

niet te verbieden. Een maand later werd de sectorscan van de cd-sector afgerond en werd in het kader van het onderzoek naar de zorgsector een rapport opgemaakt tegen acht apotheken uit Assen. En inmiddels is er ook het rapport tegen Interpay en de banken. Uit de resultaten tot nu toe blijkt dus dat de NMa zich vooralsnog

houdt aan de voor dit jaar gestelde prioriteiten en haar capaciteit niet uitsluitend inzet in het kader van het onderzoek naar de bouwsector.

BN

Actualiteiten Nationaal

Het telecommunicatierecht in beweging

Naast het algemeen mededingingstoezicht is voor bepaalde sectoren specifiek toezicht ingesteld. Zo ook voor de telecommunicatiesector. De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) is belast met het toezicht op deze sector. Ter uitvoering van deze taak beschikt de OPTA over bevoegdheden tot het beslechten van geschillen tussen marktpartijen. Het gebruik van deze voor het bestuursrecht uitzonderlijke bevoegdheden blijkt in de praktijk geen sinecure. Regelmatig stuit de OPTA daarbij op lastige vraagstukken omtrent de verhouding tussen het telecommunicatierecht en de civielrechtelijke verhoudingen tussen partijen en de samenloop met het algemene mededingingstoezicht. Onlangs zijn twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en diens Voorzieningenrechter verschenen waarin betreffende vraagstukken aan de orde komen. Het betreft uitspraken over besluiten van de OPTA in geschillen tussen UPC en Canal+ over toegang tot het kabelnetwerk van UPC en besluiten van de OPTA in geschillen over de zogenoemde MTA-tarieven.

Hierna worden de betreffende uitspraken en de achtergrond daarvan kort weergegeven. Daaraan voorafgaand schetsen we, voor zover relevant, kort het wettelijke kader. Daarnaast bespreken we de consequenties van de uitspraken voor de geschilbeslechting door de OPTA, en inventariseren we de mogelijke consequenties van de uitspraken voor het toekomstige toezicht op de MTA-tarieven en de kabelsector. Afsluitend komt kort de herziening van de Telecommunicatiewet aan de orde.

Telecommunicatiewet 1998

In 1990 is de geleidelijke liberalisering van de Europese telecommunicatiemarkten in gang gezet.¹ Gelijktijdig

is er voor de Europese telecommunicatiemarkten begonnen aan een geharmoniseerd regelgevingskader.² Dit Europese liberaliserings- en harmonisatiebeleid heeft er, tezamen met technologische ontwikkelingen op het gebied van telecommunicatie, voor gezorgd dat in 1998 in Nederland een nieuwe Telecommunicatiewet (hierna: Tw) in werking is getreden. De – thans nog steeds geldende – Tw dient onder meer marktwerking in de telecommunicatiesector te stimuleren en bepaalde maatschappelijke belangen, zoals de beschikbaarheid van bepaalde diensten tegen een redelijke prijs, te waarborgen.³ Ten dienste hiervan regelt de Tw onder meer het volgende.

Alle aanbieders van telecommunicatienetwerken of -diensten hebben op grond van art. 6.1 van de Tw de verplichting om zorg te dragen voor interconnectie⁴. Blijkens de parlementaire geschiedenis betekent deze verplichting ook, dat geen interconnectietarieven mogen worden gehanteerd die dusdanig hoog zijn dat van de andere interconnecterende partij in redelijkheid niet meer kan worden verwacht dat hij nog interconnecteert.⁵ Deze redelijkheidsnorm staat in de geschillen over de MTA-tarieven centraal.

Voor telecomaanbieders die door de OPTA zijn aangewezen als partijen met aanmerkelijke marktmacht (AMM) gelden onder meer met betrekking tot interconnectie extra zware verplichtingen, ook wel aangeduid als asymmetrische verplichtingen, zoals een non-discriminatieplicht en een kostenoriëntatieplicht⁶. Een aanbieder wordt aangewezen als AMM-partij indien hij een marktaandeel heeft van meer dan 25 procent. De OPTA kan op grond van een meer kwalitatieve beoordeling van de marktpositie van betreffende aanbieder afwijken van deze regel.⁷ Volgens het huidige Tw-regime kunnen telecomaanbieders alleen op de

3 Dit proces is door de Raad en het Europees Parlement ingeleid met de richtlijn 90/387/EEG, ex art. 95 van het EG-verdrag (toen nog art. 100A), betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (PbEG L 192).

4 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 6-7.

5 Interconnectie is de logische en fysieke koppeling van netwerken teneinde de interoperabiliteit van de daarover aangeboden diensten te verzekeren; zie Kamerstukken II, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 27-28 en 95.

6 Kamerstukken I, 1997-1998, 25 533, nr. 309b.

7 Respectievelijk art. 6.5 en 6.6 Tw. Voor partijen die aanmerkelijke macht hebben op de markt voor mobiele openbare telefonie als bedoeld in het eerste lid van art. 6.4 Tw geldt de plicht tot kostenoriëntatie ex art. 6.6 Tw niet.

8 Zie art. 6.4, derde en vierde lid, Tw.

1 MTA staat voor mobile terminating access. MTA-tarieven zijn de tarieven die mobiele operators in rekening brengen voor het afleveren van op andere netwerken ontsprongen telefoonverkeer op het eigen netwerk.

