besluitvorming en optreden. Hierom mag van OPTA worden verwacht dat zij naar buiten treden over belangrijke wijzigingen in hun beleidsterrein. OPTA was daarom op zichzelf gerechtigd om het publiek voorlichting en uitleg te geven over de bereikte mijlpaal. Omdat het geven van voorlichting een feitelijke handeling is, is daarom niet aan de orde of hiervoor een bevoegdheid bestaat.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of de inhoud van de campagne onrechtmatig is jegens KPN. De stelling “keus maken kan 50 – 100 euro per jaar opleveren” is niet onrechtmatig, omdat ook KPN toegeeft dat een dergelijk voordeel kan worden behaald. De stelling van OPTA dat 60% van de kosten van alle binnenlandse telefoongesprekken bestaan uit de kosten voor lokale tele-

¹³⁴ Rb. Den Haag 2 juli 2003, Rolnr. 02.3034 (KPN/OPTA).

foongesprekken, is wel onjuist. Deze stelling is gebaseerd op gegevens van KPN afkomstig uit 2001. Naar het oordeel van de rechtbank speelt deze fout slechts een zeer marginale rol tegen de integrale inhoud van de voorlichtingscampagne, en geeft het onvoldoende aanleiding om het gevorderde toe te wijzen. De vermelding op de website van OPTA dat KPN niet wilde mee werken aan deze tariefcampagne kan niet anders worden gezien dan als een correcte samenvatting van de brief van KPN waarin zij aangeeft dat zij haar tarieven niet ter beschikking wil stellen. Ook het feit dat OPTA niet kortingsregelingen heeft opgenomen in de tariefvergelijking op haar website kan genade vinden bij de rechter. OPTA heeft immers geen enkele kortingsregeling, ook niet van anderen gepubliceerd, zodat zij niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

De rechtbank is van oordeel dat OPTA in haar voorlichtingscampagne de zorgvuldigheid die van haar verwacht mag worden in acht heeft genomen jegens KPN. Niet is gebleken dat hij hierdoor de goede naam van KPN heeft aangetast, en ook heeft OPTA geen algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden. De rechtbank wijst de vorderingen af en veroordeelt KPN in de proceskosten.

1.3.3 VERTROUWELIJKHEID EN ARTIKEL 8:29 AWB

Op grond van artikel 8:29 Awb kunnen partijen gedurende een procedure bij de bestuursrechter, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken. Gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen.

Dit artikel is het onderwerp geweest van een procedure tussen OPTA en Yarosa, die hieronder wordt behandeld. Ook komt een Wob-procedure over het BULRIC I model aan de orde. Daarnaast komen een aantal uitspraken van de rechter-commissaris op grond van dit artikel hieronder ook aan de orde.

Yarosa

In het kader van een interconnectiegeschil tussen Yarosa en KPN Mobile is OPTA overgegaan tot het publiceren van een besluit. Dit besluit bevat gegevens

die volgens Yarosa aan te merken zijn als bedrijfsgevoelig. Op 6 november stuurt OPTA een brief aan Yarosa, waarin ze aangeeft dat een opgeschoonde versie op 14 november gepubliceerd zal worden. Nadat hierover door Yarosa een aantal berichten is gestuurd geeft OPTA op 12 november aan dat zij het opgeschoonde besluit zal publiceren op 14 november. Hiertegen heeft Yarosa op 13 november bezwaar gemaakt, en dit bezwaar is op 3 december niet-ontvankelijk verklaard. Hiertegen heeft Yarosa beroep ingesteld.

De rechter is op 12 februari 2003 van oordeel dat de grondslag van het besluit niet is te herleiden tot de Tw (TJ 147). Van een exclusieve bevoegdheid van de Rotterdamse rechter op grond van artikel 17.1 Tw is dan ook geen sprake, maar omdat de statutaire zetel van Yarosa in Rotterdam is gelegen is de rechter toch bevoegd.

De brief van 6 november is terecht niet als besluit aangemerkt. ‘Hetgeen ter zake in de brief is verwoord is slechts informatief van aard en kondigt de feitelijke handeling van publicatie aan.’ Echter:

“Voor zover de brief van 6 november ziet op het oordeel van verweerder dat bepaalde passages in het besluit van 16 oktober 2002 wel en andere niet van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder c, van de Wob, is de voorzieningenrechter van oordeel dat dit gedeelte van de brief als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb moet worden gekwalificeerd.”

OPTA anticipeert door middel van het besluit dat bepaalde gegevens niet als bedrijfsvertrouwelijk in de zin van de Wob zijn aan te merken, een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 van de Wob. Een dergelijk besluit dient te worden aangemerkt als een besluit op grond van de Wob genomen. Een dergelijk besluit moet daarom worden gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

Het beroep is gegrond en de rechter verbiedt OPTA om tot informatieverstrekking over het geschil over te gaan.

Raad van State

OPTA is tegen deze uitspraak in beroep gegaan bij de Raad van State, die op 16 juli 2003 uitspraak heeft gedaan (TJ 176). OPTA komt met name op tegen de

vaststelling van de rechtbank dat de vaststelling van OPTA dat bepaalde passages wel, en bepaalde passages niet van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn, aan te merken is als een besluit. Hier ontbreekt immers rechtsgevolg.

De Raad van State gaat hier niet in mee. Het publicatiebeleid van OPTA is gebaseerd op actieve openbaarmaking, en de uitzonderingsgronden van artikel 10 van de Wob zijn hierop van toepassing. Onder deze omstandigheden dient de beslissing van appellant om geen uitzonderingsgrond aan te nemen te worden aangemerkt als een besluit.

Ook het beroep tegen het verbod om informatie te verstrekken over het geschil waarbij Yarosa partij was is ongegrond. Een andere opvatting zou het beroep van Yarosa tegen een nieuwe beslissing illusoir maken.

De Raad van State verklaart het beroep ongegrond en bevestigt de uitspraak.

BULRIC I

KPN verzoekt op 17 mei 2001 bij OPTA openbaarmaking van de elektronische en papieren versie van het BULRIC I-model. Dit verzoek wordt op 15 juni 2001 afgewezen. Hiertegen maakt KPN op 24 juli 2001 bezwaar en dit bezwaar is op 21 oktober 2002 ongegrond verklaard. Hiertegen stelt KPN beroep in, en zij verzoekt tevens om een voorlopige voorziening. Deze voorlopige voorziening is op 13 maart 2003 afgewezen. De rechtbank dient in beroep te beoordelen of het bestreden besluit waarbij het bezwaar ongegrond is verklaard stand kan houden.

KPN voert aan dat de wijze waarop OPTA de informatie wil openbaren in strijd is met artikel 7 lid 2 van de Wob. Kennisneming van het model ten kantore van OPTA is niet alleen geen reële optie, maar verdraagt zich ook niet met het uitgangspunt dat informatieverstrekking moet geschieden conform de voorkeur van de aanvrager tenzij het belang van een vlotte voortgang van de werkzaamheden anders vereist.

De rechter gaat eerst in op de Wob.¹³⁵ Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreffen die door een natuurlijke of

¹³⁵ Rb. Den Haag 2 juli 2003, AWB 02/4625 WOB (KPN/OPTA/NERA).

rechtspersoon vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld. Als het bestuursorgaan heeft besloten dat informatie dient te worden verstrekt dan dient vervolgens te worden gekozen tussen de vormen van informatieverstrekking als bedoeld in artikel 7, lid 1, van de Wob.

Volgens de rechtbank heeft OPTA in redelijkheid kunnen komen tot het besluit dat het belang van het verstrekken van informatie op grond van de Wob niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van NERA of onevenredige bevoordeling van concurrenten van NERA. NERA heeft aanspraak op bescherming tegen inbreuken op haar auteursrecht en tegen oneerlijke concurrentie:

“NERA is een internationaal georiënteerde onderneming die zich bezig houdt met de ontwikkeling van rekenmodellen. Dergelijke modellen worden aan partijen in de markt verkocht op basis van licenties. Openbaarmaking van het BULRIC-I model zou ertoe leiden dat eenieder vrijelijk over het model zou kunnen beschikken. Gezien het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat verweerder de afwijzing van het verzoek om openbaarmaking van eiseres op goede gronden heeft gehandhaafd.”

Omdat OPTA in redelijkheid heeft kunnen beslissen om openbaarmaking van het BULRIC model te weigeren, is de wijze waarop zij het vervolgens toch heeft geopenbaard in ieder geval redelijk. Zij liet KPN op een stand-alone computer berekeningen uitvoeren op het model ten kantore van OPTA.

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

TPG

In een geschil tussen TPG en OPTA over inlichtingenverschaffing door TPG aan OPTA geeft de rechter onder meer aanwijzingen over hoe OPTA met inlichtingen moet omgaan waarvan nog niet vaststaat dat deze rechtmatig verkregen zijn.¹³⁶ Op 10 juli 2003 heeft OPTA aan TPG gelast om bepaalde inlichtingen binnen drie weken na dagtekening in te dienen. Als TPG niet binnen die termijn de inlichtingen verschaft verbeuren zij een dwangsom. Hier tegen heeft TPG bezwaar gemaakt op 16 juli 2003, en zij heeft tevens een voorlopige voorziening gevraagd.

¹³⁶ Vzr. Rotterdam 25 juli 2003, VPOST 03/2146 HRK (TPG/OPTA).

De rechter stelt voorop dat OPTA en TPG van mening verschillen over een groot deel van het besluit. Hiertoe behoren enerzijds feitelijke en anderzijds juridische vragen. Een voorlopige voorziening leent zich niet voor de beantwoording van principiële of na uitgebreid feitenonderzoek te beantwoorden vragen. Daar komt bij dat de gedachtewisseling tussen OPTA en TPG over de geschilpunten nog niet tot rijping is gekomen.

Daarbij moet tevens worden onderzocht in welke mate TPG door uitvoering van het besluit nadeel lijdt. Hierbij heeft TPG met name gewezen op het gevaar dat OPTA in haar besluitvorming ‘besmet’ wordt met inlichtingen die zij niet mag gebruiken. OPTA heeft hier tegenover gesteld dat TPG erop mag vertrouwen dat de te verstrekken inlichtingen vertrouwelijk zullen worden behandeld.

De rechter overweegt dat van OPTA mag worden verwacht dat hij op zorgvuldige wijze met inlichtingen omgaat, zeker indien het inlichtingen betreft waarvan het vertrouwelijke karakter duidelijk is en zeker ook zolang het besluit op grond waarvan die inlichtingen zijn verkregen niet onherroepelijk is.

“Voorts dient [OPTA] zich te beseffen dat, indien achteraf zou worden vastgesteld dat inlichtingen op onrechtmatige wijze zijn verkregen, hij zich bij het nemen van bestuursrechtelijke maatregelen jegens TPG waarbij ook maar een begin van een vermoeden kan bestaan dat daarbij gebruik is gemaakt van dergelijke onrechtmatig verkregen inlichtingen, meer nog dan gebruikelijk zal moeten verantwoorden met betrekking tot de gegevens die daaraan ten grondslag hebben gelegen opdat iedere twijfel daaromtrent kan worden gesloten.”

De rechter wijst het verzoek om een voorziening af.

In een aantal overwegingen ten overvloede geeft de rechter aanwijzingen voor de wijze waarop TPG inlichtingen zal kunnen verschaffen aan OPTA. TPG dient, als OPTA inlichtingen wenst te verkrijgen over een specifiek deel van verzoeksters’ activiteiten, aan OPTA die inlichtingen te verschaffen die hem in staat stellen voldoende nauwkeurig te omschrijven waaraan behoefte bestaat. Het ligt op de weg van TPG om, indien en voorzover, zij constateert dat OPTA kennelijk geen goed beeld heeft van de werkelijke situatie, OPTA hierover te informeren.

De rechter beveelt OPTA en TPG aan om met inachtneming van ieders rechten en plichten in goed overleg te treden. Het zou OPTA sieren om de begunstigingstermijn te verlengen, als de huidige termijn daarvoor geen mogelijkheid biedt, aldus de rechter.

Tot slot overweegt de rechter dat sommige van de contracten die TPG moet overleggen aan OPTA betrekking hebben op postvervoer of andere dienstverlening ten aanzien waarvan verweerder geen wettelijke taak heeft. Deze contracten moeten volgens de rechter worden gezien als één geheel waarbij het eindresultaat belangrijker is dan de losse onderdelen. Als OPTA slechts over de losse onderdelen beschikking zou krijgen zou OPTA zich geen goed beeld kunnen vormen over hetgeen waartoe partijen zich over en weer hebben verplicht.

8:29 Awb beslissingen

Zoals hierboven opgemerkt schept artikel 8:29 Awb de mogelijkheid om van bepaalde documenten in een geschil slechts beperkt kennis te laten nemen. Het artikel luidt:

1. Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.
2. Gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen.
3. De rechtbank beslist of de in het eerste lid bedoelde weigering onderscheidenlijk de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.
4. Indien de rechtbank heeft beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting.
5. Indien de rechtbank heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, kan zij slechts met toestemming van de andere partijen

mede op de grondslag van die inlichtingen onderscheidenlijk die stukken uitspraak doen.

De rechter commissaris (rc) beslist over verzoeken tot beperkte kennisname. Hieronder komen enige beslissingen van de rc in het kader van artikel 8:29 Awb aan de orde.

Op 20 februari 2003 acht de rc in de site-sharing zaak met verwijzing naar artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob bedoelde weigeringsgrond – de bescherming van bedrijfs- en fabricagegegevens – een beperking van de kennisgeving gerechtvaardigd (TJ 24).

