

Nieuwe ontwikkelingen in het MTA-dossier: Telecommunicatiewet niet van toepassing op indirecte interconnectie

In het vorige nummer van AM werd in de bijdrage "Het telecommunicatierecht in beweging" de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (hierna: de Rechtbank) in de MTA-zaak van O2 en KPN Mobile tegen de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) in het vooruitzicht gesteld. Deze uitspraak is inmiddels – eerder dan verwacht – verschenen.¹ In het navolgende worden de betreffende uitspraak en de consequenties ervan kort besproken. Voor een beschrijving van het wettelijk kader en de casus die in deze uitspraak voorlag, alsmede voor de uitleg van begrippen als interconnectie, aanmerkelijke marktmacht (AMM) en MTA zij verwezen naar voornoemde bijdrage.

Geschil over indirecte interconnectie

Voor een goed begrip van de uitspraak van de Rechtbank is het van belang dat men zich realiseert dat de communicatie met mobiele bellers voor een groot deel via het vaste net van KPN Telecom wordt afgewikkeld. Zo ook in de relatie tussen KPN Mobile en O2. De mobiele netwerken van deze partijen zijn niet direct aan elkaar gekoppeld (geïnterconnecteerd), maar zijn indirect verbonden via het vaste netwerk van KPN Telecom. Laatstgenoemde treedt in deze relatie op als zogenoemde transitoperator. Een en ander betekent dat KPN Mobile haar verkeer voor O2 bij KPN Telecom aflevert, die het vervolgens overbrengt naar O2. O2 levert dat verkeer dan bij haar abonnees af (dit laatste is de MTA-dienst). Hiertoe bestaat enerzijds tussen KPN Mobile en KPN Telecom een contract en anderzijds tussen KPN Telecom en O2. KPN Mobile en O2 hebben geen contract met elkaar. De MTA-tarieven van O2 berekent KPN Telecom uiteindelijk weer door aan KPN Mobile. De relatie tussen KPN Mobile en O2 wordt wel aangeduid als indirecte interconnectie.

KPN Mobile heeft de OPTA verzocht om op grond van art. 6.3 Tw een geschil tussen haar en O2 over de MTA-tarieven van O2 te beslechten. De beslissing op de bezwaren van O2 en KPN Mobile, gericht tegen het besluit van de OPTA in dit geschil, vormde onderwerp van het geding bij de Rechtbank.

De uitspraak van de Rechtbank

De Rechtbank oordeelt dat de Telecommunicatiewet, in het bijzonder art. 6.1 Tw, geen betrekking heeft op indi-

recte interconnectie, doch uitsluitend ziet op directe interconnectie. Dit leidt de Rechtbank met name af uit het derde en het eerste lid van genoemde bepaling. Ingevolge het eerste lid van art. 6.1 Tw zijn telecomaanbieders verplicht zorg te dragen voor interconnectie. Ingevolge het derde lid van art. 6.1 Tw kan de OPTA op verzoek ontheffing van deze plicht verlenen, bijvoorbeeld – zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis² – indien partijen indirect, dat wil zeggen via het netwerk van een derde, zijn gekoppeld. Met indirecte interconnectie wordt kennelijk niet voldaan aan de interconnectieplicht ex art. 6.1, eerste lid, Tw. Daarvoor is immers juist een ontheffing van die plicht nodig.

De geschilbeslechtsbevoegdheid van de OPTA ex art. 6.3, eerste lid, Tw is opgehangen aan de verplichting ex art. 6.1, zesde lid, Tw om ter uitvoering van de interconnectieplicht een overeenkomst tot stand te brengen. Nu deze plicht om een overeenkomst tot stand te brengen volgens de Rechtbank alleen geldt voor directe interconnectie, is de OPTA volgens hem op grond van art. 6.3, eerste lid, Tw niet bevoegd om geschillen over indirecte interconnectie te beslechten, zeker niet als een ontheffing is verleend ex art. 6.1, derde lid, Tw. Dit laatste was het geval in het geschil tussen KPN Mobile en O2 over de MTA-tarieven van laatstgenoemde. De Rechtbank heeft de beroepen van KPN Mobile en O2 daarom gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd wegens strijd met de wet. Zelf in de zaak voorzien, heeft de rechtbank het primaire geschilbesluit herroepen en het verzoek van KPN Mobile om geschilbeslechting alsnog afgewezen.