2 Dit proces heeft de Europese Commissie op 28 juni 1990 ingeleid met de richtlijn 90/388/EEG, ex 86, derde lid, van het EG-Verdrag (toen nog art. 90, derde lid, EG-verdrag), betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, ook wel aangeduid als de dienstenrichtlijn (PbEG L 192).

volgens in de wet afgebakende markten als AMM-partij worden aangewezen: de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken en -diensten, de markt voor mobiele openbare telefoonnetwerken en -diensten, de markt voor de interconnectie van huurlijnen, de markt voor vaste en mobiele openbare telefoondiensten tezamen en markten voor huurlijnen.⁹ Genoemde wettelijke verplichtingen tot kostenoriëntatie en non-discriminatie gelden derhalve niet voor partijen die op andere markten aanmerkelijke macht hebben.

Het hier beschreven AMM-systeem geldt niet voor kabelexploitanten. De Tw gaat er blijkens het tweede lid van art. 8.2 Tw reeds vanuit dat een kabelexploitant in zijn verzorgingsgebied, wat betreft het verspreiden van (omroep)programma's aanmerkelijke marktmacht heeft. Daaraan zijn echter geen (asymmetrische) wettelijke verplichtingen tot kostenoriëntatie en non-discriminatie verbonden.

Indien telecomaandieners over (een te sluiten of gesloten overeenkomst inzake) interconnectie een geschil hebben, kan de OPTA dit geschil op aanvraag beslechten (art. 6.3 Tw). Dit geldt eveneens indien een aanbieder van een (omroep)programma en een kabelexploitant een geschil hebben over de toegang van een programma tot de kabel. De OPTA kan dan op verzoek van de programma-aanbieder ter zake bindende aanwijzingen geven aan de kabelexploitant (art. 8.7 Tw). Voor zover de OPTA bij de uitoefening van haar bevoegdheden begrippen uitlegt die spelen bij toepassing van art. 24 Mededingingswet, dient zij zich te houden aan daartoe door de NMa opgestelde algemene richtlijnen.¹⁰ Voorts dienen de OPTA en de NMa in het belang van effectieve en efficiënte besluitvorming afspraken te maken over zaken van wederzijds belang. In verband met deze wettelijke verplichtingen is door de OPTA en de NMa een samenwerkingsprotocol opgesteld.¹¹ Verder hebben zij ter zake van bepaalde onderwerpen gezamenlijk richtsnoeren (lees: beleidsregels) opgesteld. Zo ook ten aanzien van geschillen over toegang tot de kabel.¹² De beleidsregels inzake MTA-tarieven (zie hierna onder het kopje Uitspraak Voorzieningenrechter Rotterdam in MTA-zaken) heeft de OPTA zelf opgesteld, doch zijn wel aan de NMa voorgelegd.

Uitspraak Voorzieningenrechter Rotterdam in MTA-zaken¹³

Op 12 juni 2001 heeft KPN Mobile tegen O2 (toen nog en binnenkort weer: Telfort) een geschil bij de OPTA aangehangig gemaakt over de hoogte van de MTA-tarieven van O2. Alvorens dit geschil definitief te beslechten, heeft de OPTA aan de hand van een marktconsultatie

beleidsregels opgesteld voor het beoordelen van de redelijkheid van MTA-tarieven (hierna: MTA-beleidsregels).¹⁴ Conform deze beleidsregels heeft de OPTA O2 opgedragen haar MTA-tarieven ten opzichte van KPN Mobile binnen een bepaalde termijn te verlagen naar een niveau gelijk aan het gemiddelde van de in dit opzicht drie 'best presterende' mobiele aanbieders in Europa (hierna: het best practice niveau).¹⁵

Na vaststelling van de beleidsregels hebben geleidelijk alle mobiele aanbieders geschillen aangehangig gemaakt over elkaars MTA-tarieven. Ook enkele vaste aanbieders hebben geschillen tegen mobiele aanbieders aangehangig gemaakt. In ieder geschil is de OPTA tot het oordeel gekomen dat het (gemiddelde) MTA-tarief van de desbetreffende mobiele aanbieder in de desbetreffende interconnectierelatie conform de beleidsregels moest worden verlaagd naar het best practice niveau. Alle mobiele aanbieders hebben de Voorzieningenrechter in Rotterdam vervolgens verzocht om de tegen hun genomen MTA-besluiten te schorsen.

Het standpunt van de OPTA in de MTA-geschillen steunt hoofdzakelijk op de volgende drie pijlers:

- i) Iedere mobiele aanbieder beschikt over een monopoliepositie met betrekking tot het afleveren van telefoonverkeer op het eigen netwerk en ondervindt hierdoor terzake geen concurrentiedruk.
- ii) De MTA-tarieven van alle mobiele aanbieders zijn aanzienlijk hoger dan de tarieven voor diensten met een gelijk netwerkbeslag.
- iii) De hoge MTA-tarieven belemmeren de ontwikkeling van bestendige mededinging en schaden de belangen van eindgebruikers.¹⁶

Gelet hierop heeft de OPTA geoordeeld dat de MTA-tarieven van alle mobiele operators onredelijk hoog zijn zodat verlaging geboden is. Tot dusver is er nog geen geschil aan de hand geweest waarin de OPTA aanleiding heeft gezien om van dit beleidsmatige standpunt af te wijken. Gelet op de eisen van het algemeen mededingingsrecht, waarmee bij toepassing van de Tw rekening moet worden gehouden, kan een verplichting tot kostenoriëntatie ten aanzien van MTA-tarieven in de toekomst volgens de OPTA in de rede liggen.

Een uitputtende weergave van de door de verschillende mobiele operators naar voren gebrachte argumenten gaat het bestek van de onderhavige bijdrage te buiten. Hier zijn met name de volgende twee principiële argumenten relevant:

- i) De OPTA mag alleen aanbieders die zijn aangewezen als partij met AMM tariefverplichtingen opleggen. Nu geen van de mobiele aanbieders als zodanig is aangewezen, overschrijdt de OPTA haar

9 Dommering bepleit (Handboek Telecommunicatierecht, E.J. Dommering e.a., SDU 1999, p. 463) overigens dat op grond van art. 6.4 Tw meer markten kunnen worden onderscheiden. Hij onderscheidt in dit verband netwerkmarkten en dienstenmarkten. De richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke macht op de markt van de OPTA lijken deze mogelijkheid ook te erkennen (Stcrt. 2000, 48).

