



De procedures bij OPTA: geen sinecure

mr A.T. Ottow

In haar jaarverslag (1998) benadrukt OPTA dat een goede dienstverlening en transparantie van haar optreden bij OPTA hoog in het vaandel staat.¹ Dit is een mooi streven. In hoeverre heeft OPTA dit in haar tweejarig bestaan weten te realiseren?

In haar tweejarig bestaan heeft OPTA veel werk verzet. De consultatiedocumenten, richtsnoeren, persberichten, brieven en (voorlopige) besluiten zijn inmiddels in grote aantallen door OPTA de telecommunicatiemarkt ingestuurd. OPTA heeft hiermee aangetoond dat zij de aan haar opgedragen taken serieus neemt. Bovendien kenmerkt OPTA zich door een 'open door policy': OPTA staat open voor marktpartijen en hun adviseurs en gaat daarbij discussies niet uit de weg. Dit bevordert de transparantie van OPTA en bevordert dat OPTA weet wat er in de telecommarkt speelt. Maar er zijn ook schaduwkanten aan haar bestaan. Door de veelheid van taken die OPTA in de OPTA-wet² en de Telecommunicatiewet (Tw)³ heeft toebedeeld gekregen, is zij niet in staat gebleken de hoeveelheid aan zaken binnen voor marktpartijen aanvaardbare termijnen te behandelen. Met name de geschillenbeslechting komt hierdoor in het nauw, waardoor OPTA een belangrijke aan haar opgedragen taak niet naar behoren kan vervullen. Deze ontwikkeling doet afbreuk aan de rechtsbescherming door OPTA. Ook OPTA realiseert zich in haar jaarverslag dat de uitvoering van deze wettelijke taak tekortschiet: 'Met name moet OPTA sneller uitspraken doen in geschillen'.⁴ Er zijn echter nog meer kanttekeningen bij de procedures te plaatsen. In dit artikel worden enkele van deze

knelpunten gesignaleerd en suggesties voor verbeteringen gedaan.

De taken van OPTA

De taken van OPTA zijn globaal in vier categorieën te verdelen:

- I het toezicht op telecommunicatieondernemingen met aanmerkelijke marktmacht die door OPTA als zodanig zijn aangewezen:
OPTA dient te controleren of deze ondernemingen (KPN Telecom en Libertel⁵) de bijzondere regels op dit terrein naleven (bijvoorbeeld de kostengeoriënteerdheid van eindgebruikerstarieven voor telefonie).⁶
- II geschillenbeslechting:
OPTA treedt bij diverse geschillen op als bemiddelaar en stelt ter beëindiging van het geschil de regels vast die tussen partijen zullen gelden (bijvoorbeeld bij interconnectiegeschillen).⁷
- III op grond van een klacht of op eigen initiatief toezicht houden op naleving van de Tw (zie bijvoorbeeld de

1 Jaarverslag 1998, p.48-49.

2 Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt, Stb. 1997, 320, nadien gewijzigd door invoering van de Tw.

3 Wet van 19 oktober 1999, houdende regels inzake de telecommunicatie, Staatsblad 1998, 610.

4 Jaarverslag 1998, p.49.

5 Artikel 20.1 Tw, 'Besluit leverplicht minimumreeks' van OPTA van 9 maart 1999, 'Besluit tot aanwijzing van Koninklijke KPN N.V. als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele telefonie' van OPTA van 20 oktober 1999, 'Besluit tot aanwijzing van Libertel N.V. als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele telefonie' van OPTA van 20 oktober 1999.

6 Artikel 7.4 Tw.

7 Artikel 6.3 Tw.

mw. mr A.T. Ottow is advocaat bij Houthoff Buruma te Den Haag.

A r t i k e l e n

recente discussie omtrent het gratis aanbieden van internet door KPN Telecom)⁸;

IV restcategorie: onder meer universele dienstverlening, toedeling van nummers en registreren van telecommunicatieondernemingen.

Bij deze taakuitoefening treedt OPTA bewust op als *regulator*: OPTA beperkt zich niet tot het enkele uitvoeren van wettelijke regels, doch bepaalt zelf het beleid en kiest daarbij voor een duidelijke sturende rol bij de inrichting van de markt. Of deze bewuste taakinvulling door OPTA in overeenstemming is met de aan haar opgedragen wettelijke taken en of deze opstelling van OPTA wenselijk of al dan niet onvermijdelijk is, komt in dit artikel niet aan de orde. Wel kan worden geconstateerd dat OPTA zich door deze bewuste keuze meer werk op de hals heeft gehaald.

In dit artikel ligt de focus op de tweede en derde categorie taken. Daarbij zullen diverse aspecten van rechtsbescherming aan de orde komen. In de Tw is op meerdere plaatsen een rol aan OPTA toebedeeld voor geschillenbeslechting. De volgende categorieën geschillen zijn daarbij te onderscheiden:

- I site sharing (artikel 3.11 lid 4 Tw)
- II gedoogplicht (artikel 5.3 lid 2 Tw)
- III duct sharing (artikel 5.10 Tw)
- IV interconnectie (artikel 6.3 Tw)
- V bijzondere toegang (artikel 6.9 lid 2 Tw)
- VI huurlijnen (artikel 7.7 Tw)⁹
- VII voorwaardelijke toegang (artikel 8.6 Tw) en
- VIII toegang tot de kabel (artikel 8.7 Tw).