In de zaak *MCI* stelt de rc dat, omdat zijn beslissing plaatsvindt in het kader van een voorlopige voorziening, ook de beslissing van de rc voorlopig van aard zal zijn, en slechts bindend is in het raam van het verzoek om voorlopige voorziening (TJ 36). De rechter stelt vast dat het gaat om bedrijfsgegevens in de zin van artikel 10 van de Wob. Echter:

“voorzover verweerder met de toevoeging in het verzoek dat openbaarmaking OPTA en/of KPN en/of Worldcom onevenredig zou kunnen schaden doelt op de in artikel 10, tweede lid, aanhef en sub g, van de Wob opgenomen grond, zal de rechter-commissaris zulks als niet c.q. niet voldoende gemotiveerd achterwege laten.”

Een deugdelijke motivering ontbreekt volgens de rechter. Met betrekking tot bijna alle documenten acht de rc beperkte kennisneming gerechtvaardigd.

In het geschil tussen *Denda* en *KPN* constateert de rc op 2 april 2001 dat het 8:29 verzoek is gebaseerd op artikel 11, eerste lid van de Wob – documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad (TJ 42). De rc overweegt:

“Uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en doctrine blijkt dat de in genoemd artikel opgenomen beperking van de openbaarheid beoogt te bewerkstelligen dat ambtenaren bij vormgeving van beleid in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten. [...] De rechter-commissaris heeft geconstateerd dat genoemde stukken zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad binnen de kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid. [...] De rechter-commissaris is echter van oordeel dat in genoemde stukken geen uiting wordt

gegeven aan persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren. Stuk A bevat de verwoording van een standpunt van een bestuursorgaan, de directeur-generaal van de NMa, en de andere stukken bevatten een nadere toelichting op die standpuntbepaling dan wel een reactie namens verweerder daarop.”

De rc acht beperkte kennisneming niet gerechtvaardigd.

In een verzoek om beperkte kennisname op grond van artikel 8:29 Awb in het beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 21 juni 2001 stelt het CBB op 21 maart 2002 vast dat KPN verzoekt om de kennisneming te beperken van stukken die niet op grond van een inlichtingenplicht aan het CBB zijn verstrekt (TJ 76).

De bepaling verdient niet een zodanig ruime uitleg dat deze grond biedt voor een beperking van de kennisneming als door appelante gevraagd. Daarnaast slaagt een beroep op de Wob ook niet: ‘de mogelijkheid die een bestuursorgaan aan de Wob ontleent om een verzoek om informatie af te wijzen, is niet bepalend voor de vraag of een appellant zijn (hoger) beroep kan doen steunen op gegevens die aan zijn wederpartij zijn onthouden.’ Het CBB neemt geen kennis van de vertrouwelijke versie van de documenten.

1.3.4 BEWIJSLAST EN MOTIVERING

OPTA/Oss

In het geschil tussen de gemeente Oss en OPTA over het vervoer van post in eigen beheer gaat de rechtbank onder andere in op de verplichting om onderzoek te doen.¹³⁷ Omdat OPTA niet heeft onderzocht of de IBN-groep moet worden geacht te behoren tot de interne organisatie van de Gemeente Oss vernietigt de rechtbank het besluit. OPTA moet een nieuwe beslissing nemen, en daarbij onder andere onderzoek doen naar de vraag of het gewraakte vervoer binnen eigen beheer geschiedt.

Libertel AMM-mobiel

OPTA heeft Libertel op 20 oktober 1999 aangewezen als partij met aanmerkelijke macht op de nationale markt voor mobiele openbare telefonie. In dit

¹³⁷ Rb. Rotterdam 7 december 1999, POST 99/1837-SIMO (TPG/OPTA/Oss).

besluit stelt OPTA vast dat Libertel een marktaandeel van meer dan 25% heeft op de onderhavige markt. De door Libertel overlegde gegevens zouden niet voldoende zijn om op grond van artikel 6.4 Tw af te wijken van een aanwijzing van AMM. Libertel maakt tegen dit besluit bezwaar, en ze vraagt op dezelfde dag de president een voorlopige voorziening te treffen.

Libertel betwist niet de definitie van de markt, en ook niet het vastgestelde marktaandeel dat zij op die markt zou bezitten. Gelet op de in artikel 6.4, vierde lid, tweede volzin, van de Tw opgenomen criteria zou Libertel echter niet over een aanmerkelijke marktmacht beschikken.

Volgens de president in zijn uitspraak van 23 december 1999 biedt de wetsgeschiedenis onvoldoende aanknopingspunten voor de stelling dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen het vierde lid van artikel 6.4 aan de orde is, en ook niet voor de stelling dat de marktpartij aannemelijk dient te maken dat artikel 6.4 vierde lid van toepassing is (TJ 21). Volgens de president dient als volgt toepassing te worden gegeven aan artikel 6.4 Tw:

“Indien wordt vastgesteld dat een marktpartij een marktaandeel heeft van meer dan 25%, dient verweerder te onderzoeken of er, gelet op de in artikel 6.4, vierde lid, tweede volzin, van de Tw neergelegde afwegingsfactoren, aanleiding is van de in artikel 6.4, vierde lid, eerste volzin, van de Tw aan verweerder toegekende bevoegdheid tot niet-aanwijzing gebruik te maken. Daartoe dient, in relatie tot de invulling van het begrip aanmerkelijke marktmacht, invulling te worden gegeven aan die afwegingsfactoren, ook in onderling verband beschouwd. [...] Bij deze invulling, die naar haar aard sterk afhankelijk is van de specifieke – en allerm minst statische – omstandigheden, heeft verweerder een zekere (beoordelings)ruimte en kan voorts in beginsel tevens betekenis worden toegekend aan de vraag of, gelet op die specifieke relevante omstandigheden, een aanwijzing redelijkerwijs zal kunnen leiden tot het daarmee beoogde doel.”

De rechter gaat vervolgens in op welke eisen hij stelt aan de motivering van besluiten. Hij benadrukt dat het voorgaande alleen maar mogelijk is als:

“een toereikend marktonderzoek wordt gedaan, waarbij tenminste de feitelijke verhoudingen en ontwikkelingen op de desbetreffende markt en de positie daarop van de eventueel aan te wijzen marktpartij in essentie inzichtelijk worden. [...] Voorts geldt dat de uitkomsten van het marktonder-

zoek – uiterlijk – bij de bekendmaking van het besluit in een zodanige vorm dienen te worden bekendgemaakt dat het beeld van de markt (ook) voor de aangewezen marktpartij voldoende duidelijk wordt.”

De president is van mening dat OPTA zich ten onrechte heeft beperkt tot de vraag of Libertel aannemelijk heeft gemaakt dat zij niet beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Ook ontbreekt een analyse van de markt in het besluit, en een analyse van de positie van Libertel in die markt. Het besluit is daarom in strijd met artikel 3:46 en 3:47 Awb, en het besluit wordt, in afwachting van de beslissing op bezwaar, geschorst.

UPC

In het geschil tussen Canal+ en UPC (voorheen Kabeltelevisie Amsterdam) is de inschakeling van externe adviseurs door OPTA aan de orde gekomen. OPTA heeft in haar besluit van 20 maart 2002 het advies van een accountantskantoor ten grondslag gelegd aan de besluitvorming ter zake van het doorgiftetarief. De rechtbank onderzoekt op 26 februari 2003 of deze besluitvorming voldoet aan de eisen die daaraan uit een oogpunt van behoorlijk bestuur zijn gesteld (TJ 149).

Als sprake is van gebruik van externe adviezen voor de besluitvorming verlangt artikel 3:9 Awb dat het bestuursorgaan zich vergewist dat het verrichte onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Deugdelijke advisering veronderstelt in ieder geval dat uit de adviezen blijkt op welke gegevens zij gebaseerd zijn. De toetsing van het bestuursorgaan krijgt meer nadruk als beide partijen gedetailleerde kritiek leveren op het gedane advies. De rechter constateert dat het onderzoek moeizaam is verlopen door een gebrek aan verifieerbare gegevens van de zijde van UPC.

De rechter meent dat de stellingen omtrent de vertrouwelijkheid van gegevens van een partij die zich beroept op de onredelijkheid van vastgestelde tarieven zeer kritisch moeten worden gezien. In zoverre is het besluit dan ook onzorgvuldig voorbereid en dient het te worden vernietigd.

Gebrekkige motivering

In sommige zaken heeft de rechter geconstateerd dat de redengeving voor een bepaalde keuze ontbreekt, en om die reden een besluit vernietigd of geschorst.

CPS

In het geschil over CPS overweegt de rechter op 28 juli 2000 dat het zeer de vraag is of de keuze van OPTA om te meten in absolute aantallen – in plaats van het meten van foutmeldingen als percentage van het aantal geslaagde oproeping – in het bestreden besluit wel voldoende wordt gemotiveerd (TJ 32). Dit is namelijk een wezenlijke keuze die bij 0,1% foutmeldingen al leidt tot het verbeuren van de dwangsom. Zij schorst het besluit, onder andere op die grond.

KPN als AMM-huurlijnen

OPTA heeft op 27 maart 2002 KPN aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op een aantal deelmarkten voor huurlijnen. KPN gaat hiertegen in bezwaar, en tegelijkertijd verzoekt zij de voorzieningenrechter om het besluit te schorsen. In haar uitspraak van 31 juli 2002 heeft de voorzieningenrechter het verzoek om schorsing van het besluit van OPTA afgewezen omdat KPN daarbij geen spoedeisend belang heeft. Inmiddels heeft OPTA in haar beslissing op het bezwaar het bezwaar ongegrond verklaard. KPN heeft hiertegen beroep ingesteld, maar verzoekt tevens de rechter om de beslissing op bezwaar te schorsen.

OPTA schrijft in haar beslissing dat de beslissing op bezwaar is aangehouden totdat verder onderzoek is verricht naar de vraag of ter zake van deze markt nadere geografische afbakening geboden is. OPTA stelt dat zij de motivering van het besluit twee weken later zal toezenden.

De rechter stelt op 13 november 2002 vast dat het bestreden besluit in het geheel geen motivering bevat, terwijl op grond van artikel 7:12 Awb de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld (TJ 123). Ook is de motivering niet binnen twee weken toegezonden. De rechter wijst het verzoek toe en schorst het besluit.

KPN verzoekt vervolgens om ook het primaire besluit te schorsen. Hoewel de rechter op 13 februari 2003 van oordeel is dat in de beslissing van 13 november

2002 impliciet ook het primaire besluit is geschorst – anders zou dat immers onverkort gelden – schorst hij dit voor de duidelijkheid nu expliciet (TJ 148).

Op 28 februari 2003 verzoekt OPTA vervolgens om deze twee voorlopige voorzieningen op te heffen. Er zijn nieuwe, dan wel gewijzigde relevante omstandigheden, die opheffing van de getroffen voorlopige voorziening zouden rechtvaardigen, omdat op 14 november 2002 een motivering van het besluit is verzonden.

De rechter verwerpt op 2 mei 2003 het verweer van KPN dat OPTA tweemaal een zelfde besluit heeft genomen, wat volgens vaste rechtspraak niet toegestaan zou zijn (TJ 158). Het eerste besluit bevatte immers geen motivering, waar het tweede besluit dit wel had. Verder is in het tweede besluit de aanwijzing van KPN op de deelmarkt 2Mb internationaal ingetrokken.

Omdat OPTA het geschorste besluit heeft aangevuld met een motivering is in voldoende mate sprake van een nieuwe situatie die opheffing van de schorsing rechtvaardigt, aldus de rechter. Daarbij geldt tevens dat deze schorsingen formeel ook de aanwijzing als AMM-houder voor de deelmarkt 2Mb internationaal betroffen en deze aanwijzing bij besluit II is ingetrokken.

KPN richtte zich in haar schorsingen op de aanwijzingen in de markten 2Mb internationaal en PVC nationaal. Nu in het tweede besluit de aanwijzing op de deelmarkt 2Mb internationaal is ingetrokken heeft KPN geen belang meer bij deze schorsing. De rechter wijst het verzoek tot opheffing van de schorsing toe. De rechter somt vervolgens de argumenten van KPN en OPTA op inzake de aanwijzing op de PVC-deelmarkt, maar komt tot de conclusie dat een nadere beschouwing van de technische details van de FrameRelay en X-25 PVC's de in het kader van de voorlopige voorziening toe te passen beoordeling te buiten gaat. Omdat van een aanwijzing als hier bedoeld duidelijk moet zijn waarop zij betrekking heeft, en dit kennelijk niet het geval is, wijst de rechter het verzoek tot opheffing wat deze deelmarkten betreft af.

VZG

In VZG overweegt de rechtbank op 17 juli 2002 dat de motivering weliswaar als summier kan worden aangemerkt, maar dat daarin geen grond is gelegen om te oordelen dat het bestreden besluit in strijd komt met artikel 7:12, eerste lid, eerste volzin, van de Algemene wet bestuursrecht (TJ 104). Daar komt bij dat

OPTA in een eerder samenhangend besluit al op toereikende wijze uiteen heeft gezet dat en waarom in dit geval sprake is van een openbare telecommunicatiedienst. De rechter verklaart het beroep ongegrond.

1.3.5 OVERIGE RECHTSBEGINSELEN

De rechter toetst de uitoefening van bevoegdheden aan het vereiste van motivering, maar ook aan algemene rechtsbeginselen. Hieronder komen de verschillende algemene normen aan de orde die de rechter hanteert bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit van OPTA.

Rechtszekerheid

CPS

In het geschil over CPS heeft OPTA geoordeeld dat een besluit wegens strijd met de rechtszekerheid niet in stand kon blijven. OPTA heeft onder verbeurte van een dwangsom aan KPN gelast dat KPN zorgdraagt voor een adequate aanmeldingsprocedure die het mogelijk maakt dat KPN-abonnees gebruik kunnen maken van de dienst CPS. Op 21 juli 2000 maakt KPN hiertegen bezwaar, en op dezelfde dag vraagt zij bij de rechtbank een voorlopige voorziening. Het besluit is genomen op grond van artikel 15.1 lid 3 in combinatie met artikel 15.2 lid 2 Tw.