10 Art. 18.3, derde lid, Tw.

11 Het samenwerkingsprotocol OPTA/NMa (Stcrt. 2000, 249).

12 Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken (20 augustus 1999, Stcrt. 1999, 159).

13 Voorzieningenrechter, Rechtbank Rotterdam, 29 november 2002, VTELEC 02/2675 RIP, VTELEC 02/2679 RIP, VTELEC 02/2840 RIP, e.a., paragraaf 2.4., Computerrecht 2003, nr. 2, p. 164-172, met noot R. van den Hoven van Genderen.

14 Beleidsregels inzake de regulering van mobiele terminating tarieven, OPTA/IBT/2002/2200802, d.d. 28 maart 2002, gewijzigd op 22 juli 2002, OPTA/IBT/2002/2200802, vindplaats: http://www.opta.nl/download/Beleid_regulering_bijlagen_290302.pdf en http://www.opta.nl/download/aanp_beleid_mta_300702.pdf

15 Daarbij heeft OPTA gekeken naar andere mobiele aanbieders in Europa voor wie geen wettelijke plicht tot kostenoriëntatie gold. Verder heeft zij nog onderscheid gemaakt tussen een best practice niveau voor mobiele operators die uitsluitend beschikken over 1800 MHz-frequenties en operators die tevens beschikken over 900 MHz-frequenties. Zie in dit verband de eerder aangehaalde beleidsregels.

16 Zie punt 19 e.v. van de MTA-beleidsregels.

bevoegdheden door toch ex ante in beleidsregels tarieven voor te schrijven.

- ii) De OPTA heeft de redelijkheidsnorm ten onrechte op publiekrechtelijke wijze ingevuld. Zij had uit moeten gaan van de civielrechtelijke redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid had zij niet in het licht van de doelstellingen van de Tw (zie hierboven: bevordering mededinging en bescherming eindgebruikers) mogen uitleggen. Een link tussen de redelijkheidsnorm en de kostenoriëntatie is al helemaal uit den boze.

De Voorzieningenrechter heeft de schorsingsverzoeken van partijen gehonoreerd. Art. 6.3, eerste en tweede lid, van de Tw betreft volgens hem "het op aanvraag beslechten van in wezen civielrechtelijke geschillen tussen op de commerciële markt opererende partijen – in de precontractuele fase of erna – door een bestuursorgaan". Daarbij dient volgens de Voorzieningenrechter de specifieke positie van de individuele partijen tot uitgangspunt te worden genomen. Art. 6.3 Tw biedt de OPTA naar het oordeel van de Voorzieningenrechter derhalve niet de bevoegdheid om, zoals in casu is gedaan, een algemeen maximumtarief vast te stellen op grond van overwegingen in verband met marktafbakening, het tegengaan van kruissubsidies en het bevorderen van meer concurrentie.

Hij overweegt in dat verband verder: "daargelaten of een dergelijke algemene bevoegdheid tot "mededingingsrechtelijk" ingrijpen eerder aan de NMa zou behoren toe te komen dan aan verweerder, een duidelijke basis daarvoor is in de art. 6.3, eerste lid, respectievelijk 6.3, tweede lid, van de Tw niet te vinden. (...) Steun voor dit oordeel biedt tevens het gegeven dat de geschilbeslechting van het eerste en tweede lid van art. 6.3 van de Tw slechts op aanvraag geschiedt; de wetgever heeft kennelijk niet willen uitsluiten dat marktpartijen, zolang geen van hen een geschil aan verweerder voorlegt, vrij zijn in het onderling vaststellen van de interconnectievoorwaarden".

De hierboven omschreven invulling die de OPTA ter zake van de MTA-tarieven geeft aan de uit de interconnectieplicht voortvloeiende redelijkheidsnorm, trekt de Voorzieningenrechter in twijfel. Uit de uitspraak kan worden opgemaakt dat betreffende norm volgens hem ziet op de situatie "dat een partij, in de wetenschap dat haar wederpartij tot interconnectie verplicht is, aan die partij een uitzonderlijk hoog (MTA)tarief vraagt, in die zin dat, zou de verplichting tot interconnectie niet bestaan, geen interconnectie tot stand gekomen zou zijn". Of deze laatste situatie zich voordoet, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord, maar hangt af van de specifieke interconnectierelatie die voorligt. Gelet hierop kan de OPTA alleen per geschil beoordelen of een tarief onredelijk is en een lager tarief opleggen. Door op te merken dat lange tijd kennelijk zonder problemen interconnectie tegen de huidige tarieven tot stand is gekomen, geeft de Voorzieningenrechter mee dat hij van de onredelijkheid van de MTA-tarieven niet zo overtuigd is. Hij plaatst in verband met het in de Tw

vastgelegde AMM-systeem ten slotte vraagtekens bij het voornemen van de OPTA om uiteindelijk tot kostenoriëntatie te komen.

Uitspraak Rechtbank Rotterdam in zaken Canal+-UPC¹⁷

Al enige jaren zijn UPC en Canal+ verwickeld in diverse juridische procedures over de doorgifte van de programma's van Canal+ door UPC. Kort gezegd is daarbij mede in geschil welk bedrag Canal+ voor doorgifte aan UPC moet vergoeden. De OPTA heeft zich in diverse aanhangig gemaakte zaken tussen partijen over deze kwestie moeten uitlaten.¹⁸ Daarvan komen er drie in deze beroepszaak aan de orde. Dit betreft een besluit op bezwaar van 4 november 1999 (over de vraag of UPC tot digitale doorgifte verplicht was), van 31 juli 2000 (over de hoogte van het voorlopige doorgiftetarief) en een besluit op bezwaar van 20 maart 2002 (tegen het besluit van juli 2002 over het voorlopige doorgiftetarief).