De bevoegdheid tot optreden

Met uitzondering van duct sharing en voorwaardelijke toegang geldt dat de Tw uitdrukkelijk bepaalt dat bij een *geschil* een oordeel van OPTA kan worden gevraagd op *verzoek* van een van de betrokken partijen. Dit doet de vraag rijzen of OPTA eveneens bij een geschil *op eigen initiatief* kan optreden daar waar een vermoeden tot overtreding van de Tw bestaat. Zowel in de literatuur¹⁰ als door OPTA¹¹ zelf wordt aangenomen dat een algemene bevoegdheid bestaat op grond van artikel 15, onder a sub 2 OPTA-wet jo. artikel 15.1 lid 3 Tw: voorzover de taken niet expliciet in de Tw aan de Minister van Verkeer en Waterstaat of het Commissariaat voor de Media zijn toebedeeld, komt OPTA deze bevoegdheid toe. Een met artikel 15.1 lid 3 Tw vergelijkbare bepaling ontbrak in de oude Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTV). Dit leidde er bijvoorbeeld toe dat toen KPN Telecom weigerde uitvoering te geven aan het EDC-oordeel van OPTA van 1 juli 1998 met betrekking tot de interconnectietarieven, OPTA naar eigen zeggen met lege handen stond. Het oordeel betrof slechts een niet-bindende visie van OPTA.¹² Concurrenten van KPN Telecom werden toen gedwongen alsnog een interconnectiegeschil bij OPTA aanhangig te maken en op grond van artikel 4 en 4a WTV een voor KPN Telecom bindend oordeel van OPTA te vragen. OPTA heeft toen (7

maanden later!) alsnog in lijn met het EDC-oordeel KPN Telecom de interconnectietarieven via een besluit opgelegd.¹³ Deze ongewenste situatie zou – bij een (pro)actief optreden van OPTA – buiten het huidige wettelijke kader niet meer kunnen voorkomen. OPTA kan dan op eigen initiatief krachtens artikel 15.1 lid 3 Tw bindende maatregelen opleggen.

Deze algemene bevoegdheid dient tevens uitkomst te bieden bij geschillen over duct sharing. Met duct sharing wordt aangeduid het medegebruik van voorzieningen terzake van aanleg en instandhouding van kabels. In artikel 5.10 Tw is de wetgever vergeten een geschillenregeling op te nemen.¹⁴

In het geval van artikel 8.6 Tw (voorwaardelijke toegang) is de situatie weer anders. In laatstgenoemde wettelijke regeling is de bevoegdheid van OPTA tot optreden wél expliciet neergelegd, doch is niet voorzien in een regeling waarbij een telecommunicatieonderneming OPTA kan verzoeken in geval van een geschil een bindend oordeel te geven. Zowel bij duct sharing als bij voorwaardelijke toegang dient de klager in dat geval een *aanvraag* tot het nemen van een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) te doen. Bij het ontbreken van een speciale procedure in de Tw wordt het indienen van een klacht beheerst door de Awb.

Een in de praktijk zeer veel voorkomend geschil betreft de co-locatieproblematiek. Bijvoorbeeld een concurrent wenst toegang tot een zoekkabelstation van KPN Telecom te verkrijgen voor het plaatsen van zijn telecommunicatieapparatuur. Aangezien deze gebouwen schaars zijn en nieuwbouw niet snel kan worden gerealiseerd¹⁵, ligt een verzoek tot medegebruik van het gebouw voor de hand. Een algemene verplichting tot het gedogen van co-locatie ligt niet – in tegenstelling tot de hierboven genoemde geschillen – in de Tw verankerd. De algemene bevoegdheid van OPTA biedt in dat geval geen uitkomst. Immers, er kan geen wettelijke norm door OPTA in de Tw worden aangewezen die wordt overtreden. Deze leemte zou kunnen worden opgevuld via de interconnectie, bijzondere

8 NRC Handelsblad van 22 september 1999 (Arnbak), zie tevens de reacties hierop: NRC Handelsblad 29 (De Ru) en 30 september (De Jong) en 4 oktober 1999 (Dommering).

9 Zie tevens het Besluit ONP-geschillenbeslechting: Besluit van 10 november 1998, houdende regels ter uitvoering van de artikelen 7.1.7.7 en 16.1 Tw, Stb. 1998, 634.

10 E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, Sdu 1999, p. 697.

11 Besluit van OPTA van 24 september 1999 inzake Denda Multimedia en Topware CD-service A.G. vs. KPN Telecom B.V., overweging 36.

12 Oordeel van OPTA van 1 juli 1998 (OPTA/MI/98/1537), aangekondigd in Stcrt. 1998, 141, overweging 6.6. In de WTV stond wel de algemene aanwijzingsbevoegdheid ex artikel 43. Van deze mogelijkheid heeft OPTA kennelijk geen gebruik willen maken.

13 Beslissing van OPTA van 28 april 1999 op grond van artikel 6.3 jo. 6.9 Tw in de zaken Esprit e.a./KPN.

14 Dommering e.a., a.w., p. 430.

A r t i k e l e n

toegangsregels of duct sharing-route. De gevraagde co-locatie zou als een essentieel onderdeel van de interconnectie, bijzondere toegang of duct sharing-voorziening kunnen worden beschouwd. In de Richtsnoeren betreffende interconnectie¹⁶ en het interconnectiegeschil van Devricon¹⁷ geeft OPTA aan, de co-locatievoorziening in geval van MDF-access (een vorm van bijzondere toegang) als een onderdeel van de te leveren bijzondere toegangsdienst te beschouwen. De vraag is echter of OPTA deze extensieve wetsinterpretatie in alle gevallen zal willen toepassen (bijvoorbeeld ook in het geschetste geval van het zeekabelstation). Indien OPTA deze interpretatie niet zou volgen, zou dit tot gevolg hebben dat de Tw niet van toepassing is en OPTA niet bevoegd zou zijn tot optreden. De klager dient zich in dat geval tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) op grond van de Mededingingswet (Mw) te wenden. Ook de Mw zal niet in alle gevallen uitkomst bieden. De vraag die zich in casu zal voordoen is of sprake is van een *essential facility* en of weigering van toegang tot het zeekabelstation als een misbruik van een machtspositie kan worden beschouwd. In het licht van Bronner-jurisprudentie¹⁸ lijkt dit een moeilijk te bewijzen stelling. Door het ontbreken van een specifieke norm in de Tw, dreigt de klager dus tussen de wal en het schip te vallen.¹⁹

