

Artikel

De onderhandelplicht in het telecommuni- catierecht en onderhandelingen volgens het algemene verbintenissenrecht

Mr. dr. S.J.H. Gijrath*

1. Inleiding

De normering van de onderhandelingsfase mag zich in de Nederlandse jurisprudentie voortdurend op aandacht verheugen. Uitgangspunt bij contractsonderhandelingen tussen professionele partijen is (een grote mate van) contracteervrijheid, wat ook inhoudt dat er sprake is van – een door de jurisprudentie geconditioneerde – vrijheid om onderhandelingen af te breken. Waar sprake is van contractdwang kan dit anders zijn. Het meest bekende voorbeeld: een partij wordt verplicht een overeenkomst te sluiten met een zwakkere partij. Er is nog een interessante tussenvorm, voortkomend uit de regulering op Europees en nationaal niveau van de netwerksectoren: de onderhandelplicht. Daarbij is dus geen sprake van een verplichting om een overeenkomst te sluiten, maar wel om erover te onderhandelen.

In deze bijdrage wordt de onderhandelplicht in het telecommuni-
catierecht besproken, onder meer in het licht van de jurisprudentie betreffende het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase.

2. Regulering van de onder- handelplicht

Ons recht is bekend met het opleggen van verplichtingen om de zwakkere partij te beschermen. Deze verplichtingen raken vooral privépersonen, bijvoorbeeld werknemers, consumenten, agenten,

patiënten of reizigers.¹ Ongebruikelijk is dat *vooraf* in het onderhandelproces wordt ingegrepen.

Bij toegang tot en interconnectie – dat is de koppeling – van elektronische communicatienetwerken *moeten* verschillende aanbieders van netwerken en diensten met elkaar onderhandelen in het belang van de eindgebruikers.² Voor deze ingrijpende verplichting bestaat allereerst een historische reden.

De Europese regelgever was van mening dat nieuwe toetreders op de telecommunicatiemarkt (in dit artikel ook wel ‘Telco’s’ genoemd) zich in een nadelige positie bevonden ten opzichte van de bestaande dominante aanbieder die kon bogen op een reeds verworven, monopolistische marktpositie. Ook vond de Europese regelgever het aannemelijk dat nieuwe toetreders een achterstand hadden, omdat zij te maken kregen met marktstructuren die over langere perioden waren ontstaan, bijvoorbeeld door de historische configuratie van de bestaande telecommunicatienetwerken. Toen de voormalige monopolist werd opgedragen om concurrenten toe te laten tot haar netwerk, was in de ogen van de wetgever sprake van een informatieachterstand bij de Telco. Het aanbod dat de dominante aanbieder aan haar concurrenten moest doen, was volgens de wetgever niet transparant, waardoor er een positie van precontractuele ongelijkheid kon ontstaan. Er kon ook onzekerheid ontstaan, omdat bijvoorbeeld de hoge verwachtingen van de eindgebruikers (bijvoorbeeld ten aanzien van beschikbare technologie) door de Telco’s niet konden worden waargemaakt zonder

* Partner, Baker & McKenzie Amsterdam N.V., senior medewerker, Tilburg Institute for Law, Technology & Society, Universiteit van Tilburg.

1 Zie T. Hartlief, De vrijheid beschermd, enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht, Deventer: Kluwer 1999, p. 2; E.H. Hondius, ‘De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, Meijerreeks nr. 12, Deventer: Kluwer 1999, p. 387.

2 Zie ook S.J.H. Gijrath, Interconnection Regulation and Contract Law (diss. Tilburg), Amstelveen: deLex 2006.

volledige medewerking van de dominante aanbieder, hetgeen zou kunnen leiden tot verstoring van de mededinging wanneer de aanbieder niet bereid was rekening te houden met de eisen van de Telco's.³ Hierbij werd dan geen rekening gehouden met de omstandigheid dat de nieuwe toetreders op de thuishmarkt vaak zelf een sterke positie innamen en over voldoende technische en financiële kennis beschikten.

Vanwege de verstoring op de markt werd aan de voormalige monopolisten een aantal specifieke toegangsverplichtingen opgelegd, maar aan alle partijen een onderhandelplicht. Daarbij lag aanvankelijk het zwaartepunt bij het geven van bescherming aan de Telco's. Ik veroorloof me een opmerking vanuit een economische optiek: het uitgangspunt zou juist voor *alle* aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten in principe moeten zijn dat er vrije onderhandelingen over toegang plaatsvinden. Simpel gezegd: netwerkeffecten leiden ertoe dat communicatienetwerken weinig waard zijn, indien ze niet aan andere netwerken worden gekoppeld.⁴ Zodra er in enige mate een speelveld ontstaat, kan er dus van worden uitgegaan dat partijen er naar zullen streven overeenstemming te bereiken over toegang of interconnectie, omdat het in het belang van de exploitanten is dat hun klanten met klanten van andere netwerkexploitanten spraak- en/of databerichten kunnen uitwisselen: het genereert inkomsten voor beide partijen.⁵ De netwerken nemen in waarde toe naarmate er meer klanten gebruik van maken (zolang dat de prijs-kwaliteitverhouding niet nadelig beïnvloedt).⁶

Het economische orderingsbelang verschaft drie ratio's voor het ingrijpen in de vrijheid van onderhandelen bij interconnectie: het verminderen van transactiekosten, het bevorderen van technologische vooruitgang en het beschermen van consumenten, bij gebreke waarvan zich netwerkexternaliteiten kunnen voordoen.⁷ Onder deze omstandigheden kan de regulering van het onderhandelproces noodzakelijk zijn om de interoperabiliteit van netwerken tegen redelijke prijzen te waarborgen.⁸

3 Zie P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Deventer: Kluwer 2000, p. 382.

4 Zie M.L. Katz & C. Shapiro, 'Systems Competition and Network Effects', [1994] 8 J Econ. Pers. 2, p. 93.

5 Zie P. Larouche, a.w., p. 382 e.v. Het wordt ook genoemd in paragraaf 2 van de 'Communications Review, Communication from the Commission, The results of the public consultation on the 1999 Communications Review and Orientations for the new Regulatory Framework' (provisional text), COM (2000) 239 final.

6 Het is overigens mogelijk dat aanbieders vrijwillig besluiten om geen interconnectieovereenkomst met elkaar aan te gaan. Een reden kan zijn dat de nieuwe toetreders tot de conclusie komen dat het beter kan profiteren van gratis, positieve netwerkeffecten en aldus de potentiële gebruikers op de bewuste markt aan te spreken, terwijl deze aanbieder niet zo goed netwerkeffecten kan neutraliseren door een interconnectieovereenkomst te sluiten en vervolgens te gaan concurreren.

7 Vgl. S.J. Liebowitz & S.E. Margolis, 'Network Externalities: An Uncommon Tragedy', [1994] 8 J Econ. Pers. 2, p. 133-150, p. 149: netwerkeffecten kunnen worden geneutraliseerd door te onderhandelen.

8 Zie P. Larouche, a.w., p. 384 voor een andere invalshoek wat betreft de primaire interconnectieregel: de onderhandelplicht. Hij baseert zich daarbij op economische literatuur over standaardisatie uit de jaren negentig: S.M. Besen, J. Farrell, 'Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization', [1994] 8 J Econ. Pers., p. 125 e.v. Zij onderscheiden verschillende scenario's: waar partijen strijden in de onderhandelingen gaat het om 'de strijd der seksen': de partijen willen op zich wel hun netwerken koppelen, maar verschillen ernstig van mening over de voorwaarden. Mochten partijen tot de conclusie komen dat ze er niet uit willen komen samen, lijkt dit op het 'Tweedledum en Tweedledee'-scenario: partijen zullen dan op de zelfde markten concurreren zonder netwerk-interoperabiliteit te bereiken, omdat zij denken dat hun dit geen voordeel oplevert.