Bij deze besluiten heeft de OPTA zich onder meer gebaseerd op de Richtsnoeren geschillen die het samen met de NMa heeft ontwikkeld. Met gebruikmaking van deze Richtsnoeren bepaalde de OPTA in haar besluit van november 1999 dat zij bevoegd was UPC tot doorgifte van de digitale programma's voor de abonneetelevisie van Canal+ te verplichten, in haar besluit van juli 2000 wat het voorlopige tarief zou zijn voor doorgifte in de regio rondom Amsterdam en in haar besluit van maart 2002 dat zij haar eerdere besluit van juli 2000 kon handhaven.

Beide partijen gingen tegen dit oordeel in beroep bij de Rechtbank Rotterdam. UPC voerde daarbij onder meer aan dat de OPTA niet bevoegd was het tarief vast te stellen op basis van kostenoriëntatie. De Rechtbank besliste op 26 februari jl. Er is een aantal belangrijke overwegingen van de Rechtbank over de bevoegdheden van de OPTA in de uitspraak opgenomen. Om te beginnen was dat het oordeel over de bevoegdheid van de OPTA om van deze kwestie kennis te mogen nemen. UPC had betoogd dat het hier niet de doorgifte van programma's voor abonneetelevisie betrof, maar dat het ging om het mogelijk maken, op haar netwerk, van een alternatieve technologie van voorwaardelijke toegang. De Rechtbank meende echter dat daar geen sprake van was en oordeelde dat de OPTA op grond van art. 8.7 Tw bevoegd was van het geschil kennis te nemen. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat de OPTA bevoegd is bindende aanwijzingen te geven wanneer partijen geen overeenstemming bereiken over de toegang van een tv-programma tot een omroepnetwerk. Echter, de Rechtbank oordeelde dat deze vorm van – publiekrechtelijke – arbitrage, hoewel niet gebonden aan specifieke normstelling voor de materiële inhoud van de op te leggen aanwijzing, toch aan zekere beperkingen is gebonden. In casu is daaraan voldaan. Voorts waren de in de Richtsnoeren genoemde redenen om een verzoek tot doorgifte af te wijzen (technische belemmeringen,

¹⁷ Rechtbank Rotterdam, 26 februari 2003, TELEC 99/2658 RIP, TELEC 99/2712 RIP, TELEC 00/509 RIP, TELEC 00/1910 RIP, TELEC 02/894 RIP, TELEC 02/1070 RIP.

¹⁸ Daarnaast zijn nog enige andere procedures tussen partijen gevoerd over de digitale doorgifte, waaronder procedures bij de Rechtbank.

capaciteitsgebrek en weigering van betaling van het (kostengeoriënteerde) tarief) niet aanwezig. Hetzelfde art. 8.7 Tw geeft, in de uitleg van de Rechtbank, de OPTA de bevoegdheid om, desgevraagd in een procedure, de tarieven tussen partijen vast te stellen. Hoewel hieraan in de tekst van dit artikel geen woorden zijn gewijd, omdat het artikel slechts over toegang gaat, is de Rechtbank van oordeel dat een redelijke interpretatie van art. 8.7 Tw meebrengt dat bindende aanwijzingen inzake de toegang in beginsel mede de aan de toegang inherente kernvoorwaarden – waaronder het te betalen tarief – kunnen betreffen. Vervolgens leidt de Rechtbank de specifieke bevoegdheid van de OPTA tot het vaststellen van het tarief af uit de Memorie van Toelichting, waar gesproken wordt over “toegang inclusief de financiële aspecten ervan”. In dit kader is de OPTA tevens bevoegd binnen redelijke grenzen de medewerking van partijen te vragen, zoals voor een boekenonderzoek.

Echter, in het onderhavige geval had de OPTA het tarief opgelegd als een vorm van sanctie. De OPTA meende namelijk dat UPC geen gevolg had gegeven aan een verplichting die de OPTA in een eerdere uitspraak had opgelegd. Volgens de Rechtbank blijkt deze punitieve toepassing van het tarief uit de bewoordingen van het besluit van de OPTA. Art. 8.7 Tw geeft een dergelijke bevoegdheid echter niet. Ook al staan er, zoals hierboven al gesteld, geen woordelijke beperkingen aan de inhoud van de op te leggen bindende aanwijzing, het blijft onverlet dat het bij toepassing van dit art. gaat om geschilbeslechting tussen civiele partijen en niet om het bij wege van bestuurlijke sanctie opleggen van een strafbaar. Immers, de OPTA kan niet op grond van art. 8.7 Tw een sanctiemiddel inzetten dat hem in hoofdstuk 15 Tw (dat handelt over sancties) is onthouden. Ten slotte oordeelt de Rechtbank dat de OPTA, bij geschillen omtrent toegang tot omroepnetwerken, geen bevoegdheid toekomt om kostengeoriënteerde tarieven op te leggen. Een dergelijke bevoegdheid dient “een uitdrukkelijke basis bij of krachtens de wet” te hebben. Daarin is niet voorzien in art. 8.7 Tw (zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij art. 6.6 Tw, dat handelt over de verplichtingen van partijen met een aanmerkelijke marktmacht in onder meer vaste telefonie). Dat UPC op de markt voor transport van RTV-signalen via de kabel een machtspositie heeft¹⁹, nog daargelaten of sprake zou zijn van het maken van misbruik van die machtspositie, maakt dit niet anders. Bovendien is volgens de Rechtbank de doelstelling van de Telecommunicatiewet het bevorderen van concurrentie en het tegengaan van oneerlijke concurrentie, maar niet primair het ingrijpen in de vrijheid van marktpartijen om de prijs van hun diensten te bepalen.