In sommige gevallen waarbij OPTA is opgetreden, is overigens onduidelijk op welke grondslag in de Tw zij haar bevoegdheid baseerde. In bijvoorbeeld de SIM lock-affaire laat zij deze grondslag geheel in het midden. OPTA schreef de mobiele operators aan met het verzoek haar inlichtingen te verstrekken over het toepassen van de SIM lock.²⁰ Door gebruik te maken van de SIM lock kan een mobiele operator of serviceprovider ervoor zorgen dat een toestel uitsluitend werkt in combinatie met een door de netwerkopera- tor of serviceprovider verstrekte SIM-kaart. Op basis van de verkregen inlichtingen OPTA vervolgens diverse mobiele operators en serviceproviders aanwijzingen gegeven met betrekking tot het gebruik van de SIM lock.²¹ In deze aanschrijvingen laat OPTA niet welke overtreden normen uit de Tw zij hierbij op het oog heeft. Een dergelijke norm valt ook moeilijk aan te wijzen, hetgeen het optreden van OPTA in dezen discutabel maakt.

Geen procedureregels

De wetgever heeft in alle zojuist besproken gevallen geen procedureregels aan OPTA opgelegd. De Tw wijkt op dit punt sterk af van de Mw, waarin diverse procedures en strakke termijnen aan de NMa worden voorgeschreven. Slechts voor twee typen geschillen is in de Tw een termijn voorgesteld, waarbinnen OPTA dient te beslissen (voor interconnectie zes maanden²² en voor gedoogplicht acht weken²³). In de andere gevallen worden geen termijnen genoemd.²⁴ De geschillenregeling rondom huurlijnen staat – in tegenstelling tot de andere geschillenregeling – wel uitgebreid omschreven in de Besluit ONP-geschillen-beslechting (bijvoorbeeld de termijn waarbinnen het geschil aanhangig dient te zijn gemaakt).²⁵

De praktijk toont aan dat behoefte bestaat aan een duidelijker kader, waarbij de te volgen procedure en de daarbij te hanteren termijnen, staan omschreven. Hoewel een procesreglement (in elk geval voor interconnectiegeschillen) door OPTA in het vooruitzicht was gesteld, is dit tot op heden niet door OPTA gepubliceerd.²⁶

Dit leidt ertoe dat partijen in de praktijk niet weten waar zij aan toe zijn en onvoldoende een inschatting kunnen maken van de duur van de procedure. In de meeste gevallen stelt OPTA na een eerste schriftelijke ronde enkele schriftelijke vragen die partijen (vaak binnen korte termijnen) dienen te beantwoorden, waarna vervolgens een hoorzitting plaatsvindt. Daarna volgt vaak nog een extra schriftelijke ronde voor de beantwoording van vragen van OPTA. In geschillen, waarbij principiële vragen aan de orde kwamen, schortte OPTA de procedure op om – alvorens uitspraak te doen – de markt te consulteren. Eerst nadat op basis van een consultatieprocedure (consultatiedocument, openbare hoorzitting en schriftelijke inzending) OPTA richtsnoeren heeft gepubliceerd, neemt OPTA in de geschillenprocedure c.q. bezwaarschriftenprocedure een besluit. Het is evident dat dit de geschillenbeslechting aanzienlijk vertraagt. In tegenstelling tot de D-G van de NMa die zijn beleid ontwikkelt in de door hem te nemen beslissingen, durft OPTA dit in de meeste gevallen niet zelf in een voorliggend geschil te doen, doch doet dit slechts na een uitvoerige consultatie met marktpartijen. Hoewel consultatie van de markt een mooi streven is, vertraagt dit de geschillenoplossing aanzienlijk. Dit doet afbreuk aan de rechtsbescherming die OPTA aan marktpartijen dient te bieden. Doordat OPTA niet pro-actief aan marktpartijen de markt consulteert en beleid ontwikkelt, doch slechts op het

15 In het duingebied gelden strenge bouw- en milieuvorschriften.

16 Richtsnoeren interconnectie van 29 mei 1997, Stcrt. 1997, nr. 104.

17 Uitspraak naar aanleiding van klacht van Devricon International van 28 juli 1999.

18 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG en Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., Jur. 1998, I-7792.

19 Dit wordt ook signaleerd door L. Hancher en H.H.P. Lugard, De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid, *SEW* 1999, p. 323-334.