De Commissie van de Europese Unie (EU) heeft uiteindelijk in de richtlijnen die hebben geleid tot harmonisatie en liberalisering van de telecommunicatiemarkten een onderhandelplicht en -recht vastgelegd, die geldt voor alle aanbieders van elektronische communicatienetwerken, ongeacht hun marktaandeel. Toch had de EU ook oog voor de contractvrijheid, wat blijkt uit twee verschillende citaten, in het kader van de harmonisatie van het verbintenisrecht in de lidstaten van de EU en in het kader van de regulering van de elektronische communicatiemarkten:

*'Het beginsel van contractvrijheid, dat centraal staat in het contractenrecht van alle Lidstaten, stelt contracterende partijen in staat om overeenkomsten aan te gaan die het beste beantwoorden aan hun specifieke belangen. Deze contractvrijheid wordt beperkt door dwingend recht of andere verplichtingen. Echter, dwingendrechtelijke bepalingen zijn er in beperkte mate en partijen behouden een grote mate van vrijheid om contracten en voorwaarden die bij hen passen uit te onderhandelen. Dit is vooral het geval bij contracten met bijzondere kenmerken of die een complexe situatie bestrijken.'*⁹

Het tweede citaat is uit de eerste Interconnectierichtlijn – waarover hierna meer –, die is aangenomen onder het *Open Network Provision* (ONP)-kader in 1997 dat de aanzet gaf tot de liberalisering van de telecommunicatiemarkten. Alweer lijkt de Commissie uit te gaan van vrije onderhandelingen:

*'In een open en concurrerende markt dienen er geen beperkingen te bestaan die het ondernemingen ervan weerhoudt om toegang- en interconnectieovereenkomsten met elkaar te sluiten, in het bijzonder voor zover het grensoverschrijdende overeenkomsten betreft, en met inachtneming van de mededingingsrechtelijke bepalingen van het (EG) Verdrag. In verband met het realiseren van een meer efficiënte en werkelijke pan-Europese markt, met daadwerkelijke mededinging, meer keuze en concurrerende diensten voor consumenten, zouden ondernemingen die een verzoek tot toegang of interconnectie ontvangen, in principe dergelijke overeenkomsten op commerciële basis en te goeder trouw moeten uitonderhandelen.'*¹⁰

Deze citaten geven geen aanknopingspunten tot het opleggen van een onderhandelplicht. Ook in het kader van de Toegangsrichtlijn – die in 2002 de Interconnectierichtlijn (grotendeels) verving – sprak de Commissie aanvankelijk haar voorkeur uit voor vrije, commerciële onderhandelingen boven regulering van het onderhandelproces.¹¹ Dit vertaalde zich slechts in een gedeeltelijke herij-

9 Commission to the European Parliament and the Council on A More Coherent European Contract Law, 2003/C 63/01, paragraph 81, hoewel de opmerking wordt geplaatst in de context van het stimuleren van standaardisering van contractvoorwaarden binnen de EU.

10 Zie ook overweging (12) Council Directive 97/33/EC of 30 June 1997 on interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision (ONP) [1997] OJ L 199/32, as amended by Council Directive 98/61/EC amending Directive 97/33/EC with regard to operator number portability and carrier pre-selection, [1998] OJ L 268/37 ('Interconnectierichtlijn'), p. 34.

11 Zie ook art. 12 lid 1 Council Directive 2002/19/EC of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks, [2002] OJ L 108/7 ('Toegangsrichtlijn'): 'De nationale regelgevende instanties kunnen aan die verplichtingen (sic) voorwaarden verbinden aangaande billijkheid, redelijkheid en opportuniteit. Voor Nederland, MvT, (Kamerstukken II 1997/98), 25 533, nr. 5, p. 78.

king van de in de Interconnectierichtlijn vastgelegde onderhandelplicht.¹² In de eerste plaats bepaalde de Toegangsrichtlijn dat de lidstaten niet (meer) mochten bepalen dat een vergunning of registratie noodzakelijk was om te kunnen onderhandelen over toegang of interconnectie. Aan de andere kant werd bepaald dat de nationale regelgevende instantie (NRI) – in Nederland OPTA – daar waar ‘commerciële onderhandelingen niet tot succes leiden’ op adequate wijze toegang, interconnectie en diensteninteroperabiliteit in het belang van eindgebruikers moesten waarborgen. Aangenomen mag worden dat deze verplichting slechts gold voor zover het aanbieders van elektronische communicatienetwerken (en niet -diensten) betrof.¹³

Artikel 4 (1) Toegangsrichtlijn hanteerde als uitgangspunt het recht op en de verplichting tot onderhandelen en luidde, voor zover relevant:

‘Exploitanten van openbare communicatienetwerken zijn gerechtigd, en, wanneer hun daarom wordt verzocht door daartoe gemachtigde ondernemingen, verplicht te onderhandelen over interconnectie met het doel algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, teneinde de verlening en de interoperabiliteit van de diensten in de gehele Gemeenschap te waarborgen. (...).’

Het gebruik van het woord ‘waarborgen’ in de context van interoperabiliteit van diensten lijkt er op te duiden dat voor de aanbieders van spraaktelefonienetwerken een resultaatsverplichting bleef gelden om eind-tot-eindverbindingen tot stand te brengen en valt enigszins moeilijk te rijmen met de daaraan voorafgaande tekst.¹⁴ Hoewel deze bepaling een lichtere vorm van interventie voorstond dan de voorganger uit de Interconnectierichtlijn, bood de Toegangsrichtlijn in artikel 12 anderzijds wel de mogelijkheid voor de NRI te interveniëren ‘op eigen initiatief’.¹⁵

De overwegingen bij de Richtlijn verschaften geen duidelijkheid over de vraag hoe de Commissie het beginsel van goede trouw zag in deze context, bijvoorbeeld zoals het principe wordt gehanteerd in het continentale civiele recht of anderszins.

In de Telecommunicatiewet (2004) wordt de onderhandelplicht verwoord in artikel 6.1 (1):

‘Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen, waaronder zo nodig door middel van interconnectie van de betrokken netwerken, opdat eind- tot eindverbindingen tot stand worden gebracht.’¹⁶

12 Zie ook S.J.H. Gijrath 2006, a.w., hoofdstuk 4.

13 Overweging (5), tweede zin en (6) Toegangsrichtlijn; Zie echter ook art. 5 lid 4 Council Directive 2002/21/EC of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, [2002] OJ L 108/33 (‘Kaderrichtlijn’).

14 Art. 5 lid 1 (a) Toegangsrichtlijn. Vgl. met CBB 24 November 2004, Mediaforum 2005/3, nr. 12 (Yarosa/T-Mobile). Zie ook S.J.H. Gijrath, ‘Interoperability revisited: how far does the duty to negotiate access and interconnection extend?’ 2006 1 CTRLR 14.

15 Art. 12 jo. art. 5 lid 4 Toegangsrichtlijn.

16 Zie art. 6.1 (1) Tw.

Dit wordt ook wel de *primaire* interconnectieregel genoemd.¹⁷ De onderhandelplicht die is opgelegd in de Interconnectie- en later de Toegangsrichtlijn, zoals geïmplementeerd in de Tw, vormt een afwijking van het principe van contractvrijheid. Voorts kent de Tw een bepaling die er in voorziet dat de partij die wordt geacht aanmerkelijke marktmacht te hebben (de AMM-partij) te goeder trouw moet onderhandelen wat betreft een toegangverzoek.¹⁸

De Tw biedt vervolgens een tweetrapsraket: (1) de NRI kan aanwijzingen geven om de onderhandelingen te bespoedigen;¹⁹ en (2) de NRI kan zonodig zelf de contractuele voorwaarden vaststellen op verzoek van één van de partijen.²⁰ Ik kom straks terug op deze vorm van interventie.

Contractsonderhandelingen als zodanig vormen geen voorwerp van sectorspecifieke regelgeving. De wettelijke onderhandelplicht kan nader worden verklaard uit de noodzaak die de regelgever zag om alle betrokken partijen richting een overeenkomst te duwen. Het kunnen terugvallen op de regelgeving betreffende (misbruik van) machtsposities op zich werd en wordt niet als afdoende beschouwd.²¹ Sommige auteurs betwijfelen ook bij een deels geliberaliseerde markt of het algemene mededingingsrecht voldoende soelaas zou bieden (zij richten zich echter vooral op tariefregulering, die onder de secundaire interconnectieregels valt); maar zij erkennen het belang van het mededingingsrecht bij het aanvullen

17 P. Larouche, a.w., p. 384. Secundaire interconnectieregels betreffen het opleggen van specifieke verplichtingen aan partijen met AMM.

18 Vgl. art. 6a.6 (2) b. 2004 Tw waarbij aan partijen met AMM een aantal (secondaire) interconnectieverplichtingen worden opgelegd en uitdrukkelijk is bepaald dat een AMM-partij moet voldoen aan redelijke toegangverzoeken. Ook spreekt de wet van een goede trouw verplichting in dit artikel. Ook gelden specifieke informatieverplichtingen en een geheimhoudingsplicht, vgl. M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, Good faith in European private law, Deventer: Kluwer 1999, p. 90-93 en 258-262. De informatieverplichtingen zijn te vinden in art. 6a.9 (1) Tw (tarieven) en 6a.9 (2) Tw (publicatie van een referentieaanbieding).

