



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Hage, C.A.

Citation

Hage, C. A. (2017, December 13). *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*. Meijers-reeks. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57986>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57986>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/57986> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hage, C.A.

Title: Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Issue Date: 2017-12-13

3 | ACM als handhaver van privaatrecht in het telecommunicatierecht

3.1 INLEIDING

Communiceren is zo oud als de mens is. ‘Communiceren’ betekent ‘contact hebben, gemeenschap, verbinding, verkeer’.¹ Het Griekse woord ‘tèle’ betekent ‘ver’. Communiceren op afstand bestaat al sinds eeuwen in verschillende vormen. Men kan denken aan rooksignalen van indianen, het gebruik van postduiven of het inschakelen van bodes. Een bekend verhaal is de geschiedenis van Pheidippides die van Marathon naar Athene rende om een belangrijke boodschap over te brengen, de overwinning van de Grieken op de Perzen na de slag bij Marathon rond 490 voor Christus.² Na aankomst en het uitspreken van zijn boodschap *Nenikekamen* zou hij ter plekke zijn overleden. Hoeveel er waar is van het verhaal en of Pheidippides inderdaad degene was die deze boodschap bracht staat niet vast. Het tekent wel het feit dat mensen al eeuwen over lange afstanden wensen te communiceren en ook communiceren.

Na de uitvinding van de telegraaf en de telefoon zijn in de negentiende en in het begin van de twintigste eeuw infrastructurele netwerken aangelegd die sterk hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van nijverheid, industrie en handel. Vanaf 1852 was er reeds sprake van een Telegraafwet. Omdat de Hoge Raad in 1902 en 1903³ besliste dat de telefoon niet onder deze wet viel, is deze wet in 1904 vervangen door de Telegraaf- en Telefoonwet.⁴ In 1989 werd de wet opgevolgd door de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTV).⁵ Vervolgens heeft in de jaren negentig de telecommunicatie, met de opkomst van internet en de mobiele telefoon, een nieuwe onstuimige ontwikkeling en groei doorgemaakt.

De telecommunicatiemarkten in de landen van de Europese Unie werden al die tijd gedomineerd door (natuurlijke) monopolies. Slechts één onderneming was verantwoordelijk voor het in stand houden en het verzorgen van een netwerk in een bepaalde lidstaat. Deze onderneming was ook bevoegd diensten

1 Van Dale Woordenboek, www.vandale.nl.

2 <http://www.ancientgreekbattles.net/Pages/People/Pheidippides.htm>.

3 HR 24 december 1902 W. 7849 en HR 1 mei 1903 W. 7919.

4 Telegraaf- en Telefoonwet van 11 januari 1904, *Stb.* 1904, 7.

5 Wet op de Telecommunicatievoorzieningen van 25 september 1988, *Stb.* 1989, 520.

te verlenen via dit netwerk.⁶ Onder de WTV had de Koninklijke PTT Nederland N.V. een exclusieve licentie voor de aanleg, instandhouding en exploitatie van de telecommunicatie-infrastructuur (artikel 13 i WTV). PTT Telecom B.V. voerde als dochter van Koninklijke PTT Nederland N.V. deze telecommunicatiediensten uit. De rechtvaardiging voor een dergelijk monopolie was de idee dat telecommunicatie een publieke dienst is die voor een ieder onder redelijke voorwaarden toegankelijk diende te zijn. Om een hoge kwaliteit te waarborgen diende daarom één onderneming verantwoordelijk te zijn voor de verzorging van de telecommunicatie.⁷ Een netwerk is veel waardevoller als er meer afnemers zijn aangesloten op het netwerk (het netwerkeffect dat het *any to any-beginnel* wordt genoemd) en tevens nemen de kosten af als dit netwerk slechts eenmaal hoeft te worden aangelegd.

Mede onder Europese invloed is in 1998 de Telecommunicatiewet⁸ geïntroduceerd en vervolgens is de wet in 2004, ook onder Europese invloed, sterk gewijzigd.⁹ Met de introductie van de Telecommunicatiewet in 1998 is ook de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) als toezichhouder voor de telecommunicatiemarkt ingesteld door middel van de Wet OPTA.¹⁰ Overigens is de Telecommunicatiewet (Tw) in 2012 wederom gewijzigd in verband met cookies en netneutraliteit¹¹ en de Roamingverordening.¹² Per 1 april 2013 is OPTA, samen met de NMa en de Consumentenautoriteit, opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM).¹³

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van jurisprudentie onderzocht hoe de ACM privaatrechtelijk gearde regels toepast, in het bijzonder met betrekking tot het contractenrecht (paragraaf 3.5). Om tot beantwoording van de normatie-

6 P. Nihoul & P. Rodford, *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, New York: Oxford University Press 2011, p. 4.

7 J.A. Tempelman, 'Dutch Telecommunications. A Period of Transition', *Telecommunications Policy*, 1997, Vol. 21, no 8, p. 733.

8 Wet van 19 oktober 1998, *Stb.* 1998, no. 610.

9 Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189.

10 Wet van 5 juli 1997 houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet OPTA), *Stb.* 1997, 320, gewijzigd *Stb.* 2007, 274.

11 Wet van 10 mei 2012 tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, *Stb.* 2012, 235

12 Verordening (EU) nr. 531/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie, *Pb EU* 2012, L 172. Deze richtlijn is gewijzigd met Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele-communicatienetwerken binnen de Unie, *PbEU* L 310.

13 Waar het besluiten van voor 1 april 2013 betreft zal worden verwezen naar OPTA. Waar het de autoriteit in het algemeen betreft, zal worden verwezen naar ACM.

ve hoofd- en deelvragen te komen wordt naast deze beschrijving ook het verschil in uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders en de civiele rechter geduid, wordt de wijze waarop de verschillende handhavingsmethoden zich tot elkaar verhouden beoordeeld en worden suggesties gedaan om, waar mogelijk, eventuele fricties te verminderen. Eerst wordt echter de achtergrond van het toezicht op de telecommunicatiemarkt geschetst. Voor een goed begrip van dit hoofdstuk is het nodig om de specifieke kenmerken van de telecommunicatiemarkt uiteen te zetten. Vervolgens dienen de Europese invloeden te worden belicht. Daarna wordt een introductie op de Tw gegeven waarbij aandacht wordt geschonken aan de relevante Europese richtlijnen (paragraaf 3.3). De ACM als toezichthouder en zijn bijzondere functie als geschilbeslechter op grond van de Tw zal eveneens worden besproken (paragraaf 3.4). In de casestudy komt de interpretatie door ACM van privaatrechtelijk geaarde regels aan bod (paragraaf 3.5). Een belangrijk aspect van de geschilbeslechting door ACM, de prijsbepaling, zal worden behandeld in de daarop volgende paragraaf (paragraaf 3.6). Na een geschilbesluit dient een partij zijn recht nog te krijgen. Onderzocht zal worden welke wegen daartoe bewandeld dienen te worden (paragraaf 3.7). Ten slotte staat de vraag centraal wat de gevolgen zijn als de ACM een (nog te sluiten) overeenkomst in strijd acht met de Tw (paragraaf 3.8).

Concluderend zal een antwoord gegeven worden op de vraag in hoeverre de huidige wettelijke kaders zich lenen voor handhaving van privaatrecht door de ACM en wat hierbij opvalt uit privaatrechtelijk oogpunt (paragraaf 3.9).

3.2 ACHTERGROND TOEZICHT OP DE TELECOMMUNICATIEMARKT

3.2.1 Kenmerken telecommunicatiemarkt

De telecommunicatiemarkt is een netwerkmarkt en onderscheidt zich van andere markten door een aantal specifieke kenmerken. Deze kenmerken zijn de volgende: historisch een monopolistische oorsprong, hoge verzonken kosten, snelle technologische ontwikkelingen, gelaagde structuur (infrastructuur en diensten), noodzaak van toegang en koppeling van netwerken, gecombineerd gebruik door dienstaanbieders, gekoppelde netwerkbeheerders en gebruikers en schaalvoordelen.¹⁴

Aangezien sprake is van hoge verzonken kosten, waarbij te denken valt aan kosten van telefoonkabels en antenne-opstelpunten, is het niet lonend om een netwerk of bepaalde delen van een netwerk opnieuw aan te leggen.

14 Zie E.J. Dommering, 'Een nieuw maatpak voor netwerkmarkten. Institutionele vormgeving van netwerken', *Informatie & Informatiebeleid (I&I)* 2002/4, p. 24-33 ook te vinden op www.ivir.nl/publicaties/download/1310 En A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 47-48.

Eveneens is over het algemeen sprake van een monopolie op het aansluitnetwerk,¹⁵ waardoor deze monopolist anderen zal dienen toe te laten tot het netwerk. Nieuwkomers op de markt zijn dan ook in hoge mate afhankelijk van de *incumbent* (de voormalige monopolist). Zonder de medewerking van de *incumbent* kunnen nieuwkomers vaak geen diensten aanbieden. Dit doet zich met name voor bij de zogenaamde interconnectie (koppeling van netwerken) en de toegang tot onderdelen van het netwerk.¹⁶ Voorts wordt telecommunicatie gezien als een universele dienst, hetgeen inhoudt dat bepaalde basisvoorzieningen, waaronder telecommunicatie, voor iedere burger tegen redelijke tarieven beschikbaar dienen te zijn.¹⁷

Gezien de bovenstaande kenmerken van de telecommunicatiemarkt kan men zich afvragen of er gesproken kan worden van een 'gewone markt'.¹⁸ Met een 'gewone markt' zou dan bedoeld worden een markt waarop aanbieders en vragers elkaar in vrijheid ontmoeten zodat vrije prijsvorming ontstaat. De markt die uitgaat van de vrijheid van de op die markt optredende personen (veelal rechtspersonen) om economisch te handelen, te ondernemen, te kopen, te verkopen, te investeren, te desinvesteren en zelfs om failliet te gaan, onverminderd ieders verantwoordelijkheid voor de wet.¹⁹ Omdat er over het algemeen vanuit wordt gegaan dat geen sprake is van een 'gewone markt' zou een bepaald toezicht nodig zijn om marktdeelnemers zoveel mogelijk in vrijheid te kunnen laten onderhandelen. Over de vraag hoe dat toezicht vormgegeven dient te worden lopen de meningen uiteen.

Zo wordt aan de ene kant gesteld dat de gedragingen van de *incumbent* erop gericht zullen zijn om het liberaliserings- en harmoniseringsproces te vertragen, althans het de nieuwkomers niet gemakkelijk te maken om zich te vestigen op de telecommunicatiemarkt.²⁰ De markt is dan wel als orderingsprincipe gekozen maar door de specifieke kenmerken van deze markt kunnen nieuwkomers niet in vrijheid onderhandelen omdat zij afhankelijk zijn van de *incumbent*.²¹ Een toezichthouder dient dan ook nieuwkomers de mogelijkheid te bieden om zich eveneens te begeven op deze markt.

Aan de andere kant kan men de vraag stellen of deze argumentatie voldoende rechtvaardiging biedt voor het ingrijpen in de contractvrijheid van partijen.²² Het toezicht waar het over gaat heeft tot doel de markten goed te laten functioneren en de marktdeelnemers in staat te stellen zoveel mogelijk

15 Dommering 2002, p. 24-33.

16 A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie', in: B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, Den Haag: BJu, 2003, p. 145.

17 *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, nr. 3, p. 6 en 7, tevens artikel 9.1 Tw.

18 Ottow 2006, p. 48.

19 H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden.' Ccommentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten, in *M&M* 2003/5, p. 178.

20 Ottow 2003, p. 145.

21 Ottow 2006, p. 48, zie voetnoot 103.

22 De Ru 2003, p. 178.

in vrijheid te handelen.²³ De markt is als ordeningsprincipe gekozen en dus zal een aanbieder die te hoge prijzen vraagt, worden afgestraft door nieuwkomers.²⁴ Als de concurrentie niet meer in de kinderschoenen staat, dient het ingrijpen van toezichthouders slechts te zien op de markt en niet op het gedrag van marktpartijen en de naleving van de in regels opgenomen verplichtingen die de overheid aan marktdeelnemers heeft opgelegd.²⁵

Vanuit een privaatrechtelijk oogpunt staat de contractvrijheid voorop en zal elke inbreuk hierop uitzondering moeten zijn. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt valt toezicht in de vorm van het ondersteunen van (nieuwe) marktpartijen wellicht meer te rechtvaardigen. Het valt naar mijn mening niet te ontkennen dat, in geval men van een monopolie naar een meer gewone markt wenst te gaan, dit gezien de kenmerken van de telecommunicatiemarkt niet vanzelf zal gaan. De gedachte achter de regulering is dat de concurrentie zich dusdanig zal ontwikkelen dat de markt voor elektronische communicatie uiteindelijk volledig kan worden geregeld door het mededingingsrecht.²⁶ Kortom, van veel (corrigerend) toezicht naar een vrije markt. Of dit doel haalbaar is gezien de specifieke kenmerken van een netwerkmarkt, valt te betwijfelen.²⁷ Het blijft namelijk gezien de Nederlandse rechtspraak, zoals in de casestudy zal blijken, moeilijk voor nieuwe toetreders om toegang te verkrijgen tot bepaalde netwerkaansluitpunten van gereguleerde marktpartijen.²⁸

3.2.2 Europese invloeden

De telecommunicatiemarkt is, zoals beschreven in de paragraaf 3.1, van oorsprong een monopolistische markt. Op initiatief van de Europese Commissie diende de markt voor telecommunicatie, vanwege de ontwikkeling van de interne markt, meer competitief te worden. De Commissie presenteerde in dit kader in 1987 een zogenaamd Green Paper. In dit Green Paper met als

23 De Ru 2003, p. 178.

24 De Ru 2003, p. 178 en 179.

25 De Ru 2003, p. 179.

26 Zie overweging 5 van Richtlijn 2009/140/EG, O.J. 2009, L. 337/11.

27 Beantwoording van de vraag of een netwerkmarkt, gezien zijn specifieke kenmerken, wel geschikt is voor liberalisatie en volledige marktwerking of dat er altijd bepaald toezicht en ondersteuning van (nieuwe) marktpartijen nodig zal zijn die beperkingen van de contractvrijheid rechtvaardigen, voert voor dit boek te ver. Zie bijv. A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 52-54; D. Gabathuler & E. Martinez Rivero, 'Communications', in: J. Faull & A. Nikpay (red.), *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 1660-1663 en 1668 e.v.; G. Bellantuono, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Energy and Telecommunications Sectors', *ERPL* 2015/4, p. 649-688.