20 Brief van 17 december 1998, niet gepubliceerd (wel op te vragen bij OPTA).

21 Brief van 19 februari 1999, niet gepubliceerd (wel op te vragen bij OPTA).

22 Artikel 6.3 lid 3 sub a Tw (onder de WTV was deze termijn korter: 20 weken, zie art. 4 WTV).

23 Artikel 5.3 lid 3 Tw.

24 In dat geval dient derhalve te worden teruggevallen op de algemene bepaling van de Awb: artikel 4.14.

25 Zie artikel 3 Besluit ONP-geschillenbeslechting.

26 Aan eerdere oproepen heeft OPTA tot op heden geen gehoor gegeven. Zie in dit verband, E.J. Daalder, Onderneming, toezicht en de Algemene Wet Bestuursrecht, in: S.G.J.J. Kortman e.a. (red.), *Overheid en Ondernemen. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 390-392 en A.T. Ottow, Uitzicht op effectief toezicht, *Mediaforum* 1998-3, p. 76-79.

A r t i k e l e n

Verzoeker	Soort geschil	Verzoek/bezwaar	Beleid	Besluit
Telfort	Interconnectiegeschil	12-9-1997 (tarieven)	Richt snoeren 31-3-1998	3-4-1999
EnerTel	Bijzondere toegangsdienst	27-1-1998	Consultatiedocument 4-6-1998	15-6-1998
EnerTel	Interconnectiegeschil (capaciteit)	4-11-1998	Schaarstestandpunt 22-4-1999	12-7-1999
Devricon	Bijzondere toegang (MDF en collocatie)	3-11-1998	Richt snoeren 16-3-1999	28-6-1999
Canal+	Toegang tot de kabel	16-12-1998	Richt snoeren 17-8-1999	9-7-1999

moment dat een concreet geschil aan haar wordt voorged, loopt OPTA achter de ontwikkelingen aan en worden principiële beslissingen voor de markt te laat genomen.

Enkele voorbeelden in bovenstaande tabel tonen dit aan.

Ook in andere gevallen waarbij het beleid al is geformuleerd, neemt OPTA haar tijd. In de interconnectiegeschillen van Esprit e.a./KPN nam OPTA pas na bijna 7 maanden een besluit, hoewel de wettelijk voorgeschreven termijn 6 maanden bedraagt (zie artikel 6.3 sub a Tw) en OPTA reeds haar 'beleid' had vastgelegd in het EDC-oordeel van 1 juli 1998.

In het site-sharing-geschil van Dutchtone vs. KPN Telecom heeft OPTA wél haar beleid via een besluit in het geschil ontwikkeld. In vergelijking met de andere genoemde procedure, verliep dit geschil dan ook aanzienlijk sneller (18 december 1998 – 2 april 1999).

Dit besluit is evenwel door de president van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam op verzoek van KPN geschorst.²⁷ Hoewel volgens de president het besluit van OPTA niet onmiskenbaar onrechtmatig was, had KPN naar zijn oordeel wel aangetoond dat sprake was van een voldoende spoedeisend belang om tot schorsing over te gaan:

'[...] nu een feitelijk onomkeerbare situatie zou ontstaan indien verzoeksters voorafgaand aan de beslissing in de hoofdzaak de door verweerder in onderdeel 2 van het bestreden besluit aan hen opgelegde verplichting zouden moeten nakomen. In dat verband is van belang dat verzoeksters hebben gesteld dat die verplichting – in elk geval deels – betrekking heeft op bedrijfsvertrouwelijke dan wel anderszins uit concurrentieel oogpunt essentiële gegevens.'

Dit was voor de president voldoende grondslag voor schorsing. Deze uitspraak illustreert dat OPTA bij het nemen van haar beslissingen moet schipperen met twee uitgangspunten: aan de ene kant dient zij snel tot een uitspraak te komen om de ontwikkeling van concurrentie in de markt niet te hinderen, aan de andere kant dient zij niet overhaast te werk te gaan om onzorgvuldige besluitvorming te voorkomen. Deze afweging van belangen heeft in de meeste gevallen geresulteerd in te lange procedures. Het is jammer, dat OPTA in het geval waarbij zij snel tot handelen is overgegaan, door de president op de vingers is getikt. Inmiddels heeft OPTA op 8 november 1999 een

beslissing op bezwaar in deze zaak genomen (nog niet gepubliceerd).

Een lange voorbereidingstijd is echter geen garantie dat het besluit van OPTA de rechterlijke toetsing kan doorstaan. Het besluit van OPTA, waarbij Libertel op grond van artikel 6.4 lid 4 Tw is aangewezen – na twee consultatierondes – als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht²⁸, is door de president van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam geschorst.²⁹ OPTA had naar het oordeel van de president een te mager economisch onderzoek gedaan naar de positie van Libertel en het besluit onvoldoende gemotiveerd.

Voorlopige voorzieningen

De duur van de procedures zou aanzienlijk kunnen worden bekort indien OPTA ruimhartiger zou zijn met het treffen van voorlopige maatregelen of voorlopige besluiten. Slechts in het geval van interconnectiegeschillen is uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid in de Tw voorzien (zie artikel 6.3 lid 3 sub b Tw).³⁰ Tot dusverre heeft OPTA van deze wettelijke mogelijkheid slechts eenmaal gebruikge maakt in de zaak Versatel met betrekking tot het capaciteitsprobleem voor interconnectie. In de Versatel zaak oordeelde OPTA in een voorlopig besluit (ongeveer 3 maanden na het indienen van het verzoek) dat KPN Telecom diende mee te werken aan een noodoplossing voor het capaciteitsprobleem bij interconnectie.³¹ Het college overweegt dat het gebrek aan capaciteit de 'uitbreidingsplannen van Versatel frustreert en aldus de ontwikkeling van het bedrijf van Versatel beïnvloedt'.³² Een nadere motivering voor het treffen van een *voorlopig* besluit ontbreekt verder. Door andere concurrenten van KPN Telecom was

27 Uitspraak van 3 juni 1999, KG 1999, nr. 245.

28 Besluit van 20 oktober 1999 (kenmerk OPTA/S&C/99/7872), gepubliceerd in Stcr. 1999, nr. 223.

29 Uitspraak van 23 december 1999 inzake Libertel/OPTA, Reg.nr.: VTELEC 99/2547-SIMO, nog niet gepubliceerd.

30 Dit geldt eveneens voor bijzondere toegangsgeschillen (art. 6.9 Tw verklaart art. 6.3 Tw van overeenkomstige toepassing).