19 Vgl. Art. 6.1 (3) Tw: ‘Het college kan op aanvraag van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die van mening is dat een andere aanbieder jegens hem de verplichting tot onderhandelen niet nakomt, voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden, onverminderd het recht van aanbieders gezamenlijk de onderhandelingen te beëindigen. De betrokken aanbieders houden zich bij hun onderhandelingen aan de door het college gegeven voorschriften.’

20 Vgl. art. 6.2 (1) Tw: ‘Indien de onderhandelingen, bedoeld in artikel 6.1, niet resulteren in een overeenkomst tussen de in dat artikel bedoelde aanbieders, kan het college op aanvraag van een van hen, voor zover naar het oordeel van het college verdere onderhandelingen redelijkerwijs niet meer zullen leiden tot een overeenkomst, de andere betrokken aanbieder, voor zover deze daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, verplichten de door de aanvrager gewenste eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen en te waarborgen onder de belangen van de andere aanbieder die ertoe geleid hebben dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen redelijkerwijs niet opwegen tegen de belangen van de indiener van het verzoek.’ De NRI kan ook tussenbeide komen in het algemeen belang, zie art. 6.2 (2) Tw.

21 Art. 86 (1) EG-Verdrag bepaalt – kort gezegd – dat publieke ondernemingen die verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van publiekrechtelijke taken en uit dien hoofde exclusieve of speciale rechten bezitten, geen privileges zouden mogen genieten boven andere ondernemingen wat betreft het zich houden aan de verdragsbepalingen. Het is de lidstaten niet toegestaan om deze ondernemingen te dwingen of te helpen te handelen in strijd met de bepalingen in het Verdrag. Art. 86 (3) EG-Verdrag biedt de Commissie over vergaande interventiemogelijkheden. Deze bepaling is met name van belang voor staatsmonopolies en in markten die geleidelijk zijn geliberaliseerd verliest ze waarschijnlijk aan belang. Zie ook C. Koenig, A. Bartosch & J-D Braun, EC Competition and Telecommunications Law, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 80 e.v., P. Larouche, a.w., p. 53 e.v.

van sectorspecifieke regelgeving.²² Op het verband tussen het mededingingsrecht en contractformatie gaan zij niet in.

Indien een NRI wordt gevraagd te interveniëren, moet het een redelijkheidstoets uitvoeren. Deze redelijkheidstoets vindt zijn oorsprong in het administratieve recht en is dus een andere test dan de redelijkheidstoets die een burgerlijke rechter kan toepassen. Er is nu nog geen jurisprudentie waarbij een rechter heeft vastgesteld dat de weigering van een partij te onderhandelen of te leveren onredelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het verbintenissenrecht. De volgende stap is te bezien of de onderhandelplicht feitelijk kan neerkomen op contractdwang, bijvoorbeeld door het beginsel dat partijen te goeder trouw moeten onderhandelen te hanteren, welke goede trouw aldus onder omstandigheden kan leiden tot de verplichting een overeenkomst te sluiten; zelfs onder de primaire interconnectieregel.

Nu de Commissie heeft verzuimd aan te geven wat zij bedoelde met 'goede trouw', zal een rechter die door een partij wordt gevraagd te oordelen over afgebroken interconnectieonderhandelingen, zich moeten afvragen of zij de goede trouw moet interpreteren in overeenstemming met ons civiele recht, of dat zij een door administratief recht voorgeschreven norm moet hanteren. Hierdoor bestaat de kans dat nationale rechters verschillende normen ontwikkelen wat betreft de onderhandelplicht.

3. De goede trouw en contractvrijheid in het verbintenissenrecht

Een samenvatting op hoofdlijnen volstaat voor de lezers van dit blad: de contractvrijheid behelst niet alleen dat partijen in privaatrechtelijke overeenkomsten volledig mogen afwijken van wettelijke bepalingen die geen dwingend karakter dragen. Partijautonomie betekent ook dat het partijen vrij staat in het geheel geen overeenkomst te sluiten.²³ Toch beperkt het burgerlijke recht de vrijheid van partijen (niet) te contracteren, bijvoor-

22 P. Larouche, a.w., p. 211 e.v., die twijfels uit of de doctrine inzake essentiële faciliteiten de eis van het verrichten van marktdefinitie en de bepaling van dominantie zou kunnen vervangen. Koenig, Bartosch, Braun, a.w., p. 67. In geval van prijsdiscriminatie zou nog een beroep kunnen worden gedaan op Art. 82 EG-Verdrag. Zie ook S. Martinez Lange & H. Brokelmann, 'The Respective Roles of Sector-Specific Regulation and Competition Law and the Institutional Implications', in: C.D. Ehlermann & L. Goslings (eds.), *European Competition Law Annual 1998: Regulating Competition Markets*, p. 63. Er zijn zaken geweest op EG-niveau waarbij de Commissie art. 82 EG-Verdrag heeft toegepast in geval van excessieve prijzen, zie Commissie Persberichten IP/02/483 van 27 maart 2002 (KPN Telecom) en IP/02/686 van 8 mei 2002 (Deutsche Telekom).

23 Zie ook J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 1979; B. Nieskens-Ipshoring, *Het fait accompli in het vermogensrecht; een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991; en over het onderscheid tussen contractvrijheid en partijautonomie: B.M. Vranken, 'Over partij-autonomie, contractvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: MA.B. Cahu-Duivis & H.A.W. Vermeulen (eds.), *Beginselen van het contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155, p. 146 (en de voetnoten op p. 147).

beeld wanneer er fundamentele rechten in het geding zijn.²⁴ Een voorbeeld van een beperking op de contractvrijheid is de dwanglicentie in het octrooirecht, al speelt deze in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis: veeleer fungeert deze als aansporing voor octrooihouders alsnog op redelijke voorwaarden een licentie aan concurrenten te verstrekken.²⁵

Partijen bij onderhandelingen dienen zich te goeder trouw op te stellen.²⁶ Goede trouw is een open norm.²⁷ Deze norm kan in principe niet contractueel worden uitgesloten.²⁸ De goede trouw norm laat daarom ruimte om te bepalen wat redelijk is onder de omstandigheden.²⁹

4. Het onderhandelproces op de telecommunicatiemarkt

Ten aanzien van het onderhandelproces zullen de feiten die de onderhandelingen omgeven van groot belang zijn. Niet alleen kan het in strijd zijn met de goede trouw dat een partij onderhandelt

24 Zie J.M. Smits, 'De principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law', WPNR 2001-6436, p. 235 e.v., hij stelt dat contractvrijheid niet grondwettelijk is vastgelegd. Vgl. HR 26 april 1996, NJ 1996/728 (Gemeente Rijssen/Universal Star Productions; Rasti Rostelli), waarin de Hoge Raad overwoog dat in de onderhavige situatie de vrijheid van meningsuiting de contractvrijheid opzij zette. Zie ook art. 3:40 BW. Het praktisch belang van deze bepaling voor het onderhavige onderwerp lijkt gering, aangezien weinig overeenkomsten zijn vernietigd op basis van strijd met de wet en het niet goed denkbaar is dat schending van de onderhandelplicht in het telecommunicatierecht tot vernietiging zou leiden (er is dan geen contract om te vernietigen).

25 Zie art. 5A Verdrag van of Parijs (1883). Zie art. 57 (1) Rijsoctrooiwet 1995 ('ROW'). Een aantal pogingen om een dwanglicentie uit hoofde van art. 57 (1) ROW op te leggen, is gefaald. Zie bijvoorbeeld Minister van Economische Zaken 9 januari 1980, BIE 1981/38. HR 21 april 1995, NJ 1996/462 (Boehringer/Kirin Amgen); Hof Den Haag 27 juni 2002, BIE 2003/58 (Primus v. Roche).