De president bespreekt op 28 juli 2000 alleen het verweer van KPN dat de last niet voldoende helder is (TJ 32):

“Het moge wellicht zo zijn dat zoals verweerder heeft gesteld, indien het gaat om maatregelen van complex technische aard niet elke te nemen maatregel in detail in de op te leggen last behoefte te worden omschreven, wel dient de norm waaraan wordt getoetst of de dwangsom wordt verbeurd helder en duidelijk te zijn. Elke burger, maar evenzeer een onderneming als die van verzoekster heeft er recht op dat de bestuursrechtelijke sanctie-oplegging zodanig scherp is dat duidelijk is onder welke grens c.q. boven welke grens – in casu – de dwangsom niet danwel juist wel, wordt verbeurd.”

Het is daarnaast volgens de president de vraag of een absolute foutmeting wel voldoende is gemotiveerd. De president acht het in hoge mate waarschijnlijk dat het bestreden besluit in elk geval op het punt van de rechtszekerheid voor vernietiging in aanmerking zal komen. Hij schorst het besluit.

Site sharing

In het hoger beroep van 25 april 2001 in het geschil over het medegebruik van antenneopstelpunten overweegt het CBB onder andere dat de verplichting om binnen vier maanden gereserveerde opstelpunten in gebruik te nemen, gelet op de rechtszekerheid, niet onverkort kan worden toegepast (TJ 44).

Ook wijdt het CBB een overweging aan het toekennen van terugwerkende kracht aan de regels die op grond van artikel 3.11 Tw zijn vastgesteld. De redactie van artikel 3.11 Tw staat in beginsel in de weg aan het toekennen van terugwerkende kracht aan dergelijke regels. Omdat het verzoek van Dutchtone om regels te stellen door OPTA met voortvarendheid is behandeld is in het onderhavige geval in ieder geval geen plaats voor het maken van een uitzondering op dit beginsel.

Proportionaliteit

In een verzoek om een beslissing te schorsen waarin OPTA aan KTA de bindende aanwijzing heeft gegeven om kortingstarieven van 100% te hanteren voor de doorgifte van programma's van Canal+ twijfelt de rechter op 8 juli 2002 of OPTA in redelijkheid tot het geven van de aanwijzing heeft kunnen besluiten (TJ 98). Uit de stukken is de rechter niet gebleken dat OPTA alle betrokken belangen heeft gewogen, en het had in ieder geval op de weg van verweerder gelegen om te onderzoeken of hij wellicht op een voor verzoekster minder bezwaarlijke wijze, bijvoorbeeld door gebruikmaking van de hem op grond van hoofdstuk 15 ter beschikking staande sanctiemiddelen, een einde had kunnen maken aan de in zijn ogen ongewenste discriminatoire situatie.

Redelijkheid en billijkheid

De rechter heeft in verschillende uitspraken aangegeven dat de regels die OPTA tussen partijen vaststelt binnen het kader van de geschilbeslechting moeten voldoen aan de redelijkheid en billijkheid.

Dutchtone

Dit is onder meer naar voren gekomen in het geschil tussen KPN en Dutchtone. In het primaire besluit was de verplichting opgenomen dat KPN een aanvraag slechts mag afwijzen als een gereserveerde plaats binnen vier maanden wordt

aangewend voor het in bedrijf nemen van antennes voor openbare mobiele telefonie. De president kan OPTA op 3 juni 1999 niet volgen in het absoluut geformuleerde standpunt dat reservering voor eigen gebruik er in geen geval toe mag leiden dat een verzoek om medegebruik moet worden afgewezen (TJ 33). In het verlengde daarvan acht de president de aan verzoeksters gegunde – ongeclausuleerde – termijn van vier maanden onvoldoende genuanceerd:

“Voorzover het gaat om antenne-opstelpunten die niet zijn bestemd voor het gebruik van de DCS 1800 frequenties, kan naar het oordeel van de president niet worden gezegd dat de door [OPTA] terzake vastgestelde regel niet voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.”

In de bodemprocedure van dit geschil heeft de rechtbank vervolgens aangegeven hoe de redelijkheid en billijkheid ingevuld dient te worden. Het vaststellen van regels met betrekking tot het aantal af te handelen verzoeken valt onder de bevoegdheid van artikel 3.11 Tw, aldus de rechtbank. De redelijkheid van deze regels dient OPTA vast te stellen tegen de achtergrond van het doel van het wetsartikel – het tegengaan van horizonvervuiling en de bevordering van de mobiele infrastructuur.

Bij de beoordeling van die regels is OPTA ten onrechte uitgegaan van de technische mogelijkheden van KPN, terwijl zij ook de plannen van Dutchtone had moeten meewegen. Dit onderdeel van het besluit wordt vernietigd.

De regel dat gereserveerde plekken binnen vier maanden moeten worden gebruikt is niet houdbaar, omdat ook een planologische procedure op grond van de wet Ruimtelijke ordening dient te worden doorlopen. Deze duurt langer dan een maand. Deze vaststelling, die de president ambtshalve bekend is, leidt ook tot vernietiging van dit onderdeel omdat het onderdeel niet redelijk is.

KPN/Energis

In het geschil tussen KPN en Energis gaat de rechter op 31 januari 2003 verder in op de rol van de redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de geschilbeslechting (TJ 143):

“Nu volgens onder ander artikel 6:246, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) een overeenkomst niet slechts leidt tot de (expliciet) overeengekomen

rechtsgevolgen, maar ook tot die welke voortvloeien uit eisen van redelijkheid en billijkheid (zie ook artikel 6:2 van het BW), terwijl volgens vaste jurisprudentie bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de letterlijke tekst beslissend is, maar ook hetgeen partijen gelet op de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten, acht de rechtbank een binnen het kader van artikel 6.3, tweede lid, van de Tw passende aanvullende bevoegdheid van verweerder ten opzichte van de (oorspronkelijke) overeenkomst tussen partijen aanvaardbaar. Wel dient verweerder daarbij binnen de grenzen van artikel 6:3 [sic], eerste en tweede lid, van de Tw te blijven, dus binnen de grenzen van het voorgelegde geschil. Bovendien vormen, als hierna aan te geven, de zojuist genoemde redelijkheid en billijkheid ook een beperking van de regelvaststellende bevoegdheid van verweerder op grond van artikel 6.3, tweede lid, van de Tw.”

Omdat interconnectie al was gewaarborgd is de rechter van oordeel dat OPTA buiten haar bevoegdheid is getreden door toch te bepalen dat KPN aan Energis een aanbod moest doen om haar bepaalde functionaliteit te bieden. De rechtbank verklaart het beroep gegrond en vernietigt het besluit.

Zorgvuldigheids-, evenredigheids- en vertrouwensbeginsel

In het geschil tussen OPTA, UBN en Name Management Center heeft de rechtbank zich op 29 juli 2003 uitgelaten over het zorgvuldigheids-, het evenredigheids- en het vertrouwensbeginsel (TJ 180). Op 31 juli 1997 is voor Name Management Center (NMC) het nummer 0800-UITZEND gereserveerd. Op 21 april 2000 heeft OPTA dit nummer toegekend aan UBN op hun verzoek. Op 5 juli 2000 heeft OPTA hetzelfde nummer aan NMC toegekend, waarbij het de toekenning aan UBN heeft ingetrokken. OPTA schrijft aan UBN dat zij ten onrechte van was uitgegaan dat de termijn verbonden aan de reservering van het nummer door NMC was verlopen. NMC heeft op 5 juli 2000 het nummer 0800-UITZEND toegekend gekregen. UBN heeft tegen deze toekenning bezwaar gemaakt, en OPTA heeft dit bezwaar op 5 november 2001 ongegrond verklaard. Hiertegen heeft UBN op 25 januari 2002 beroep ingesteld.

De rechtbank is van oordeel dat het intrekkingverzoek terecht is afgewezen. Het beroep op het zorgvuldigheids-, het evenredigheids- en het vertrouwensbeginsel slaagt daarnaast niet. OPTA is weliswaar onduidelijk geweest in haar communicatie over de besluiten van 5 juli 2000, maar het besluit komt niet in

strijd met het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding (artikel 3:2 Awb), het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 Awb) of enig ander algemeen rechtsbeginsel.

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

1.3.6 VERGOEDINGEN

OPTA is voor haar inkomsten gedeeltelijk afhankelijk van de vergoedingen die zij bij marktpartijen in rekening brengt. Sommige van deze vergoedingen zijn niet tijdsevenredig – een marktpartij betaalt een vergoeding per jaar, ook al heeft hij pas aan het eind van het jaar profijt gehad van deze diensten. Deze aanpak is het onderwerp geweest van een aantal rechtszaken over de bevoegdheid van OPTA om vergoedingen in rekening te brengen die niet evenredig zijn naar tijd.

Callmax

Op 14 oktober 1998 beslist het CBB voor het eerst in beroep over het systeem van vergoedingen van OPTA (TJ 6). De Minister heeft CallMax een vergunning verleend voor de exploitatie van een ERMES-netwerk. Ten behoeve van de exploitatie is een nummerblok van een miljoen nummers toegekend, en hiervoor heeft de Minister fl. 202.500,- in rekening gebracht – fl. 2.500,- voor het toekennen van de nummers en fl. 200.000,- voor het toezicht op de nummers op jaarbasis. CallMax gaat in beroep tegen de in rekening gebrachte vergoeding.

Het CBB overweegt dat een dergelijke vergoeding moet worden aangemerkt als een retributie, en als zodanig een wettelijke grondslag vereist. Een gedeelte van de kosten van het nummertoezicht in 1996 is toe te rekenen aan de miljoenen nummers die in 1996 bij KPN in gebruik waren, maar niet op grond van de Wtv aan KPN waren toegekend. Het vastgestelde tarief van OPTA per nummer is gebaseerd op de kosten die in 1996 zijn gemaakt, waarbij geen rekening is gehouden met de vergoeding van toezicht voor de aan KPN toegekende nummers, maar wel rekening is gehouden met de daaraan toe te rekenen kosten die zijn opgenomen in de begroting van het totaal van de met retributieheffing te dekken kosten. De Minister heeft het verband tussen vergoeding en bewezen dienst dus losgelaten, en de Regeling '96 is op het punt van de vastgestelde vergoeding voor het nummertoezicht onverbindend te achten wegens strijd met artikel 41 Wtv. Het besluit is daarom onrechtmatig en het CBB vernietigt het besluit.

Libertel

Op dezelfde dag als de *CallMax* zaak heeft het CBB uitspraak gedaan in een andere zaak over vergoedingen (TJ 7). De Minister verleent in deze zaak aan Libertel een vergunning voor de exploitatie van een GSM-vergunning na een tenderprocedure. De Minister kent daarnaast op 27 november 1996 400.000 nummers toe en reserveert 600.000 nummers, en brengt hiervoor fl. 202.500,- gulden in rekening.

Ook ditmaal is de CBB van oordeel dat de Minister het verband tussen vergoeding en bewezen diensten voor het nummertoezicht heeft losgelaten, op dezelfde gronden als in de eerder besproken *CallMax* zaak. Het CBB draagt OPTA op om een herziene beslissing op bezwaar te nemen. Het OPTA neemt deze beslissing op 22 januari 1999, en hiertegen gaat Libertel weer in beroep.

Libertel II

Op 24 juli 2001 past de Rechtbank Rotterdam bovenstaande redenering toe op het herziene bezwaar (TJ 51). Nadat was vastgesteld dat de Regeling TND 1996 onverbindend was is OPTA op eigen initiatief overgegaan tot het berekenen van kosten voor toezicht van fl. 0,05 per nummer, in plaats van de wettelijk vastgestelde fl. 0,20. OPTA heeft hierbij overwogen dat een dergelijke vergoeding wél voldoet aan het verband tussen vergoeding en vereiste dienst. De rechtbank overweegt:

“Nu de Regeling TND 1996 op het punt van de vastgestelde vergoeding voor het nummertoezicht door het College onverbindend is geacht [in de *Callmax* zaak], kan daarin (ook) geen grondslag zijn gelegen voor het opleggen van een vergoeding van fl. 0.05 per nummer. Vaststaat dat terzake ook geen nieuwe ministeriële regeling tot stand is gekomen. [...] De rechtbank leest in artikel 41, eerste lid, van de Wtv niet dat het vaststellen van het bedrag van de vergoeding ook buiten de amvb en de ministeriële regeling om zou kunnen. [...] Uit het voorgaande volgt dan ook dat geen sprake is van de vereiste wettelijke grondslag.”

De rechtbank vernietigt het besluit, en stelt het te betalen bedrag op nihil.

KPN en KPN Mobile

Op 9 mei 2001 heeft de rechtbank zich opnieuw uitgelaten over de vergoedingen die OPTA in rekening kan brengen (TJ 46). KPN krijgt van de OPTA de fac-

turen 1742 en 1744 toegezonden, beiden van ongeveer 250.000 gulden, voor het toekennen van geografische en niet-geografische nummers. De OPTA verklaart het bezwaar tegen factuur 1742 niet-ontvankelijk, en het bezwaar tegen factuur 1744 ongegrond. Hiertegen gaat KPN in beroep.

De rechtbank is van mening dat de faxen die naar aanleiding van factuur 1742 zijn verstuurd niet zijn aan te merken als bezwaar, en wat wel aan te merken is als bezwaar niet binnen de termijn is ingeleverd. Met betrekking tot de inhoudelijke klacht van KPN is de rechtbank van oordeel dat de door de OPTA gehanteerde maximering van de tarieven voor het toekennen van nummers per toekenning – en niet per kalenderjaar – in overeenstemming is met de betreffende bepaling.