31 Voorlopig besluit van OPTA in het interconnectiegeschil Versatel-KPN van 9 maart 1999 (OPTA/I/99/1211).

32 Overweging 51 van het Voorlopig Besluit.

A r t i k e l e n

eveneens om een voorlopige maatregel verzocht voor de oplossing van het capaciteitsprobleem. Het betrof (voor zover bekend) verzoeken van EnerTel en Dutchtone. Door OPTA zijn deze verzoeken afgewezen.

Slechts in het geval van Dutchtone is mij bekend welke redenen hieraan ten grondslag hebben gelegen.³³ Dutchtone zou onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat sprake was van een spoedeisend geval in de zin van artikel 6.3 lid 3 sub b Tw.

Wederom in tegenstelling tot de D-G van de NMa, heeft OPTA ten aanzien van verzoeken om voorlopige maatregelen geen duidelijke (openbare) criteria ontwikkeld. De weigering door OPTA tot het treffen van een voorlopige maatregel, was voor EnerTel aanleiding zich tot de president in kort geding te wenden. Maar ook daar ving EnerTel bot. De president overwoog onder meer³⁴:

'3.3 Daarnaast – in aanmerking genomen dat de OPTA de schaarseste van interconnectieverbindingen in onderzoek heeft, waartoe zij het onderzoeksbureau Stratix en Arthur Andersen accountants heeft ingeschakeld en voorts in aanmerking genomen dat de OPTA bij schrijven van 4 februari 1999 een verzoek van EnerTel van 3 februari 1999, om onmiddellijk te besluiten dat geen capaciteit van de AGW's wordt afgehaald in ieder geval tot de OPTA definitief op het door EnerTel aanhangig gemaakte geschil heeft besloten, niet heeft gehonoreerd, omdat zij de stelling van KPN Telecom terzake haar schaarstebeleid gelet op evenvermeld onderzoek op dit moment niet kan beoordelen – voert het te ver om in het kader van dit kort geding zonder enig onderzoek ervan uit te gaan dat KPN ten onrechte een beroep op overmacht heeft gedaan.'

Hieruit kan worden afgeleid dat OPTA de zaak kennelijk té ingewikkeld vond voor het treffen van een voorlopige voorziening en nader onderzoek noodzakelijk achtte. Niet duidelijk is waarom in het geval van Versatel, OPTA wél bereid was mee te werken aan een noodoplossing.³⁵

Een andere overweging die bij OPTA een rol speelt voor het toekennen van een voorlopige maatregel, kan worden afgeleid uit de eerder genoemde zaak Canal+. Hoewel de geschillenregeling van artikel 8.7 Tw niet voorziet in een mogelijkheid tot het treffen van een voorlopige maatregel, is OPTA in de zaak Canal+ hiertoe wél overgegaan.

OPTA doet dit om de volgende redenen:

'Intussen laat de tot nu toe door KTA aangeleverde informatie wel toe dat op een hoofdpunt dat van grote invloed is op de hoogte van het door KTA aan Canal+ gevraagde tarief, vooruitlopend op de eindbeslissing in deze zaak nu al een definitieve beoordeling wordt voltrokken en/of een beslissing door het college wordt genomen.'

Daartoe is te meer aanleiding nu Canal+ aannemelijk heeft gemaakt dat haar financiële positie langer dan noodzakelijk uitstel niet kan dragen. [...]

Het is op bovenstaande gronden en gelet op de spoedeisende belangen van Canal+ [...].³⁶

De financiële situatie van Canal+ leek derhalve bepalend te zijn. Opgemerkt zij wel dat Canal+ al bijna zeven maanden (!) op dit voorlopige besluit had zitten wachten. Gezien het tijdsverloop kan nauwelijks nog van een voorlopige voorziening worden gesproken. Hoe ernstig de financiële situatie van verzoeker dient te zijn om voor een voorlopige maatregel in aanmerking te komen, is niet duidelijk.

Deze duidelijkheid heeft de D-G van de NMa wel verschaft in diverse beslissingen. Uit deze besluiten³⁷ volgt dat de D-G slechts bereid is in zeer uitzonderlijke gevallen tot het treffen van een voorlopige maatregel over te gaan.

De openbaarheid van procedures

Een ander procedureel aspect is eveneens een punt van zorg: de openbaarheid van procedures. De publicatie van het tijdschrift *Connecties* en de website van OPTA³⁸ hebben een belangrijke bijdrage aan de transparantie van OPTA geleverd. Dit is evenwel niet genoeg. Op de website zijn niet alle besluiten van OPTA opgenomen. Een andere rechtsbron is niet voorhanden. Indien uit een bericht in *Connecties* 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 Wet Openbaarheid van Bestuur (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 zélf op haar website kan plaatsen. Daarnaast zou een register beschikbaar moeten zijn met de lopende procedures. Dit stelt belanghebbenden in staat de procedures nauwlettend te volgen. Overigens dient te worden opgemerkt dat in sommige gevallen – maar ook weer niet altijd – OPTA via *Connecties* of de *Staatscourant* bekendmaakt wanneer in welke zaak een hoorzitting plaatsvindt. Een consistent beleid (althans duidelijkheid hierover) ontbreekt.