26 Onderscheid dit van de derde te goeder trouw, zie art. 3:11 BW; HR 15 november 1957, NJ 1958 67 (Baris/Riezenkamp).

27 De goede trouw en het verbintenissenrecht, o.a.: M.W. Hesselink, 'Good faith', in A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra & E. du Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*, Den Haag: Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, 1998; A.F. Mason, 'Contract, good faith and equitable standards in fair dealing', 116 LQR (2000), p. 66 e.v. Het begrip is in ons contractenrecht niet gecodificeerd. vgl. D. Busch, E. H. Hondius, H. van Kooten, H. Schelhaas & W. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, Den Haag: Ars Aequi Libri & Kluwer Law International 2002, p. 48 e.v. In het BW wordt de term 'redelijkheid en billijkheid' gebezigd, zie bijv. art. 6:248 BW, Asser-Hartkamp 4-II 1997, nr. 2001. Vgl. art. 2:15 Unidroit Principes (UP), waarin wordt bepaald dat: 1) het een partij vrijstaat te onderhandelen en deze partij niet aansprakelijk is voor het niet bereiken van overeenstemming; 2) echter, indien een partij te kwader trouw onderhandelt of de onderhandelingen afbreekt, is deze aansprakelijk voor de schade geleden door de andere partij; and 3) het wordt met name te kwader trouw geacht indien een partij onderhandelingen ingaat, terwijl deze juist helemaal niet de intentie heeft een overeenkomst te sluiten met de andere partij. Zie ook art. 2:301 Principles of European Contract Law (PECL).

28 In de praktijk spreken partijen eerder het omgekeerde af, namelijk dat ze te goeder trouw zullen onderhandelen. Het referentie interconnectieaanbod (RIA) van KPN Telecom (versie RIO 2004.1.0) bevatte niet een dergelijke bepaling, de art. 2.4 en 2.5 van British Telecom's 2004 aanbod 'Public Electronic Communications Networks (C7) Standard Interconnection Agreement' wel.

29 Hesselink, a.w., p. 37 is juist van mening dat de goede trouw een volledig open norm is en daarmee niet werkelijk door rechters kan worden toegepast.

terwijl zij geen intentie heeft een overeenkomst te sluiten,³⁰ ook – en dit is vooral van belang bij interconnectie-onderhandelingen met een partij met AMM – kan het misbruik maken van de afhankelijkheid van de wederpartij,³¹ of het opleggen van onereuze impliciete contractverplichtingen, een rol spelen bij het waarden van de norm.³²

In de jurisprudentie betreffende onderhandelingen was tot augustus 2005 de algemene norm dat iedere partij rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen (of verwachtingen) van de wederpartij.³³ In de telecommunicatiepraktijk betekende dit in ieder geval dat de partij met AMM er van uit mocht gaan dat de nieuwe toetreders geïnteresseerd was in: 1) de spoedige terbeschikkingstelling en feitelijke levering van interconnectiepunten (PoCs); 2) snelle en kwalitatief hoogwaardige dienstverlening; 3) snelle verbindingen onafhankelijk van het gekozen netwerk tegen acceptabele kwaliteitsniveaus; 4) tegen de meest gunstige tarieven; en 5) met de grootst mogelijke flexibiliteit in het voordeel van de nieuwe toetreders, die zo snel mogelijk marktaandeel wenst te overnemen.

Van belang is ook dat de jurisprudentie rekening houdt met de fase waarin de onderhandelingen verkeren. Het betreft een glijdende schaal, en naarmate de onderhandelingen in een verder stadium verkeren, zal de goede trouw zwaarder wegen en kan afbreken moeilijker zijn.³⁴

Indien dit beginsel wordt toegepast op onderhandelingen betreffende interconnectie of toegang, zal een partij met AMM daarom voorzichtiger moeten omgaan met een wederpartij met wie zij al enkele besprekingen heeft gevoerd, dan met een derde die slechts een kopie van het referentie interconnectie aanbod (RIA) aanvraagt.

In het navolgende worden behandeld: de goede trouw bij gebreke van een onderhandelplicht, de reikwijdte van de onderhandelplicht, afgebroken onderhandelingen over toegang en intercon-

nectie en toepassing van goede trouw op afgebroken interconnectie-onderhandelingen.

4.1 Goede trouw bij gebreke aan een onderhandelrecht en -plicht

Gesteld dat de Tw geen onderhandelrecht en -plicht bevatte, dan rijst de vraag of een betrokkene bij interconnectie-onderhandelingen op ieder moment de onderhandelingen eenzijdig kan afbreken.³⁵

In ieder geval daar waar het een partij met AMM betreft, voorziet ik dat het burgerlijke recht in dat geval een zekere mate van bescherming zou bieden aan Telco's en deze AMM-partijen effectief zouden afschrikken van het onderhandelen zonder intentie tot een overeenkomst te komen: verdedigbaar is dat de AMM-partij geen misbruik mag maken van de (beweerdelijk) zwakkere positie van de wederpartij en er bestaat geen alternatief voor de Telco.³⁶ Het omgekeerde zou ook kunnen gelden voor de Telco, vooral op het moment dat de desbetreffende markt zich openstelt voor concurrentie. In de periode 1997-2006 heeft een groot aantal partijen de Nederlandse markt betreden. Gezien die ontwikkeling kan het de partij met AMM er aan zijn gelegen zo snel mogelijk contracten te sluiten met nieuwe toetreders. Het zal minder snel in strijd zijn met de goede trouw indien een nieuwe toetreders de onderhandelingen afbreekt dan omgekeerd.³⁷ Maar zelfs indien er geen onderhandelplicht zou bestaan, bevat de Tw een aantal verplichtingen, dat naar contractdwang neigt.³⁸

4.2 De reikwijdte van de onderhandelplicht: een inspannings- of een resultaatsverplichting?

Onder de oude Tw deed zich de vraag voor of de plicht om te onderhandelen in feite neerkwam op een interconnectieplicht.³⁹ Dit zou neigen naar contractdwang, wat verder gaat dan een onderhandelplicht.⁴⁰ De wet bepaalde nergens dat partijen tot een eindresultaat moesten komen bij hun onderhandelingen en daarmee tot stand moesten brengen. Artikel 6.1 (6) Tw oud bepaalde dat er een onderhandelplicht bestond.⁴¹ Aangenomen werd dat deze verplichting – in samenhang met artikel 6.9 Tw oud (dat uit-

30 Bijvoorbeeld art. 2:301 PECL. Deze bepaling is niet te vinden in het BW. Ons rechtstelsel gaat hier uit van de precontractuele goede trouw die partijen bij onderhandelingen in acht horen te nemen. Een voorbeeld in het geval van interconnectieovereenkomsten kan zijn de situatie waarbij de partij met AMM van haar wederpartij expliciet verlangt dat deze aantoonbaar over een OPTA-registratie te beschikken en vervolgens zonder reden de onderhandelingen afbreekt, omdat zij van mening is dat de nieuwe toetreders geen aanbieder van een openbaar netwerk is. De nieuwe toetreders heeft dan wel kosten gemaakt op instigatie van de AMM-partij; vgl. H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz & D. Tallon, *Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2002, p. 238 e.v.

31 Zie bijv. art. 3:44 BW, wat niet onmiddellijk relevant lijkt in verband met interconnectieonderhandelingen, aangezien het in het BW om zeer subjectieve criteria gaat. Vgl. art. 4:109 PECL, dat handelt over excessief voordeel en art. 3:10 UP (dat spreekt over *gross disparity*). Een voorbeeld bij een interconnectiecontract is een volstrekt onheldere beschrijving in het *Operations and Maintenance Manual*, welke beschrijving in feite neerkomt op een uitsluiting van aansprakelijkheid en waardoor de nieuwe toetreders niet de diensten ontvangt die zij mag verwachten.

32 Zie bijv. art. 6:102 PECL, dat handelt over impliciete voorwaarden; art. 2:20 UP gaat over 'verrassende voorwaarden'. Dit heeft geen evenknie in ons recht, al valt hier wellicht een argument te maken onder art. 6:248 lid 1 BW. Een voorbeeld bij interconnectie kan zijn de veronderstelling dat een weigerachtige partij met AMM een minimum *service level* afgeeft, door te vergelijken wat collega-bedrijven doen.

33 Zie HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1994, p. 52 e.v.

34 Vgl. H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992., p. 50.

35 Vgl. art. 2:301 lid 1 PECL, dat evenmin een vergelijkbare bepaling in het BW kent.

36 Vgl. art. 2:301 lid 3 PECL: 'It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.'

37 Als in ogenschou wordt genomen dat de partij met AMM beschikt over een essentiële faciliteit, en de weigering hiertoe toegang te verschaffen kan worden gezien als misbruik van een machtspositie.