De Rechtbank gaat met deze belangrijke overweging dat het opleggen van kostengeoriënteerde tarieven

alleen mogelijk is in de gevallen waar daar een uitdrukkelijke basis voor is bij of krachtens de wet uit van de beperkingen die in de Tw zijn gesteld aan de bevoegdheden van de OPTA om op te treden in de telecommunicatiesector. De OPTA zijn ter zake geen algemene bevoegdheden toegekend.

De Rechtbank trekt vervolgens bovenstaande overweging verder en concludeert dat, voor zover in de Richtsnoeren het beginsel van kostenoriëntatie tot uitgangspunt is genomen, de Richtsnoeren derhalve in strijd zijn met de Tw en door de OPTA buiten toepassing dienen te worden gelaten.

Deze conclusie kan grote gevolgen hebben voor de OPTA om onder de huidige Tw op het gebied van tarieven voor toegang tot de omroepnetwerken regulerend op te treden. Immers, hoewel de OPTA volgens de Rechtbank bevoegd is om ook ten aanzien van tarieven bindende aanwijzingen aan partijen te geven, kan de OPTA daarbij niet uitgaan van kostenoriëntatie, omdat daarvoor in de Tw geen grondslag bestaat.”

Geschilbeslechting door de OPTA.

In beide uitspraken staat de bevoegdheid van de OPTA om geschillen te beslechten centraal, in het bijzonder de aard en de grenzen van deze bevoegdheid. De Rechtbank omschrijft geschilbeslechting ex art. 8.7 Tw als publiekrechtelijke arbitrage die in een concreet geschil moet leiden tot een materiële oplossing van het tussen partijen bestaande conflict. Art. 6.3 Tw voorziet volgens de Voorzieningenrechter in de beslechting van civielrechtelijke geschillen door een bestuursorgaan. Aldus kennen de Rechtbank en de Voorzieningenrechter de bevoegdheden ex art. 8.7 en art. 6.3 Tw in wezen hetzelfde karakter toe. Voorts wordt in beide uitspraken onderstreept dat de contractsvrijheid van partijen bij het gebruik van deze bevoegdheden vooropstaat. Daartoe wordt respectievelijk overwogen: “(...) dat de geschilbeslechting (...) slechts op aanvraag geschiedt; de wetgever heeft kennelijk niet willen uitsluiten dat marktpartijen, zolang geen van hen een geschil aan verweerder voorlegt, vrij zijn in het onderling vaststellen van de interconnectievoorwaarden” en “(...) dat het doel van de Tw het bevorderen van concurrentie (...) is, maar niet primair het ingrijpen in de vrijheid van marktpartijen om de prijs van hun diensten te bepalen (...)”. In dit verband is overigens interessant de overweging van de Rechtbank in een andere zaak, dat de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA haar grens vindt “in de in het verbintenissenrecht geldende regels van redelijkheid en billijkheid, waaraan immers – geheel los gezien van de Tw en art. 6.3 van de Tw – zogenaamde derogerende werking toekomt”.²¹ Een en ander roept de vraag op in hoeverre de OPTA bij het beslechten van geschillen naast de belangen van de geschilpartijen tevens betekenis kan toekennen aan

19 A.T. Ottow, *Review van het toezicht*, *Computerrecht* 2003, nr. 1, p. 15 is echter van mening dat de rechter hier ten onrechte uitgaat van een beperkte bevoegdheid voor OPTA.

20 Onder meer besluit van de NMa3052/150, *Liberty Media-Casema*, van 6 november 2002.

21 Overigens zijn alle betrokkenen, om diverse redenen, tegen het besluit van de Rechtbank in hoger beroep gegaan bij het Cbb.

22 Rechtbank R'dam 31 januari 2003, *Mediaforum* 2003-4, nr. 21, p. 139 e.v., m.nt. A. Ottow.

publieke belangen, zoals de bevordering van bestendige mededinging en bescherming van eindgebruikers. Betoogd zou kunnen worden dat de 'publiekrechtelijke' status van de geschilbeslechting de OPTA daartoe ruimte biedt. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen om beslechting van geschillen in een bepaalde sector niet (uitsluitend) aan de civiele rechter over te laten, doch het bestuursorgaan dat is belast met het toezicht op die sector daartoe een discretionaire bevoegdheid te geven.