28 Cbb 23 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522 en Cbb 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1. Zie ook S.J.H. Gijrath, 'Telecommunicatierecht in het digitale tijdperk 3.0: interoperabiliteit, innovatie, internationalisering & een imploderende soufflé' (oratie Leiden), 17 maart 2014, p. 6.

titel *'Towards a dynamic European economy'*²⁹ legde de Europese Commissie veel nadruk op de liberalisering van de telecommunicatiemarkt:

'Generally the network must be opened, under fair competitive conditions, to service providers from the Member States. This is a pre-condition for implementation of the Internal Market for the community's future service economy.'³⁰

Dit Green Paper kan worden gezien als de basis voor het huidige Europese beleid in de telecommunicatiesector.³¹ Het Green Paper beoogde een gemeenschappelijke telecommunicatiemarkt te creëren door middel van harmonisatie van de regelgeving en liberalisatie van de nationale markten. Het doel is als volgt geformuleerd:

'to develop the conditions for the market to provide European users with a greater variety of telecommunications services, of better quality and at lower cost, affording Europe the full internal and external benefits of a strong telecommunications sector'.³²

Via drie lijnen diende de telecommunicatiemarkt te worden opengebroken: via liberalisering, harmonisering en via het algemene mededingingsrecht. Liberalisering houdt in dat de bijzondere en exclusieve rechten van monopolisten in de telecommunicatiesector worden afgeschaft om vervolgens volledige mededinging te realiseren.³³ Onder harmonisering wordt verstaan het creëren van een gemeenschappelijk juridisch kader in de telecommunicatiesector voor de verschillende lidstaten, of te wel het creëren van een *level playing field*.³⁴ Een *level playing field* is een situatie op de markt waarbij de concurrentie op de markt tot ontwikkeling kan komen door de reeds op de markt aanwezige partijen, die hun positie hebben opgebouwd op basis van bijzondere en exclusieve rechten, de plicht op te leggen om andere partijen toegang tot en gebruik van die voorzieningen en diensten aan te bieden ten aanzien waarvan zij over een positie van aanmerkelijke marktmacht beschikken.³⁵

29 European Commission, *'Towards a Dynamic European Economy'*, Green Paper On The development of The Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6.1987).

30 European Commission, summery report concerning *'Towards a Dynamic European Economy'*, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 17.

31 A. Danopoulos, *Geschildbeslechting door de OPTA. Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 34.

32 European Commission, summery report concerning *'Towards a Dynamic European Economy'*, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 3.

33 Danopoulos 2009, p. 37.

34 Danopoulos 2009, p. 39.

35 *Kamerstukken II 1996/97*, 25533, nr. 3, p. 11.

De redenen voor het hervormen van de telecommunicatiemarkt zijn onder meer gelegen in economische, sociale en culturele ontwikkelingen.³⁶ Economisch gezien neemt de telecommunicatiesector een belangrijke plaats in de Europese economie in, daarnaast betekent goede communicatie een betere toegankelijkheid tot marktpartijen en geeft een effectieve informatiestroom een impuls aan het productieproces. Ook heeft telecommunicatie een grote invloed op de levensstijl van mensen. Daarnaast wilde Europa concurreren met de Japanse en Amerikaanse markt.³⁷ Kortom, telecommunicatie wordt van groot belang geacht en de gevolgen van de ontwikkelingen van de telecommunicatie raken een ieder privé of zakelijk.

Ondanks verzet van de lidstaten zette de Europese Commissie toch door met de introductie van verschillende richtlijnen ter bevordering van de liberalisering, harmonisering en regulering van de markten. De voornaamste Europese richtlijnen zijn de volgende liberalisatierichtlijnen: de Randapparatuurrichtlijn³⁸ en de Dienstenrichtlijn.³⁹ Daarnaast zijn er de volgende harmonisatierichtlijnen: de ONP-kaderrichtlijn,⁴⁰ de ONP-huurlijnenrichtlijn,⁴¹ de Vergunningenrichtlijn,⁴² de Interconnectierichtlijn,⁴³ de Telecommunicatie Privacy-

36 European Commission, presentation of the Green Paper, *'Towards a Dynamic European Economy'*, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 2.

37 European Commission, presentation of the Green Paper, *'Towards a Dynamic European Economy'*, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 2.

38 Richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur, (Randapparatuurrichtlijn) (*PbEG* 1988, L 131/73). Deze richtlijn is later nog gewijzigd door Richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG, met name met betrekking tot satellietcommunicatie (*PbEG* 1994, L 268/15).

39 Richtlijn 90/388/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor de telecommunicatiediensten, (*PbEG* 1990, L 192/10), deze richtlijn is later gewijzigd door Richtlijn 95/51/EG van de Commissie van 18 oktober 1995 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie inzake de opheffing van de beperkingen op het gebruik van kabeltelevisienetten voor het verrichten van reeds geliberaliseerde telecommunicatiediensten, (Kabeltelevisierichtlijn) (*PbEG* 1995, L 256/49), door Richtlijn 96/2/EEG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (*PbEG* 1996, L 20/59) en door Richtlijn 96/19/EG van de Raad van 22 maart 1996 betreffende de wijziging van Richtlijn 90/388/EEG betreffende de mededinging op de markten voor de telecommunicatiediensten, (*PbEG* 1996, L 74/13).

40 Richtlijn 1990/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (*PbEG* 1990, L 192/1).

41 Richtlijn 92/44/EG van de Raad van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van Open Network Provision (ONP) op huurlijnen, (*PbEG* 1992, L 165).

42 Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, (*PbEG* 1997, L 117/15).

richtlijn,⁴⁴ de ONP-spraakrichtlijn⁴⁵ en de Richtlijn Nummerportabiliteit.⁴⁶ Ten slotte is er nog de Verordening Ontbundelde Toegang.⁴⁷ Als juridische basis voor deze richtlijnen diende het huidige artikel 106 leden 1 en 2 VWEU (artikel 86 EG-verdrag oud). Deze richtlijnen zien voornamelijk op het openen, op last van de Commissie, van de netwerken die werden beheerst door monopolisten. Het belangrijkste doel was hierbij de interconnectie van netwerken tussen de verschillende lidstaten.⁴⁸

Het bovenstaande pakket is in 1999 geëvalueerd en heeft geleid tot het zogenaamde Nieuw Regelgevend Kader.⁴⁹ De basis van dit Nieuw Regelgevend Kader wordt gevormd door de Kaderrichtlijn,⁵⁰ de Toegangsrichtlijn,⁵¹ de Machtigingsrichtlijn,⁵² de Universele Dienstenrichtlijn,⁵³ de Richtlijn Privacy en Elektronische Communicatie⁵⁴ en Richtlijn Mededingingsrecht.⁵⁵

43 Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), (PbEG 1997, L199/32).

44 Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, (PbEG 1997, L 024/1).

45 Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat, (PbEG 1998, L101/24).

46 Richtlijn 98/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 tot wijziging van Richtlijn 97/33/EG wat betreft nummerportabiliteit tussen exploitanten en carriërvoorkeuze, (PbEG, 1998, L 268/37).

47 Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, (PbEG 2000, L 336/4).

48 Nihoul & Rodford 2011, p. 8.

49 http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/124216_nl.htm.

50 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), (PbEG 2002, L 108/33).

51 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), (PbEG 2002, L 108/7).

52 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), (PbEG 2002, L 108/21).

53 Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstrichtlijn), PbEG 2002, L 108/51).

54 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PbEG 2002, L 201/37).

55 Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten elektronische-communicatienetwerken en -diensten, (PbEG 2002, L 249).

Belangrijke reden voor dit nieuwe pakket aan richtlijnen waren de snelle technische ontwikkelingen op de telecommunicatiemarkt.⁵⁶ Hieraan moest de regelgeving worden aangepast. De convergentie van de televisie-, telecommunicatie- en informatiesector brengt een ingrijpende verandering met zich mee.⁵⁷ Het Nieuw Regelgevend Kader is dan ook niet alleen meer van toepassing op uitsluitend telecommunicatie, maar eveneens op (draadloze) radio- en televisieomroepnetwerken en op kabeltelevisie. Dit geldt zowel voor telecommunicatiediensten als voor transmissiediensten op netten die voor omroep worden gebruikt. Kortom, de wetgeving is van toepassing op de gehele elektronische communicatie-infrastructuur. Ook wenste de Europese regelgever de coördinatie tussen de harmonisatie en liberalisatierichtlijnen te bevorderen. Het pakket richtlijnen uit 1998 zag voornamelijk op het openbreken van de telecommunicatiemarkt door zogenoemde ex ante verplichtingen op te leggen aan de voormalige monopolisten. In 2002, toen het tweede pakket werd geïntroduceerd, lag de nadruk meer op het in stand houden van de concurrentie en op het eventueel noodzakelijk corrigerende optreden.⁵⁸ Er wordt ook meer aangesloten bij het gewone mededingingsrecht.⁵⁹ Deze richtlijnen uit 2002 zijn nog steeds van kracht.

Inmiddels zijn alweer nieuwe richtlijnen geïntroduceerd die een aantal van bovenstaande richtlijnen aanpassen. De Toegangsrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn zijn gewijzigd door de zogenaamde Richtlijn Betere Regelgeving.⁶⁰ De Universele Dienstenrichtlijn, de Richtlijn privacy en Elektronische Communicatie alsmede Verordening 2006/2004 zijn aangepast door de Richtlijn Burgerrechten.⁶¹ Deze twee richtlijnen zien op wijzigingen die betrekking hebben op het frequentiebeleid, de door toezichthouders te nemen maatregelen, privacy en internetveiligheid, teleconsumentenbescherming en de samenwerking tussen toezichthouders.⁶² Verder is Verordening 1211/

⁵⁶ Nihoul & Rodford 2011, p. 9.

⁵⁷ Nihoul & Rodford 2011, p. 9.

⁵⁸ Ottow 2006, p. 49. Zie ook P.C. Knol e.a., *Inleiding Telecommunicatierecht*, Leiden: eLaw Leiden 2011, p. 18.

⁵⁹ Knol e.a. 2011, p. 18.

⁶⁰ Richtlijn 2009/140/EG van het Europese Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatie-netwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2009, L 337/37).

⁶¹ Deze twee Richtlijnen zijn gewijzigd door Richtlijn 2009/136/EG tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruiksrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (*PbEG* 2009, L 337/11).

⁶² Knol e.a. 2011, p. 6.

2009⁶³ aangenomen die een nieuw samenwerkingsorgaan van nationaal regelgevende instanties introduceert, het zogenaamde BEREC. Ook is er een verordening betreffende *roaming* aangenomen.⁶⁴ Verdergaande maatregelen betreffende *roaming*, netneutraliteit en bescherming van eindgebruikers zijn in middels in een verordening vastgelegd. De Commissie heeft in 2013 een voorstel aangenomen voor een Verordening Connectief Continent.⁶⁵ De verordening is uiteindelijk in afgezwakte vorm aangenomen.⁶⁶ Belemmeringen voor het leveren van elektronische communicatienetwerken en -diensten binnen de Unie dienen te worden geslecht.

De telecommunicatiemarkt is een markt waarop de ontwikkelingen elkaar zeer snel opvolgen. Zo snel dat wetgeving en toezicht achter de feiten aan kunnen lopen. Deze ontwikkelingen liggen dan ook mede ten grondslag aan de introductie van het Nieuw Regelgevend Kader en derhalve ook aan de wijzigingen van de (hierna te bespreken) Tw in 2004.⁶⁷ Verder is er steeds meer sprake van convergentie van de verschillende sectoren te weten telecommunicatie, omroep en informatietechnologie. Vroeger waren de onderliggende netwerken geschikt voor één soort dienst, maar deze worden steeds meer geschikt voor verschillende soorten diensten.⁶⁸ Vanwege deze toenemende convergentie is in het Nieuw Regelgevend Kader het begrip 'elektronisch(e) communicatienetwerk' opgenomen. Dit begrip heeft een bredere reikwijdte dan het begrip 'telecommunicatienetwerk'.⁶⁹

63 Verordening nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie en het Bureau (*PbEG* 2009, L 337/1).

64 Verordening nr. 531/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie (*PbEU* 2012, L 172/10). Deze Verordening is gewijzigd met Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie, *PbEU* L 310.

65 Voorstel tot een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van maatregelen inzake de Europese interne markt voor elektronische communicatie om een connectief continent tot stand te brengen alsmede tot wijziging van Richtlijnen 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/22/EG en Verordening nr. 1211/2009 en (EU) nr. 531/2012, Com (2013) 627 (final), (Verordening), *PbEU* 2013/0309 (COD), 11.09.2013).

66 Op 25 november 2015 is de Verordening 2015/2120 tot vaststelling van maatregelen betreffende open internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie (*PbEU* 2015, L 310) vastgesteld. Deze verordening is van toepassing met ingang van 30 april 2016.

67 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 4.

68 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 4.

69 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 7.

3.2.3 Conclusie

Concluderend kan worden opgemerkt dat markten waarop aanzienlijke en niet-tijdelijke toetredingsbelemmeringen aanwezig zijn, die dynamische aspecten hebben en waarop het algemene mededingingsrecht niet toereikend is, gereguleerd dienen te worden. Vanuit Europa is de regulering ingegeven door het bevorderen van de interne markt. Om dit doel te bereiken is er toezicht en regelgeving nodig. Het doel van de sectorspecifieke ex ante regelgeving is overigens wel dat, naarmate de concurrentie in de markt zich ontwikkelt, elektronische communicatie uiteindelijk volledig wordt geregeld door het mededingingsrecht (zie onder meer overweging 5 van Richtlijn 2009/140/EG).⁷⁰ Dat is het streven, maar zolang volledige mededinging niet is bereikt is regulering noodzakelijk om een dergelijke markt te realiseren.