38 Wat betreft de regulering van onderhandelingen, zou het model verschillen: het zou gaan om volstrekt commerciële onderhandelingen, zonder een actieve rol vooraf voor de nationale regelgevende instantie, maar met aandacht voor mededingingsrecht.

39 Art. 5.4 UP beschrijft de gevolgen van de classificatie van dergelijke verplichtingen aldus (vrij vertaald): '1) voor zover een verplichting van een partij betrekking heeft op het bereiken van een bepaald resultaat, is deze partij gehouden dat resultaat te bereiken. 2) Voor zover een verplichting van een partij betrekking heeft op een maximale inspanningsplicht bij de uitvoering van een activiteit, is die partij gehouden een inspanning te verrichten die door een redelijk handelend en vergelijkbare persoon onder dezelfde omstandigheden zouden worden gedaan.'

40 Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Deventer: Kluwer 2005.

41 Zie ook NVII, PG, p. 286. E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.A.M. Nijhof & M.L. Verberne, *Handboek Telecommunicatieright*. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie, Den Haag: Sdu 1999, p. 450-451, N. Sitompoel, 'De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid', *Computerrecht* 2000/3, p. 123, p. 125 e.v.

sluitend van toepassing was op AMM-partijen) – betekende dat de AMM-partij een toegang- of interconnectieverzoek eenvoudigweg niet kon weigeren.⁴² De NRI ging nog een stap verder en was van mening dat de wet aldus moest worden gelezen dat sprake was van een interconnectieplicht, los van de vraag wie met wie onderhandelde. Dus strekte de interconnectieplicht zich volgens de NRI uit tussen nieuwe toetreders onderling.⁴³

Een andere vraag die zich in dit verband voordeed, was of aan de onderhandelplicht (dan wel de interconnectieplicht) was voldaan zodra partijen het (standaard) interconnectiecontract ondertekenden, of pas wanneer de interconnectiefaciliteiten daadwerkelijk ter beschikking kwamen.⁴⁴ De NRI nam het beleidsstandpunt in dat de nieuwe toetreders gezien zijn belang bij het verkrijgen van interconnectiediensten kon volstaan met het doen van een bestelling. Dit legde een verplichting bij de AMM-partij om de netwerkkoppeling tot stand te brengen; al moest over de contractuele voorwaarden nog worden onderhandeld.

De oude Tw neigde dus naar contractdwang en een resultaatsverplichting (tenminste voor de AMM-partij) die verder ging dan wat de Commissie had beoogd.

Artikel 4 lid 1 Toegangsrichtlijn was minder verstrekkend. Het ging wel nog steeds uit van een onderhandelplicht voor netwerkexploitanten.⁴⁵ De bepaling werd geïmplementeerd in een nieuw artikel 6.1 (1) Tw, en de Nederlandse implementatie lijkt weer verder te gaan dan wat de Commissie voor ogen stond bij het nieuwe kader.⁴⁶

4.3 Afgebroken onderhandelingen

Artikel 6.1 (3) Tw bepaalt dat het partijen vrijstaat in gezamenlijk overleg de onderhandelingen af te breken. De wetgever wilde hiermee benadrukken dat de onderhandelplicht niet absoluut is en het partijen vrijstaat samen tot de conclusie te komen dat ze geen overeenkomst zullen sluiten. Onduidelijk is wat deze bepaling toevoegt.

Stel dat de Tw geen bijzondere procedure had gekend in verband met afgebroken onderhandelingen. Wat zou er in de praktijk gebeuren, indien een partij de interconnectieonderhandelingen zou afbreken? Wanneer de AMM-partij daadwerkelijk de onderhandelingen afbreekt, staat de nieuwe toetreders een aantal rechtsmiddelen ter beschikking.⁴⁷

Onder bijzondere omstandigheden kan een partij, die onderhandelingen afbreekt, aansprakelijk zijn voor de schade die daardoor

bij de wederpartij ontstaat.⁴⁸ De grondslag voor een dergelijke vordering zal ook bij interconnectieonderhandelingen in de regel onrechtmatige daad zijn. De literatuur onderscheidt in ieder geval drie situaties: 1) een partij gaat onderhandelen in de wetenschap dat ze geen overeenkomst zal sluiten; 2) een partij onderhandelt verder met een andere partij in de wetenschap dat ze geen overeenkomst zal sluiten; en 3) een partij breekt onderhandelingen af in strijd met de goede trouw en zonder opgaaf van redenen.⁴⁹

Gaat het om een AMM-partij die onderhandelt, terwijl ze zich bewust is van het feit dat ze nimmer tot overeenstemming wenst te komen, dan zou het feit dat het een partij met AMM betreft ook in het civiele recht een rechter aanleiding moeten geven kwade trouw te veronderstellen, nu deze partij een bijzondere machtspositie inneemt en zou de rechter mogelijk aanleiding zien deze partij op te leggen verder te onderhandelen. Deze uitkomst lijkt minder evident in onderhandelingen tussen nieuwe toetreders, al kan daar eveneens sprake zijn van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld indien de ene nieuwe aanbieder al over een uitgebreider netwerk beschikt en koppeling daarmee van groot belang is.

De als derde genoemde situatie – het afbreken – is voor toegang en interconnectie het meest relevant. Nu ging het Nederlandse recht ver in het aanvaarden van precontractuele aansprakelijkheid in verband met afgebroken onderhandelingen. Het beslissende element was dat de afbrekende partij geen rekening had gehouden met de gerechtvaardigde belangen (en verwachtingen) van de andere partij. Met name van belang was of deze andere partij dan ook – bijvoorbeeld bij het doen van investeringen in de precontractuele fase – had mogen afgaan op handelingen en uitlatingen van de afbrekende partij.⁵⁰

Het is in dit verband aardig te kijken naar de jurisprudentie hierover. In de recente uitspraak waarbij de Hoge Raad volgens sommigen aanvaardt dat elk der partijen onderhandelingen te allen tijde mag afbreken, blijft staan dat de afbrekende partij toch rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere partij.⁵¹ Weliswaar formuleerde de Hoge Raad een vernieuwd uitgangspunt, maar hij bevestigde juist ook het belang van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁵² Bovendien moet niet worden vergeten dat de Hoge Raad herhaalde dat het onder omstandigheden onacceptabel zou kunnen zijn dat een partij de onderhandelingen zou afbreken. In zoverre lijkt de Hoge Raad eerdere jurisprudentie te bestendigen.⁵³

In hoeverre een partij – die de onderhandelingen over interconnectie afbreekt – bepaalde verwachtingen heeft gewekt bij de

42 Tenzij dit een uitzondering betrof op art. 6.1 (3) Tw.

43 Dit volgt uit een vergelijking tussen art. 6.1 en 6.3 Tw oud. Zie ook Dommering e.a., a.w., p. 450-451.

44 Zie bijv. Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) 17 december 1997, Stcrt. 1998, 13, p. 14, Computerrecht 1998/2, p. 80, met noot P. Burger (EnerTel/KPN I), OPTA 12 juli 1999, Computerrecht 1999/6, p. 328 (EnerTel/KPN II), en OPTA, voorlopige voorziening in interconnectiegeschil VersaTel/KPN, 9 maart 1999, OPTA/1/99/1211, Computerrecht 1999/6, p. 324 (VersaTel/KPN).

45 Art. 4 Interconnectierichtlijn – dat hier niet strijdig mee is – bleef ook na de implementatie van het nieuwe regelgevend kader van 2002 van kracht (ingevolge art. 7.1 Toegangsrichtlijn).

46 Art. 6a.6 (2) i. 2004 Tw bepaalt namelijk dat de partij met AMM: 'zorgt voor interconnectie van openbare elektronische communicatienetwerken of netwerkfaciliteiten.' Maar zowel de context als de reikwijdte van de verplichting waren inmiddels anders, en dus kon worden gezegd dat de noodzaak voor secundaire interventie ook afnam.

47 Zie Beale e.a., a.w., p. 250.

48 Art. 2:301 PECL; art. 2.15 UP. Rechtsvergelijkend: Hondius, a.w., M.W. Hesselink, Contractenrecht in perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 27-28.

49 Zie art. 2:301 (2) PECL en art. 2.15 (2) UP. Vgl. Beale e.a., a.w., p. 251 e.v., in het bijzonder de conclusies op p. 271.

50 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

51 Zie HR 12 augustus 2005, CO4/163HR (CBB/JPO). De uitspraak maakt melding van de belangrijkste eerdere jurisprudentie, bijvoorbeeld HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (C.J.H.B.) (VSH/Shell), HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 en HR 14 juni 1996, nr. 16 008, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO).