De Rechtbank oordeelt dat de OPTA – ondanks de vaststelling door de NMa dat UPC een economische machtspositie heeft – niet bevoegd is op grond van art. 8.7 Tw in een geschil een verplichting tot kostenoriëntatie op te leggen. Zonder expliciete wettelijke aanknopingspunten daartoe is dat volgens de Rechtbank in strijd met de Tw. Naast het uitgangspunt dat kabelexploitanten een verplichting tot kostenoriëntatie hebben, zijn in de Richtsnoeren nog andere uitgangspunten vastgelegd die ingrijpen in de contractsvrijheid van kabelexploitanten zonder dat daarvoor een expliciete grondslag in de Tw bestaat. Zo hanteert de OPTA blijkens de Richtsnoeren bij het beslechten van geschillen ex artikel 8.7 Tw het uitgangspunt dat de kabelexploitant verplicht is toegang tot haar netwerk te leveren en wel onder non-discriminatoire voorwaarden. Het behoeft geen betoog dat de OPTA en de NMa een en ander in de richtsnoeren hebben neergelegd in het kader van de stimulering van bestendige mededinging. De Rechtbank heeft zich in onderhavige uitspraken niet expliciet uitgelaten over betreffende beleidsmatige uitgangspunten. Het blijft dan ook nog een vraag of de Rechtbank die uitgangspunten evenzeer in strijd met de Tw acht, dan wel de OPTA de (beleids)ruimte toekent om ex artikel 8.7 Tw in geschil een toegangsverplichting en een non-discriminatieplicht op te leggen. Het laatste zou erop duiden dat de OPTA een zekere ruimte heeft om, naast de belangen van geschilpartijen bij materiële oplossing van hun conflict, publieke belangen mee te wegen bij de beslechting van geschillen ex artikel 8.7 Tw. Het feit dat het (ontbreken van een) AMM-systeem volgens de Rechtbank het opleggen van een verplichting tot kostenoriëntatie in de weg staat, belooft evenwel weinig welwillendheid van de Rechtbank ten opzichte van het opleggen van een verplichting tot toegangverlening en non-discriminatie. Ook die verplichtingen zijn in de Tw immers gekoppeld aan het AMM-systeem.

De Voorzieningenrechter kent de OPTA bij het beslechten van geschillen over interconnectietarieven (van aanbieders die niet als AMM-partij zijn aangewezen) weinig ruimte toe om de aan de Tw ten grondslag liggende publieke belangen mee te wegen. Dit heeft, zo kan uit de uitspraak worden afgeleid, met name te maken met de uit de interconnectieplicht voortvloeiende redelijkheidsnorm die in de MTA-geschillen een centrale rol speelt. Ofschoon hij dit niet met zoveel woorden uitspreekt, lijkt de Voorzieningenrechter met de mobiele operators van mening te zijn dat deze norm een civielrechtelijke is, in die zin dat deze norm een

zuiver geschilgerichte invulling vergt. Daarmee verhoudt het zich niet dat de OPTA bij de beslechting van geschillen over de redelijkheid van interconnectietarieven uit hoofde van haar taken als toezichthouder tevens het belang van bestendige mededinging en de bescherming van eindgebruikers meeweegt in haar afwegingen.

In haar uitspraak van 25 april 2001 heeft het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) geoordeeld dat de OPTA bij het beslechten van geschillen ex art. 3.11 Tw, als op het terrein van telecommunicatie deskundige toezichthouder een zekere mate van beleidsruimte toekomt. Het is afwachten hoe het CBB dit uitgangspunt zal vertalen naar onderhavige zaken. Wat betreft de Kabelzaak zal daar hopelijk niet al te lang meer op behoeven te worden gewacht. Tegen de uitspraak van de Rechtbank is reeds hoger beroep ingesteld.²³ De MTA-zaken zullen eerst nog langs de Rechtbank moeten.

Toekomst MTA

De besluiten in het eerste MTA-geschil tussen KPN Mobile en O2 liggen thans ten gronde bij de Rechtbank voor. In afwachting van de uitspraak van de Rechtbank in deze zaak, houdt de OPTA alle andere MTA-zaken aan. De uitspraak wordt verwacht op 6 mei aanstaande. Indien de Rechtbank de uitspraak van haar Voorzieningenrechter volgt, lijkt een vernietiging van de besluiten van de OPTA in betreffend geschil onvermijdelijk. Ook de meeste andere MTA-besluiten zullen dan waarschijnlijk sneuvelen. Als dit gebeurt, kan het toezicht op de MTA-tarieven een langdurige en grillige historie tegemoet zien. Blijkens zijn uitspraak is het ingrijpen in de tarieven, zoals de OPTA dat heeft gedaan, volgens de Voorzieningenrechter een bevoegdheid die veeleer de NMa toekomt. De OPTA en de NMa hebben in het Samenwerkingsprotocol het uitgangspunt vastgelegd dat de OPTA als sectorspecifieke toezichthoudende instantie de eerst aangewezen is om op te treden indien dit ertoe leidt dat het misbruik van een economische machtspositie wordt beëindigd.²⁴ Dit is met betrekking tot de MTA-problematiek de insteek geweest.²⁵ Echter, indien de Rechtbank uitspraak doet conform de opvattingen van de Voorzieningenrechter, dan kan het optreden van de OPTA naar verwachting geen einde kan maken aan eventueel misbruik van een economische machtspositie door de mobiele operators, zodat de NMa het "stokje moet overnemen".²⁶ Het lijkt niet aannemelijk dat de OPTA en de NMa eerst een uitspraak in hoger beroep in de MTA-zaken zullen afwachten.

De relevante markt heeft de NMa ter zake al afgebakend. Op basis van een kwalitatief en kwantitatief onderzoek heeft ook de NMa geconcludeerd dat het afleveren van telefoonverkeer per mobiel netwerk een aparte relevante markt vormt.²⁷ Voordat de NMa daad-

²³ Een verzoek om versnelde behandeling van de zijde van OPTA is overigens door het CBB afgewezen.

²⁴ Art. 3, derde lid, Samenwerkingsprotocol.

²⁵ Zie punt 13-16 van de MTA-beleidsregels.

²⁶ Zie art. 9, eerste lid, Samenwerkingsprotocol.