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

TeleDiscount

De rechtbank doet op 27 december 2001 in de zaak *TeleDiscount* opnieuw uitspraak over de verenigbaarheid van OPTA's vergoedingensysteem met het profijtbeginsel (TJ 65). OPTA kent aan *TeleDiscount* een aantal nummers voor telefoon- en ISDN-diensten toe. OPTA brengt vervolgens vergoedingen in rekening voor deze toekenning, en voor het toezicht. *TeleDiscount* stelt zich op het standpunt dat, omdat OPTA de ondernemingen die vóór *TeleDiscount* de nummers hielden reeds voor toekenning en toezicht hadden betaald, sprake is van dubbele heffing. OPTA verklaart het bezwaar van *TeleDiscount* ongegrond, en *TeleDiscount* gaat in beroep.

De rechtbank stelt als eerste vast dat de Regeling correct is toegepast. De vergoedingen moeten echter worden aangemerkt als retributies – en retributies mogen de werkelijke kosten niet overschrijden en het verband tussen de vergoeding en de dienst moet in voldoende mate aanwezig zijn.

In het onderhavige geval is volgens de rechtbank geen sprake van vergoedingen die zich richten naar het werkelijke gebruik. Voor toekenning van de betrokken nummers is geen toezicht op de nummers uitgeoefend, en hoewel deze nummers pas medio 1999 zijn toegekend is het toezicht voor een geheel jaar in rekening gebracht. ‘Dat de sector als geheel – wellicht – van het toezicht op alle toegekende nummers profiteert, levert in elk geval niet een rechtens relevante vorm van dienstverlening ten opzichte van een nieuwe nummerhouder op.’

Omdat artikel 2 van de Regeling aan een heffing naar tijdsevenredigheid in de weg staat, terwijl dit wel is vereist in artikel 16.1 Tw wordt de Regeling daarom onverbindend geacht – en het besluit onrechtmatig.

De rechtbank komt in vijf paragrafen ten overvloede tot de conclusie dat het huidig wetgevingskader niet in de weg staat om vergoedingen naar tijdsevenredigheid te heffen.

Hoger beroep TeleDiscount

Het CBB doet in deze zaak op 12 maart 2003 uitspraak in het hoger beroep tegen deze uitspraak (TJ 153). Het CBB acht de manier van toezichtheffing van OPTA binnen de grenzen van artikel 16 lid 1 vallen:

“Naar het oordeel van het College blijft artikel 2 hiermee binnen de grenzen die voortvloeien uit de eerste door artikel 16.1 Tw gestelde voorwaarde, te weten dat de vergoeding verschuldigd is door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht.”

Ook aan het tweede vereiste, dat de vergoeding verband houdt met de werkzaamheden die gemoeid zijn met de uitoefening, is voldaan:

“In aanmerking nemend dat een nummerhouder gebaat is bij handhaving van de marktordening door toezicht, ook voorafgaand aan toekenning, is het College van oordeel dat de regelgever, gesteld voor de noodzaak te kiezen voor een systeem van toerekening van toezichtskosten, ervoor heeft kunnen kiezen het door artikel 16.1 Tw vereiste verband tussen toezichtswerkzaamheden en de hiervoor door een nummerhouder verschuldigde vergoeding aanwezig te achten, indien deze werkzaamheden plaatsvinden in het kalenderjaar waarin de nummerhouder over dit nummer beschikt.”

Het hoger beroep is gegrond en de uitspraak wordt vernietigd.

Hangende het hoger beroep in de *TeleDiscount* zaak heeft de rechtbank nog een aantal uitspraken gedaan over de toelaatbaarheid van vergoedingen naar tijdsevenredigheid. Deze uitspraken komen hieronder aan de orde.

KPN als AMM

In haar uitspraak van 28 december 2001 oordeelt rechtbank over de mogelijkheid om partijen met aanmerkelijke marktmacht een heffing in rekening te brengen voor het toezicht (TJ 66). OPTA heeft fl. 527.000,- in rekening gebracht voor het toezicht in 1999 op het openbare mobiele netwerk van toendertijd KPN Telecom en fl. 452.000,- voor het toezicht in 1999 op de openbare mobiele dienst. Andere mobiele operators zonder aanmerkelijke marktmacht wordt fl. 3800,- in rekening gebracht. KPN gaat tegen deze besluiten in bezwaar en, na ongegrondverklaring, in beroep. KPN stelt met name dat de kosten voor toezicht op de partij met aanmerkelijke marktmacht afgewenteld dienen te worden op de partijen die bij het toezicht profijt hebben – de concurrenten.

Volgens de rechtbank blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 16.1 Tw dat dit profijtbeginsel ook toepassing kan vinden indien het gaat om het toezicht op de naleving van het instrumentarium dat ordening van de telecommunicatiemarkt ten doel heeft. Omdat niet valt in te zien hoe de partij met aanmerkelijke marktmacht profijt zou kunnen hebben van het toezicht wat op haar wordt uitgevoerd is de Regeling op grond waarvan de vergoedingen zijn vastgesteld onverbindend. Het besluit is onrechtmatig en de rechtbank vernietigt het besluit.

Hiertegen gaat OPTA in beroep. Omdat OPTA meent dat haar financiering door deze uitspraak op losse schroeven komt te staan doet zij bij het CBB een verzoek om versnelde behandeling. Het CBB acht de argumenten niet overtuigend – OPTA heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij in onoverkomelijke financiële problemen zou komen – en de CBB wijst het verzoek om versnelde behandeling af (TJ 72).

Hoger beroep

Het CBB heeft op 27 augustus 2003 uitspraak gedaan (TJ 182). Het CBB verwijst naar haar uitspraak van 12 maart 2003 in *TeleDiscount*, waarin zij heeft uitgesproken dat artikel 16.1 Tw ten eerste vereist dat de regels op grond van dit artikel slechts betrekking hebben op een vergoeding die verschuldigd is door degene die ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht. Ten tweede kunnen de regels over deze vergoeding slechts worden gesteld voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten, aldus het CBB.

Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis stelt het CBB vast dat “de wetgever, onder erkenning dat het in het algemeen niet eenvoudig is om handhavingskosten aan een marktdeelnemer toe te rekenen c.q. diens profijt bij de besteding van kosten te bepalen, desalniettemin een basis heeft willen scheppen voor het in rekening brengen van handhavingskosten bij deelnemers aan de telecommunicatiemarkt onder de twee evenvermelde beperkende voorwaarden.”

Omdat de bij KPN in rekening gebracht vergoedingen één op één lopen met de kosten van toezicht op KPN vanwege voormelde aanwijzing van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht staat vast dat onderhavige vergoedingen verband houden met het op KPN uitgeoefende toezicht, zodat aan de tweede voorwaarde is voldaan.

De regeling voldoet ook aan de voorwaarde dat de vergoeding verschuldigd is door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht. Hoewel het toezicht in overwegende mate ten behoeve van andere marktdeelnemers is verricht, heeft ook KPN enigerlei profijt van het toezicht op de naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit de aanwijzing van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht.

Het CBB ziet daarom in de tekst van artikel 16.1 Tw geen grond voor de conclusie dat de gedelegeerde wetgever niet vrij zou staan te bepalen dat de kosten voor het toezicht op een partij met aanmerkelijke marktmacht, in zijn geheel door deze partij dient te worden vergoed. Daarnaast biedt de geschiedenis van dit artikel ook geen aanknopingspunten voor een dergelijke conclusie.

De regeling is tot slot niet anderszins in strijd met het recht. De toetsing van algemeen verbindende voorschriften beperkt zich tot de vraag of het regelgevend orgaan niet in redelijkheid tot vaststelling van de regels heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de belangen die hem ten tijde van die vaststelling bekend waren of behoorden te zijn:

“Nu de Tw aan de aanwijzing van een marktpartij als partij met aanmerkelijke marktmacht extra verplichtingen verbindt, welke verplichtingen vervolgens ook extra toezicht en toezichtskosten met zich brengen, is er naar het oordeel van de het College geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris niet in redelijkheid in de Regeling heeft kunnen neerleggen dat deze toezichtskosten geheel voor rekening komen van de als zodanig aangewezen

partij en niet (mede) van de marktpartijen die niet als zodanig zijn aangewezen.”

Het CBB acht het hoger beroep van OPTA gegrond, vernietigt de uitspraak van de rechtbank, en verklaart het beroep van KPN bij de rechtbank ongegrond.

Webpoint

In het geschil tussen WEBPoint en OPTA – dat met name draaide om de uitleg van het begrip ‘telecommunicatiedienst’ – oordeelt de rechter op 8 mei 2002 ambtshalve dat OPTA onrechtmatig kosten voor toezicht in rekening brengt voor het gehele jaar 1999, terwijl WEBPoint pas staat geregistreerd sinds 7 november 1999 (TJ 78). Onder verwijzing naar haar uitspraak van 27 december 2001 vermeldt de rechter ook dat zij in voorkomende gevallen ambtshalve zal vaststellen dat ten onrechte de vergoeding voor het toezicht niet naar tijds-evenredigheid in rekening is gebracht.

OPTA is tegen deze uitspraak in beroep gedaan, en op 16 juli 2003 doet het CBB uitspraak (TJ 177). Het hoger beroep richt zicht tegen de vaststelling van de rechtbank dat de heffing van de vergoeding in strijd is met het in artikel 16.1 Tw neergelegde profijtbeginsel. Het CBB verklaart het hoger beroep gegrond, verwijzend naar het overwogene in haar uitspraak van 12 maart 2003 inzake de vergoedingen van TeleDiscount. Het CBB vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart het beroep van WEBPoint bij de rechtbank alsnog ongegrond.

Canal+

Op 4 februari 2003 heeft de rechtbank uitspraak gedaan over de mogelijkheid om vergoedingen in rekening te brengen voor geschilbeslechting (TJ 144). In deze zaak heeft OPTA aan Canal+ fl. 171.502,37 in rekening gebracht in verband met de beslechting van een geschil tussen Canal+ en KTA (UPC). Canal+ heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt en, nadat OPTA het bezwaar gedeeltelijk gegrond heeft verklaard, beroep ingesteld.

Artikel 16.1 Tw biedt weliswaar de mogelijkheid om vergoedingen vast te stellen in het kader van de geschillenbeslechting, maar deze mogelijkheid is niet uitgewerkt in het Besluit vergoedingen Tw, aldus de rechtbank. Pas in de Regeling vergoedingen OPTA 1999 en 2000 is voorzien in een bepaling over de vergoe-

ding die in het kader van een geschil kan worden gegeven. In artikel 6 van het Besluit spreekt men weliswaar van de dekking van ‘onvoorziene kosten’, maar niet kan worden gezegd dat de geschilbeslechting een onvoorziene kost is.

De in het besluit gehandhaafde vergoeding heeft daarnaast onvoldoende feitelijke grondslag – niet duidelijk is aangegeven welke onderdelen van de kosten daadwerkelijk zijn toe te rekenen aan de kosten voor de procedure.

De rechter vernietigt het besluit.

Telespectrum

In de uitspraak van de rechtbank van 21 mei 2003 in *Telespectrum* is voor de eerste keer de uitspraak van het CBB in *TeleDiscount* toegepast (TJ 163). TeleSpectrum ontwikkelde in 2000 activiteiten gericht op breedbandige toegang tot internet en spraakdiensten. TeleSpectrum verzocht hierom OPTA om haar te registreren als aanbieder in de zin van artikel 2.1 Tw. OPTA registreert TeleSpectrum op 18 september 2000. Voor deze registratie heeft OPTA op 22 december 2000 en 24 januari 2001 de eenmalige registratievergoeding en de jaarlijkse toezichtkosten over 2000 in rekening gebracht.

TeleSpectrum gaat tegen beide in bezwaar, maar dit bezwaar wordt ongegrond verklaard. De facturen zouden rechtstreeks voortvloeien uit de registratiebesluiten van 18 september 2000, waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend zodat deze registratie rechtens vaststaat. De vergoedingen zouden daarnaast zijn opgesteld in overeenstemming met de Regeling vergoedingen OPTA. Het beroep op het vertrouwensbeginsel – een medewerker heeft toegezegd dat de registratie zou worden ingetrokken – kan ook niet baten, omdat niet is voldaan aan het dispositievereiste.

Hier tegen is TeleSpectrum in beroep gegaan. De rechtbank overweegt dat in de onderhavige procedure alleen de rechtmatigheid van de aan de registratie gekoppelde vergoedingen aan de orde is. Hier tegen zijn niet op tijd rechtsmiddelen aangewend, zodat deze in rechte vaststaan. Dat deze registratie het gevolg is van de heersende praktijk van KPN en andere aanbieders dat zij een registratie vereisen alvorens in onderhandeling te treden over het sluiten van een interconnectieovereenkomst is een puur civielrechtelijke kwestie tussen marktpartijen – waarbij TeleSpectrum overigens een beroep zou kunnen doen op artikel 6.9 Tw.

Ambtshalve merkt de rechtbank echter op dat de Regeling vergoedingen OPTA, met name voor wat betreft het niet naar tijdsevenredigheid heffen van de vergoeding, niet onverbindend is. Zij verwijst hierbij naar de uitspraak van het CBB in de *TeleDiscount* zaak van 12 maart 2003 en sluit zich bij dit oordeel aan.

1.3.7 OVERGANGSKWESTIES

De rechter heeft zich een aantal keer uitgesproken over de toepasselijkheid van het oude en nieuwe telecommunicatierecht.