52 Vgl. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg), waarbij schadevergoeding werd toegekend, gebaseerd op de gewekte verwachtingen en het gerechtvaardigde vertrouwen van de niet-afbrekende partij. Het ging hier om een aanbestedingsprocedure en dat is bij toegang en interconnectie niet aan de orde.

53 Vgl. C. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', [2005] NJB 34, 30 september 2005, p. 1781, die het omgekeerde redeneert: hij meent dat de Hoge Raad hiermee de eerdere uitspraken herroept, zoals de besproken uitspraak HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

Telco en de wijze waarop de onderhandelingen zijn afgebroken, zijn omstandigheden die zouden worden meegewogen bij het bepalen van de vraag of er redelijke verwachtingen zijn ontstaan bij de andere partij.

In het *Plas/Valburg*-arrest ging de Hoge Raad nog uit van de bekende drie fasen in onderhandelingen: 1) de initiële fase, gedurende welke iedere partij de onderhandelingen mag afbreken zonder aansprakelijk te kunnen worden gehouden; 2) de fase van de voortdurende onderhandelingen, gedurende welke een partij weliswaar mag afbreken, maar de wederpartij moet compenseren voor gemaakte kosten; en 3) de laatste fase, gedurende welke het afbreken leidt tot een schadevergoedingsplicht ten opzichte van de niet-afbrekende partij, en zelfs het positief contractsbelang dient te worden vergoed.⁵⁴ Deze driedeling werd later enigszins gekwalificeerd, doordat de Hoge Raad overwoog dat een partij onderhandelingen kan afbreken in onvoorziene omstandigheden, zelfs indien de andere partij er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat het tot overeenstemming zou komen.⁵⁵

Overigens is de in *Plas/Valburg* geformuleerde derde fase onderworpen aan kritiek in de literatuur. Men vond dat, als een dergelijk zware schadevergoedingsplicht zou worden aanvaard, dat dit in feite neer zou komen op contractdwang ten opzichte van de afbrekende partij. Hier kan tegenin worden gebracht dat partijen uit eigen wil zo ver in de onderhandelingen zijn gekomen.⁵⁶

Bekijken we de jurisprudentie in het licht van verplichte onderhandelingen in het kader van interconnectie, dan blijft de vraag dus of iedere partij een zekere autonomie toekomt om de onderhandelingen af te breken, nu zij een recht – en daarbij horende verplichting – had om erover te onderhandelen (waardoor partijen in feite tot elkaar veroordeeld zijn; al is de vraag ook relevant indien er geen sprake zou zijn van een onderhandelplicht). Dit maakt de in *Plas/Valburg* gehanteerde beginselen achterhaald voor onderhandelingen betreffende toegang of interconnectie.

Ook de omstandigheid dat de wet nu uitdrukkelijk melding maakt dat partijen in gezamenlijk overleg de onderhandelingen mogen beëindigen, wijst in de richting dat de regelgever aanvaardt dat partijen in hoge mate autonoom blijven wat betreft het vaststellen van de contractuele voorwaarden en te beslissen of zij wel of niet de onderhandelingen wensen voort te zetten; zij het met enige motivering. Passen we deze positie op interconnectieonderhandelingen, dan kan het volgende worden opgemerkt. In fase (3) zou dat vooral gevolgen hebben voor onderhandelingen tussen Telco's. Het zou mogelijkheden bieden om actie te ondernemen, indien een Telco op het laatste moment in de onderhandelingen de tarieven voor terminatie onredelijk zou verhogen. Naar mijn mening zou het voor een partij met AMM lastiger zijn eenzijdig de onderhandelingen af te breken in fase (2) of (3). Dit zou ook afhangen van de omstandigheid of hem passende toegangsverplichtingen zouden zijn opgelegd.

De hiervoor genoemde arresten bieden geen oplossing voor de situatie waarbij een partij met AMM de onderhandelingen onnodig zou oprekken, of onrealistische eisen zou stellen aan de Telco. Ik denk dat rechters bereid zouden zijn om de bijzondere positie van de partij met AMM mee te wegen.

Zou er geen onderhandelplicht bestaan, dan zou de jurisprudentie mijns inziens *mutatis mutandis* kunnen worden toegepast en zouden de specifieke omstandigheden betreffende toegang of interconnectie mogelijk nog steeds tot precontractuele aansprakelijkheid kunnen leiden, al zou het moeilijk blijven effectief te kunnen optreden tegen verdragstechnieken.

De partij die schade vordert als gevolg van afgebroken onderhandelingen moet bewijzen dat de wederpartij niet te goeder trouw heeft gehandeld. In een situatie van afhankelijkheid, zoals bij een interconnectieovereenkomst met de partij met AMM, is het waarschijnlijk dat de rechter zou aannemen dat er sprake zou zijn van goede trouw bij de Telco, omdat de partij met AMM in een geheel andere positie verkeert: deze ziet zich immers geconfronteerd met talloze verzoeken en heeft van oorsprong een sterkere marktpositie.

4.4 Toepassing van het beginsel van goede trouw op afgebroken onderhandelingen

Wanneer de laatste jurisprudentie wordt toegepast op interconnectieonderhandelingen vanuit het oogpunt van de Telco, kan het volgende worden opgemerkt.

1. Is er sprake van een wettelijke onderhandelplicht dan is het voor beide partijen tamelijk eenvoudig verdedigbaar dat de andere partij niet zonder meer de onderhandelingen mag afbreken, aangezien de onderhandelplicht ertoe leidt dat beide partijen mogen verwachten dat de onderhandelingen tot een resultaat zullen leiden en het gerechtvaardigde belang van de Telco om netwerkiterconnectie te bewerkstelligen onmiddellijk evident is. De partij met AMM zou dan voorturend moeten stellen onvrijwillig te onderhandelen.
2. Zelfs indien er geen sprake zou zijn van een onderhandelplicht in de Tw, dan kan het afbreken van onderhandelingen onder omstandigheden onrechtmatig zijn en zal dit zich bij toegangen interconnectiecontracten sneller voordoen dan bij andere contracten.

Ad 1. De partij die de interconnectieonderhandelingen afbreekt, of dit nu een partij met AMM is of niet, houdt de bewijslast ten aanzien van de vraag of het afbreken van de onderhandelingen onder de omstandigheden gerechtvaardigd was. Enkele voorbeelden van een situatie die kan leiden tot onoverbrugbare verschillen in de onderhandelfase zijn: de reikwijdte van de diensten, of de strekking van bijvoorbeeld de feitelijke interconnectie of dienstverleningsniveaus. Ik zou menen dat het beëindigen van onderhandelingen niet is toegestaan ten aanzien van zwaar gereguleerde onderwerpen, zoals de interconnectietarieven. In het geval de partij met AMM om deze reden de onderhandelingen zou afbreken, zou kunnen worden gesteld dat deze misbruik maakt van een machtspositie: zij legt rooftprijzen op en stapt uit de onderhandeling indien de wederpartij deze niet klakkeloos accepteert.

Ad 2. Naast het gerechtvaardigde belang van de Telco blijkt uit de jurisprudentie dat bijzondere omstandigheden een rol kunnen spelen. Bij interconnectie zijn dat bijvoorbeeld de asymmetrie in de partijverhouding, het bedrijfsplan en/of te verwachten klantenbestand van de Telco (bijvoorbeeld indien deze al een tamelijk uitgebreide klantenbasis heeft), de wijze waarop de onderhandelingen zich hebben voltrokken,⁵⁷ door de Telco al gedane investe-

54 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

55 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruitertij/MBO*).

56 Zie Houben, a.w., p. 250 e.v.

57 Vgl. Asser-Hartkamp 4-II 2001, nr. 58.

ringen hangende de totstandbrenging van de interconnectie, al eerder gemaakte afspraken tussen de partij met AMM en de Telco, bijvoorbeeld als ze al interconnectie zijn overeengekomen op een andere markt, of in een ander land,⁵⁸ en andere omstandigheden, bijvoorbeeld of de Telco een grote aanbieder is of een aanbieder van een virtueel netwerk.