De Tw voorziet niet in de terinzagelegging 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 is geregeld in titel 4.1

33 Besluit van 19 april 1999 (OPTA/IBT/99/5531), niet gepubliceerd. Door middel van een WOB-verzoek heeft OPTA mij deze uitspraak doen toekomen.

34 Uitspraak van de president van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam van 25 februari 1999, gepubliceerd in *Computerrecht* 1999/2, p. 78-81, m.nt. ATO.

35 Een mogelijkheid zou kunnen zijn dat EnerTel – in tegenstelling tot VersaTel – niet om een dergelijke noodoplossing had gevraagd.

36 Zie de overwegingen 6 en 10 van het Besluit (dat in de aanhef niet als een voorlopig besluit wordt gekwalificeerd) van 9 juli 1999.

37 Zie bijvoorbeeld Besluit op bezwaar van 11 augustus 1998 inzake NWI/PCM en de Telegraaf (zaak 89).

38 [Http://www.opta.nl](http://www.opta.nl).

A r t i k e l e n

Awb. Hierin is geen algemeen recht op inzage neergelegd. Nu een speciale regeling ontbreekt, kan de klager wél 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 bezien welke bedrijfsvertrouwelijke informatie en interne documenten van OPTA niet tot het openbare 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. Een beleid hierover 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 toegangs-overeenkomsten 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 zal omgaan, is nog niet duidelijk.

Hoewel OPTA marktpartijen inmiddels heeft aange- maand op grond van de verplichting neergelegd in artikel 6.2 lid 1 Tw bij OPTA de overeenkomsten te deponeren, heeft dit nog niet (voorzover bekend) geresulteerd in enig beleid met betrekking tot de terinzagelegging van deze overeenkomsten.

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*³⁹ gaven; waarna zij de oproep in de Staatscourant plaatsten.⁴⁰

Waarom in deze zaak (in tegenstelling tot andere zaken) tot terinzagelegging is overgegaan, valt niet uit de publicaties op te maken. In de Staatscourant wordt wel overwogen:

‘De bevoegdheden van NMa en OPTA overlappen elkaar; beide organen zijn bevoegd te oordelen over de door Denda ingediende klachten. De verschillende wettelijke kaders (OPTA-wet, Telecommunicatiewetgeving en Mededingingswet) voorzien echter niet in een materiële invulling, noch in een procedurele uitwerking van de wijze waarop beide toezichtsorganen dienen samen te werken.’

Samenwerking OPTA – NMa

Inmiddels is de samenwerking tussen OPTA en NMa verder uitgewerkt in het Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa⁴¹. Dit Samenwerkingsprotocol is een uitvloeisel van artikel 18.3 Tw.

Het Samenwerkingsprotocol bevat een opsomming in welke zaken het advies van de andere instantie dient te worden ingewonnen en welke afspraken zijn vastgelegd ter voorkoming van *forum shopping*. Hieruit volgt onder meer

dat de NMa een zaak niet ter hand zal nemen op grond van artikel 24 Mw indien OPTA binnen een redelijke termijn optreedt tegen de desbetreffende gedraging. In geval van samenloop van de Mw en Tw, treedt de NMa terug, tenzij de bevoegdheden van OPTA om op te treden tekortschieten of OPTA de zaak niet binnen een redelijke termijn ter hand neemt. Wat een redelijke termijn is wordt niet vermeld. Ook is het mogelijk dat OPTA de zaak ter hand neemt met *instemming* van de NMa. De NMa dient binnen drie weken na het desbetreffende verzoek van OPTA aan te geven of de instemming wordt gegeven. Wanneer binnen deze termijn geen uitsluitel is gegeven, wordt de instemming geacht te zijn verleend.

Daarnaast dient OPTA de algemene richtlijnen van de D-G van de NMa in de zin van artikel 18.3 lid 3 Tw op te volgen. Dergelijke richtlijnen zijn er niet, met uitzondering van de Richtsnoeren van OPTA/NMa met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken van 17 augustus 1999 (kenmerk OPTA) IBT/99/7064) gepubliceerd of de website van OPTA. Inmiddels hebben beide instanties wél al bij elkaar advies ingewonnen bij de voorbereiding van diverse besluiten. In de eerder genoemde zaak Canal+ heeft OPTA de NMa om advies gevraagd naar aanleiding van een conceptbesluit. OPTA heeft dit advies derhalve in de eindfase van de procedure ingewonnen. De NMa is in staat gebleken dit advies binnen een zeer korte termijn (drie weken) te geven. De contacten tussen de autoriteiten hebben ertoe geleid dat OPTA haar conceptbeslissing aanpaste alvorens de NMa haar advies definitief uitbracht. Verweerder (A2000) in dit geschil werd door OPTA echter niet meer in de gelegenheid gesteld op dit advies te reageren. Ook zijn de betrokken partijen niet door de NMa gehoord bij de voorbereiding van het advies.