3.3 RELEVANTE REGELGEVING

3.3.1 Europese regelgeving

In 1999 is de Europese Commissie er toe over gegaan om het Europese regelgevingskader voor de telecommunicatiesector te hervormen. De Kaderrichtlijn is van algemene strekking en de Toegangsrichtlijn, de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, de Universele dienstrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn zijn meer specifiek. In 2009 zijn enkele aanpassingen doorgevoerd. Hieronder zullen de richtlijnen kort worden besproken.

3.3.1.1 Kaderrichtlijn

De Kaderrichtlijn⁷¹ vormt de basis van het Nieuw Regelgevend Kader. In artikel 1 van de Kaderrichtlijn worden de doelstellingen weergegeven. Het doel is de regelgeving te harmoniseren voor de elektronische-communicatiediensten, netwerken en bijbehorende faciliteiten. Een elektronische-communicatienetwerk,⁷² de technische voorzieningen, dient te worden onderscheiden

⁷⁰ O.J. 2009, L 337/11.

⁷¹ O.J. 2002, L 108/33.

⁷² Definitie in artikel 2 sub a van de richtlijn: 'de transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen, waaronder netwerkelementen die niet actief zijn, die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten voor zover voor overdracht van signalen worden gebruikt, netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie;'. Deze definitie is met inbegrip van de wijziging als doorgevoerd na Richtlijn 2009/140/EG.

van een elektronische netwerkdienst,⁷³ het eigenlijke verzorgen van de communicatie. Eveneens legt de richtlijn de taken vast van de Nationaal Regelgevende Instanties (NRI's).⁷⁴ In Nederland is de ACM de aangewezen NRI.

Om de verwezenlijking van het doel van de richtlijn, harmonisatie van de regelgeving, te realiseren dienen NRI's te worden opgericht in de verschillende lidstaten. Een NRI wordt gedefinieerd als één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd (artikel 2 sub g). In hoofdstuk 2 van de richtlijn worden de regels omtrent de instelling van de NRI's weergegeven. De lidstaten dienen de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie te waarborgen (artikel 3 lid 2 en 3). De taken en doelstellingen van de NRI staan in hoofdstuk 3 van de richtlijn. De doelstelling van de NRI's is drieledig (artikel 8): het bevorderen van de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten (lid 2); het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt (lid 3); en het bevorderen van de belangen van de burgers van de Europese Unie (lid 4).

Het bevorderen van de concurrentie vindt plaats doordat NRI's ervoor zorgen dat de gebruikers maximaal kunnen profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. Ook zien zij er op toe dat er geen verstoringen of beperkingen zijn van de concurrentie, dat efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur worden aangemoedigd, evenals innovatie en de bevordering van efficiënt gebruik. Daarnaast wordt er toegezien op efficiënt gebruik van de radiofrequenties en de nummervoorraad.

De interne markt dient te worden bevorderd door middel van het opheffen van resterende belemmeringen voor het aanbieden van elektronische-communicatiewerken op Europees niveau, het aanmoedigen van het opzetten en ontwikkelen van trans-Europese netwerken en de bevordering van interoperabiliteit van pan-Europese diensten en voorts eind-tot-eind connectiviteit. Verder zorgen NRI's ervoor dat er sprake is van non-concurrentie in de behandeling van ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken en -diensten aanbieden en werken zij met elkaar en met de commissie op transparante wijze samen om zo goede regelgeving te ontwikkelen.

73 Definitie in artikel 2 sub c van de richtlijn: 'een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Hij omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van Richtlijn 98/34/EG, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken'.

74 In het Engels NRA's National Regulatory Authorities. De Nederlandse vertaling is ongelukkig aangezien de NRI's niet regelgevend zijn. Zie onder meer Ottow 2006, p. 62 en haar verwijzingen.

De NRI's dienen de consumentenbelangen te bevorderen door te bewerkstelligen dat alle burgers toegang hebben tot een universele dienst, dat de consument een hoog niveau van bescherming heeft bij transacties met leveranciers, dat de verstrekking van duidelijke informatie wordt bevorderd met name ten aanzien van tarieven, dat de integriteit en veiligheid van openbare communicatienetwerken wordt gewaarborgd en door de bescherming van persoonsgegevens.

Een belangrijke taak van de NRI's, mede om voornoemde doelstellingen te bewerkstelligen, is geschilbeslechting. De juridische basis hiervan is te vinden in hoofdstuk 4 van de Kaderrichtlijn, meer specifiek in artikel 20. Artikel 21 handelt ten slotte over grensoverschrijdende geschilbeslechting. Als er sprake is van een grensoverschrijdend geschil dienen de NRI's van de desbetreffende lidstaten, om een oplossing te vinden, hun werkzaamheden te coördineren ex artikel 21 lid 2 van de Kaderrichtlijn.

In hoofdstuk 4 van de Kaderrichtlijn worden voorts nog enkele algemene bepalingen gegeven. Een belangrijke bepaling is de definitie van 'aanmerkelijke marktmacht'. Artikel 14 lid 2 bepaalt dat een onderneming wordt geacht

'een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met een andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.'

Eveneens is de procedure bepaald voor het definiëren van de markt (artikel 15). Er wordt in dit kader aangesloten bij het 'gewone' mededingingsrecht.

3.3.1.2 Specifieke richtlijnen

Naast de Kaderrichtlijn zijn er enkele specifieke richtlijnen van belang voor de telecommarkt. De Machtigingsrichtlijn gaat over voorwaarden voor de toegang tot de markt. De Toegangsrichtlijn handelt over de toegang tot en de interconnectie met elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten. Investerings in netwerken op de telecommunicatiemarkt zijn veelal groot van omvang. Het realiseren en onderhouden van netwerken is kostbaar en niet elke onderneming zal dit kunnen bewerkstelligen.⁷⁵ Als gevolg hiervan dienen faciliteiten en andere noodzakelijke diensten te worden gedeeld in het belang van de mededinging en economische efficiëntie.⁷⁶ In de Toegangsrichtlijn wordt bepaald dat exploitanten van openbare communicatienetwerken, als daarom verzocht wordt door daartoe gemachtigde ondernemingen, verplicht zijn om te onderhandelen over interconnectie met als doel algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden om zo de

⁷⁵ Nihoul & Rodford 2011, p. 16.

⁷⁶ Nihoul & Rodford 2011, p. 16.

interoperabiliteit te waarborgen in de Europese Unie (artikel 4 lid 1 Toegangsrichtlijn).

De Universele Dienstenrichtlijn reguleert de relatie tussen eindgebruikers en ondernemers. Het was noodzakelijk om deze relaties te reguleren door de fundamentele veranderingen die hebben plaatsgevonden in de sector. Elektronische communicatie werd in de meeste lidstaten met name verzorgd vanwege door de staat gecontroleerde monopolies. Hierdoor hadden gebruikers weinig individuele rechten omdat de diensten uitsluitend in het belang van de gehele samenleving werden geleverd.⁷⁷ De Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn, de Machtigingsrichtlijn en de Universele Dienstenrichtlijn scheppen samen een kader voor de relatie tussen de verschillende actoren op de telecommunicatiemarkt.⁷⁸ Een belangrijk aspect is de bescherming van de eindgebruikers. Deze is geregeld in de Universele Dienstenrichtlijn. Speciale aandacht is er voor de privacy en in het bijzonder voor de bescherming van persoonlijke datagegevens. De bescherming hiervan is neergelegd in de Richtlijn privacy en elektronische communicatie. In 2009 zijn met Richtlijn 2009/140/EG⁷⁹ de Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn gewijzigd. Deze wijzigingen zien met name op de netneutraliteit. Het doel hiervan is het handhaven van het open en neutrale karakter van het internet. Met Richtlijn 2009/136/EG, de zogenaamde Burgerrechtenrichtlijn,⁸⁰ zijn de Universele Dienstenrichtlijn, de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie en Verordening 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming gewijzigd. Belangrijke wijzigingen zijn de bescherming van de privacy en de voorafgaande toestemming inzake cookies.

3.3.2 Telecommunicatiewet

3.3.2.1 Inleiding

De Telecommunicatiewet (Tw) dateert van 19 mei 2004⁸¹ en is, zoals hierboven besproken, gebaseerd op een pakket aan Europese richtlijnen. In de huidige Tw zijn nog grotendeels de hoofdonderdelen terug te vinden van de oude Tw van 1998. Deze hoofdonderdelen zijn: de toetreding tot de markt, de regels voor marktgedrag, maatschappelijke belangen en overige onderwerpen.⁸²

⁷⁷ Nihoul & Rodford 2011, p. 16.

⁷⁸ Nihoul & Rodford 2011, p. 17.

⁷⁹ O.J. 2009, L 337/37.

⁸⁰ O.J. 2009, L 337/11.

⁸¹ Inwerkingstredingsdatum: 19 mei 2004, *Stb.* 2004, 189.

⁸² *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, nr. 3, p. 5. Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 4 e.v.

In de volgende subparagrafen zal nader op deze hoofdonderdelen worden ingegaan.

3.3.2.2 Markttoegang

De Tw heeft als uitgangspunt dat het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en diensten zo laagdrempelig mogelijk moet zijn om de ontwikkeling van nieuwe elektronische communicatiediensten mogelijk te maken. Daarnaast heeft de wet tot doel het bevorderen van pan-Europese communicatienetwerken om consumenten te laten profiteren van de schaalvoordelen van de interne markt.⁸³ Overheidsingrijpen vooraf dient dan ook zo beperkt mogelijk te zijn. Ten aanzien van de schaarse middelen als frequenties en nummers is voorafgaande toestemming nodig. Dit is geregeld in hoofdstuk 3 van de Tw. Eveneens worden in dit hoofdstuk houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte bestemd voor openbare telecommunicatienetwerken of -diensten verplicht te voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten. In hoofdstuk 2 van de Tw is vastgelegd dat aanbieders van diensten en netwerken daarvan mededeling moeten doen, gevolgd door een registratie, aan de ACM. Onder markttoegang worden ook verstaan de graafrechten en gedoogplichten in verband met het aanleggen van kabels (hoofdstuk 5 van de Tw).

Markttoegang hangt ook samen met het thema interoperabiliteit en interconnectie, hetgeen is geregeld in hoofdstuk 6 van de Tw. Interoperabiliteit leidt ertoe dat eindgebruikers kunnen communiceren met eindgebruikers van andere dienstenaanbieders. Hier staat tegenover het belang van de dienstenaanbieder. Dienstenaanbieders zijn erbij gebaat om zelf te bepalen welke functionaliteit de dienst heeft, welke zij wensen aan te bieden en welke prijs hiervoor gevraagd kan worden.⁸⁴ Er zullen aanbieders zijn die de interoperabiliteit van hun diensten willen beperken en aanbieders die juist wel een grotere interoperabiliteit wensen. Deze twee wensen staan tegenover elkaar. Partijen die een grotere interoperabiliteit willen aanbieden zijn daarvoor afhankelijk van andere partijen. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat op het beginsel van onderhandelingsvrijheid een uitzondering kan worden gemaakt als het algemeen belang dat eist.⁸⁵ In dat geval moet van bepaalde aanbieders kunnen worden verlangd dat zij voor interoperabiliteit zorg dragen, ook als zij daar zelf niet voor willen kiezen.⁸⁶ Dit is dan ook de reden dat gekozen is voor een systeem waarbij bij algemene maatregel van bestuur openbare diensten kunnen worden aangewezen met een beginselplicht tot interoperabiliteit. Volgens de Minister houdt interoperabiliteit niet in dat A op verzoek van

⁸³ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 15.*

⁸⁴ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 35.*

⁸⁵ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 37.*

⁸⁶ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 37.*

B zijn netwerk beschikbaar stelt, zodat B zijn diensten ook kan aanbieden aan de klanten van A. B handelt namelijk in dat geval niet in het belang van de eigen gebruikers, maar primair om de exploitatie van zijn dienst uit te breiden. Als dit het geval is, is er geen sprake van interoperabiliteit maar een andere vorm van toegang.⁸⁷ In paragraaf 3.5.2 zal nader worden ingegaan op de onderhandelingsplicht en de toegang tot netwerken om interoperabiliteit mogelijk te maken.

3.3.2.3 Aanmerkelijke marktmacht

Om op alle markten van de elektronische communicatiesector daadwerkelijke concurrentie te bewerkstelligen en te bevorderen, kunnen op grond van hoofdstuk 6a Tw verplichtingen worden opgelegd aan marktpartijen met aanmerkelijk marktmacht. Voordat hiervan sprake kan zijn, dient een aantal stappen te zijn doorlopen: het bepalen van de relevante markten waarop asymmetrische ex ante verplichtingen gerechtvaardigd kunnen zijn, het onderzoeken van deze markten om vast te stellen of hierop aanbieders actief zijn die beschikken over aanmerkelijke marktmacht en, zo ja, welke verplichtingen, gelet op de omstandigheden op de desbetreffende markt, voor deze aanbieders passend zijn.⁸⁸

In hoofdstuk 6a Tw is omschreven hoe de relevante markt bepaald dient te worden. Hiervoor wordt aangesloten bij het algemene mededingingsrecht. Van belang is of producten met elkaar te vergelijken zijn om te bepalen of ze met elkaar concurreren en dus of de ondernemingen die deze producten of diensten aanbieden met elkaar concurreren. Zo kunnen bijvoorbeeld vaste en mobiele telefonie met elkaar concurreren als blijkt dat deze diensten uitwisselbaar zijn. Als de relevante markt is afgebakend kan het marktaandeel van een aanbieder worden bepaald. Daarbij wordt met meer factoren rekening gehouden dan alleen het marktaandeel.⁸⁹ Bepalend is in hoeverre een marktpartij zich onafhankelijk kan gedragen, bijvoorbeeld door het verhogen van zijn prijzen zonder daar negatieve gevolgen van te ondervinden. Het marktaandeel speelt hierbij wel een grote rol. Vaak zal bij een marktaandeel van meer dan 40% ervan worden uitgegaan dat er sprake kan zijn van een machtspositie en bij meer dan 50% dat er sprake is van een aanmerkelijke machtspositie.⁹⁰ Het hebben van een aanmerkelijke machtspositie is op zichzelf genomen niet ongeoorloofd, het kan alleen leiden tot het gebruiken van deze positie om het marktaandeel nog meer te vergroten. Daarnaast betekent dit dat de markt niet concurrerend genoeg is.