4.5 Tussenbalans

Het telecommunicatierecht bood onder het oude stelsel de partij met AMM een concrete mogelijkheid om onderhandelingen af te breken, welke ook in de Tw van 2004 is terug te vinden, zij het onder een andere noemer. De wet droeg de partij met AMM namelijk op om te voldoen aan verzoeken tot (bijzondere) toegang – aanvankelijk een beperkter, thans een ruimer begrip dan interconnectie – mits deze redelijk waren.⁵⁹ Dit redelijkheidvereiste is door de partij met AMM meerdere malen aangegrepen om te beargumenteren dat een verzoek van een Telco niet redelijk was, bijvoorbeeld omdat het geen rekening hield met beperkingen in de door de partij met AMM gedicteerde netwerkspecificaties. Dat lijkt een zwak argument. De partij met AMM zal gemotiveerd een verzoek moeten afwijzen, bij gebreke waarvan kwade trouw het uitgangspunt zal vormen voor de NRI. In principe zou het te kwader trouw niet verlenen van toegang kunnen leiden tot aansprakelijkheid en schadeplicht. Maar in een situatie waar om toegang wordt gevraagd laat deze schade – positief contractbelang, gemiste inkomsten en winst – zich lastig begroten.

5. Interventie in het onderhandelingsproces

Het voorgaande leidt tot de vraag welke vorderingen een Telco ter beschikking staan te ageren tegen een partij met AMM die weigert te contracteren c.q. te leveren. De vorderingen onder de Tw lopen niet parallel met de vorderingen die mogelijk zijn op grond van het BW. En er zijn verschillende instanties bevoegd.

Samengevat zou de partij die zich met een weigering geconfronteerd ziet, OPTA kunnen verzoeken: (1) een tijdslijn te bepalen waarbinnen de partijen de onderhandelingen moeten hebben afgerond, of, als dit niet lukt; (2) de contractuele voorwaarden voor interconnectie (of toegang) vast te leggen. De Tw biedt geen grondslag voor een schadevergoedingsclaim.

De partij die zich met een weigering geconfronteerd ziet, zou onder het BW meer (soms cumulatieve) vorderingen kunnen instellen. Daarbij springen de volgende vorderingen het meest in het oog: (1) dat de partij die niet te goeder trouw de onderhandelingen afbrak, wordt opgelegd deze voort te zetten, al dan niet op straffe van een dwangsom en binnen een bepaalde termijn; en/of (2) waarbij de rechter te contractuele voorwaarden voor interconnectie (of toegang) vastlegt; en/of (3) waarbij de partij die de onderhandelingen afbrak, wordt opgelegd een voorschot op de schade te betalen.

58 Vgl. art. 6:248 BW, Asser-Hartkamp 4-II 2001, nr. 287.

59 Zie art. 6:9 1998 Tw. Art. 6a.6 jo. art. 6a.2 (1) 2004 Tw bevat een nieuwe, uitgebreidere bepaling ten aanzien van de vraag hoe een partij met AMM in algemene zin dient om te gaan met toegangsverzoeken. Het onderscheid 'bijzondere toegang' wordt niet langer gehanteerd.

Op het eerste gezicht zijn de twee hoofdvorderingen identiek. Maar in de praktijk kan de uitwerking verschillen, met name door de aard van de bevoegde instanties.

5.1 Interventie door de NRI

Welke rol kan er zijn weggelegd voor de NRI – in vergelijking met de rechter – in de precontractuele fase? Het staat buiten kijf dat de NRI bevoegd is in te grijpen.⁶⁰ Het is goed mogelijk om de bevoegdheid van de NRI te bezien vanuit een privaatrechtelijke invalshoek.

Een belangrijke vraag is dan wat er wordt bedoeld met de zinsnede 'indien gerechtvaardigd' in artikel 5 (4) Toegangsrichtlijn.⁶¹ Wordt met deze zinsnede bedoeld dat de NRI in weerwil van het privaatrecht als enige – dus met uitsluiting van de burgerlijke rechter – de bevoegdheid heeft gekregen om te interveniëren bij voortdurende onderhandelingen, en daarbij volledige discretionaire bevoegdheid heeft?⁶² Dat zou een NRI een grotere beoordelingsvrijheid toekennen dan de rechter heeft.

5.1.1 Het stellen van termijnen

Deze bevoegdheid bestaat pas wanneer vaststaat dat partijen zelf niet in staat zijn overeenstemming te bereiken.⁶³ Het staat de NRI dan vrij een termijn te stellen, waarbinnen de onderhandelingen moeten zijn afgerond.⁶⁴ Passeert de termijn zonder dat partijen eruit zijn, dan is de partij ten aanzien van wie de termijn werd gesteld – waarschijnlijk dus de partij met AMM – automatisch in verzuim. Onduidelijk is of dit verzuim in de verbintenissenrechtelijke zin is.

Het is ook de vraag of de NRI bij de beoordeling rekening houdt met begrippen uit het contractenrecht, zoals goede trouw en redelijkheid en billijkheid.⁶⁵ De waarschijnlijkheid is niet groot, alleen al omdat de NRI een bestuursorgaan is, waarvan de basis ligt in het ONP-kader en niet in wetgeving betreffende de rechterlijke organisatie of het procesrecht. Dit levert de NRI in de praktijk een grote mate van beleidsvrijheid op om te beslissen wat het onder de omstandigheden juist acht (mits het daarbij niet de wettelijke bevoegdheid overschrijdt). In het huidige regelgevend kader is mogelijk daarom ten aanzien van de NRI's bepaald dat de maatregelen die zij treffen niet alleen objectief moeten zijn, maar ook proportioneel.⁶⁶ Daarmee lijkt de beleidsvrijheid wel enigszins aan banden gelegd.

60 Zie ook A.T. Ottow, Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse (bestuurs)procesrecht, Den Haag: Sdu 2006.

61 In dat geval moet de NRI wel een aantal hordes nemen en zal het ook de bewijslast dragen dat er regelgevende bevoegdheden in het geding zijn, vgl. art. 5 (4) Toegangsrichtlijn en art. 9 (3) Interconnectierichtlijn. Zie ook S. Farr, V. Oakley, EU Communications Law, Bembridge: Palladian Law Publishing Ltd., 2002, p. 67.

62 Farr, Oakley, a.w., p.111 e.v.

63 Art. 6.1 (3) 2004 Tw.

64 Vgl. art. 6.3 1998 Tw, art. 6.1 (3) 2004 Tw en art. 6:80 e.v. BW.

65 Sitompoel, a.w., stelt dat de NRI meer dan de rechter discretie toekomt om een redelijkheidstoets toe te passen, omdat zij meent dat de rechter deze toets sowieso terughoudend zal toepassen – en daar ben ik het wel mee eens – maar met name omdat de rechter oog heeft voor wat partijen hebben afgesproken. Dit laatste nu zal minder snel het geval zijn wanneer de overeenkomst nog niet is uitonderhandeld.

66 Zie art. 6.4 2004 Tw. Vgl. art. 5 (3) Toegangsrichtlijn. Zie voor een redenering dat administratiefrechtelijke beginselen zoals subsidiariteit of proportionaliteit ook op het verbintenissenrecht kunnen worden toegepast Hartlief, Stolp 2000, in Smits, Stijns (red.) 2000, p. 256-257.

5.1.2 Het bepalen van de contractuele voorwaarden

Mochten partijen er niet uitkomen, dan kan de NRI bij wege van administratieve maatregel de overeenkomst tot stand brengen door zelf de inhoud van het contract vast te stellen en aldus aan partijen op te leggen. Hij kan ook eerst richtlijnen geven en wachten met het opleggen van een last onder dwangsom.⁶⁷ Deze remedie is tamelijk ongekend.⁶⁸ Tot op heden heeft OPTA er nauwelijks gebruik van gemaakt.

Het ligt voor de hand dat de NRI in een dergelijk geval het voorliggende referentieinterconnectieaanbod tot uitgangspunt neemt en daarin vastgelegde discriminerende, non-transparante of anderszins onredelijke bepalingen buiten werking zal stellen.⁶⁹ Vervolgens zal hij kijken naar het verzochte dienstenaanbod en wellicht de partij met AMM opdragen de dienst (alsnog) te leveren.⁷⁰ Interessant is nog de vraag hoever de discretionaire bevoegdheid van de NRI gaat ten aanzien van de vraag welke bepalingen als onredelijk kunnen worden aangemerkt. Het is immers niet zeker of de NRI dat kan doen, nu de eisen ten aanzien van redelijkheid en proportionaliteit juist gericht zijn tot de NRI en niet duidelijk is of hij beginselen uit het verbintenissenrecht zonder meer mag toepassen op mislukte interconnectieonderhandelingen.