CallMax

In *CallMax* overweegt het CBB op 14 oktober 1998 dat noch de tekst van de wijzigingswet, noch de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming ervan aanknopingspunten bieden die zicht geven op de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de jurisdictie in geschillen omtrent vóór de inwerkingtreding van het gewijzigde artikel 42 Wtv genomen en bekendgemaakte besluiten (TJ 6):

“Het ligt naar het oordeel van het College in de rede dat bij gebreke van een andersluidende bepaling van overgangsrecht voor de bevoegdheid om van een geschil kennis te nemen bepalend is de vraag welke rechter ten tijde van de bekendmaking van het besluit bevoegd was om van een beroep kennis te nemen, en dat voor die bevoegdheid niet bepalend mag zijn het tijdstip van het instellen van beroep door de appellant. Deze laatste zienswijze zou aan appellanten een keuzevrijheid bieden die zich slecht verdraagt met het stelsel van toedeling van rechterlijke competentie, dat als zijnde van openbare orde niet ter vrije beschikking van partijen staat.”

Libertel

In het geschil tussen Libertel en OPTA over vergoedingen was Libertel in beroep gegaan bij het CBB. Het CBB overweegt op 28 februari 2001 dat het bestreden besluit een – herziene – beslissing op bezwaar betreft, die is genomen na de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Tw per 15 december 1998 (TJ 41). Artikel 20.4 Tw heeft de regels van hoofdstuk VII van de Wtv – op grond waarvan het besluit is genomen – gelijkgesteld met de regels vastgesteld krachtens hoofdstuk 16 Tw. Op grond van artikel 17.1 staat tegen een dergelijk

besluit beroep open bij de Rechtbank Rotterdam, en het CBB verklaart zich onbevoegd.

In de hieropvolgende uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 mei 2001 concludeert zij dat op grond van de bedoeling van de wetgever en de opmerking van het CBB van 28 februari 2001 zij ervan uitgaat dat zij bevoegd is om kennis te nemen van de besluiten in beroep, en het CBB de bevoegde rechter in hoger beroep is (TJ 46).

Site-sharing

In het geschil tussen KPN en Dutchtone is het CBB op 25 april 2001 van oordeel dat de regels van OPTA niet met terugwerkende kracht vastgesteld moeten worden (TJ 44). 'De redactie van deze bepaling en de in acht te nemen rechtzekerheid staan er in beginsel in de weg om aan de inwerkingtreding van regels als hierbedoeld terugwerkende kracht toe te kennen.' Voor het maken van een uitzondering is volgens het CBB geen plaats.

E LIJST VAN UITSPRAKEN

TJ 1

Pres. Rb. Rotterdam 4 november 1997

partijen Stichting Regionale Omroep West – de minister van V en W
derden Radio 10 Gold, Classic FM, Sky Radio, Radio 538, Nederland FM en Lokatel

nummer VWTV 97/3569 – Simons

TJ 2

Pres. Rb. Rotterdam 4 november 1997

partijen Arrow Classic Rock, Nederland FM, City FM, Sun FM, Rebecca Radio, Hot Radio, Kiss-FM, 8FM, QFM – de minister van V en W
derden Radio 10 Gold, Classic FM, Jazz Radio, Veronica Hitradio, RNN, Sky Radio en Radio 538

nummer VWTV 97/3570 enz.- Simons

TJ 3

Pres. Rb. Rotterdam 18 februari 1998

partijen Versatel Telecom – OPTA

nummer VWTV 97/4255 – (vv) Simons, WTV 97/4077- (hoofdzaak) – Simons

artikelen Awb 1:2, 3:41, 3:42, 8:81, 8:86; Wtv 4c, 4d; 6 IX-richtlijn

type voorlopige voorziening, bodemuitspraak

dictum beroep ongegrond, verzoek afgewezen

grond ontvankelijkheid (belanghebbende-begrip)

LJN-Nummer n/a

vindplaats AB 1998, 313 m.nt. GC, Computerrecht 1998/2, p. 89-96 m.nt. P. Burger

TJ 4

Pres. Rb. Rotterdam 29 april 1998

partijen Koninklijke PTT Nederland en KPN Telecom (voorheen PTT Telecom) – OPTA

derden Telfort en Versatel
nummer VWTv 98/0484 – Simons (vv)
artikelen Wtv 40d; Awb 5:32, 8:81
type voorlopige voorziening
dictum verzoek afgewezen
grond ontvankelijkheid (spoedeisend belang), besluit niet onmiskenbaar onrechtmatig
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 5
Pres. Rb. Rotterdam 25 juni 1998
partijen Stichting Amsterdamse Lokale en regionale televisie en radio Omroep (Salto) – de minister van V en W
derden City FM en de Vereniging Niet Landelijke Commerciële Radio-omroepen
nummer VWTv 98/1035 – Simons (vv)

TJ 6
CBB 14 oktober 1998
partijen CallMax – OPTA
nummer AWB 97/1124
artikelen Wtv 13a,13w, 41, 42; OPTA-Wet 33
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond onverbindendheid regeling (strijd met de wet)
LJN-Nummer n/a
vindplaats JB 1998/266, AB 1997, 214

TJ 7
CBB 14 oktober 1998
partijen Libertel – OPTA
nummer AWB 97/1138
artikelen Wtv 13a,13w, 41, 42; OPTA-Wet 33
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond onverbindendheid regeling (strijd met de wet)
LJN-Nummer n/a
vindplaats AB 1999, 275, m.nt. GC

TJ 8
Rb. Rotterdam 4 februari 1999
partijen Tele Danmark en Proximus Nederland – de Staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 98/2001 – Riphagen

TJ 9
Rb. Rotterdam 4 februari 1999
partijen Tele Danmark en Proximus Nederland – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 98/2002 – Riphagen

TJ 10
Rb. Rotterdam 12 mei 1999
partijen Name Management Center – de Staatssecretaris van V en W
nummer WTV 98/1308 – Simons, Doolaard, Van den Bos-Boomsma

TJ 11
Pres. Rb. Rotterdam 3 juni 1999
partijen KPN en KPN Telecom – OPTA
derden Dutchtone
nummer VTELEC 99/955-S1
artikelen Tw 3:11; Awb 8:29, 8:81; Wtv 130a
type voorlopige voorziening
dictum voorlopige voorziening gedeeltelijk toegewezen, besluit gedeeltelijk geschorst
grond bevoegdheid (geen wettelijke grondslag, interpretatie wettelijk begrip), ABBB (redelijkheid en billijkheid)
LJN-Nummer AA3594
vindplaats KG 1999, 245, AB 2000, 90, m.nt. GC, *Computerrecht* 2000/2, p. 103-107

TJ 12
Rb. Rotterdam 2 juli 1999
partijen P.J. Pierot – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 98/2069 (1) en TELEC 99/671 (2) – Doolaard

TJ 13
Rb. Rotterdam 28 juli 1999
partijen Stichting Amsterdamse Lokale en regionale Televisie en radio Omroep (Salto) – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 98/1945 – Poell, Doolaard, Van den Bos-Boomsma

TJ 14**Pres. Rb. Rotterdam 14 september 1999,****partijen** Kabeltelevisie Amsterdam – OPTA**derden** Canal+ Nederland**nummer** VTELEC 99/1642 – Simons**artikelen** Tw 8.7, 18.3, ; Awb 1:3, 8:81**type** voorlopige voorziening**dictum** verzoek afgewezen**grond** ontvankelijkheid (besluit-begrip), ABBB (zorgvuldigheid)**LJN-Nummer** AA3679**vindplaats** *Mediaforum* 1999/11, p. 327-330, m.nt. Jilles van den Beukel**TJ 15****Rb. Rotterdam 26 oktober 1999****partijen** Vereniging Organisatie van Lokale Omroepen in Nederland – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 99/556, TELEC 99/557 en TELEC 99/558 – Simons**LJN-Nummer** AA4083**TJ 16****Rb. Rotterdam 26 oktober 1997****partijen** Stichting Lokale Omroep Haarlem – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 99/557 – Simons**LJN-Nummer** AA5131**TJ 17****Rb. Rotterdam 26 oktober 1997****partijen** Omroepvereniging Mercurius – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 99/558 – Simons**LJN-Nummer** AA4080

[TJ 17a

LJN-Nummer AA4099] **fix!****TJ 18****Rb. Rotterdam 11 november 1999****partijen** Arrow Classic Rock Radio, Kiss FM en Nederland FM – de staatssecretaris van V en W**derden** Jazz Radio, Sky Radio, Radio 538, Classic FM, Radio 10 Gold, Noordzee

FM, Veronica FM, de Vereniging niet-landelijke commerciële radio-omroepen (VNLCR)

nummer TELEC 98/148, TELEC 98/214 en TELEC 98/233 – Riphagen, Doolaard, Van den Bos-Boomsma**LJN-Nummer** AA4824**TJ 19****Rb. Rotterdam 11 november 1999****partijen** Stichting Jongerenradio – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 98/216 en 98/279 – Riphagen, Doolaard, Van den Bos-Boomsma**LJN-Nummer** AA5132**TJ 20****Rb. Rotterdam 21 december 1999****partijen** Dutchtone (rechtsopvolgster van Federa) – de staatssecretaris van V en W**derden** KPN en Libertel**nummer** WTV 98/1982 – Simons**LJN-Nummer** AA5512**TJ 21****Pres. Rb. Rotterdam 23 december 1999****partijen** Libertel – OPTA**nummer** VTELEC 99/2547 – Simons**artikelen** Tw 6.4, 6.5, 6.9; Awb 3:41, 3:46, 3:47, 6:11, 8:81**type** voorlopige voorziening**dictum** voorziening toegewezen, besluit geschorst**grond** ABBB (motivering)**LJN-Nummer** AA5347**vindplaats** AB 2000, 430, m.nt. GC, *Mediaforum* 2002/2, p. 67-70**TJ 22****Pres. Rb. Rotterdam 30 december 1999****partijen** Dutchtone verzoekt om opheffing in geschil tussen KPN en KPN Telecom – OPTA**nummer** VTELEC 99/2622 – Simons**artikelen** Tw 3.11; Awb 8:85, 8:87**type** opheffing voorziening**dictum** verzoek om opheffing afgewezen**grond** geen gronden voor opheffing

LJN-Nummer AA5206, AA5394
vindplaats *Computerrecht* 2000/2, p. 107-109

TJ 23
Pres. Rb. Rotterdam 25 januari 2000
partijen Strick van Linschoten – het college van B en W van de gemeente Voorst
derde KPN Telecom
nummer VTELEC 99/2836 – Simons
LJN-Nummer AA5552

TJ 24
Rb. Rotterdam 20 februari 2000
partijen KPN en Dutchtone – OPTA
nummer TELEC 99/2715-RIP
artikelen Awb 8:29; Wob 10, 11
type 8:29 uitspraak
dictum beperking gerechtvaardigd
grond Artikel 10 Wob (bedrijfs-, en fabricagegegevens)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 25
Pres. Rb. Rotterdam 8 maart 2000
partijen Ben Nederland – de staatssecretaris van V en W
derden Koninklijke KPN, KPN Mobiel (KPN) en Libertel
nummer VTELEC 00/261 – Simons

TJ 26
Pres. Rb. Rotterdam 31 maart 2000
partijen Vereniging Landelijke Organisatie Kerktelefoon – OPTA
derden KPN Telecom
nummer VTELEC 00/0083 – Simons, TELEC 99/1268 – Simons
artikelen Awb 1:3, 8:81, 8:86; Wtv 4, 8, 43; Bart 5.5
type voorlopige voorziening
dictum verzoek afgewezen
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 27
Pres. Rb. Rotterdam 31 maart 2000
partijen Vereniging Landelijke Organisatie Kerktelefoon en Vereniging Protestants Christelijke Ouderenbond – OPTA
derden KPN Telecom
nummer VTELEC 00/0084 – Simons, VTELEC 00/0150 – Simons
artikelen Tw 1.1, 7.1, 7.2, 15.1; BOHT 16, 19, 20; Awb 1:2, 5:32, 8:81
type voorlopige voorziening
dictum verzoek afgewezen
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats *Mediaforum* 2000/6, p. 219-222 m.nt. Wouter Hins

TJ 28
Rb. Rotterdam 2 mei 2000
partijen Dutchtone (rechtsopvolgster van Federa) – de staatssecretaris van V en W
derden Koninklijke KPN en Libertel
nummer WTV 98-1983 – Simons, Schoor, Doolaard
LJN-Nummer AA7318

TJ 29
Rb. Rotterdam 4 mei 2000
partijen Telfort Holding – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 00/210 – Simons, Doolaard, Van den Bos-Boomsma

TJ 30
Pres. Rb. Rotterdam 29 juni 2000
partijen Talkline Nederland – Opta
nummer VTELEC 00/1055 – Simons
artikelen Awb 8:75a, 8:82, 8:84
type proceskostenveroordeling
dictum veroordeling in proceskosten
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 31
Rb. Rotterdam 18 juli 2000
partijen Koninklijke KPN, KPN Telecom en KPN Mobile The Netherlands – de

staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 99/2736 en TELEC 00/1204 – Simons

TJ 32

Pres. Rb. Rotterdam 28 juli 2000
partijen KPN Telecom – OPTA
nummer VWET 00/1558-RIP
artikelen Tw 15.1, 15.2; BOHT 44; Awb 5:21, 5:32
type voorlopige voorziening
dictum verzoek toegewezen, besluit geschorst
grond ABBB (rechtszekerheid)
LJN-Nummer AA7314
vindplaats *Mediaforum* 2000/9, p. 321-322

TJ 33

Rb. Rotterdam 13 september 2000
partijen Koninklijke PTT Nederland, KPN Telecom en Dutchtone – OPTA
nummer TELEC 99/2715-RIP, TELEC 99/2781-RIP
artikelen Tw 3.11; Awb 7:12, 8:29,
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond ABBB (motivering), bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)
LJN-Nummer AA8568, AA7093
vindplaats *Mediaforum* 2000/11-12, p. 381-384, *Computerrecht* 2000/6 p. 303-307