Commentaar

De uitspraak van de Rechtbank is enigszins onverwachts, aangezien de voorzieningenrechter van de Rechtbank bij uitspraak van 1 mei 2002 in dezelfde zaak juist oordeelde dat de OPTA, nadat daartoe ontheffing is verleend ex art. 6.1, derde lid, Tw, ook bevoegd is om geschillen over indirecte interconnectie te beslechten.³ Ook in zijn uitspraak van 29 november 2002, die in voornoemde bijdrage "Het telecommunicatierecht in beweging" is besproken, heeft de Voorzieningenrechter de bevoegdheid van de OPTA om geschillen over indirecte interconnectie te beslechten niet in twiffel getrokken.⁴

Ofschoon de interpretatie van de Rechtbank, gelet op de redactie en het systeem van art. 6.1 Tw, niet on-

² Kamerstukken II, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 96.

³ Vz. Rb. Rotterdam 1 mei 2002, VTELEC 02/900 RIP, www.rechtspraak.nl.

⁴ Vz. Rb. Rotterdam 29 november 2002, VTELEC 02/2675 RIP, VTELEC 02/2679, VTELEC 02/2840 e.a., *Computerrecht* 2003, nr. 2, p. 164-172.

logisch voorkomt, blijkt deze interpretatie bij nadere – teleologische – beschouwing moeilijk houdbaar. Blijken de parlementaire geschiedenis hecht de wetgever zeer grote waarde aan de waarborging van de interoperabiliteit door een efficiënte koppeling van netwerken. Daartoe heeft hij in de Telecommunicatiewet een plicht om interconnectieovereenkomsten te sluiten opgenomen en – indien ter zake problemen ontstaan – een bevoegdheid tot geschilbeslechting voor de OPTA.⁵ Het zou minst gezegd eigenaardig zijn wanneer de zo belangrijk geachte interoperabiliteit bij indirecte interconnectie – hetgeen efficiënter kan zijn dan directe koppeling – niet meer gewaarborgd kan worden, omdat dan, zoals uit de uitspraak van de Rechtbank volgt, de plicht om overeenkomsten te sluiten niet meer geldt en de OPTA niet meer bevoegd is om geschillen (die de interoperabiliteit bedreigen) te beslechten. Dat kan nooit de bedoeling zijn geweest van het verlenen van een ontheffing op grond van art. 6.1, derde lid, Tw.

Ook met de doelstelling van de (Europese en Nederlandse) telecomwetgever bestendige mededinging op de telecommunicatiemarkt(en) te stimuleren⁶, is de opvatting van de Rechtbank moeilijk te rijmen. De Telecommunicatiewet stelt in het kader van deze doelstelling, naast de algemeen geldende interconnectieverplichtingen, zogenoemde asymmetrische verplichtingen voor telecomaandieners die door de OPTA op grond van art. 6.4 Tw zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht (AMM). AMM-partijen zijn ingevolge art. 6.5 en 6.6 Tw onder meer verplicht andere partijen interconnectie te leveren onder non-discriminatoire voorwaarden en tegen kostengeoriënteerde tarieven.⁷ Indien, zoals de Rechtbank oordeelt, het regime van de Telecommunicatiewet alleen van toepassing is op directe interconnectie, gaan niet alleen de interoperabiliteitswaarborgen in indirecte interconnectierelaties verloren, maar tevens de interconnectierech-

ten die indirect geïnterconnecteerde partijen aan deze asymmetrische verplichtingen moeten kunnen onttelen om zich toegang tot en concurrentiemogelijkheden op de markt te verschaffen.⁸ Overigens zijn in de zaak tussen KPN Mobile en O2 geen asymmetrische wettelijke verplichtingen aan de orde, nu betreffend geschil over de tarieven van O2 ging en O2 niet is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht.