A2000 verzocht de president van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam het (voorlopig) besluit van OPTA te schorsen onder meer met de stelling dat OPTA onvoldoende recht had gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor en voorts dat OPTA de D-G van de NMa onvoldoende had geïnformeerd. Het Samenwerkingsprotocol bevat geen procedureregels op dit punt. De wijze waarop het advies c.q. de instemming tot stand komt, wordt hierin niet geregeld. In de Canal+-zaak was de inschakeling van de NMa geheel buiten de betrokken partijen geschied. De president overweegt ten aanzien van dit bezwaar⁴²:

‘Al hetgeen verzoekster heeft aangevoerd om te beto- gen dat sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor, komt in de kern hierop neer dat de wijze waarop verweerder procedureel heeft geopereerd bij de

39 Voorlopige beoordeling van de NMa en OPTA inzake Denda e.a./KPN van 14 december 1998.

40 Terinzagelegging openbaar dossier naar aanleiding van vastgestelde voorlopige beoordeling, Stcrt. 1998, nr. 243.

41 Staatscourant 1999, nr. 2.

42 Uitspraak van 14 september 1999, Kabeltelevisie Amsterdam B.V./OPTA, niet gepubliceerd.

A r t i k e l e n

voorbereiding van de bestreden aanwijzing ertoe heeft geleid dat verweerder is uitgegaan van een deels onjuiste voorstelling van zaken, terwijl verzoekster voorts niet in de gelegenheid is geweest ten volle haar zienswijze kenbaar te maken. De president laat in het midden of wellicht ten aanzien van een of meer van de door verzoekster genoemde concrete voorvallen zou moeten worden geoordeeld dat het beginsel van hoor en wederhoor niet (ten volle) is nageleefd. Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit immers voort dat verzoekster daardoor niet in haar belangen kan zijn geschaad.

Voorts is van belang dat de gemachtigde van verweerder ter zitting onweersproken heeft verklaard dat in elk geval bij de voorbereiding van de beslissing op het bezwaar verzoekster de beschikking heeft gehad over alle relevante informatie. Tenslotte heeft de president geen aanknopingspunten kunnen vinden om te beoordelen dat de d-g NMa niet ten volle in staat is geweest vanuit zijn – niet technische, maar mededingingsrechtelijke – expertise een oordeel over de bij brief van 17 juni 1999 aan hem voorgelegde concept-beslissing van verweerder te geven.'

A2000 had bij de OPTA om een nieuwe hoorzitting gevraagd, nadat de NMa en OPTA hun visies hadden vastgesteld. Dit verzoek werd geweigerd door OPTA, aangezien zij meende dat aan deze visies geen andere feiten of omstandigheden ten grondslag hadden gelegen dan die waarover A2000 al in de gelegenheid was gesteld zich te doen horen.⁴³

Niet ondenkbaar is dat in een andere situatie, de besluitvorming wél onzorgvuldig is voorbereid doordat partijen niet, althans onvoldoende, de gelegenheid hebben gehad hun visies bij de NMa kenbaar te maken. In de aanwijzingsbesluiten van KPN Telecom en Libertel werd door OPTA in het geheel geen melding gemaakt van de betrokkenheid van de NMa bij de besluitvorming. Uit het eerder genoemde kort geding vonnis van de president van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam kan worden afgeleid dat slechts tijdens de kort gedingprocedure bleek dat de NMa wel had ingestemd met het aanwijzingsbesluit van OPTA, doch dat KPN Telecom en Libertel in het geheel niet in deze afstemmingsprocedure waren gekend. Het verdient aanbeveling dat ook hier een procesreglement wordt opgesteld, waarbij het beginsel van hoor en wederhoor op zorgvuldige wijze wordt afgewogen tegen het belang van een efficiënte procedure.

De omgekeerde situatie heeft zich inmiddels ook voorgedaan, hetgeen is af te leiden uit het besluit van de D-G NMa in de zaak Libertel.⁴⁴ Het besluit is mede gebaseerd op een visie van OPTA neergelegd in een brief aan de NMa.⁴⁵ Uit het besluit blijkt niet dat Libertel de gelegenheid heeft gehad haar standpunt bij OPTA neer te leggen over de door de NMa gestelde vragen. Op grond van het standpunt van OPTA komt de D-G tot het besluit dat artikel 16 Mw niet van toepassing is en hij bevoegd is de bestreden Service Provider Overeenkomst te beoordelen onder de Mw.

In de zaak Denda heeft het Samenwerkingsprotocol

ertoe geleid dat uiteindelijk OPTA (en niet OPTA en de NMa tezamen) het besluit heeft genomen. De procedure in de zaak Denda toont aan dat de samenloop van de Mw en de Tw (toen nog de WTV) tot een zeer ongewenste lange duur van de procedure kan leiden. Na twee kort-gedingen, diende Denda uiteindelijk op 11 december 1997 respectievelijk op 8 januari 1998 klachten in bij OPTA en de NMa. Dit leidde op 14 december 1998 tot een zogenaamde 'voorlopige beoordeling' van OPTA en de NMa tezamen en uiteindelijk pas op 29 september 1999 tot een definitief besluit van OPTA.

Aangezien KPN Telecom ondanks dit besluit weigert de gegevens te verstrekken, heeft OPTA op 8 november 1999 KPN Telecom een last onder dwangsom opgelegd. KPN Telecom verbeurt een dwangsom bij verdere weigering tot levering van de gegevens.⁴⁶ Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke lange procedure niet wenselijk is en de rechtsbeschermingspositie van de klager (in dat geval Denda) ernstig aantast.