TJ 34

Rb. Rotterdam 13 oktober 2000
partijen Versatel Telecom International en Versatel 3G – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 00/1371 – Simons, Schoor, Van de Bos – Boomsma
LJN-Nummer AA7478

TJ 35

CBB 3 november 2000
partijen Dutchtone – OPTA
nummer AWB 00/857 15310
artikelen Awb 8:52

TJ 36

Rb. Rotterdam 3 januari 2001
partijen KPN Telecom – OPTA
derden MCI Worldcom
nummer VTELEC 99/2530 – Simons
artikelen Awb 8:29; Wob 10, 11
type 8:29 uitspraak
dictum beperkte kennisneming gedeeltelijk gerechtvaardigd
grond Artikel 10 Wob (bedrijfs- en fabricagegegevens)
LJN-Nummer n/a

TJ 37

Pres. Rb. Rotterdam 31 januari 2001
nummer VTELEC 00/2638 – Simons
partijen Koninklijke KPN – OPTA
artikelen Tw 6.4, 7.1, 7.2, 9.2, 20.1; Awb 8:81
type voorlopige voorziening
dictum voorziening toegewezen, besluit geschorst
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip), ABBB (motivering)
LJN-Nummer ABo769, ABo447
vindplaats *Mediaforum* 2001/2, p. 106-108, *Computerrecht* 2001/3, p. 154-157

TJ 38

Pres. Rb. Rotterdam 12 februari 2001
partijen Achterhoek Mediagroep – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 01/77 – Riphagen

TJ 39

Pres. Rb. Rotterdam 16 februari 2001
partijen KPN Telecom – OPTA
derden MCI Worldcom
nummer VTELEC 99/2530 – Simons
artikelen Tw 6.1, 6.3, 6.4, 6.5, 6.6, 6.9, 20.7; Awb 1:2, 8:26, 8:81
type voorlopige voorziening
dictum verzoek afgewezen
grond bevoegdheid (geschilbeslechting, belangenafweging), ontvankelijkheid (belanghebbende-begrip)
LJN-Nummer ABo027

vindplaats *Mediaforum* 2001/4, p. 134-139, m.nt. Remy Chavannes, *Computerrecht* 2001/3, p. 159-163, m.nt. R. van den Hoven van Genderen

TJ 40

Pres. Rb. Rotterdam 20 februari 2001

partijen Nozema en AM Nieuwsbeheer – het college van B en W van de gemeente Montfoort

nummer VGEMWT 01/159 en VGEMWT 01/160 – Simons

LJN-Nummer AB0141

TJ 41

CBB 28 februari 2001

partijen Libertel – OPTA

nummer AWB 99/212 15080

artikelen Wtv 41, 42; Tw 16.1, 17.1, 20.4, 20.15; Awb 6:15, 8:7

type beroep

dictum onbevoegdverklaring, doorzending

grond onbevoegdheid rechtbank

LJN-Nummer AB0531

vindplaats niet gepubliceerd

TJ 42

Rb. Rotterdam 2 april 2001

partijen KPN Telecom en Denda – OPTA

nummer TELEC 01/66 – Simons, TELEC 01/111 – Simons, TELEC 01/191 – Simons

artikelen Awb 8:29; Wob 10, 11

type 8:29 uitspraak

dictum beperking niet gerechtvaardigd

grond Artikel 10 Wob (intern beraad)

vindplaats niet gepubliceerd

TJ 43

Rb. Rotterdam 2 april 2001

partijen Mi Amigo, VIP, Radio Westland, Arcade, LTV3, SCOZ, SALTO, VMM, OLON, Mercurius en SLOH – de staatssecretaris van V en W

derden VMM, Sun, City, Rebecca, Mediad, Max en NLCR

nummer WTV 99/519, 99/520, 99/533, 99/552, 99/553, 99/554, 99/555, 99/561, 00/006, 00/007, 00/008 – Simons, Goossens, Van den Bos-Boomsma

LJN-Nummer AB1378

TJ 44

CBB 25 april 2001

partijen OPTA, Koninklijke KPN, KPN Telecom, KPN Mobile en Dutchtone

nummer AWB 00/829, AWB 00/854, AWB 00/857 15310

artikelen Tw 3.11, 3.12; Awb 8:72

type hoger beroep

dictum beroep gedeeltelijk gegrond, uitspraak gedeeltelijk vernietigd

grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)

LJN-Nummer AB1647

vindplaats *Mediaforum* 2001/6, p. 212-220, m.nt. Annetje Ottow, *Computerrecht* 2001/4, p. 207-213, m.nt. E. J. Dommering

TJ 45

Rb. Rotterdam 25 april 2001

partijen Versatel Telecom Europe – de staatssecretaris van V en W

nummer TELEC 00/2699 – Simons, Van den Bos-Boomsma, Verhoeff

TJ 46

Rb. Rotterdam 9 mei 2001

partijen KPN Telecom en KPN Mobile The Netherlands – Opta

nummer WTV 99/2731 – Simons

artikelen Wtv 41; Tw 20.15

type beroep

dictum beroep ongegrond

grond verbindheid regeling

LJN-Nummer AD9892

vindplaats niet gepubliceerd

TJ 47

Rb. Rotterdam 28 mei 2001

partijen Vereniging van Niet-Landelijke Commerciële Radio-Omroepen en Sun FM – de staatssecretaris van V en W

nummer VTELEC 01/589 en VTELEC 01/590 – Simons

LJN-Nummer AD3561

TJ 48

Pres. Rb. Rotterdam 15 juni 2001

partijen Canal+ Nederland – Opta

nummer VTELEC 01/1177 – Simons

artikels 6:3, 8:81-8:83 Awb
type voorlopige voorziening
dictum verzoek afgewezen
grond Overig/Awb
LJN-nummer AB3088
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 49
Rb. Rotterdam 21 juni 2001
partijen KPN Telecom en Denda Multimedia – OPTA
nummer TELEC 01/066 – Simons, 01/111 – Simons, 01/191 – Simons
artikels Wtv 4, Tw 7.1, 7.5, 7.7, 7.8, 9.1; BOHT 42, 43
type beroep
dictum beroepen ongegrond
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip), ABBB (motivering)
LJN-Nummer AB2616
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 50
Rb. Rotterdam 17 juli 2001
partijen Young City Media, Sun FM en NLCR – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 00/349 – Van den Bos-Boomsma

TJ 51
Rb. Rotterdam 24 juli 2001
partijen Libertel – OPTA
nummer TELEC 01/518 – Simons
artikels Wtv 13a, 13w, 41
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond onverbindheid (wettelijke grondslag ontbreekt)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 52
Pres. Rb. Rotterdam 15 augustus 2001
partijen N.A. Silvius, h.o.d.n. Nico's Music en Radio – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 01/1242 – Simons
LJN-Nummer AD4534

TJ 53
Pres. Rb. Rotterdam 15 augustus 2001
partijen Stichting Omroep het Groene Hart van Holland – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 01/1725 – Simons
LJN-Nummer AE3270

TJ 54
Pres. Rb. Rotterdam 15 augustus 2001
partijen Stichting Omroep het Groene hart van Holland – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 01/1654 – Simons
LJN-Nummer AE0061

TJ 55
Rb. Rotterdam 10 september 2001
partijen P.H. Müller – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 00/1399 – Riphagen

TJ 56
Pres. Rb. Rotterdam 24 september 2001
partijen J.L. Strick van Linschoten – het college van B en W van de gemeente Voorst
derden KPN Telecom
nummer VTELEC 01/375 – Simons
LJN-Nummer AD9462

TJ 57
Rb. Rotterdam 15 oktober 2001
partijen Visie Marketing en Media B.V. – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 00/838 – Simons

TJ 58
Rb. Rotterdam 15 oktober 2001
partijen Achterhoek Media Groep – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 01/78 – Simons, Van den Bos-Boomsma, Verhoeff
LJN-Nummer AD1788

TJ 59**Rb. Rotterdam 15 oktober 2001****partijen** Achterhoek Media Groep – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 00/1293 en 00/1663 – Simons**TJ 60****Rb. Rotterdam 15 oktober 2001****partijen** Happy Radio Nederland – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 01/152 – Simons, Van den Bos-Boomsma, Verhoeff
LJN-Nummer AE0060**TJ 61****Pres. Rb. Rotterdam 14 november 2001****partijen** R&R Communications Groep – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 01/2232 – Simons
LJN-Nummer AD5474**TJ 62****Pres. Rb. Rotterdam 22 november 2001****partijen** Arrow Classic Rock – de staatssecretaris van V en waterstaat
nummer VTELEC 01/2312 – Simons**TJ 63****Pres. Rb. Rotterdam 22 november 2001****partijen** Arrow Classic Rock – de staatssecretaris van V en waterstaat
nummer VTELEC 01/2318 – Simons
LJN-Nummer AD6005**TJ 64****Rb. Rotterdam 27 november 2001****partijen** Denda Directory Services – OPTA
nummer Awb 01/112 BB
artikels Awb 6:7, 6:8
type beroep
dictum niet-ontvankelijk
grond ontvankelijkheid (termijnoverschrijding)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd**TJ 65****Rb. Rotterdam 27 december 2001****partijen** TeleDiscount – OPTA
nummer TELEC 00/1824 – Simons
artikels Wtv 41; Tw 4.6, 16.1; Besluit vergoedingen Tw; Awb 8:73
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond onverbindende regeling (strijd met de wet)
LJN-Nummer AD7657
vindplaats AB 2003, 171 m.nt. GC**TJ 66****Rb. Rotterdam 27 december 2001****partijen** Koninklijke KPN en KPN Mobile – OPTA
nummer TELEC 00/1312 – Simons
artikels Tw 6.4, 16.1; Besluit vergoedingen Tw
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond onverbindende regeling (strijd met de wet)
LJN-Nummer AD7658
vindplaats niet gepubliceerd**TJ 67****Rb. Rotterdam 28 december 2001****partijen** Delta Radio – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 01/2800 – Van den Bos – Boomsma
LJN-Nummer AE0037**TJ 68****Rb. Rotterdam 7 januari 2002****partijen** Versatel – OPTA
nummer TELEC 00/1010 – Simons
artikels Tw 6.4; Awb 1:3, 6:2
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer AD7867
vindplaats *Mediaforum* 2002/2, p. 98-100, m.nt. M. Geus, *Computerrecht* 2002/3, p. 182-187

TJ 69**Rb. Rotterdam 8 januari 2002****partijen** Country FM – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 01/1064 – Simons**TJ 70****Vzr. Rotterdam 19 februari 2002****partijen** KPN Telecom – OPTA**nummer** VTELEC 02/327 – Simons**type** voorlopige voorziening**artikels** Tw 6.4, 6.6; Awb 7:11, 8:81, 8:83**dictum** verzoek afgewezen**grond** ontvankelijkheid (spoedeisend belang)**LJN-Nummer** AE2874**vindplaats** *Mediaforum* 2002/7-8, p. 269-270**TJ 71****Rb. Rotterdam 25 februari 2002****partijen** Strick van Linschoten – het college van B en W van de gemeente Voorst**nummer** TELEC 01/355 – Riphagen**TJ 72****CBB 26 februari 2002****partijen** Koninklijke KPN en KPN Mobile – OPTA**nummer** AWB 02/320 15300**artikels** Awb 8:52**type** verzoek versnelde behandeling**dictum** verzoek afgewezen**grond** Overig/Awb**LJN-Nummer** AE5923**vindplaats** niet gepubliceerd**TJ 73****CBB 26 februari 2002****partijen** Vodafone Libertel verzoekt deelneming aan OPTA – TeleDiscount**nummer** AWB 02/321**artikels** Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie 22; Awb 1:2, 8:26**type** verzoek tot deelneming**dictum** verzoek afgewezen**grond** geen belanghebbende**LJN-Nummer** AE5923**vindplaats** niet gepubliceerd**TJ 74****Rb. Rotterdam 14 maart 2002****partijen** Versatel Telecom International en Koninklijke KPN – OPTA**nummer** WTV 98/2144 – Simons**artikels** ONP-Spraakrichtlijn I 12-14, 17-19; Wtv 4, 8, 43; Bart 5.2, 5.3, 5.4; Awb 8:73**type** beroep**dictum** beroep gegrond (KPN), niet-ontvankelijk (Versatel), besluit vernietigd**grond** bevoegdheid (wettelijke grondslag), ontvankelijkheid (belanghebbende-begrip)**LJN-Nummer** n/a**vindplaats** niet gepubliceerd**TJ 75****Rb. Rotterdam 19 maart 2002****partijen** Patrijsstate Holding – OPTA**nummer** TELEC 00/2318 RIP**artikels** Tw 4.7; Awb 6:11**type** beroep**dictum** beroep ongegrond**grond** bevoegdheid (handhaving, interpretatie wettelijk begrip)**LJN-Nummer** n/a**vindplaats** *Mediaforum* 2002/10, p. 333-334, m.nt. Nico A.M.N. van Eijk**TJ 76****CBB 21 maart 2002****partijen** KPN Telecom – OPTA**nummer** AWB 01/666 15300**artikels** Awb 8:29; Wob 10**type** 8:29 uitspraak**dictum** beperking niet gerechtvaardigd**grond** Artikel 10 Wob (processtukken)**LJN-Nummer** AE0767**vindplaats** niet gepubliceerd

TJ 77

Vzr. Rotterdam 1 mei 2002
partijen Telfort Mobiel – OPTA
derden KPN
nummer VTELEC 02/900 RIP
artikels Tw 6.1, 6.3; Awb 8:81
type voorlopige voorziening
dictum verzoek toegewezen, besluit geschorst
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)
LJN-Nummer AE2382
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 78