Om het hier geschetste reguleringsvacuüm te omzeilen zouden alle partijen directe interconnectie moeten aangaan. Daarmee zouden zij immers weer onder de werking van de Telecommunicatiewet vallen. Aangezien een groot aantal marktpartijen indirect is geïnterconnecteerd, betekent dit dat een hele hoop netwerken alsnog aan elkaar zouden moeten worden gekoppeld. Het is de vraag of dat uit oogpunt van efficiëntie wenselijk is. Bovendien is directe interconnectie met alle netwerken voor kleine partijen, zeker nieuwe markttoetreders, niet altijd commercieel haalbaar. Directe koppeling van het netwerk kan namelijk – onder meer in verband met de daarvoor vereiste netwerkuitrol en verbinding van de netwerken – hoge vaste kosten meebrengen. Een nieuwe toetreders kan het zich, gezien het beperkte verkeer dat hij genereert en ontvangt, daarom vaak niet veroorloven om met alle partijen direct te koppelen. Eén koppeling met het netwerk van KPN Telecom, dat toegang biedt tot alle andere marktpartijen en via welke een toetreders bijgevolg al zijn verkeer kan laten afwikkelen, zal dan ook dikwijls noodzakelijk zijn voor partijen om de markt te betreden. Het is echter de vraag of zij dat ook zullen doen als zij zich niet kunnen beroepen op de Telecommunicatiewet.

De Tweede Kamer buigt zich thans over een wetsvoorstel voor herziening van de Telecommunicatiewet.⁹ In dit wetsvoorstel speelt het onderscheid tussen directe en indirecte interconnectie geen rol meer. De interconnectieplicht wordt namelijk vervangen door de meermvattende plicht eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen (art. 6.1 van het wetsvoorstel).¹⁰ Na inwerkingtreding van de nieuwe Telecommunicatiewet zal de uitspraak van de Rechtbank derhalve geen consequenties meer hebben. Inwerkingtreding van de her-

5 In dit verband zij verwezen op de volgende passages uit de parlementaire geschiedenis:

- "Voor aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten worden in het wetsvoorstel algemene regels gesteld ter waarborging van de beschikbaarheid en kwaliteit van bepaalde vormen van dienstverlening."

- "In dit artikel (art. 6.1 Tw; toevoeging auteur) wordt aangegeven welke partijen in algemene zin verplichtingen hebben om interconnectie, dat wil zeggen fysieke en logische koppeling, van netwerken tot stand te brengen. (...) Interconnectie van die netwerken is van groot belang. Het doel daarvan is om ook bij een ensemble van netwerken te bewerkstelligen dat er op een efficiënte manier onderlinge communicatie tussen de eindgebruikers van de verschillende openbare telecommunicatienetwerken in openbare telecommunicatiediensten mogelijk blijft. Daartoe moeten de betrokken aanbieders goede afspraken maken over de afwikkeling van oproepen naar hun eigen abonnees, juist als deze oproepen geïnitieerd worden door abonnees die aangesloten zijn op een ander netwerk. (...) Het tot stand brengen van de bedoelde onderlinge koppeling en interoperabiliteit is, zoals gezegd, geen vrijblijvende zaak. De betrokken aanbieders hebben daartoe zolang het in Nederland opererende partijen zijn, in het belang van de gebruikers, een algemene verplichting jegens elkaar (en dus ook een algemeen recht jegens elkaar). In het zesde lid wordt aangegeven dat de bedoelde aanbieders ter uitvoering van die verplichting een inspanningsverplichting hebben om met elkaar overeenkomsten te sluiten."