Als dit is geconstateerd, kunnen maatregelen worden opgelegd. Volgens artikel 6a.2 lid 1 Tw dienen deze maatregelen en/of verplichtingen passend

⁸⁷ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 7, p. 33.*

⁸⁸ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 18.*

⁸⁹ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 20.*

⁹⁰ *Kamerstukken II 2002/03, 28851, nr. 3, p. 20.*

te zijn. Een maatregel is passend als deze is gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 (concurrentiebevordering, interne markt en consumentenbelangen) proportioneel en gerechtvaardigd is (artikel 6a.2 lid 3 Tw). In tegenstelling tot het mededingingsrecht gaat het hier om ex ante verplichtingen.⁹¹ Er is echter wel een verschil met markten die nog in een beginfase zitten. Marktpartijen die nieuw zijn op een beginnende markt kunnen snel een groot marktaandeel verwerven. Aangezien deze ondernemingen grotere risico's nemen en zij de markten openbreken, dienen hier niet te snel ex ante verplichtingen te worden opgelegd.⁹² In de paragrafen 6a.2 tot en met 6a.7 Tw worden de verschillende verplichtingen besproken. Het gaat daarbij om onder meer verplichtingen met betrekking tot de toegang tot de markt (transparantie, non-discriminatie, gescheiden boekhouding, toegang en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten, prijscontrole en kostentoerekening), verplichtingen op eindgebruikersniveau, carrier(voor)keuze op vaste openbare telefoonnetwerken⁹³ en het minimumpakket van huurlijnen.

3.3.2.4 Maatschappelijke belangen

De relevante regelgeving omtrent de maatschappelijke belangen is terug te vinden in de hoofdstukken 7, 9, 11, 13 en 14 Tw. Hoofdstuk 7 gaat over de bescherming van de belangen van eindgebruikers, hoofdstuk 9 over de universele dienstverlening terwijl de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt geregeld in hoofdstuk 11 en de bescherming van de openbare orde en veiligheid in de hoofdstukken 13 en 14. Naast hoofdstuk 7, dat specifiek ziet op de bescherming van de belangen van eindgebruikers, worden de belangen van eindgebruikers tevens beschermd door middel van de regels omtrent de nummerportabiliteit (hoofdstuk 4), interoperabiliteit (hoofdstuk 6), aanmerkelijke marktmacht (hoofdstuk 6a), de universele dienst (hoofdstuk 9), privacy (hoofdstuk 11) en alternatieve geschillenbeslechting (hoofdstuk 12). In hoofdstuk 9 wordt, nu de markt geliberaliseerd is, de beschikbaarheid en betaalbaarheid van een aantal basisvoorzieningen gewaarborgd. Hoofdstuk 7 ziet onder meer op informatieplichten en opzegging door eindgebruikers.

3.3.2.5 Overige onderwerpen

Voorts bevat de Tw nog regels over geschillen, te vinden in hoofdstuk 12. Dit onderwerp zal in paragraaf 3.4.3 worden besproken. Hoofdstuk 15 handelt

⁹¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 21.

⁹² *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 22.

⁹³ Carrierkeuze houdt in dat een abonnee door middel van het kiezen van een additionele korte code oproepen kan laten verzorgen door een andere aanbieder dan waarbij hij abonnee is. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 34.

over handhaving, hoofdstuk 16 over vergoedingen die verschuldigd zijn als gevolg van toezicht. Hoofdstuk 17 bevat één artikel dat gaat over beroep en hoofdstuk 18 kent enkele bepalingen over verschillende onderwerpen. De hoofdstukken 19 en 20 bevatten ten slotte overgangsbepalingen.

3.4 FUNCTIE ACM OP DE TELECOMMUNICATIEMARKT

3.4.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 3.3.1.1 dienen de lidstaten een zogenaamde NRI in te stellen die toeziet op de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijnen. In Nederland is destijds OPTA als onafhankelijke regulator ingesteld bij de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (Wet OPTA). In 2013 is de OPTA opgegaan in de ACM. ACM is een orgaan van een rechtspersoon die is ingesteld krachtens publiekrecht en derhalve een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 sub a Awb (zie artikel 2 lid 2 Instellingswet ACM). Conform de Europese richtlijnen dienen de lidstaten de onafhankelijkheid van de NRI te waarborgen. In artikel 11 van de Instellingswet ACM 4 Wet OPTA wordt de verhouding tussen de ACM en de Minister van Infrastructuur en Milieu, (hierna de ‘Minister’) ingevuld. In deze paragraaf zal nader worden bekeken wat de taak van de ACM als toezichthouder op de telecommarkt inhoudt. Onderdeel van deze taak is ook een unieke geschilbeslechtingsfunctie. Op deze geschilbeslechtende functie zal apart worden ingegaan in paragraaf 3.4.3, omdat deze functie van belang is voor dit onderzoek.

3.4.2 ACM als telecomtoezichthouder

De taak van de ACM bestaat uit het concurrerend maken van de markt door middel van het creëren van een *level playing field* met de mogelijkheid voor ondernemingen tot toetreding tot de markt.⁹⁴ Het gaat om een dynamische markt waarin de ACM snel en onafhankelijk dient te kunnen opereren, handelen en beslissen.⁹⁵ Artikel 15.1 lid 2 Tw omschrijft de taken van de ACM, zijnde het houden van toezicht op de naleving van de bepalingen in de Tw. De ACM heeft daarom niet de bevoegdheid om de Mededingingswet rechtstreeks toe te passen.

De ACM vervult eveneens belangrijke taken met betrekking tot het frequentiebeleid en -beheer en inzake het nummerbeleid en -beheer (hoofdstuk 3 Tw). Met betrekking tot geschillen over het delen van antenne-opstelpunten heeft de ACM een geschilbeslechtende functie. Zie hierover nader paragraaf 3.4.3.

⁹⁴ Danopoulos 2009, p. 50.

⁹⁵ Danopoulos 2009, p. 51.

In hoofdstuk 6 en 6a van de Tw zijn de zogenaamde interoperabiliteit van (communicatie)diensten op *wholesale* niveau omschreven, alsmede de maatregelen die kunnen worden opgelegd aan aanbieders met een aanmerkelijke marktmacht. Met *wholesale* worden overeenkomsten tussen aanbieders van openbare elektronisch communicatienetwerken en -diensten onderling bedoeld. In artikel 6.1 Tw is een onderhandelingsplicht neergelegd in het kader van de interoperabiliteit. Op grond van artikel 6.1 lid 3 kan de ACM regels voorschrijven omtrent de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd dienen te worden. Voorts kan, als de onderhandelingen niet resulteren in een overeenkomst, de ACM op basis van artikel 6.2 Tw op verzoek van één van de partijen of ambtshalve de andere aanbieder verplichten de gewenste eind- tot eindverbinding tot stand te brengen onder door de ACM te bepalen voorwaarden. In het kader van aanmerkelijke marktmacht bepaalt de ACM het marktaandeel van een aanbieder en de ACM bepaalt de eventueel op te leggen maatregelen. Deze bevoegdheid wordt het aanwijzingsinstrument genoemd.⁹⁶

Hoofdstuk 15 van de Tw is getiteld 'handhaving'. Op grond van artikel 15.2 lid 2 Tw juncto artikel 15.1 lid 3 Tw kan de ACM bestuursdwang toepassen. In artikel 15.4 lid 2 Tw zijn de gronden opgenomen waarop de ACM een boete aan een aanbieder van een communicatiedienst of -netwerk kan opleggen. Overtredingen van de in hoofdstuk 6a Tw gestelde voorschriften worden beboet (sub a) net als overtredingen van een op grond van artikel 12.2 Tw genomen besluit.

In hoofdstuk 17 is bepaald dat rechtstreeks beroep bij het CBB kan worden ingesteld op grond van besluiten van onder meer hoofdstuk 6 (interconnectie) en hoofdstuk 12 (geschilbeslechting). In de casestudy zal in voorkomende gevallen daarom de beroepsinstantie het CBB zijn en niet de rechtbank Rotterdam.

3.4.3 Geschilbeslechtende functie ACM in telecomzaken

3.4.3.1 Inleiding

De juridische basis voor geschilbeslechting tussen aanbieders en ondernemingen is te vinden in artikel 20 van de Kaderrichtlijn. De regels inzake het beslechten van geschillen tussen aanbieders waren in de oude Tw van 1998 opgenomen in de hoofdstukken 3, 6 en 8. Kort gezegd hadden deze hoofdstukken betrekking op geschillen over het delen van antenne-opstelpunten, antennesystemen of antennes, interconnectie en toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen.⁹⁷ In de hoofdstukken 7 en 12 van de oude Tw uit 1998 waren de regels te vinden met betrekking tot geschillen waarbij gebruikers, zoals consu-

⁹⁶ Ottow 2006, p. 124.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 50.

menten en andere eindgebruikers, waren betrokken.⁹⁸ In de Tw van 2004 is de geschilbeslechtende bevoegdheid van de ACM, met uitzondering van interconnectie en geschillen met betrekking tot de aanleg en instandhouding van kabels, in één algemeen artikel samengevoegd, namelijk artikel 12.2 Tw.⁹⁹

In artikel 6.2 Tw is daarnaast met betrekking tot interconnectie een specifieke geschilbeslechtende bevoegdheid voor de ACM neergelegd. Zoals hierboven beschreven, dienen partijen met betrekking tot interconnectie met elkaar in onderhandeling te treden omtrent toegang teneinde tot het sluiten van een overeenkomst te komen. De ACM kan op verzoek van één van de partijen een aanbieder van elektronische communicatiediensten voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden. Als de onderhandelingen niet resulteren in een overeenkomst als bedoeld in artikel 6.1 Tw, kan op grond van artikel 6.2 Tw het geschil vervolgens worden voorgelegd aan de ACM. De ACM kan dan één van de partijen verplichten de door de aanvrager gewenste eind- tot eindverbinding tot stand te brengen en te waarborgen, onder door de ACM te stellen voorwaarden.

3.4.3.2 Algemene geschilbeslechtsingsregeling van artikel 12.2 Tw

Naast deze specifieke geschilbeslechtsingsbevoegdheid van hoofdstuk 6 Tw is in hoofdstuk 12 Tw de hiervoor al genoemde algemene geschilbeslechtsingsbevoegdheid opgenomen. Het belangrijkste artikel met betrekking tot geschilbeslechting is artikel 12.2 Tw. Artikel 12.2 lid 1 Tw:

‘Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.’

Kortom, artikel 12.2 lid 1 Tw geeft een regeling voor de situatie dat tussen partijen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een verplichting die op één of meer van hen rust bij of krachtens de Tw. Op verzoek van één van de partijen kan de ACM dat geschil beslechten. Verplichtingen op grond van de Tw betreffen, zoals in de casestudy zal worden besproken, onder meer het ingaan op redelijke verzoeken met betrekking tot het aangaan van overeenkomsten tot het verlenen van toegang tot netwerken of verzoeken tot medegebruik

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 50.

⁹⁹ Danopoulos 2009, p. 99.

van antenne-opstelpunten. De toetsing door de ACM vindt plaats in het kader van de precontractuele fase en kan civielrechtelijke gevolgen hebben. De ACM kan namelijk regels stellen met betrekking tot de te sluiten overeenkomst(en).

Artikel 12.2 lid 2 Tw breidt de bevoegdheid van de ACM uit tot partijen die reeds een overeenkomst met elkaar hebben gesloten. Partijen kunnen aan de ACM een geschil voorleggen omtrent bepalingen uit de overeenkomst waarvan zij denken dat die strijdig zijn met hetgeen is bepaald in de Tw. Artikel 12.2 lid 2 Tw:

‘Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid, wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbesteders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichtingen, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.’

In de literatuur is het onderscheid tussen artikel 12.2 lid 1 en 2 Tw onderwerp van discussie geweest evenals de verhouding van artikel 12.2 Tw tot artikel 6.3 Tw (oud). Artikel 12.2 Tw is met de wetswijziging van 2004 in de plaats gekomen van artikel 6.3 Tw (oud). Kroes en Braeken hebben aangetoond dat het onderscheid tussen de leden 1 en 2 van artikel 6.3 Tw (oud) aanvankelijk niet duidelijk werd gemaakt in de jurisprudentie.¹⁰⁰ In de uitspraak KPN/Versatel heeft het CBB aan deze onduidelijkheid echter een einde gemaakt.¹⁰¹ In deze uitspraak stelde het CBB vast dat er geen overstemming bestond over de door Versatel aan KPN in rekening gebrachte tarieven voor KPN-gesprekken, afgewikkeld door Versatel (interconnectie). OPTA had volgens het CBB ten onrechte marginaal getoetst of de tarieven redelijk waren (waarmee ten onrechte het criterium van het tweede lid werd gehanteerd). Het CBB overwoog:

(...) ‘het feit dat OPTA tot taak heeft desgevraagd de regels te stellen die tussen partijen gelden onderscheidenlijk het geschil te beslechten (artikel 12.2 eerste lid Tw) brengt mee dat OPTA niet moet beoordelen of de door Versatel gevraagde tarieven zodanig zijn dat OPTA dient in te grijpen, maar dat OPTA de FTA-tarieven die Versatel in rekening mag brengen zelfstandig moet vaststellen.’