²⁷ Rapportage over de marktdefinitie van het afwikkelen van gesprekken op mobiele netten, 1 augustus 2002.

werkelijk een verlaging van de MTA-tarieven kan bewerkstelligen, ervan uitgaande dat zij daartoe op mededingingsrechtelijke gronden aanleiding zou zien, moeten echter nog een aanzienlijk aantal obstakels worden overwonnen. Een daarvan betreft het vaststellen van misbruik. Of sprake is van excessieve prijzen is niet licht vast te stellen. Blijkens zijn advies aan de OPTA met betrekking tot de MTA-beleidsregels²⁸ en zijn besluit van 8 oktober 2001 in de zaak Shiva t. KLM (zaak 11) hanteert de NMa kostenoriëntatie als uitgangspunt in situaties van een machtspositie.²⁹ Dit sluit aan bij de opvatting van de Europese Commissie over excessieve prijsvorming in de telecommunicatiesector.³⁰ De civiele kamer van de Rechtbank Rotterdam heeft onlangs evenwel nog geoordeeld dat het feit dat tarieven niet kostengeoriënteerd zijn niet noodzakelijkerwijs betekent dat sprake is van excessieve prijzen.³¹ Ook het Hof van Justitie erkent in de zaak United Brands dat kostenoriëntatie niet de enige maatstaf is.³² De vraag of sprake is van misbruik in de vorm van excessieve prijzen kan dan ook nog de nodige stof voor discussie vormen. Bovendien zal, indien wordt uitgegaan van kostenoriëntatie, voor elke mobiele aanbieder beoordeeld moeten worden of diens MTA-tarieven kostengeoriënteerd zijn, hetgeen zonder meer de nodige tijd zal vergen. Wellicht zal de NMa gelet hierop aanleiding zien om (ook) met een benchmark te werken, zoals ook de OPTA heeft gedaan. Wordt dan misbruik door excessieve prijsstelling vastgesteld, dan is een volgend obstakel het afdwingen van een prijsverlaging. De instrumenten die de NMa daartoe heeft, zijn beduidend minder adequaat dan bepaalde tariefreguleringsinstrumenten van de OPTA. Lavrijssen³³ wijst er terecht op dat de NMa zich bij het vaststellen van prijzen terughoudend opstelt. Wellicht zou ook hier een benchmark uitkomst voor de NMa kunnen bieden. Als de NMa dan tot handhavende maatregelen komt, kan het vervolgens – mede gelet op de schorsende werking van beroep tegen besluiten ex art. 24 Mw – nog lange tijd duren voordat deze maatregelen daadwerkelijk (kunnen) worden geëffectueerd. De zaak NOS/HMG t. de Telegraaf³⁴ is in dit verband tekenend.

Het is zeer wel denkbaar dat eventuele maatregelen van de NMa zouden worden ingehaald door de herziening van de Telecommunicatiewet. In dit verband zij ver-

wezen naar paragraaf 8. De NMa kan het stokje dan weer teruggeven aan de OPTA. Gelet op de huidige "fusieplannen" van de NMa en de OPTA zal deze overdracht tegen die tijd wellicht een NMa-interne kwestie zijn. Al met al zouden de MTA-tarieven dan inmiddels een tijds- en arbeidsintensief dossier hebben opgeleverd.

Gezien het voorgaande moet geconstateerd worden dat de uitspraak van de Rechtbank waarschijnlijk een grote impact zal hebben op de toekomst van het MTA-dossier. De Rechtbank staat dan ook voor een belangrijke beslissing.

Toekomst kabel

Het oordeel van het CBp, dat de hogerberoepszaken van alle betrokkenen tegen het besluit van de Rechtbank inzake Canal+ zal behandelen, kan een grote impact hebben, met name ten aanzien van het toegangsvraagstuk. Niet alleen de kwestie van de tarieven voor toegang tot de omroepnetwerken zijn daarbij aan de orde, maar vooral ook de vraag naar de reikwijdte van de bevoegdheden van de OPTA. Dit geldt onder meer ten aanzien van de bevoegdheid om kostengeoriënteerde tarieven op te leggen.

De toekomst van de kabel zal echter voor een minstens even groot gedeelte bepaald worden door de nieuwe Telecommunicatiewet.

Herziening Telecommunicatiewet

Het wetsvoorstel tot herziening van de Telecommunicatiewet is onlangs, tezamen met het advies van de Raad van State, naar de Tweede Kamer gezonden.³⁵ Vele partijen hebben reeds commentaar geleverd op het wetsontwerp, waaronder de OPTA die een kritische beoordeling heeft gepubliceerd.³⁶ De herziene Tw zal een aantal belangrijke wijzigingen in het huidige regime brengen. Waar de huidige Tw slechts de mogelijkheid biedt om op enkele in de wet gedefinieerde markten AMM-partijen aan te wijzen, zal de herziene Tw – conform de daaraan ten grondslag liggende richtlijnen – in principe de mogelijkheid bieden op iedere relevante elektronische communicatiemarkt een AMM-partij aan te wijzen (art. 6a.2). Daartoe zal de betreffende relevante markt eerst moeten worden afgebakend (art. 6a.1). Vervolgens zal dienen te worden beoordeeld of de betreffende markt reeds voldoende concurrerend is (art. 6a.1 en 6a.2). In dat geval kan worden teruggevallen op algemeen mededingingstoezicht (art. 6a.3). Wordt de betreffende markt nog gedomineerd door een partij met AMM, dan kan de OPTA die partij als zodanig aanwijzen en, voorzover noodzakelijk en gerechtvaardigd, bepaalde asymmetrische verplichtingen opleggen, zoals toegangsverplichtingen, boekhoudkundige scheiding of de verplichting tot kostenoriëntatie (art. 6a.2 jo. 6a.7). Ter zake van het AMM-begrip is onder de herziene Tw aangesloten bij de definitie van economische

²⁸ Zie punt 14 van de MTA-beleidsregels en het advies van de NMa aan de OPTA d.d. 27 maart 2002.

²⁹ Zie het kritische commentaar hierop van E.H. Pijnacker Hordijk en Y. de Vries, *Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht*, SEW 2002, p. 430-446.

³⁰ Zie *Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector*, PbEG 98/C 265/02, punt 105 e.v.