- "Het belang van interconnectie vereist dat in gevallen waarin niet of niet tijdig overeenkomsten gesloten worden een snelle interventie door de OPTA mogelijk is" (Kamerstukken II, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 6, 95 en 97).

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

7 De verplichting tot kostenoriëntatie geldt niet voor alle telecomaandieners die als AMM-partij zijn aangewezen; zie in dit verband art. 6.6, eerste lid, Tw.

8 Men zou kunnen betogen dat KPN Telecom de belangen van de partijen die via haar indirect gekoppeld zijn kan behartigen door – ten behoeve van hen – de operators die het verkeer van de indirect geïnterconnecteerde partijen uiteindelijk termineren, aan hun interconnectieverplichtingen te houden, desnoods door middel van een geschil bij de OPTA. KPN Telecom is als transitoperator immers wel direct met alle partijen gekoppeld. Het is evenwel de vraag of indirect gekoppelde partijen voldoende (juridische) middelen hebben KPN Telecom hiertoe zondig te dwingen. Bovendien is het – mede gelet op de uitspraak van de Rechtbank over de status van indirecte interconnectie – nog maar de vraag of de Rechtbank de relatie van KPN Telecom met terminerende partijen wat betreft het transitverkeer aanmerkt als (directe) interconnectie in de zin van art. 6.1 Tw. Zo niet, dan is KPN Telecom niet in staat om ten behoeve van de via haar geïnterconnecteerde partijen interconnectiegeschillen bij de OPTA aanhangig te maken.

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

10 In dit verband wordt op p. 44 van de MvT bij het nieuwe wetsvoorstel het volgende overwogen: "Het onderscheid zoals dat nu nog wordt gemaakt in de Telecommunicatiewet tussen directe en indirecte interconnectie (art. 6.1, derde lid) zal niet meer worden gemaakt. Van belang is dat interoperabiliteit tot stand komt. Of dat gebeurt door directe of indirecte koppeling van netwerken of diensten is daarbij in het algemeen niet van belang. Het is aan de betrokken partijen om te bezien hoe zij interoperabiliteit technisch tot stand willen of kunnen brengen."

ziene Telecommunicatiewet werd tot voor kort verwacht in 2004. Inmiddels zijn echter ook geluiden te horen dat dit wellicht dit jaar nog zal gebeuren. Wat hiervan ook zij, voor thans lopende zaken waarin sprake is van indirecte interconnectie heeft de uitspraak van de Rechtbank een grote impact. Het meest in het oog springend zijn wat dat betreft de MTA-zaken.

Door de OPTA niet bevoegd te achten in geschillen over indirecte interconnectie is de bevoegdheidsgrondslag in ongeveer driekwart van de meer dan 40 MTA-geschillen komen te vervallen. De tariefsverlaging die de OPTA conform haar beleid¹¹ in alle geschillen heeft voorgeschreven, kan hierdoor in de meeste MTA-relaties niet worden doorgevoerd. Om het huidige MTA-beleid in alle geschillen te kunnen doorzetten is de OPTA derhalve genoodzaakt hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van de Rechtbank. Dit heeft zij dan ook gedaan.

Gelet op de eerdergenoemde uitspraken van de voorzieningenrechter in onderhavige en andere MTA-

zaken, bestond de hoop en de verwachting dat de Rechtbank het MTA-beleid van de OPTA materieel zou behandelen. Hieraan is de Rechtbank door haar oordeel over de bevoegdheid van de OPTA in indirecte interconnectierelaties niet toegekomen. De – in eerdergenoemde bijdrage behandelde – principiële vraag of de publiekrechtelijke status van de geschilbevoegdheid ex art. 6.3 Tw voldoende ruimte biedt voor het door de OPTA gevolgde MTA-beleid,¹² is daarmee vooralsnog onbeantwoord gebleven. Indien het College van Beroep voor het bedrijfsleven de OPTA wél bevoegd acht in geschillen over indirecte interconnectie, kunnen we wellicht versneld een definitief antwoord tegemoet zien op deze vraag.¹³ Een dergelijke uitspraak zal ondanks de mogelijk spoedige inwerkingtreding van de herziene Telecommunicatiewet nog grote waarde kunnen hebben. Effectuering van maatregelen in het MTA-dossier onder de herziene Telecommunicatiewet zal namelijk ongetwijfeld nog de nodige tijd kosten.¹⁴