Samenloop civiele en OPTA-procedure

Een in de praktijk voorkomend dilemma is of in een bepaald geschil tussen telecombedrijven een procedure bij OPTA dan wel de civiele rechter moet worden geëntameerd. De afbakening tussen de speciale geschillenregelingen van OPTA en de behandeling van geschillen door de burgerlijke rechter is in de praktijk niet makkelijk te maken. Een voorbeeld is het huurlijngeschil. Mag OPTA op grond van het Besluit ONP geschillen slechts uitspraak doen over de uitleg en toepassing van de ONP-bepalingen en niet over wanprestatie? Volgens de Nota van Toelichting zou OPTA alleen bevoegd zijn tot uitspraken over ONP-aspecten. Die scheiding is in de praktijk niet altijd te maken en ligt ook niet voor de hand nu in het besluit zelf schade als bepalende factor voor het oordeel van OPTA wordt genoemd.⁴⁷ Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij interconnectiegeschillen. De procedures over het niet leveren van capaciteit door KPN Telecom tonen aan dat de civiele rechter niet erg genegen is wanprestatievraagstukken op te lossen indien OPTA zich eveneens over de problematiek buigt.⁴⁸

Bezwaar en Beroep

Tegen een besluit van OPTA staat bezwaar open. Tegen de beslissing op bezwaar staat beroep open bij de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam⁴⁹, met een hogerberoepmogelijkheid bij het College van Beroep voor het

43 Besluit, overweging 5.

44 Besluit van 4 augustus 1999 van de D-G NMa tot afwijzing van een aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw, deels omdat artikel 6 Mw niet van toepassing is en deels omdat niet voldaan is aan de voorwaarden voor ontheffing zoals bepaald in artikel 17 Mw, zaaknr. 275/57.

45 Zie overweging 96 van het besluit.

46 Bij het ter perse gaan van dit artikel was het dwangsombesluit nog niet gepubliceerd, doch slechts een persbericht van OPTA.

47 Zie Dommering e.a., a.w., p. 516.

48 Zie bijvoorbeeld de zaak EnerTel/KPN (noot 32).

49 Artikel 17.1 Tw.

A r t i k e l e n

bedrijfsleven.⁵⁰

Niet elke belanghebbende kan tegen een besluit van OPTA in een geschillenbeslechting bezwaar aantekenen. Dit volgt uit de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam in de zaak VersaTel.⁵¹ In deze zaak heeft de arrondissementsrechtbank bepaald dat een beslissing in een interconnectiegeschil voor anderen dan de betrokken procespartijen niet een onherroepelijke en bindende beslissing is. Om die reden is volgens de arrondissementsrechtbank voor anderen dan de betrokken partijen geen sprake van een rechtstreeks bij het primaire besluit betrokken belang. Dit betekent dat derden geen bezwaar kunnen aantekenen tegen het interconnectiebesluit van OPTA, doch zij zullen een eigen geschil aanhangig dienen te maken. Dit neemt niet weg dat voorzover het besluit van OPTA KPN Telecom betreft, deze onderneming op grond van het non-discriminatiebeginsel andere partijen op gelijke voet zal dienen te behandelen. Het ligt voor de hand dat de Arrondissementsrechtbank op dezelfde wijze zal oordelen bij andere geschillenprocedures. Overigens dient een onderneming bij het in gang zetten van de geschillenprocedure niet te lang te wachten. Dit volgt uit de kortgedinguitspraak van de president van de Arrondissementsrechtbank Rotterdam in de zaak van Dutchtone/KPN.⁵² Daarin overwoog de president dat voor een voorschot op schadevergoeding – onder meer – geen plaats was nu Dutchtone zelf enige tijd had gearzeld met het opstarten van de geschillenprocedure bij OPTA. Het te vroeg neerleggen van een geschil bij OPTA kan evenwel leiden tot niet-ontvankelijkheid. In de zaak Devricon oordeelde OPTA dat Devricon over bepaalde geschilpunten niet, althans onvoldoende, had onderhandeld met KPN en OPTA hierover dus geen oordeel kon geven.⁵³

Tot op heden heeft de arrondissementsrechtbank (afgezien van de genoemde VersaTel-uitspraak) nog geen uitspraken in een bodemprocedure gedaan. Een *bottleneck* vormt hierbij de samenstelling van het dossier: van welke onderdelen mogen alle procespartijen kennisnemen of welke onderdelen zijn zodanig vertrouwelijk van aard dat slechts de arrondissementsrechtbank kennis mag nemen van de stukken op basis van artikel 8:29 Awb. De arrondissementsrechtbank neemt voor deze beslissingen veel tijd, hetgeen de rechtbankprocedure aanzienlijk én onnodig vertraagt.

Conclusie

De wetgever heeft het OPTA niet gemakkelijk gemaakt. De Tw bevat ten aanzien van de te volgen procedures te weinig handvatten en voor diverse geschilpunten is geen regeling in de wet opgenomen. OPTA dient deze hiaten zelf op te vullen door een procesreglement op te stellen. Niet alleen verschaft een dergelijk reglement meer duidelijkheid en rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen, doch kan ook bewerkstelligen dat OPTA zelf meer oog krijgt voor procesmanagement. Daarnaast zou de transparantie van OPTA aanzienlijk kunnen worden verbeterd door *alle* uitspraken en/of besluiten te publiceren.

50 Dit volgt uit artikel 19.10 Tw, waarin de Tw wordt toegevoegd aan de bijlage van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

51 Uitspraak van 19 februari 1998, VersaTel/OPTA, *Mediaforum* 1998, nummer 5.

52 Uitspraak van 3 juni 1999, KG 1999, nr. 244.

53 Uitspraak naar aanleiding van de klacht van Devricon International van OPTA van 28 juli 1999, overwegingen ten aanzien van de tarieven (p. 8). Vergelijk tevens de uitspraak van OPTA in de zaak MTV/Casema van 12 januari 2000, gepubliceerd op de website van OPTA.