5.2 Interventie door de rechter

In een procedure voor de burgerlijke rechter ligt het instellen van een vordering tot dooronderhandelen het meest voor de hand nu de Tw een onderhandelplicht kent.⁷¹ Ook gezien de recente jurisprudentie in Nederland, blijven er mogelijkheden om de partij die de interconnectieonderhandelingen afbreekt in rechte te betrekken, waarbij geldt dat er cumulatie van vorderingen kan plaatsvinden.⁷²

5.2.1 Verder onderhandelen

De niet-afbrekende partij kan natuurlijk – bijvoorbeeld in kort geding – een gebod tot verder onderhandelen instellen. Omgekeerd zou ook een verbod kunnen worden gevorderd dat de onderhandelingen worden gestaakt, bijvoorbeeld indien de partij met AMM daarmee dreigt.⁷³ Ook een rechter zou op verzoek van eiser een termijn kunnen stellen waarbinnen de onderhandelingen moeten zijn voltooid en zou zelfs – maar daar moet dan wel aanleiding voor zijn – een dwangsom kunnen opleggen aan een partij. Een rechter zou dan waarschijnlijk ook in interconnectieonderhandelingen de in de jurisprudentie ontwikkelde omstandigheden meewegen. Hierbij valt te denken aan: 1) in welke fase bevinden de

onderhandelingen zich; 2) hoe groot is het verschil in *bargaining power* (de onderlinge verhouding); 3) neemt een der partijen een bijzondere positie in (de partij met AMM); 4) andere specifieke belangen; en 5) op welke wijze hebben de onderhandelingen zich voltrokken: heeft de partij met AMM ook ruimte gegund om af te wijken van het RIA.⁷⁴

Nu de Tw een onderhandelplicht kent – en deze plicht is niet aan een tijdslijmit gebonden – en bijzondere verplichtingen voor partijen met AMM, zou het tamelijk eenvoudig moeten zijn om de rechter te overtuigen van de noodzaak dat de partij met AMM moet verder onderhandelen.⁷⁵ Het effect zou daarom hetzelfde zijn als het instellen van een klacht bij OPTA. Een verschil is dat wellicht de doorlooptijd bij een kort geding korter is dan een procedure bij OPTA, dat de burgerlijke rechter zich lijdelijk zou opstellen, dat hij bereid zou zijn een dwangsom op te leggen en wellicht zelfs een voorschot op schadevergoeding.⁷⁶

5.2.2 Opleggen van contractuele verplichtingen

Tenzij de Telco goed kan beargumenteren dat door hem verzochte bepaling redelijk en gebruikelijk zijn – en deze concreet zou voorleggen –, valt moeilijk in te zien hoe een burgerlijke rechter in plaats van partijen zou bepalen welke voorwaarden voor interconnectie zouden gelden. De grondslag voor een dergelijke vordering zou niet verschillen, maar verwacht kan worden dat een rechter zich terughoudend zou opstellen. De NRI heeft die bevoegdheid wel en heeft meer expertise op dit gebied.

5.2.3 Schade

Anders dan onder de Tw zou de Telco onmiddellijk ook schade kunnen vorderen in een bodemprocedure.⁷⁷ Dat is een groot verschil met een procedure voor de NRI. Niet alleen is dit een bevoegdheidskwestie, de regelgever is ook van mening geweest dat schadevorderingen wegens afgebroken onderhandelingen bij de burgerlijke rechter behoren te blijven. Dat roept de vraag op of het efficiënt is om twee verschillende rechters aan te wijzen in verband met afgebroken onderhandelingen.

Slotopmerkingen

Samengevat zijn de drie wettelijke stappen om tot een toegang- of interconnectieovereenkomst te komen:

1. een plicht om in onderhandelingen te treden met het oog op het sluiten van een overeenkomst (wat naar een sterkere plicht neigt dan alleen een plicht tot onderhandelen);
2. het door de NRI geven van aanwijzingen om het onderhandelingsproces te versnellen, echter alleen op verzoek van een der par-

67 Zie art. 6.2 2004 Tw. Vgl. art. 6.3 1998 Tw.

68 Zoals hierna besproken, kunnen burgerlijke rechters evengoed de voorwaarden vaststellen op verzoek van een der partijen. Maar ze zullen dit niet snel doen als er een overlappende bevoegdheid bestaat met een andere instantie, zoals de NRI.

69 Zie ook Besluit RIO 2000, Gijrath 2006, p. 351 e.v.

70 Art. 6a.6 (1) 2004 Tw bevat een verstrekkende bepaling die het de NRI toestaat om toegangsverplichtingen op te leggen aan de partij met AMM, waarbij wel weer geldt dat het toegangverzoek redelijk moet zijn. Vgl. art. 6.9 1998 Tw. Zie bijv. OPTA 6 mei 2004, (Versatel, bbNed e.a./KPN Telecom); de AMM brak niet de onderhandelingen af, maar weigerde een volgens de Telco's uitonderhandelde overeenkomst te ondertekenen en uit te voeren.

71 Vgl. Houben 2005, p. 300 e.v.

72 Vgl. art. 8:102 PECL en art. 7:2.5 UP.

73 Zie art. 3:296 BW. Vgl. art. 2:301 (2) PECL en 2.15 (2) UP die betrekking hebben op het afbreken van onderhandelingen. Zie ook Hof Amsterdam 7 mei 1987, NJ 1988, 430 (Du Mee/Vestdijk e.a.).

74 De Kluiver a.w., p. 62-76.

75 Hetzelfde geldt omgekeerd voor de partij met AMM.

76 Deze mogelijkheid bestaat niet onder art. 6.1 (3) 2004 Tw., maar NRI kan wel in latere instantie een last onder dwangsom opleggen, art. 18 2004 Tw. Dit is bij afgebroken interconnectieonderhandelingen nog niet gebeurd. Zie ook in een belangrijk interconnectiegeschil, waarin echter niet de onderhandelplicht en de partij met AMM niet betrokken was, maar feitelijk gedane toezeggingen centraal stonden, HR 31 mei 2002, C00/332HR LJN AE3437 (Scaramea/Telfort), no. 1.10. Recent bevestigd door Hof Amsterdam 31 augustus 2006, LJN AZ1222.

77 Nu de rechter niet snel geneigd zal zijn het positieve contractbelang mee te wegen is de vraag hoe praktisch deze mogelijkheid is. Zie ook Hesselink 2004, a.w., p. 15 e.v.

tijen en niettegenstaande dat het partijen toch vrijstaat om zich eventueel (gezamenlijk) uit de onderhandelingen terug te trekken; en

3. indien partijen er niet uitkomen, interventie door de NRI op verzoek van één der partijen.

Kijkt men naar de positie van nieuwe toetreders ten opzichte van elkaar, dan is er noch vanuit een economische invalshoek noch vanuit het civiele recht veel te zeggen voor het opleggen van onderhandelrechten en -plichten over en weer. Pas als een nieuwe toetreders bewust zou gaan discrimineren – bijvoorbeeld door onderhandelingen te weigeren met een partij die dochter is van een onderneming met wie de toetreders op de thuismarkt hard concurreert –, zou eventueel sprake kunnen zijn van handelen in strijd met de goede trouw.

Bij weigering door de AMM-partij zou de nieuwe toetreders zich moeten baseren op de *essential facilities*-doctrine en/of stellen dat de AMM-partij handelt in strijd met de non-discriminatieplicht in het telecommunicatierecht, en het is enigszins lastig te voorspellen hoe de civiele rechter hiermee zou omgaan.

Het is vervelend dat er onduidelijkheid blijft bestaan over de samenloop van bevoegdheden van de verschillende instanties, te weten de NRI en de burgerlijke rechter. Deze onduidelijkheid leidt er toe dat een klagende partij soms op formele gronden naast het net vist. Daarom ware het beter, de beslechting van geschillen betreffende de onderhandeling over interconnectieovereenkomsten aan de burgerlijke rechter over te laten. Vooralsnog ziet het er niet naar uit dat de Commissie de onderhandelplicht herbezieet in het kader van de in 2006-2007 uit te voeren toets van het regelgevend kader van 2002, dus zal de Tw niet snel worden aangepast.⁷⁸

⁷⁸ Ten tijde van het afsluiten van deze bijdrage althans niet, want er was op dit vlak geen verandering gekomen in de positie van de Commissie als uiteengezet in de Commission Staff Working Document, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, COM (2006), 334 final, zie hoofdstukken 5.4 en 9.3.