Daan Bitton
Werkzaam bij de OPTA

¹¹ 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.

¹² Zie in dit verband ook *Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie*, A. Ottow, VAR-reeks 130, p. 217 e.v.

¹³ De OPTA heeft onlangs hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank.

¹⁴ Wat dit betreft zij verwezen naar de laatste paragraaf van de bijdrage *Het telecommunicatierecht in beweging in het vorige nummer van AM*.

Kaderpocket Ondernemingsrecht 2002/2003

Altijd up-to-date bij zitting en cliënt met Kaderpocket ondernemingsrecht 2002/2003!
Deze geheel geactualiseerde editie bevat alle wet- en regelgeving op het gebied van het ondernemingsrecht. Naast uiteraard het rechtspersonenrecht (inclusief de Europese en Internationaalrechtelijke regelingen), is ook regelgeving op het terrein van personenvennootschappen opgenomen.

Handig in gebruik en actueel!

De pocket is zeer compact, zodat u deze makkelijk overal mee naar toe kunt nemen; handig bij zitting of bij cliëntbezoek. Bovendien is de uitgave uiterst actueel door de opname van toekomstige wetgeving. Opgenomen is onder andere het voorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling, jaarrekeningstandaarden en de openbaarmaking van de bezoldiging en het aandelenbezit van bestuurders en commissarissen. De uitgave staat onder de deskundige redactie van prof. mr. B. Wessels en mr. G.J. Vossestein.

De voordelen op een rij:

- handig zakformaat
- trefwoorden in de marge
- optimaal toegankelijk door alfabetisch trefwoordenregister
- zeer actueel door jaarlijkse update

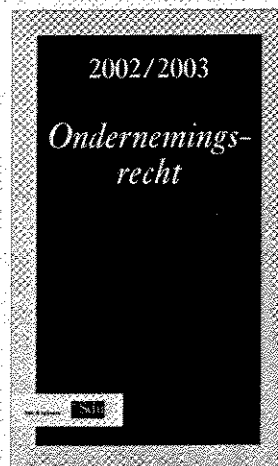
Met een abonnement bent u slimmer uit!

Elk jaar verschijnt er een geactualiseerde versie van de Kaderpocket ondernemingsrecht. Wilt u automatisch op de hoogte blijven? Neem dan een abonnement, en u krijgt de nieuwe versie elk jaar thuisgestuurd met een korting van 15%! De pocket kost normaal € 37,50.

Nog meer pockets

Kaderpocket ondernemingsrecht maakt deel uit van de reeks kaderpockets op het gebied van ondernemingsrecht. Zo verschijnen binnenkort tevens herziene edities van Kaderpocket Effectenrecht 2002/2003, Kaderpocket Energierecht 2002/2003 en Kaderpocket Mededingingsrecht 2002/2003.

136-2-1/2



Redactie: prof. mr. B. Wessels
en mr. G.J. Vossestein
Prijs: €37,50
Omvang: 877 pagina's
ISBN 90 5409 346 3

Voor bestellingen of meer informatie kunt u contact opnemen met:
Servicecentrum Uitgevers
Postbus 20014, 2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 378 98 80
Fax (070) 378 97 83
E-mail: sdu@sdu.nl, www.sdu.nl
Prijzen zijn incl. BTW en excl. verzendkosten
Ook verkrijgbaar via de boekhandel