Omdat artikel 12.2 lid 2 Tw niet van toepassing is op dit geschil staat niet ter beoordeling of de door Versatel gevraagde interconnectietarieven redelijk zijn en evenmin of die tarieven al dan niet in strijd zijn met de Tw.¹⁰²

100 Q. Kroes & B. Braeken, ‘Telecom-geschilbeslechting: een jurisprudentie-update’, *Mediaforum* 2009/4, p. 147.

101 CBB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789 (KPN/Versatel).

102 CBB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789 (KPN/Versatel), zie r.o. 6.2.2.

In de uitspraak van het CBB van 27 september 2006¹⁰³ stond het criterium van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud), het huidige 12.2 lid 2 Tw, eveneens centraal. De toets die het CBB voor lid 2 aanlegde in die zaak is strenger dan voor lid 1. OPTA is pas bevoegd tarieven vast te stellen wanneer sprake is van strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. OPTA heeft alleen dan de bevoegdheid om de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen. In die zaak was er echter geen sprake van onredelijke tarieven en OPTA mocht dan ook geen (nadere) tarieven vaststellen. Dit in tegenstelling tot het eerste lid op grond waarvan OPTA, nadat partijen voldoende hebben onderhandeld maar niet tot overeenstemming zijn gekomen, wel de bevoegdheid heeft regels te stellen.

Bij de invoering van artikel 12.2 Tw is er discussie geweest of de jurisprudentie van artikel 6.3 Tw (oud) nog van toepassing was.¹⁰⁴ Het CBB verwijst in zijn uitspraak van 2 december 2008 tussen KPN en Tele2¹⁰⁵ echter uitdrukkelijk naar de uitspraak van KPN versus Versatel, gewezen onder het artikel 6.3 Tw (oud).¹⁰⁶ Het CBB overweegt, onder verwijzing naar de voornoemde uitspraak, dat wanneer geen sprake (meer) is van wilsovereenstemming, OPTA op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw bevoegd is regels te stellen. De stelling van Tele2 dat OPTA op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw slechts de hoogte van de tarieven mag beoordelen, is ongegrond nu er geen wilsovereenstemming (meer) bestaat.¹⁰⁷ Daarmee lijkt de discussie beslecht en is buiten twijfel dat de jurisprudentie gewezen onder artikel 6.3 Tw (oud) nog steeds relevant is.¹⁰⁸

Het CBB heeft in de zaak tussen Tele2 en KPN¹⁰⁹ uit 2009 het verschil tussen lid 1 en 2 nog nader toegelicht. Partijen die ertoe zijn overgegaan een overeenkomst te sluiten op basis van een ingevolge de Tw op hen rustende verplichting, hebben daarmee de mogelijkheid om de ACM te vragen een oordeel te geven over hun verschillen van inzicht, prijsgegeven. Daarop bestaat echter een uitzondering, namelijk de situatie waarin geoordeeld moet worden dat de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen of de wijze waarop zij worden nagekomen, in strijd zijn met hetgeen bij of krachtens de Tw is bepaald.¹¹⁰ De ACM zal dus steeds eerst dienen te beoordelen of er sprake is van een overeenkomst of niet. Als sprake is van een overeenkomst, kan de ACM alleen regels stellen wanneer bepalingen uit de overeenkomst in strijd zijn hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.

103 CBB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.

104 Er wordt met name bedoeld op de discussie rondom artikel 12.2 Tw door Verweij en Sauren en Meijer in Mediaforum: J. Verweij en E. Sauren, 'Geschildbeslechting door OPTA', *Mediaforum* 2007/2, p. 34-41 en A.Th. Meijer in noot bij OPTA en CPS v. KPN, CBB 15 maart 2007, *Mediaforum* 2007/5, p. 166-170.

105 CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756.

106 CBB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789.

107 CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, zie r.o. 6.1.1 en 6.1.2.

108 Kroes & Braeken 2009, p. 148.

109 CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny.

110 CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.4.1.

Ondanks bovenstaande jurisprudentie is het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 niet altijd even gemakkelijk te maken. In elk geval past de ACM de verschillende criteria niet altijd juist toe.¹¹¹ De ACM overweegt namelijk dat voor de bevoegdheid van de ACM onder artikel 12.2 Tw vereist is dat er sprake is van een op één of meer marktpartijen bij of krachtens de Tw rustende verplichting, het criterium van lid 2.¹¹² Ook in geval er slechts sprake is van een aanbod, waarover partijen van mening verschillen en de ACM zich bevoegd zou mogen achten op grond van lid 1, legt de ACM niettemin het criterium aan dat sprake moet zijn van strijdigheid met een verplichting bij of krachtens de Tw.¹¹³ Dit is echter nu juist het strenge criterium van lid 2, hoewel er dan nog geen sprake is van een overeenkomst en de bevoegdheid van ACM berust op lid 1, dat dit vereiste niet stelt.¹¹⁴

3.4.3.3 *Sui generis* besluiten

De geschilbeslechtende bevoegdheid van de ACM op grond van artikel 6.1 Tw (interconnectie) of artikel 12.2 Tw houdt in dat de ACM een beslissing kan nemen in een geschil tussen twee marktpartijen die een overeenkomst met elkaar hebben gesloten of een overeenkomst willen of hadden willen sluiten. De beslissing van de ACM is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, aangezien het besluit wordt genomen op grond van artikel 12.2 Tw. Een geschilbeslechtende bevoegdheid van een bestuursorgaan in deze vorm is bijzonder te noemen voor het Nederlandse bestuursrecht.¹¹⁵ Danopoulos noemt geschilbesluiten zogenaamde *sui generis* besluiten.¹¹⁶ Een bestuursorgaan richt zich normaal gesproken op geschillen tussen een bestuursorgaan en een bezwaarmakende partij en niet op een geschil tussen twee civielrechtelijke entiteiten. Geschillen tussen contractuele partijen worden doorgaans voorgelegd aan een onafhankelijke rechter of arbiter.

Opvallend, voor het bestuursrecht, is ook dat er bij de beoordeling van deze geschillen invulling wordt gegeven aan open normen, die vaak niet uitgekristalliseerd zijn en die een ingewikkelde economische beoordeling en afweging tussen de conflicterende belangen van bijvoorbeeld verschillende stakeholders vereisen voordat zij op de feiten kunnen worden toegepast.¹¹⁷ In het bijzonder speelt dit bij de vaststelling van redelijke vergoedingen. In paragraaf 3.6 zal hier nader op worden ingegaan.

111 OPTA 16 februari 2007, OPTA/TN/2007/200197, zie ook OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21.

112 OPTA 16 februari 2007, OPTA/TN/2007/200197, r.o. 21 en 22.

113 OPTA 7 november 2008, OPTA/AM/2008/201824, 07.0250.21, r.o. 66.

114 Kroes & Braeken 2009, p. 149.

115 Zie ook Ottow 2006, p. 144.

116 Danopoulos 2009, p. 170.

117 S.A.C.M. Lavrijssen-Hijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: BJu 2006, p. 125.

3.4.3.4 Eigenschappen van de geschilbeslechting

Het geheel eigen karakter van de geschilbeslechting door de ACM komt tot uiting in vier eigenschappen.¹¹⁸ Ten eerste heeft de ACM de functie van arbiter waarbij de ACM boven de partijen staat en als onafhankelijk, deskundig orgaan een bindend eindoordeel geeft over een voorgelegd geschil. Er zijn echter wel verschillen met arbitrage. Bij arbitrage sluit men in beginsel de rechter uit en is er geen sprake van een alternatief. Een rechtsgang naar de civiele rechter staat echter hier in beginsel nog wel open, ook als de ACM al een besluit heeft genomen op grond van artikel 12.2 Tw.¹¹⁹ Dit wordt onderstreept door artikel 20 lid 5 van de Kaderrichtlijn waarin staat:

‘De procedure van de leden 1, 3, en 4 (de geschillenregeling uit de Kaderrichtlijn) laat het recht van elk der partijen om bij de rechterlijke instanties een procedure in te leiden, onverlet.’

Ook artikel 112 van de Grondwet bepaalt dat de berechting van burgerlijke geschillen door de civiele rechter dient te geschieden.¹²⁰ De ACM blijft voorts ook bevoegd als er alternatieve geschilbeslechting overeen is gekomen.¹²¹

Een tweede kenmerk is het contradictoire karakter van het geschil. In ‘normale’ bestuurszaken staat de vraag centraal of een bestuursorgaan een besluit correct heeft genomen en zal de geldigheid van een besluit worden getoetst. Bij de geschilbeslechtende functie van de ACM is hiervan geen sprake, want het betreft een inhoudelijk oordeel over een geschil tussen twee partijen. Voorts zal bij een beroepsprocedure het geschil zich met name toespitsen op de ACM en de aanbieder die sancties opgelegd heeft gekregen.¹²² Dit, terwijl in de procedure voor de ACM, voorafgaand aan de beroepsprocedure, nog sprake was van een geschil tussen twee marktpartijen.¹²³

Het derde kenmerk betreft de door de ACM eventueel opgelegde verplichtingen. Deze verplichtingen dienen in een overeenkomst tussen de betrokken marktpartijen te worden uitgewerkt. De ACM bepaalt aldus een gedeelte van de inhoud van een overeenkomst tussen twee partijen. Dit maakt deze geschilbeslechtende functie uniek.¹²⁴

118 Zie Ottow 2006, p. 142 e.v.

119 Danopoulos, 2009, p. 144.

120 Zie voor geschilbeslechting door OPTA naast rechtspraak door de civiele rechter en artikel 112 Grondwet, Danopoulos 2009, par. 5.9.

121 Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334, zie ook CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064 (*Nozema en BNT*).

122 Zie Ottow 2006, p. 142 e.v.

123 Ottow 2006, p. 143.

124 Ottow 2006, p. 144.

De vierde kenmerkende eigenschap is dat de maatregelen en verplichtingen die de ACM in een besluit oplegt, worden beschouwd als ex ante verplichtingen.¹²⁵ Ex ante verplichtingen zijn maatregelen die vooraf, dus zonder dat sprake is van overtreding van een wettelijke bepaling, aan marktpartijen opgelegd kunnen worden om de markt concurrerend te maken. Danopoulos en Lavrijssen stellen daarom dat geschilbeslechting van de ACM naar haar aard een ex ante concreet regulerende bevoegdheid is.¹²⁶ Dit wordt onderbouwd met de stelling dat het gaat om het opstellen van voorschriften waarnaar partijen dienen te handelen. De vraag is of ook sprake is van ex ante handhaving als partijen niet tot overeenstemming komen. Er is dan sprake van het niet naleven van de verplichting tot onderhandelen, zodat men zich kan afvragen of het dan niet gaat om ex post handhaving. Partijen hebben dan immers een geschil dat opgelost dient te worden.¹²⁷

Vanuit privaatrechtelijk perspectief is het opmerkelijk te noemen dat geschilbeslechting het karakter draagt van ex ante handhaving. Geschilbeslechting is immers normaal gesproken bij uitstek ex post handhaving, omdat geen sprake is van het voorkomen van een geschil, maar van handhaving na een overtreding. Met name in relatie tot artikel 3:24 jo 12.2 Tw (antenne-opstelpunten) is de term ex ante zeker niet zonder meer adequaat, omdat er pas achteraf, nadat door één van de partijen hierom is verzocht, maatregelen kunnen worden opgelegd door de ACM.¹²⁸

Het is overigens de vraag hoe vaak de situatie zich in de praktijk zal voordoen dat partijen geen overeenkomst bereiken zonder dat daarbij sprake is van strijd met de wet. Aanbieders dienen immers in te gaan op een redelijk verzoek. Aanbieders die meer vragen dan de toegestane redelijke prijs lopen het risico dat de wederpartij na totstandkoming van de overeenkomst de prijs ter beoordeling aan de ACM voorlegt op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw. Als er nog geen overeenkomst is gesloten, is te verwachten dat partijen bij de onderhandelingen altijd streven naar de maximale redelijke prijs. Dus alleen als de afnemer de gevraagde, maar wettelijk toegestane redelijke prijs, te hoog acht, bestaat er een situatie waarin partijen geen overeenkomst sluiten maar is er geen sprake van handelen in strijd met de Tw. Ik vraag mij dan ook af hoe realistisch de veronderstelling is dat partijen geen overeenstemming bereiken zonder dat er sprake is van strijd met de wet, omdat de discussie zich zal toespitsen op de vraag of een prijs redelijk is in de zin van de Tw en niet of een partij bereid is een prijs te betalen of niet. Gezien de kenmerken van de markt heeft een afnemer niet het alternatief om met andere partijen een overeenkomst te sluiten.

125 Ottow 2006, p. 143 e.v.

126 Danopoulos 2009, p. 162 en Lavrijssen 2006, p.126.

127 Danopoulos 2009, p. 162.

128 CBB 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187. Zie ook Danopoulos 2009, p. 162.

Onduidelijk is of met de introductie van artikel 12.2 Tw het besluit van de ACM nu in de plaats komt van de overeenkomst, althans de leemte ontstaan door het niet totstandkomen van de overeenkomst, invult. In de Memorie van Toelichting staat hierover slechts dat met de introductie van artikel 12.2 Tw de ACM de bevoegdheid heeft om het geschil te beslechten. De formulering ‘bevoegdheid om geschillen te beslechten’¹²⁹ is meer in overeenstemming met het doel – het komen tot een materiële oplossing van het geschil – van geschilbeslechting dan de formulering ‘het stellen van regels’ zoals de formulering van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) luidde. Verweij en Sauren stellen dat, na de introductie van artikel 12.2 Tw, geschilbesluiten mogelijk niet langer rechtstreeks tussen partijen zullen gelden (en dus niet rechtstreeks doorwerken in de overeenkomst).¹³⁰ Tegen deze gedachte kan worden ingebracht dat de wetgever heeft aangegeven dat met de wetswijziging niet is beoogd om in de Tw wijzigingen aan te brengen in de bestaande bevoegdheden van de ACM om geschillen te beslechten en handhavend op te treden.¹³¹ Het hof Den Haag¹³² heeft echter gekozen voor de opvatting dat de uitspraak van de ACM uitgewerkt dient te worden in de overeenkomst en dat zou meebrengen dat besluiten van de ACM niet direct doorwerken in de overeenkomst.¹³³ De ACM oordeelt in de zaak tussen Novec en Alticom dat het de taak van de civiele rechter is om te oordelen wat de gevolgen zijn van een geschilbesluit. De ACM acht zichzelf namelijk niet bevoegd in te grijpen in civiele verhoudingen.¹³⁴ In de casestudy wordt hier nader op ingegaan (in de paragrafen 3.5.4 en 3.6.2). Partijen zullen zich, ongeacht bovenstaande onduidelijkheid, in ieder geval dienen te houden aan het geschilbesluit, zoals volgt uit artikel 12.6 Tw.