Rb. Rotterdam 8 mei 2002
partijen WEBPoint – OPTA
nummer TELEC 00/2254 – Simons
artikels Tw 1.1, 2.1, 2.2, 16.1; Besluit vergoedingen Tw 2; Awb 8:73
type beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd
grond onverbindendheid (strijd met de wet)
LJN-Nummer AE2726
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 79

Rb. Rotterdam 8 mei 2002
partijen V.N. Ton, h.o.d.n. Itel Telecom – Opta
nummer TELEC 00/2289 – Simons
artikels Tw 2.1; Awb 6:7, 6:11
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (termijnoverschrijding)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 80

Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/381 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13

type beroep

dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 81

Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/382 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 82

Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/383 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 83

Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/384 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit

grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 84
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/385 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 85
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/386 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 86
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/387 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 87
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/388 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 88
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/390 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 89
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen Vodafone Libertel – OPTA
nummer Awb 02/391 BB
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod tot nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 90
Rb. Rotterdam 17 mei 2002
partijen IJmond TV – OPTA
nummer Awb 02/58 BB

artikels Awb 8:41
type beroep
dictum niet-ontvankelijk
grond ontvankelijkheid (griffierecht)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 91
Rb. Rotterdam 22 mei 2002
partijen Versatel 3G – Opta (moet zijn:Staatssecretaris van EZ of Staatssecretaris van V en W)
derden Telfort, KPN, Vodafone, Dutchtone, Ben
nummer TELEC 00/418, 00813, 00814 – Simons, Riphagen, Gerritse
type heropening onderzoek

TJ 92
Rb. Rotterdam 5 juni 2002
partijen Wegener, Jazz radio, AM Nieuwsbeheer, Sky Radio, Classic FM, Vrije Radio Omroep, Publimusic – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 01/2005 – Simons, Riphagen, Gerritse
LJN-Nummer AE3730

TJ 93
Rb. Rotterdam 5 juni 2002
partijen Arrow Classic Rock – staatssecretaris V en W
derden Jazz Radio
nummer TELEC 01/2190 – Simons, Riphagen, Gerritse
LJN-Nummer AE3729

TJ 94
Rb. Rotterdam 21 juni 2002
partijen Koninklijke KPN – OPTA
nummer TELEC 00/2342 RIP
artikels n.v.t.
type beroep
dictum niet-ontvankelijk
grond ontvankelijkheid (procesbelang)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 95
Rb. Rotterdam 26 juni 2002
partijen I. D. & T. Radio – de staatssecretaris van V en W
nummer VTELEC 02/1502 – Simons

TJ 96
Rb. Rotterdam 26 juni 2002
partijen Arrow Classic Rock – de staatssecretaris van V en W
derden CBT Electronics (Broadcast Partners)
nummer TELEC 99/1628 en TELEC 99/2789 – Simons

TJ 97
Rb. Rotterdam 3 juli 2002
partijen SALTO – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 02/473 – Simons

TJ 98
Vzr. Rotterdam 8 juli 2002
partijen Kabeltelevisie Amsterdam h.o.d.n. UPC – Opta
derden Canal+
nummer VTELEC 02/922-GRR, VTELEC 02/931-GRR
artikels Tw 8.7; Awb 8:81
type voorlopige voorziening
dictum voorziening toegewezen, besluit geschorst
grond bevoegdheid (geschilbeslechting, handhaving, sancties)
LJN-Nummer n/a
vindplaats *Mediaforum* 2002/10, p. 337-340, m.nt. Annetje Ottow

TJ 99
Rb. Rotterdam 15 juli 2002
partijen W. van der Genugten – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 01/991 – Riphagen, Lamers-Wilbers, Rogier

TJ 100
Rb. Rotterdam 15 juli 2002
partijen B. R. Niks – de staatssecretaris van V en W
nummer TELEC 01/1681 – Riphagen, Lamers-Wilbers, Rogier

TJ 101**Rb. Rotterdam 15 juli 2002****partijen** H. Mulder – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 01/2047 – Riphagen, Lamers-Wilbers, Rogier**TJ 102****Rb. Rotterdam 15 juli 2002****partijen** J. de Wolde – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 00/2075 – Riphagen, Lamers-Wilbers, Rogier**TJ 103****Rb. Rotterdam 15 juli 2002****partijen** T. van Nugteren – de staatssecretaris van V en W**nummer** TELEC 00/2487 – Riphagen, Lamers-Wilbers, Rogier**TJ 104****Rb. Rotterdam 17 juli 2002****partijen** VZG Communications – Opta**nummer** TELEC 01/64 – Simons**artikels** Tw 1.1, 2.2**type** beroep**dictum** beroep ongegrond**grond** interpretatie wettelijk begrip**LJN-Nummer** n/a**vindplaats** niet gepubliceerd**TJ 105****Vzr. Rotterdam 24 juli 2002****partijen** Veronica, Nederlandse Radiogroep, Radio London, I.D. & T. Radio, WLON en Distrined – de staatssecretaris van V en W en de staatssecretaris van O, C en W**derden** Vrije Radio Omroep, Sky Radio, Classic FM, Publimusic, Arrow Classic Rock Radio, Jazz Radio, Yorin FM, Wegener Radio en Televisie, NOS**nummer** VTELEC 02/1169 enz**LJN-Nummer** AE5810**TJ 106****Vzr. Rotterdam 24 juli 2002****partijen** Wegener Radio en Televisie – de staatssecretaris van V en W en de

staatssecretaris van O, C en W

nummer VTELEC 02/1641 t/m 02/1643 – Simons**LJN-Nummer** AE5815**TJ 107****Vzr. Rotterdam 24 juli 2002****partijen** AM Nieuwsbeheer – de staatssecretaris van V en W**nummer** VTELEC 02/1519 en 02/1520 – Simons**LJN-Nummer** AE5813**TJ 108****Vzr. Rotterdam 24 juli 2002****partijen** Vrije Radio Omroep Nederland – de staatssecretaris van V en W**nummer** VTELEC 02/1603 – Simons**LJN-Nummer** AE5814**TJ 109****Vzr. Rotterdam 24 juli 2002****partijen** Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland – de staatssecretaris van V en W**nummer** VTELEC 02/1479 en 02/1480 – Simons**LJN-Nummer** AE5812**TJ 110****Vzr. Rotterdam 24 juli 2002****partijen** OLON en SALTO – de staatssecretaris van V en W en de staatssecretaris van O, C en W**nummer** VTELEC 02/1433 enz. – Simons**LJN-Nummer** AE5811**TJ 111****Vzr. Rotterdam 30 juli 2002****partijen** KPN Telecom – OPTA**nummer** VTELEC 02/1467**artikels** Tw 7.2**type** voorlopige voorziening**dictum** verzoek afgewezen**grond** ontvankelijkheid (spoedeisend belang)

LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 112
Vzr. Rotterdam 2 september 2002
partijen Radio Simone – de minister van EZ
nummer VTELEC 02/2165 een 02/2212 – Riphagen

TJ 113
Rb. Rotterdam 3 september 2002
partijen DiVa – OPTA
nummer Awb 02/1397 T1
artikels Awb 6:7, 6:10
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (termijnoverschrijding)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 114
Rb. Rotterdam 9 oktober 2002
partijen Nederlandse Omroep Stichting – de minister van EZ
nummer TELEC 01/292 en 01/604 – Simons
LJN-Nummer AF1033

TJ 115
Vzr. Rotterdam 11 oktober 2002
partijen Veronica, Nederlandse Radiogroep, Radio London, I.D. & T. Radio, WLON en Distrined – de staatssecretaris van V en W en de staatssecretaris van O, C en W
derden Vrije Radio Omroep, Sky Radio, Classic FM, Publimusic, Arrow Classic Rock Radio, Jazz Radio, Yorin FM, Wegener Radio en Televisie, NOS
nummer VTELEC 02/2258 enz.
LJN-Nummer AE8741

TJ 116
Vzr. Rotterdam 11 oktober 2002
partijen Veronica – de minister van EZ
nummer VTELEC 02/2446 en TELEC 02/1497 – Simons

TJ 117
Vzr. Rotterdam 11 oktober 2002
partijen I.D.&T. Radio en Arrow Classic Rock – de minister van EZ
nummer VTELEC 02/2260 en 02/2515 – Simons

TJ 118
Vzr. Rotterdam 11 oktober 2002
partijen Wegener Radio en Televisie – de minister van EZ
nummer VTELEC 02/2468 – Simons

TJ 119
Rb. Rotterdam 11 oktober 2002
partijen Nederlandse Radio Groep – de minister van EZ
nummer TELEC 02/2543
LJN-Nummer AE8741

TJ 120
Vzr. Rotterdam 11 oktober 2002
partijen Sky Radio, Classic FM, Vrije Radio Omroep, Yorin FM, Jazz Radio, Wegener Radio en Televisie, I.D.&T. Radio – de minister van EZ
nummer (V)TELEC 02/2261 enz.

TJ 121
Rb. Rotterdam 8 november 2002
partijen A.M. Nieuwsbeheer – de minister van EZ
nummer TELEC 02/2416 – Simons

TJ 122
Rb. Rotterdam 8 november 2002
partijen Jazz Radio – de minister van EZ
nummer TELEC 02/2779 – Simons

TJ 123
Vzr. Rotterdam 13 november 2002
partijen KPN Telecom – OPTA
nummer VTELEC 02/2847-RIP
artikels Tw 7.2; Awb 3:47, 7:12
type voorlopige voorziening
dictum voorlopige voorziening toegewezen, besluit geschorst

grond ABBB (motivering)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 124
Rb. Rotterdam 15 november 2002
partijen KPN Telecom – OPTA
derden Energis
nummer TELEC 02/326 RIP
artikels n.v.t.
type beroep
dictum beroep niet-ontvankelijk
grond ontvankelijkheid (procesbelang)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 125
Rb. Rotterdam 18 november 2002
partijen I.D.&T. Radio – de staatssecretaris van EZ
nummer VTELEC 02/2947- Simons
LJN-Nummer AF0707

TJ 126
Rb. Rotterdam 18 november 2002
partijen I.D.&T. Radio – de staatssecretaris van EZ
nummer VTELEC 02/2910- Simons
LJN-Nummer AF0706

TJ 127
Rb. Rotterdam 25 november 2002
partijen Versatel Telecom International – OPTA
derden KPN Telecom
nummer TELEC 00/1676 – Simons
artikels Awb 1:3
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 128
Rb. Rotterdam 25 november 2002
partijen Energis – OPTA
derden KPN Telecom
nummer TELEC 00/1909 – Simons
artikels Awb 1:3
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 129
Rb. Rotterdam 25 november 2002
partijen Versatel Telecom International – OPTA
nummer TELEC 01/2860 – Simons
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 130
Rb. Rotterdam 25 november 2002
partijen Versatel Telecom International – OPTA
derden KPN Telecom
nummer TELEC 00/2608 – Simons
artikels Awb 1:3
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 131
Rb. Rotterdam 25 november 2002
partijen Versatel Telecom International – OPTA
derden KPN Telecom
nummer TELEC 00/1773 – Simons

artikels Awb 1:3
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 132
Rb. Rotterdam 25 november 2002
partijen Energis – OPTA
nummer TELEC 01/2861 – Simons
artikels Awb 1:3
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 133
Vzr. Rotterdam 29 november 2002
partijen Dutchtone, O2 Netherlands, KPN Mobile The Netherlands, Vodafone Libertel, Ben Nederland, Tele2 Nederland – OPTA
derden KPN Mobile, O2, KPN Telecom, Dutchtone, Versatel Nederland, MCI Worldcom, Tele2, Vodafone, Ben
nummer VTELEC 02/2675 RIP enz.
artikels Tw 6.1, 6.3; Awb 8:81
type voorlopige voorziening
dictum voorziening toegewezen, besluit geschorst
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)
LJN-Nummer AF1538
vindplaats *Mediaforum* 2003/3, p. 104-108, m.nt. Annetje Ottow, *Computerrecht* 2003/2, p. 164-172

TJ 134
Rb. Rotterdam 29 november 2002
partijen Versatel 3G – de staatssecretaris van EZ
derden O2 Netherlands, KPN Mobile The Netherlands, Vodafone Libertel, Dutchtone, Ben Nederland

nummer TELEC 01/418 en 01/814 – Simons, Riphagen, Gerritse
LJN-Nummer AF2577

TJ 135
Rb. Rotterdam 29 november 2002
partijen Versatel 3G – de staatssecretaris van EZ
derden O2 Netherlands, KPN Mobile The Netherlands, Vodafone Libertel, Dutchtone, Ben Nederland
nummer TELEC 01/813-SIMO
LJN-Nummer AF2578

TJ 136
Vzr. Rotterdam 17 december 2002
partijen Veronica – de staatssecretaris van EZ
nummer VTELEC 02/3360 – Meskers

TJ 137
Rb. Rotterdam 18 december 2002
partijen KPN Telecom B.V. – het college van B en W van de gemeente Jacobswoude
nummer TELEC 01/1403 – Gerritse, Meskers, Lamers-Wilbers

TJ 138
CBB 8 januari 2003
partijen KPN Telecom, OPTA, Denda Multimedia
nummer AWB 01/666 15300
artikels Spraakrichtlijn 6, 32; Tw 7.1, 7.5, 7.7, 7.8, 9.1, 20.1; Boht 42, 43; Bud 9.1
type hoger beroep
dictum prejudiciële vraag
grond interpretatie wettelijk begrip
LJN-Nummer AF2794
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 139
Rb. Rotterdam 14 januari 2003
partijen Volker Stevin Telecom Infra Planontwikkeling B.V. – het college van b&w van Rijswijk
nummer TELEC 01/2428 – Gerritse, Meskers, Lamers-Wilbers