³¹ *Vonnis van de Rechtbank Rotterdam, sector civiel recht, van 28 november 2002, in de zaak tussen Van Ommeren e.a. tegen het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam*, zaak-/rolnummer 106848/98-3016/HA ZA, r.o. 5.2.13, AM 2003, p. 64-70, met noot GTB.

³² *Hof EG*, zaak 27/76, Jur. 1978, punt 253.

³³ S.A.C.M. Lavrijssen, "De Samenwerking tussen de OPTA en de NMa in het mta-dossier" in: M&M 2003/nr. 1, p. 8.

³⁴ Zie besluiten van de NMa in deze zaak (nr. 1) van 16 februari 2000 en 3 oktober 2001, de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 in deze zaak (MEDED 01/2430-RIP, MEDED 01/2474-RIP), AM 2003, p. 18-24, met noot RM en de uitspraak van de Voorzieningenrechter van het CBb van 9 april jl. in deze zaak (AWB 03/240).

³⁵ TK 2002-2003, 28851, ingediend bij de Tweede Kamer op 15 april 2003.

³⁶ *Uitvoeringstoets implementatie EU richtlijnen*, 16 december 2002, te vinden op www.opta.nl.

machtspositie als bedoeld in het algemeen mededingingsrecht.³⁷ Ten behoeve van een geharmoniseerde uitvoering van de nieuwe communicatieregelgeving heeft de Europese Commissie in een aanbeveling³⁸ reeds enkele relevante productmarkten afgebakend. Tot de markten die de Europese Commissie onderscheidt, behoren de markt voor het afleveren van telefoonverkeer op een mobiel netwerk en de markt van omroeptransmissiediensten, voor het leveren van omroepinhoud aan eindgebruikers.³⁹

De herziene Tw zal, hoewel de implementatietermijn per 25 juli 2003 verstrijkt, naar verwachting eind 2004 in werking treden. Indien tegen die tijd (a) het afleve-

ren van telefoonverkeer op een individueel mobiel netwerk nog steeds als een afzonderlijke relevante markt wordt beschouwd en (b) betreffende relevante markt nog monopolioïde wordt geoordeeld, dan kan de OPTA, voorzover dit noodzakelijk en gerechtvaardigd is, op grond van sectorspecifieke regelgeving een verplichting tot kostenoriëntatie opleggen aan de mobiele operators. Ook het Kabel-dossier zal onder de werking van de nieuwe Tw vallen.

Daan Bitton* en Robbert Mahler

* werkzaam bij NMa en OPTA.

37 Zie paragraaf 4.3 van het algemene deel van de MvT bij het wetsvoorstel, p. 24.

38 Brussel 11/02/2003, C(2003)497.

39 Zie punt 16 en punt 18 van de bijlage bij de aanbeveling.

Europese Rechtspraak

Rechtspraak Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg

Dit is het derde overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg op het gebied van het mededingingsrecht. Het overzicht beslaat de rechtspraak die is gewezen in de tweede helft van 2002. Enkele van deze uitspraken zijn al uitvoerig behandeld in dit tijdschrift, zij zullen hierna beknopt worden besproken.

Zaken voor het Gerecht

- Op 8 oktober 2002 oordeelde het Gerecht op het door Metropole (M6) en andere commerciële televisiezenders ingestelde beroep. Dit beroep was gericht tegen de op 10 mei 2000 gegeven beschikking waarbij de Commissie een ontheffing heeft verleend aan het Eurovisie-systeem krachtens artikel 81, lid 3, EG. Eurovisie is een door de Europese Radio Unie (ERU), een vereniging van radio- en televisieomroeporganisaties, georganiseerd en gecoördineerd systeem voor de verwerving en verdeling van televisierechten voor sportevenementen. Door de mogelijkheid van toegang van derden tot het Eurovisie-systeem, bestaande uit een regeling voor toegang van niet-ERU-leden en sublicentieregels, meende de Commissie dat de regeling aan de vier vrijstellingsvoorwaarden voldeed van artikel 81, lid 3, EG. De commerciële zenders meenden echter dat hieraan niet was voldaan. Zij stelden dat de toegang van derden tot de markt voor

televisierechten voor internationale sportevenementen welhaast onmogelijk was. Zij kregen hierin gelijk van het Gerecht. Het Gerecht stelde vast dat de Commissie in haar beschikking van twee te onderscheiden markten is uitgegaan: de markt voor verwerving van televisierechten, waarop de ERU met andere grote Europese multimedia-groepen concurreert, en de markt voor de doorgifte van verworven sportrechten, waarop de ERU-leden per land of taalgebied met andere, voor het merendeel nationale, televisiezenders concurreren. Op grond van een analyse van deze markten en de stukken in het procesdossier stelt het Gerecht vast dat de regeling betreffende de toegang van niet-ERU-leden niet waarborgt dat concurrenten van ERU-leden voldoende toegang hebben tot de uitzendrechten op sportevenementen waarover deze laatste door hun deelneming in deze inkoopgroep beschikken. Zowel vanwege haar bepalingen als door de wijze van tenuitvoerlegging ervan stelt de regeling – enkele uitzonderingen daargelaten – concurrenten van ERU-leden niet in staat sublicenties voor de rechtstreekse uitzending van niet-gebruikte Eurovisie-rechten te verkrijgen en maakt zij in werkelijkheid slechts de verwerving van sublicenties voor de uitzending van samenvattingen van wedstrijden onder zeer stringente voorwaarden mogelijk. Aan gezien de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, vernietigt het Gerecht de ontheffingsbeschikking.

1 Arrest van 8 oktober 2002, gevoegde zaken T-185/00, T-216/00, T-299/00 en T-300/00.