3.5 ACM ALS HANDHAVER OP DE TELECOMMUNICATIEMARKT EN HET CONTRACTENRECHT

3.5.1 Inleiding

Zoals hierboven is uiteengezet, heeft de ACM een geschilbeslechtende bevoegdheid die gevolgen kan hebben voor de privaatrechtelijke verhoudingen van marktpartijen. Immers, deze geschilbeslechting heeft betrekking op geschillen tussen (twee) partijen die een contractuele relatie hebben of die willen verkrijgen. De ACM geeft in dit kader invulling aan (open) normen als ‘kostenoriëntatie’ en ‘redelijke tarieven’. In deze paragraaf zal worden stil gestaan bij

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 166.

¹³⁰ Verweij & Sauren 2007, p. 35.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 99.

¹³² Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

¹³³ Het hof oordeelt anders dan de kantonrechter op dit punt: Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035.

¹³⁴ OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, 10.0328.22.

verschillende begrippen die privaatrechtelijk van betekenis zijn. Het begrip 'overeenkomst' speelt bij zowel artikel 6.1 Tw als bij artikel 12.2 Tw een grote rol. Bekeken zal worden hoe de ACM de precontractuele fase beoordeelt, hoe de ACM het begrip overeenkomst hanteert en in hoeverre de ACM daarbij rekening houdt met de bedoeling van partijen. Verder wordt aandacht besteed aan de '*iustum pretium*-leer'. Voorts zal worden nagegaan hoe de ACM omgaat met de invulling van het begrip 'redelijkheid'. Dit begrip neemt immers ook een belangrijke plaats in bij de besluitvorming in het kader van tarieven. Bij geschillen rondom tarieven spelen ook vragen inzake 'terugwerkende kracht' en 'onverschuldigde betaling' een rol. Ten slotte zal worden gekeken naar 'handhaving' dan wel 'nakoming' van geschilbesluiten en informatieplichten richting eindgebruikers.

3.5.2 Precontractuele fase

3.5.2.1 Inleiding

In het privaatrecht staat de contractvrijheid centraal. Partijen zijn vrij om met elkaar in onderhandeling te treden of niet. De precontractuele fase is relevant voor het geval dat er inderdaad een overeenkomst tot stand komt en voor het geval waarin de onderhandelingen voortijdig worden afgebroken. Het arrest Plas/Valburg heeft ons de drie fasen gebracht waaruit de onderhandelingen globaal bestaan en geeft antwoord op de vraag wanneer men zich nog zonder schadevergoeding te voldoen aan de wederpartij kan terugtrekken uit de onderhandelingen.¹³⁵ In het latere arrest CBB/JPO worden deze drie fasen minder scherp onderscheiden, maar benadrukt de Hoge Raad wel dat ieder der partijen vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.¹³⁶

Marktpartijen op de telecommunicatiemarkt hebben echter zonder meer een onderhandelingsplicht met betrekking tot de toegang tot antenne-opstelpunten (artikel 3.24 Tw) en interconnectie (artikel 6.1 Tw). In artikel 3.24 lid 1 Tw is bepaald dat het daarbij gaat om het voldoen aan

'redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten.'

Een vergelijkbare bepaling is te vinden in het vierde lid over de houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte bestemd voor omroepzendnetwerken. In artikel 3.11 lid 4 Tw (oud, geldend tot 2004) was expliciet

¹³⁵ HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (*Plas/Valburg*).

¹³⁶ HR 12 augustus 2005, NJ 2005/457 (*CBB/JPO*).

opgenomen dat als partijen geen overeenstemming konden bereiken zij het geschil konden voorleggen aan de ACM. Nu kan dit via artikel 12.2 lid 1 Tw.

Op grond van artikel 6.1 lid 1 Tw dient op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten een andere aanbieder, die de toegang tot eindgebruikers controleert, met hem in onderhandeling te treden.¹³⁷ Artikel 6.1 Tw is het resultaat van de implementatie van artikel 4 van de Toegangsrichtlijn. Het Europese Hof van Justitie oordeelt over de onderhandelingsplicht in dit kader dat de verplichting er niet vanaf hangt of de betrokken onderneming aanmerkelijke marktmacht bezit, noch dat zij de verplichting inhoudt om een interconnectieovereenkomst te sluiten, maar enkel de verplichting met zich brengt om over een dergelijke overeenkomst te onderhandelen.¹³⁸

De Memorie van Toelichting op de Tw merkt op dat het beginsel van contractvrijheid een belangrijke grondslag is van het algemene verbintenissenrecht.¹³⁹ Partijen hebben de vrijheid om al dan niet een overeenkomst te sluiten. Deze vrijheid is echter wel aan bepaalde regels gebonden, onder andere die van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁰ Ook verwijst de Memorie van Toelichting naar de drie fasen die grofweg zijn te onderscheiden in het kader van gewekte verwachtingen gedurende een onderhandelingstraject.¹⁴¹ In beginsel zijn aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten vrij om te bepalen met wie zij een overeenkomst sluiten.¹⁴² Hier geldt echter wel een beperking: anders dan doorgaans in het verbintenissenrecht het geval is, hebben partijen zelden de vrijheid om te bepalen met wie zij in onderhandeling treden en kan een verzoek om te onderhandelen niet zomaar worden afgewezen. Wel dient een verzoeker een redelijk belang te hebben bij de gewenste interconnectie:

‘In de onderhandelingsplicht ligt besloten dat de aanbieder op wie de verplichting tot onderhandelen rust, dient in te gaan op het verzoek met het doel het verzoek

137 Artikel 6.1 lid 1 Tw: ‘Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen, waaronder zo nodig door middel van interconnectie van de betrokken netwerken, opdat eind-tot eindverbindingen tot stand worden gebracht.’

138 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, *Jur* 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finland Oy*), r.o. 36.

139 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, 104.

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

141 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, 104. Verwezen wordt onder meer naar de arresten HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723 (*Plas/Valburg*), HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1017 (*Vaessen-Schoenmaker/Shell*), HR 12 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*MBO/De Ruiterij*), HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*).

142 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 104.

tot interoperabiliteit van diensten, als dat redelijk is, te honoreren en daarover een overeenkomst te sluiten.¹⁴³

De onderhandelingsplicht gaat daarmee verder dan de verplichting om door te onderhandelen in het verbintenissenrecht. Slechts in het geval dat het verzoek aantoonbaar onredelijk is, kan de aanbieder zich vrij achten om niet (verder) te onderhandelen. Een afwijzing dient goed gemotiveerd te zijn.¹⁴⁴ Van niet-naleving van de onderhandelingsplicht is ook sprake wanneer een aanbieder, na een verzoek daartoe, in het geheel niet wenst te onderhandelen.¹⁴⁵ Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid dat de privaatrechtelijke regels met betrekking tot de precontractuele fase wel van toepassing zijn, al kent het privaatrecht de plicht tot onderhandelen niet in deze mate.

3.5.2.2 Antenne-opstelpunten

De ACM is, in het kader van antenne-opstelpunten, pas bevoegd om te beslissen over een geschil op grond van artikel 12.2 Tw lid 1 als partijen eerst voldoende hebben onderhandeld. Dit is op grond van artikel 3:11 Tw (oud geldend tot 2004) overwogen in de zaak tussen Dutchtone en KPN.¹⁴⁶ Uit de te bespreken zaken volgt dat de vraag of er voldoende is onderhandeld, wordt beantwoord op basis van de bewijsmiddelen ten aanzien van de vraag wat tussen partijen is besproken tijdens de onderhandelingen.

(1) Dutchtone/KPN

Casus. Het geschil tussen Dutchtone en KPN betreft het medegebruik van antenne-opstelpunten.¹⁴⁷ Dutchtone stelt dat de vergoedingen die de gebruiker van een antenne-opstelpunt verlangt van een medegebruiker, kostengeoriënteerd dienen te zijn, zelfs als de antenne-opstelpunten niet als 'essential facilities' gezien mogen worden. KPN stelt met betrekking tot het verzoek van Dutchtone dat dit prematuur is. KPN is van mening dat, zoals ook de (pre)contractuele goede trouw voorschrijft, partijen zich ten minste redelijkerwijs dienen in te spannen om met elkaar tot overeenstemming te komen over voorwaarden zoals die tussen partijen zullen gelden, voordat een partij een dergelijk verzoek aan OPTA richt.¹⁴⁸ KPN stelt verder dat zij altijd bereid is geweest om te onder-

143 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 105.

144 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 105.

145 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 106.

146 Artikel 3.11 Tw (oud geldend tot 2004) kende een ander lid 4: 'Indien de houders, bedoeld in het eerste lid (...), onderling geen overeenstemming bereiken over het medegebruik van het college op aanvraag van een der partijen de regels vaststellen die tussen hen zullen gelden.' Dit lid is verdwenen in verband met de invoering van artikel 12.2 Tw, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 97.

147 OPTA 2 april 1999, OPTA/I/99/2027 (*Dutchtone-KPN/OPTA*).

148 OPTA 2 april 1999, OPTA/I/99/2027 (*Dutchtone-KPN/OPTA*), zie r.o. 4.

handelen over de geschilpunten. Omtrent de tarieven hebben partijen zelfs in het geheel nog geen gesprekken gevoerd.

Besluit. Bij besluit van 13 november 1999 bepaalt OPTA dat er:

‘nog sprake was van een situatie waarin partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de voor het medegebruik van antenne-opstelpunten te vragen redelijke vergoeding.’

Dit betekent dat OPTA niet bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Desondanks stelt OPTA regels omtrent de hoogte van de voor het medegebruik te vragen vergoeding: omdat er een verplichting tot toepassing van kostenoriëntatie ontbrak, dient men onder een redelijke vergoeding ex artikel 3.11, derde lid, Tw (oud geldend tot 2004) te verstaan een vergoeding gebaseerd op werkelijk gemaakte kosten (de zogenaamde ‘regel 6’).

Bezwaar. Bij besluit van 3 november 1999 zijn de bezwaren door OPTA merendeels ongegrond verklaard.¹⁴⁹

Beroep. De rechtbank Rotterdam oordeelt in beroep bij uitspraak van 13 september 2000¹⁵⁰ dat dit onderdeel, het stellen van regels, van het besluit:

‘voor vernietiging in aanmerking komt omdat artikel 3.11 (oud, geldend tot 2004, rh) van de Tw thans nog geen grondslag biedt om ten aanzien van de vergoedingen een regel vast te stellen. Nu tussen eiseressen 1 en eiseres 2 terzake van de vergoedingen nog geen sprake is van een geschil – zoals verweerder zelf in het bestreden besluit opmerkt – was verweerder immers nog niet bevoegd ten aanzien van de vergoedingen voor het medegebruik van antenne-opstelpunten regels te stellen.’

Hoger beroep. In hoger beroep bij het CBB stelt OPTA als verweerder dat zij met ‘regel 6’ slechts enkele vingerwijzingen heeft gegeven voor de wijze waarop deze geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld. OPTA heeft hiermee beoogd duidelijkheid te verschaffen omtrent de wezenlijke bouwstenen voor een redelijk tarief, zulks ten behoeve van toekomstige beslissingen.¹⁵¹ Het CBB bevestigt echter het standpunt van de rechtbank Rotterdam.¹⁵² Voorts voegt het CBB hieraan toe:

‘dat wellicht bij sommigen behoefte bestond aan een – wat OPTA noemt – vingerwijzing voor de wijze waarop geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld, kan hieraan niet afdoen.’

149 OPTA 3 november 1999 (Dutchtone/KPN).

150 Rb. Rotterdam 13 september 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA8568. Zie ook *Computerrecht* 2000/303.

151 CBB 25 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1647, *Mediaforum* 2001/6, nr. 28, r.o. 3.

152 CBB 25 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1647, *Mediaforum* 2001/6, nr. 28.

Kortom, OPTA was niet bevoegd tot het stellen van regels aangezien er onvoldoende was onderhandeld in de zin van artikel 12.2 lid 1 Tw. Daarom mocht OPTA evenmin regels stellen ten aanzien van een redelijke vergoeding.

(2) Broadcast Newco Two/ Nozema

Casus. Het betreft een tweetal geschillen tussen Broadcast Newco Two en Nozema omtrent antenne-opstelpunten in Rotterdam¹⁵³ en Hilversum.¹⁵⁴ Het gaat in deze zaken om nieuw te bouwen antenne-opstelpunten.

Besluit. De plicht tot onderhandelen in relatie tot antenne-opstelpunten houdt volgens OPTA in dat

‘een redelijke uitleg van artikel 3.11 lid 1 Tw (oud geldend tot 2004 (rh)) meebrengt dat de houder van een antenne-opstelpunt niet op voorhand mag weigeren om mee te werken aan een redelijk verzoek toterschikking van een antenne-opstelpunt om zo deling van de mast mogelijk te maken.’

OPTA oordeelt:

‘bij de beoordeling van de redelijkheid van een verzoek zullen met name relevant zijn de invloed van de nieuwe indeling (van de opstelpunten) op de bedrijfsvoering van de houder van de antennemast en de bereidheid van degene die het verzoek tot mede gebruik doet bij te dragen in de kosten van de herschikking.’