TJ 140**Vzr. Rotterdam 20 januari 2003****partijen** I.D. & T. Radio – de staatssecretaris van EZ**nummer** VTELEC 02/3498 – Meskers**TJ 141****Vzr. Rotterdam 20 januari 2003****partijen** Veronica – de staatssecretaris van EZ**nummer** VTELEC 03/66 – Meskers**LJN-Nummer** AF3135**TJ 142****Vzr. Rotterdam 20 januari 2003****partijen** I.D.& T. – de staatssecretaris van EZ**nummer** VTELEC 03/103, 03/104, 03/105 – Meskers**TJ 143****Rb. Rotterdam 31 januari 2003****partijen** Koninklijke KPN N.V. en KPN Telecom B.V. – Opta**derden** Energis**nummer** TELEC 01/87-RIP**artikels** Tw 6.1, 6.3, 6.7; Bw 6:2, Awb 1:3**type** beroep**dictum** beroep gegrond, besluit vernietigd**grond** bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip), ontvankelijkheid (procesbelang, besluit-begrip)**LJN-Nummer** n/a**vindplaats** *Mediaforum* 2003, p. 139-141, m.nt. Annetje Ottow**TJ 144****Rb. Rotterdam 4 februari 2003****partijen** Canal+ Nederland – Opta**nummer** TELEC 01/2309 RIP**artikels** Tw 8.7, 16.1; Besluit vergoedingen Tw 2, 6**type** beroep**dictum** beroep gegrond, besluit vernietigd**grond** onverbindendheid regeling (wettelijke grondslag ontbreekt), ABBB (motivering)**LJN-Nummer** n/a**vindplaats** *Mediaforum* 2003/4, p. 142-145, m.nt. Gera van Duijvenvoorde**TJ 145****Rb. Rotterdam 4 februari 2003****partijen** Utelisys Communications – OPTA**nummer** AWB 02/1284 T1**artikels** Awb 6:7, 6:11**type** beroep**dictum** beroep ongegrond**grond** ontvankelijkheid (termijn)**LJN-Nummer** n/a**vindplaats** niet gepubliceerd**TJ 146****Vzr. Rotterdam 12 februari 2003****partijen** Arrow Classic Rock Radio verzoekt om opheffing in procedure tussen

Vereniging Veronica, Kink FM, Veronica Radio, Nederlandse Radio Groep, Radio London, ID & T Rado, WLON, Distrined – Staatssecretaris van EZ

nummer VTELEC 02/3567 MESK, VTELEC 03/5 MESK**TJ 147****Vzr. Rotterdam 12 februari 2003****partijen** Yarosa – OPTA**nummer** VWOB 02/3309 NAV, WOB 02/3310 NAV**artikels** Tw 17.1; Wob 2, 3, 10; Awb 1:3, 3:41, 8:81, 8:86**type** voorlopige voorziening**dictum** beroep gegrond, besluit vernietigd, voorziening toegewezen, verbod tot informatieverstrekking**grond** Awb/Overig**LJN-Nummer** AF4803**vindplaats** *Mediaforum* 2003/5, p. 175-179, m.nt. Wouter Hins**TJ 148****Vzr. Rotterdam 13 februari 2003****partijen** KPN Telecom – OPTA**nummer** VTELEC 02/3315-GRR**artikels** Tw 7.2; Awb 8:81**type** voorlopige voorziening

dictum voorziening toegewezen, besluit geschorst
grond Awb/Overig
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 149
Rb. Rotterdam 26 februari 2003
partijen Kabeltelevisie Amsterdam h.o.d.n. UPC Nederland en Canal+ Nederland – OPTA
derden Canal+ en UPC
nummer VTELEC 02/3281-RIP
artikels Tw 8.7, 18.3; Awb 8:81
type beroep
dictum beroep gedeeltelijk gegrond, twee besluiten vernietigd
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip, geschilbeslechting, sancties)
LJN-Nummer AF5123
vindplaats *Mediaforum* 2003/4, p. 146-152, m.nt. Nico van Eijk

TJ 150
Vzr. Rotterdam 27 februari 2003
partijen United Pan Europe Communications –OPTA
derden Canal+
nummer VTELEC 02/3281-RIP
artikels Tw 8.7, 18.3; Awb 8:81
type voorlopige voorziening
dictum verzoek afgewezen
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 151
Rb. Rotterdam 10 maart 2003
partijen Nederlandse Omroep Zender Maatschappij – Staatssecretaris van Ministerie van EZ
nummer TELEC 01/1394

TJ 152
Vzr. Rotterdam 10 maart 2003

partijen Arrow Classic Rock – Staatssecretaris van Ministerie van EZ
nummer VTELEC 03/196, 197, 198 – Meskers

TJ 153
CBB 12 maart 2003
partijen OPTA, TeleDiscount
nummer Awb 02/321 15301
artikels Tw 16.1, 20.4; Besluit vergoedingen Tw 1-5, 15
type hoger beroep
dictum beroep gegrond, besluit vernietigd, beroep bij rechtbank ongegrond
grond regeling ten onrechte onverbindend geacht
LJN-Nummer AF6810
vindplaats *Mediaforum* 2003/5, p. 179-184, m.nt. Gera van Duijvenvoorde

TJ 154
AB 19 maart 2003
partijen OPTA, Yarosa
nummer 200301382/2
artikels n.v.t.
type voorlopige voorziening
dictum verzoek gedeeltelijk afgewezen
grond verzoek ingetrokken, instemming partij
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 155
Vzr. Rotterdam 20 maart 2003
partijen Achterhoek media groep – de staatssecretaris van EZ
nummer VTELEC 03/333 – Meskers

TJ 156
Vzr. Rotterdam 20 maart 2003
partijen CAIW Media – de staatssecretaris van EZ
nummer VTELEC 03/573 – Meskers

TJ 157
Rb. Rotterdam 25 april 2003
partijen O2 the Netherlands en KPN Mobile The Netherlands – Opta
nummer TELEC 02/2156

artikels Tw 6.1, 6.3; Awb 8:31

type beroep

dictum beroep gegrond, besluit vernietigd

grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)

LJN-Nummer AF8131

vindplaats *Mediaforum* 2003/9, p. 309-312 m.nt. Annetje Ottow, *Computerrecht* 2003/4, p. 253-257 m.nt. Rob van den Hoven van Genderen

TJ 158

Vzr. Rotterdam 2 mei 2003

partijen OPTA verzoekt om opheffing in procedure tussen KPN Telecom – OPTA

nummer VTELEC 03/669-RIP, 03/861-ZZ

artikels Tw 7.1, 7.2; Awb 6:18, 6:19, 8:87

type opheffing voorlopige voorziening

dictum verzoek gedeeltelijk toegewezen, voorziening gedeeltelijk opgeheven

grond nieuwe feiten of omstandigheden

LJN-Nummer n/a

vindplaats niet gepubliceerd

TJ 159

Vzr. Rotterdam 13 mei 2003

partijen Vereniging NLCR, Suin FM, City FM, Rebecca Radio, Radio 8 FM, achterhoek Media groep, XFM, VRON, Veronica – 1. De staatssecretaris van EZ en 2. De staatssecretaris van O, C en W

derden Arrow, ID&T, Distrined, Vaassen, NRG

nummer VTELEC 03/750 enz. – Naves

LJN-Nummer AF8574

TJ 160

Vzr. Rotterdam 13 mei 2003

partijen CAIW Media – de staatssecretaris van EZ

nummer VTELEC 03/1305 en VTELEC 03/1370 ZZ – Naves.

TJ 161

Rb. Rotterdam 14 mei 2003

partijen Sezer – de staatssecretaris van EZ

nummer TELEC 02/420-RIP

TJ 162

Rb. Rotterdam 14 mei 2003

partijen R&R Communications – de staatssecretaris van EZ

nummer TELEC 01/2237-RIP

TJ 163

Rb. Rotterdam 21 mei 2003

partijen TeleSpectrum Telecommunicatie – OPTA

nummer TW 01/1969 RIP

artikels Tw 2.1, 6.9

type bodemprocedure

dictum beroep ongegrond

grond ontvankelijkheid (termijn)

LJN-Nummer n/a

vindplaats niet gepubliceerd

TJ 164

Vzr. Rotterdam 23 mei 2003

partijen Betaco – de staatssecretaris van EZ

nummer VTELEC 03/1558-NAV, VTELEC 03/1559-NAV

TJ 165

CBB 28 mei 2003

partijen OPTA, Versatel Telecom International, Koninklijke KPN en KPN Telecom

nummer AWBo2/711 15000

artikels ONP-Spraakrichtlijn I 12, 13; ONP-Spraakrichtlijn II 19; Bart 5.1, 5.2, 5.3, 5.4; Awb 8:69

type hoger beroep

dictum hoger beroep ongegrond

grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)

LJN-Nummer AG0165

vindplaats *Mediaforum* 2003/10, p. 351-355, m.nt. K.J.M. Mortelmans

TJ 166

Rb. Rotterdam 5 juni 2003

partijen Tele2 Nederland – OPTA

nummer AWB 03/1380 TELEC T1

artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13

type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 167
Rb. Rotterdam 5 juni 2003
partijen Tele2 Nederland – OPTA
nummer AWB 03/1378 TELEC T1
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 168
Rb. Rotterdam 5 juni 2003
partijen Tele2 Nederland- OPTA
nummer AWB 03/1379 TELEC T1
artikels Awb 6:2, 7:10, 7:13
type beroep
dictum beroep gegrond, vernietiging niet-genomen besluit, gebod nemen besluit
grond termijnoverschrijding OPTA
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 169
Rb. Rotterdam 2 juli 2003
partijen IJmond TV – OPTA
derden Casema
nummer TELEC 02/58-RIP
artikels Tw 8.1, 8.7; Mw 82i, 82k; Richtsnoeren kabeltoegang
type beroep
dictum beroep ongegrond

grond ABBB (zorgvuldigheid, motivering)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 170
Vzr. Rotterdam 3 juli 2003
partijen Distrined – de minister van EZ
nummer VTELEC 03/1792-RIP, VTELEC 03/1793-RIP
LJN-Nummer AH9751

TJ 171
Vzr. Rotterdam 3 juli 2003
partijen Nederlandse RadioGroep – de minister van EZ
nummer VTELEC 03/1821-RIP
LJN-Nummer AH9756

TJ 172
Vzr. Rotterdam 3 juli 2003
partijen Radio 10– de minister van EZ
nummer VTELEC 03/1660-RIP, VTELEC 03/1754-RIP
LJN-Nummer AH9746

TJ 173
Vzr. Rotterdam 3 juli 2003
partijen Arrow Classic Rock – de minister van EZ
nummer VTELEC 03/1813-RIP, VTELEC 03/1814-RIP
LJN-Nummer AH9754

TJ 174
Vzr. Rotterdam 3 juli 2003
partijen Mediasales – de minister van EZ
nummer VTELEC 03/1662-RIP, VTELEC 03/1163-RIP
LJN-Nummer AH9748

TJ 175
Vzr. Rotterdam 3 juli 2003
partijen Deltas Werk– de minister van EZ
nummer VTELEC 03/1809-RIP, VTELEC 03/1810-RIP

TJ 176
RvS 16 juli 2003
partijen OPTA, Yarosa
nummer 200301382/1
artikels Awb 1:3, 8:72; Wob 8, 10
type hoger beroep
dictum beroep ongegrond
grond ontvankelijkheid (besluit-begrip)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 177
CBB 16 juli 2003
partijen OPTA, WEBPoint
nummer AWB 02/884 15301
artikels Tw 16.1; Besluit vergoedingen Tw
type hoger beroep
dictum hoger beroep gegrond, uitspraak rechtbank vernietigd, beroep bij rechtbank ongegrond
grond regeling ten onrechte onverbindend geacht
LJN-Nummer Al1106
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 178
Vzr. Rotterdam 17 juli 2003
partijen KPN Telecom – OPTA
derden Tiscali
nummer VTELEC 03/1400-HRK
artikels Tw 1.1, 6.1, 6.3, 6.4, 6.9
type voorlopige voorziening
dictum verzoek toegewezen, besluit geschorst
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip)
LJN-Nummer Al0514
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 179
CBB 23 juli 2003
partijen VZG Communications – OPTA
nummer AWB 02/1642 15302

artikels Tw 1.1, 2.1, 2.2
type hoger beroep
dictum hoger beroep gegrond, uitspraak rechtbank gedeeltelijk vernietigd,
beroep bij rechtbank niet-ontvankelijk
grond ontvankelijkheid (appelabel rechtsoordeel)
LJN-Nummer Al1135
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 180
Rb. Rotterdam 29 juli 2003
partijen UBN Uitzendbureau – OPTA
derden Name Management Center
nummer TELEC 01/2825-MES
artikels Tw 4.2-4.5, 4.7
type beroep
dictum beroep ongegrond
grond bevoegdheid (interpretatie wettelijk begrip), ABBB (zorgvuldigheid, evenredigheid)
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 181
Vzr. Rotterdam 29 juli 2003
partijen KPN Telecom – OPTA
derden MCI Worldcom en Versatel
nummer VTELEC 03/1803-MES en VTELEC 03/1804-MES
artikels geen
type voorlopige voorziening
dictum verzoeken afgewezen
grond ontvankelijkheid (spoedeisend belang), besluit niet onmiskenbaar onrechtmatig
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd

TJ 182
CBB 27 augustus 2003
partijen OPTA, Koninklijke KPN, KPN Mobile
nummer AWB 02/320
artikels Tw 16.1; Besluit vergoedingen Tw; Regeling vergoedingen OPTA 1999 II

type hoger beroep
dictum hoger beroep gegrond, uitspraak rechtbank vernietigd
grond regeling ten onrechte onverbindend geacht
LJN-Nummer n/a
vindplaats niet gepubliceerd