In deze zaken oordeelt OPTA dat over een aantal zaken nog onvoldoende overleg heeft plaatsgevonden om te spreken van een situatie waarin geen overeenstemming is bereikt. Met betrekking tot de antennemast in Rotterdam dient bij de zaak eerst nog een deskundige betrokken te worden voordat overeenstemming bereikt kan worden.

Vervolg. In 2002 staan partijen wederom tegenover elkaar over een mast in Hilversum.¹⁵⁵ In dit geval acht OPTA zich wel bevoegd omdat er voldoende onderhandeld is over een redelijk verzoek. OPTA stelt dat partijen, zonder resultaat, meerdere malen getracht hebben om tot overeenstemming te komen, onder meer door bemiddelingspogingen van de Staatssecretaris.¹⁵⁶ Partijen hebben in 2001 al een samenwerkingsovereenkomst gesloten met daarin de uitgangspunten voor het medegebruik van de antenne-opstelpunten. Ook hebben partijen reeds afspraken gemaakt over de randvoorwaarden waaraan de prijs voor medegebruik dient te voldoen. Partijen hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de prijs, ondanks bemiddelingspogin-

153 OPTA 16 november 2000, OPTA/G.6.00/2000/203055.

154 OPTA 16 november 2000, OPTA/G.16.00/2000/203055.

155 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072.

156 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072, r.o. 96.

gen.¹⁵⁷ Door OPTA worden dan ook uitgangspunten voor de onderhandeling vastgesteld.

(3) BTD & BDN/Novec & Omroepmasten B.V.

Casus. BTD en BDN hebben op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw juncto artikel 3:24 lid 4 Tw bij de ACM een verzoek tot geschilbeslechting ingediend ten behoeve van het medegebruik van hoge antenne-opstelpunten van Novec en Omroepmasten. BTD is aanbieder van elektronische communicatienetwerken en -diensten. BDN levert de dienst zendernetwerkbeheer. BDN heeft BTD gevraagd om ten behoeve van de doorgifte van de commerciële radioprogramma's voor de bouw en exploitatie van DAB+ (digitaal radio luisteren) zorg te dragen. Daarvoor heeft BTD medegebruik gevraagd van de masten waarover Omroepmasten het beheer heeft. BTD is al een contractpartij van Omroepmasten ten behoeve van analoge FM-distributie. Omroepmasten wil alleen BDN als contractpartij aanvaarden. Omroepmasten hanteert het vereiste dat een verzoeker alleen een verzoek om het medegebruik kan indienen

‘indien zij houder is van een vergunning voor het gebruik van de frequentieruimte of van de houder van zodanige vergunning de nodige rechten heeft gekregen voor het aanbieden van elektronische communicatiediensten of -netwerken’.

Omroepmasten wil daarnaast aanvullende zekerheden voor geval er schade optreedt.

Besluit. De ACM oordeelt dat de eis van Omroepmasten dat alleen BDN en niet in plaats van BTD contractpartij wordt, in strijd is met artikel 3.24 lid 4 Tw. Artikel 3.24 lid 4 Tw stelt geen specifieke eisen aan de verzoeker. Daarnaast is BTD in staat voor verspreiding van de programma's te zorgen. De ACM oordeelt echter dat het verzoek tot medegebruik van BTD niet redelijk is.¹⁵⁸ De verplichting tot het verlenen van medegebruik gaat niet zo ver dat Omroepmasten geheel niet meer gerechtigd zou zijn om voorwaarden te stellen ten aanzien van haar verhaalsmogelijkheden voor het eventuele geval BTD aansprakelijk is voor schade gelden door Omroepmasten in het kader van de uitvoering van de overeenkomst. Het verzoek tot medegebruik van BTD is pas redelijk indien op reële wijze recht wordt gedaan aan de verhaalpositie van Omroepmasten.

3.5.2.3 Interconnectie

In het kader van interconnectie is de onderhandelingsplicht neergelegd in artikel 6.1 Tw. Deze onderhandelingsplicht geldt voor elke exploitant van een

¹⁵⁷ OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072, r.o. 99.

¹⁵⁸ ACM 17 december 2013, ACM/DTVP/2013/204296_OV, inzake BTD & BDN vs. Novec & Omroepmasten.

openbaar communicatienetwerk ongeacht of sprake is van aanmerkelijke marktmacht of niet.¹⁵⁹ De onderhandelingsplicht wordt geschonden wanneer een onderneming zonder aanmerkelijke marktmacht een andere onderneming interconnectie aanbiedt tegen eenzijdige voorwaarden die de ontwikkeling van een door concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt belemmert. Dat is het geval wanneer de voorwaarden de klanten van een onderneming door middel van concurrentiebeperkende voorwaarden beletten om gebruik te maken van de diensten van deze onderneming.¹⁶⁰ De onderhandelingen dienen in een sfeer van goede trouw plaats te vinden.¹⁶¹ De NRI (nationaal regelgevende instelling) kan ook opleggen aan partijen om op deze wijze te onderhandelen, aldus het Hof van Justitie van de EU in de zaak *TeliaSonera Finland*. Uit de volgende zaken blijkt hoe de ACM artikel 6.1 Tw invult.

(1) *Yarosa/T-Mobile*

Casus. In een geschil omtrent interconnectie tussen Yarosa en T-Mobile staat centraal of T-Mobile verplicht kan worden met Yarosa te onderhandelen.¹⁶² Yarosa heeft T-Mobile verzocht om abonnees van T-Mobile de mogelijkheid te bieden om SMS-berichten te verzenden die worden verwerkt door een SMS-centrale van Yarosa. OPTA heeft in een voorlopig besluit partijen opgelegd te onderhandelen over de voorwaarden waarop de toegang zou kunnen plaatsvinden.¹⁶³ Deze onderhandelingen hebben echter niet geleid tot eind-tot-eindverbindingen.

Besluit. OPTA is van oordeel dat partijen de onderhandelingen niet juist hebben gevoerd en partijen worden dan ook terugverwezen naar de onderhandelings tafel.¹⁶⁴ Het uitgangspunt van de wetgever is dat afspraken over interoperabiliteit zoveel mogelijk door commerciële onderhandelingen tot stand dienen te komen. OPTA dient terughoudend te zijn bij het stellen van regels en daarom moet het ook duidelijk zijn waarom afspraken door de onderhandelingen niet tot stand kunnen komen. Partijen dienen dan ook te onderbouwen waarom de onderhandelingen mislukt zijn. Dit dient onder meer te gebeuren aan de hand van onderhandelingsverslagen. In casu blijkt dat partijen te veel aan hun standpunten hebben vastgehouden.¹⁶⁵ Ook zijn tariefvoorstellen niet onderbouwd en zijn er geen afspraken gemaakt over het uitwisselen van informatie.

159 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, Jur 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finland Oy*). Zie ook HvJ EG 13 november 2008, nr. C-227/07, Jur 2008, p. I-08403 (*Commissie/Polen*).

160 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, Jur 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finland Oy*), r.o. 55.

161 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, Jur 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finland Oy*), r.o. 62.

162 CBB 24 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004: AR6450 (*Yarosa/T-Mobile*).

163 OPTA 28 november 2003, OPTA/JUZ/2003/204074.

164 OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117, r.o. 45 e.v.

165 OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117, r.o. 46.

Dit is, aldus OPTA, in strijd met het uitgangspunt dat er onderhandeld dient te worden met het oog op de totstandkoming en realisatie van een interoperabiliteitsovereenkomst. Onderhandelingen zijn anders immers gedoemd te mislukken. OPTA is van oordeel dat partijen onvoldoende hebben onderhandeld. Met een aantal uitgangspunten voor de (her)nieuwde onderhandelingen worden partijen verplicht opnieuw een poging te doen om tot overeenstemming te komen. OPTA plaatst één en ander voorts in het licht van de doelstellingen van de Tw, het bevorderen van concurrentie.

*Beroep.*¹⁶⁶ Zowel Yarosa als T-Mobile is in beroep gegaan bij het CBB. Het CBB oordeelt dat geen sprake is van interconnectie en dat er dan ook geen onderhandelingsplicht geldt.¹⁶⁷ Ook volgt uit deze uitspraak dat de onderhandelingsplicht in het kader van de interconnectie alleen geldt als deze onderhandelingsplicht ziet op het verbeteren van communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden voor eigen gebruikers.¹⁶⁸

(2) Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile & Vodafone/KPN

Casus. Verschillende partijen hebben OPTA verzocht om regels vast te stellen die tussen hen en andere aanbieders dienen te gelden ter zake van tarieven die in rekening gebracht mogen worden aan hen door de andere aanbieders op het mobiele netwerk (MTA-tarieven). Zo heeft KPN zich tot OPTA gewend en op grond van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) verzocht om regels vast te stellen voor de door Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile en Vodafone bij haar in rekening gebrachte tarieven. Verizon en Versatel hebben zich later tot OPTA gewend met het verzoek om zich bij geschilbesluit uit te spreken over de MTA-tarieven die KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone bij hen in rekening brengen. Er is echter geen directe interconnectie tussen de netwerken van Verizon en Versatel met de andere aanbieders. Om de gesprekken toch te kunnen leveren, maken Verizon en Versatel gebruik van de transitdiensten van KPN Telecom. Er is dus sprake van zogenaamde indirecte interconnectie.

Besluit. Bij besluit van 10 september 2002¹⁶⁹ heeft OPTA beslist dat de door Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile en Vodafone bij KPN Telecom in rekening gebrachte MTA-tarieven onredelijk hoog waren. Door OPTA zijn lagere tarieven vastgesteld. Bij besluit van 23 september 2002 heeft OPTA beslist op de verzoeken van Verizon en Versatel. De in rekening gebrachte tarieven zijn onredelijk hoog.¹⁷⁰

166 Er is direct beroep ingesteld bij het CBB zie OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117, p. 15.

167 CBB 24 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6450.

168 CBB 24 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6450, r.o. 4.1.1.

169 Zie onder meer OPTA 10 september 2002, OPTA/IBT/2002/202576 inzake Tele2. Zie ook vergelijkbare en niet besproken zaken OPTA inzake Tele2 tegen O2 OPTA/IBT/2002/202641 en OPTA inzake Ben tegen O2 OPTA/IBT/2002/202642.

170 Zie onder meer OPTA 23 september 2002, OPTA/IBT/2002/202903 inzake Versatel.

Bezwaar. Bij besluit van 6 oktober 2004 heeft OPTA op alle bezwaren beslist.¹⁷¹ OPTA heeft de bezwaren van de mobiele aanbieders gegrond verklaard en wat betreft de periode vanaf 1 december 2002 lagere MTA-tarieven vastgesteld dan in de primaire besluiten.

Beroep. De rechtbank overweegt dat OPTA de bestreden besluiten ten onrechte heeft gebaseerd op artikel 6.3 lid 2 Tw (oud), omdat de partijen volgens de rechtbank geen overeenstemming hebben bereikt over de aan de orde zijnde tarieven. Omdat er geen overeenkomsten zijn is artikel 6.3 lid 1 TW (oud) daarom van toepassing en dient OPTA dient zelfstandig redelijke tarieven vast te stellen. OPTA had de tarieven niet zonder inhoudelijke beoordeling mogen vaststellen op het door de betrokken mobiele aanbieders gewenste niveau. OPTA heeft, aldus de rechtbank, zelf verklaard dat de aan KPN in rekening gebrachte tarieven te hoog zijn. Hierdoor valt niet in te zien waarom zij zich in de bestreden besluiten niettemin op het standpunt heeft gesteld dat deze zelfde tarieven redelijk zijn en dat deze tarieven tussen partijen zullen gelden. De rechtbank verklaart de beroepen van KPN dan ook gegrond.¹⁷² Ook de beroepen van Versatel en Verizon zijn om deze reden gegrond verklaard.¹⁷³

Hoger beroep. Het CBB stelt vast dat het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud) geen voorschriften bevat over de te hanteren MTA-tarieven jegens KPN. Het CBB kan KPN niet volgen in het standpunt dat de tarieven redelijk dienen te zijn. Partijen zijn vrij om de tarieven overeen te komen die tussen hen zullen gelden. Een inperking hiervan zou een ingrijpende beperking zijn van de contractvrijheid. Een toets op grond van artikel 12.2 Tw zou dit niet anders maken.¹⁷⁴ OPTA had geen regels mogen stellen omdat de in rekening gebrachte MTA-tarieven niet in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud). De bezwaren tegen het primaire besluit inzake de geschillen met KPN worden gegrond verklaard.

Met betrekking tot Verizon en Versatel overweegt het CBB dat van belang is dat interoperabiliteit tot stand komt.¹⁷⁵ Tussen de netwerken van Verizon en Versatel enerzijds en de netwerken van de mobiele aanbieders anderzijds is sprake van (indirecte) interconnectie, maar niet van een overeenkomst. Daarom kunnen de door Verizon en Versatel gewenste rechtstreekse onderhandelingen met de mobiele aanbieders over hun MTA-tarieven niet worden beschouwd als onderhandelingen om te komen tot overeenkomsten op basis waarvan diezelfde interconnectie tot stand komt. Dit omdat uit artikel 6.1 lid 1 Tw (oud) volgt dat de verplichte onderhandelingen dienen om te komen tot (directe) interconnectie. Omdat er echter nog geen sprake is van een overeenkomst is OPTA ook niet bevoegd een inhoudelijke beoordeling te geven op grond van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud). In dit geval vallen partijen tussen de onderhandelingsplicht en de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA in.

171 Kenbaar uit CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.

172 Rb. Rotterdam 10 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6070.

173 Rb. Rotterdam 13 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6087.

174 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.11.4 en 5.11.5.

175 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.12.2

Er wordt, in tegenstelling tot de oude Tw, in de huidige Tw geen onderscheid meer gemaakt tussen directe of indirecte interconnectie.¹⁷⁶

(3) KPN/CM-Telecom

Casus. CM exploiteert een sms-platform en biedt aan onder andere banken, ziekenhuizen en energiebedrijven sms-diensten aan. Het netwerk van CM is gekoppeld met het netwerk van onder meer KPN. Klanten van CM kunnen per sms communiceren met de eindgebruikers op het netwerk van KPN en omgekeerd. CM neemt dan ook sms-diensten af van KPN. Tot 2011 behoorden deze diensten tot de zogenaamde Premium MO sms-diensten. De beëindiging van deze Premium MO sms-dienst was voor CM aanleiding om met KPN in overleg te treden over een door KPN aan CM te betalen vergoeding per sms afkomstig van eindgebruikers op het netwerk van KPN en gericht aan klanten van CM. Partijen kunnen echter niet tot overeenstemming komen.

Besluit. OPTA begrijpt het verzoek van CM zo, dat zij vraagt om op grond van artikel 6.2 lid 1 Tw KPN te verplichten onder door OPTA te bepalen voorwaarden eind- tot eindverbindingen (interoperabiliteit) tussen het netwerk van KPN en het platform van CM tot stand te brengen en te waarborgen.¹⁷⁷ In het besluit van 2012 beslist OPTA dat KPN een vergoeding dient te betalen aan CM van € 0,035 per standaard MO sms-bericht dat CM op haar platform afwikkelt.

Beroep. Het CBB overweegt dat uit artikel 6.2 lid 1 Tw kan worden afgeleid dat de ACM voorwaarden kan stellen in geval partijen door onderhandelingen niet tot een overeenkomst kunnen komen zoals bedoeld in artikel 6.1 Tw. Het doel van artikel 6.1 Tw is het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen. In het onderhavige geval is er al sprake van interconnectie en zijn de bestaande eind- tot eindverbindingen gewaarborgd. Deze onderhandelingen kunnen derhalve niet worden beschouwd als onderhandelingen in de zin van artikel 6.2 jo 6.1 Tw. De aan partijen toekomende contractvrijheid verzet zich tegen een ruime uitleg van artikel 6.2 Tw in die zin dat de ACM niet de bevoegdheid heeft om in gevallen waarin de wettekst niet uitdrukkelijk voorziet interoperabiliteitsvoorwaarden waaronder tarieven aan marktpartijen op te leggen.¹⁷⁸ Wel kan het CBB de ACM volgen in het standpunt dat een beroep op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw van toepassing is op de aanvraag van CM. Niet duidelijk is echter gemaakt wat in dit geval sprake is van strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. In het bijzonder is niet gebleken van een verplichting voor KPN om een (redelijke) vergoeding te betalen aan mobiele aanbieders die van haar netwerk afkomstige sms-berichten afwikkelen op hun sms-platform. Deze verplichting ontbreekt en daarom is de conclusie dat er niet in strijd is gehandeld met een bij of krachtens de Tw op haar rusten-

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 38.

¹⁷⁷ OPTA 5 juni 2012, OPTA/AM/2012/200724.

¹⁷⁸ CBB 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323, r.o. 6.3.

de bepaling.¹⁷⁹ Wat rest is de vraag of artikel 12.2 lid 2 Tw toepassing is. Een beroep hierop slaagt evenmin.¹⁸⁰

Commentaar. Omdat reeds sprake is van feitelijke interconnectie is de ACM niet bevoegd om op grond van artikel 6.2 Tw regels te stellen met betrekking tot de *totstandkoming* van interconnectie. Het CBB verwijst in deze uitspraak ook naar de uitspraak van 27 september 2006 tussen Orange e.d. met een vergelijkbare uitkomst.¹⁸¹ Volgens het CBB dienen geschillen over de vergoeding voor interconnectie op grond van artikel 12.2 Tw te worden beslecht en niet op grond van artikel 6.2 juncto 6.1 Tw. In de zaak Orange e.d. oordeelt overigens het CBB dat artikel 12.2 lid 1 Tw niet van toepassing is, omdat er op KPN geen verplichting rust om een vergoeding te betalen aan aanbieders van een SMS-platform. In de (vervolg) uitspraak van eveneens 14 augustus 2014 tussen KPN en CM-Telecom oordeelt het CBB dat op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw dat er geen sprake is van strijd met de Tw.¹⁸² Het CBB overweegt dat partijen een geschil over uitleg van bepalingen uit de overeenkomst dienen voor te leggen aan de civiele rechter. Deze twee zaken tussen KPN en CM-Telecom illustreren niet alleen dat de bevoegdheidsverdeling tussen de ACM en de civiele rechter niet altijd even duidelijk is, maar ook dat onduidelijk is op welke grondslag partijen hun verschillen van inzicht omtrent interconnectieovereenkomsten kunnen voorleggen aan de ACM.

3.5.2.4 Informatieplichten

Een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst heeft de verplichting om, in het geval van consumentenovereenkomsten, voor of bij het sluiten van de overeenkomst een aantal gegevens te verstrekken (artikel 7.1 lid 1 en 2 Tw). Deze gegevens dienen in de overeenkomst te zijn opgenomen. Het betreft onder meer de naam en het adres van de vestiging van de aanbieder, de te verstrekken diensten en wachttijd, het kwaliteitsniveau, onderhoudsdiensten, tarieven, de duur, verlenging en beëindiging van de overeenkomst, schadevergoeding en restitutie en geschillenbeslechting.

Bij elektronische en op afstand gesloten overeenkomsten kunnen ook de informatieplichten van artikel 3:15d en artikel 6:227a e.v. BW (elektronische handel) en 6:230m e.v. (koop op afstand) van toepassing zijn. Momenteel zijn er nog geen uitspraken van de ACM bekend over deze bepalingen.

179 CBB 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323, r.o. 8.3.

180 CBB 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324. Zie voor nadere bespreking par. 3.5.4.2.

181 CBB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, besproken in par. 3.5.2.3, nr. 2

182 CBB 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, AB 2014/424, m.nt. W. Sauter. Zie voor bespreking par. 3.5.4.2, nr. 4.

3.5.2.5 Conclusie

De verplichting om te onderhandelen kan worden beschouwd als een beperking van de contractvrijheid. Een dergelijke vergaande verplichting kent het privaatrecht niet. Immers, contractvrijheid houdt ook de keuzemogelijkheid in om in het geheel niet te contracteren en de vrijheid om zelf de contractspartij te kiezen. Er bestaan in het contractenrecht wel (gerechtvaardigde) verplichtingen tot het sluiten van contracten, maar er is geen verplichting om onderhandelingen te starten.¹⁸³

Wanneer een partij haar onderhandelingsplicht niet nakomt, kan de andere partij de bestuursrechtelijke weg volgen en de ACM vragen om regels te stellen (artikel 6.1 lid 3 Tw voor interconnectie en artikel 12.2 Tw voor het delen van antenne-opstelpunten). Het gaat daarbij met name om procedurele voorschriften voor de te voeren onderhandelingen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Yarosa/T-Mobile zaak. De ACM kan echter pas deze regels voorschrijven als partijen voldoende hebben onderhandeld. Partijen dienen aan te tonen dat zij voldoende hebben onderhandeld.

Partijen dienen voorts te onderhandelen volgens de normen van de redelijkheid en billijkheid (artikel 3:12 BW).¹⁸⁴ Dit volgt uit het algemene verbintenisrecht, maar ligt ook ten grondslag aan de onderhandelingsplicht met betrekking tot interconnectie.¹⁸⁵

Maar wat te doen als er sprake is van een weigering tot onderhandelen door één van de partijen? De Memorie van Toelichting vermeldt dat in dat geval naast de bestuursrechtelijke weg ook de privaatrechtelijke weg openstaat.¹⁸⁶ Het privaatrechtelijke jurisprudentiekader van afgebroken onderhandelingen is volgens de Memorie van Toelichting hierop van toepassing. Dit is een opmerkelijke constatering, aangezien deze weigering, tot onderhandelingen tot medegebruik van antenne-opstelpunten en tot het bewerkstelligen van interconnectie, kan leiden tot de situatie dat een partij die geconfronteerd wordt met een weigering kennelijk (eerst) een procedurele gang naar de civiele rechter dient te maken. Partijen zijn immers pas ontvankelijk bij de ACM als voldoende is onderhandeld. Daarnaast gaat de civiele rechter bij het leerstuk van de precontractuele fase uit van een heel ander vertrekpunt: er is immers in het privaatrecht normaliter geen sprake van een onderhandelingsplicht. Binnen het privaatrecht zal het leerstuk van de precontractuele fase, in relatie tot de onderhandelingsplicht, in zo'n geval wel in het licht van de Tw geïnterpreteerd moeten worden. Doet de civiele rechter dat niet dan kan ik mij

183 S.J.H. Gijrath, *Interconnection Regulation and Contract Law* (diss. Tilburg), Amstelveen: deLex B.V. 2006, p. 269.

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

185 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2008:696, Jur. 2009, p. 10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finland Oyj/Imez Ab*).

186 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 106.

voorstellen dat de civiele rechter geneigd zal zijn zich onbevoegd te verklaren of de vordering zal afwijzen en partijen naar de bestuursrechtelijke weg zal verwijzen.¹⁸⁷ In het bestuursrechtelijke traject bestaat echter het risico dat geoordeeld zal worden dat partijen niet voldoende hebben onderhandeld, op grond waarvan de ACM zich onbevoegd zal verklaren.¹⁸⁸

Gijrath betoogt dat een partij in geval van weigering tot onderhandelen bij de civiele rechter een veroordeling tot verder onderhandelen kan afdwingen, en/of regels kan laten opstellen voor interconnectie dan wel schadevergoeding.¹⁸⁹ Gijrath merkt verder op dat gezien de onderhandelingsplicht in de Tw het eenvoudig moet zijn om een rechter te overtuigen van de plicht tot verder onderhandelen.¹⁹⁰ Een rechter zou bij zijn beoordeling dan dienen mee te nemen, ongeacht in welke fase de onderhandelingen zich ook bevinden, hoe groot het verschil in onderhandelingsmacht is en of sprake is van een bijzondere positie van een marktpartij, of van andere specifieke belangen en op welke wijze de onderhandelingen hebben plaatsgevonden.¹⁹¹ De vraag is of en hoe deze aspecten in de privaatrechtelijke jurisprudentie geïncorporeerd kunnen worden, aangezien het algemene verbintenissenrecht anders dan de Tw geen onderhandelingsplicht kent. Op de telecommunicatiemarkt geldt voor partijen geen vrije keuze om onderhandelingen te starten. Als een partij in 'fase 3' van Plas/Valburg de onderhandelingen wil afbreken, gaat de rechtvaardiging voor deze contractdwang, te weten dat hij vrijwillig in fase 3 terecht is gekomen, niet op.¹⁹² De civiele rechter zal mijns inziens met deze afwijking van het algemene verbintenissenrecht rekening dienen te houden. De onderhandelingsplicht in de Tw is immers ingegeven door de bedoeling dat de toezichthouder partijen stimuleert tot het sluiten van een overeenkomst.¹⁹³ Als de doctrine van de precontractuele fase één op één door de civiele rechter zou worden toegepast, bieden de arresten Plas/Valburg en CBB/JPO geen oplossing voor het geval één marktpartij de onderhandelingen

187 Of de civiele rechter zich niet bevoegd acht, dan wel partijen niet-ontvankelijk zal verklaren hangt af van de visie van de civiele rechter op de onderhavige problematiek. Zal de civiele rechter overwegen dat de ACM bevoegd is op grond van art. 6.1 lid 3 Tw (interconnectie) of art. 12.2 Tw (antenne-opstelpunten) dan zal de civiele rechter zich niet bevoegd achten. De ACM dient dan immers te oordelen over het geschil tussen partijen. Acht de civiele rechter zich wel bevoegd, maar overweegt de civiele rechter dat er, gezien het leerstuk van de precontractuele fase, geen plicht tot onderhandelen bestaat, dan zal de civiele rechter de vordering van (één van de de) partijen afwijzen. In dit laatste geval past de civiele rechter art. 6.1 lid 3 of art. 12.2 Tw dan ook niet toe.

188 In de zaken Dutchtone/KPN (par. 3.5.2.2, nr. 1) en Broadcast Newco Two/Nozema (par. 3.5.2.2, nr. 2) overweegt de ACM dat zij niet bevoegd is regels te stellen in de zin van art. 12.2 lid 1 Tw.

189 S.J.H. Gijrath, 'De onderhandelingsplicht in het telecommunicatierecht en onderhandelingen volgens het algemene verbintenissenrecht', *Contracteren* 2007/1, p. 12.

190 Gijrath 2007, p.13.

191 Gijrath 2007, p.13.

192 Gijrath 2007, p. 11.

193 Gijrath 2006, p. 270.

onnodig rekt.¹⁹⁴ Op grond van de Tw hebben marktpartijen immers, ongeacht in welk stadium van de onderhandelingen zij zich bevinden, een plicht tot onderhandelen. Of slechts een verzoek is gedaan om in onderhandelingen te treden dan wel partijen in een vergevorderd stadium van de onderhandelingen zijn, doet in het licht van de Tw niet ter zake. Ook de overweging uit het arrest CBB/JPO dat onvoorziene omstandigheden van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of het afbreken van onderhandelingen is toegestaan, zal in het licht van de Tw (dus afwijkend van het privaatrecht) uitgelegd dienen te worden.¹⁹⁵ Het als gevolg van onvoorziene omstandigheden terugkeren uit een fase waarin afbreken van de onderhandelingen niet meer vrij stond naar een fase waarin afbreken wel weer vrijstaat, zal beoordeeld moeten worden vanuit het uitgangspunt van de Tw dat een partij op grond van de Tw een onderhandelingsplicht heeft. Wanneer marktpartijen bijvoorbeeld afspraken hebben gemaakt over de randvoorwaarden waaraan de prijs voor medegebruik dient te voldoen, maar nog geen definitieve overeenstemming hebben kunnen bereiken over de prijs en één van de randvoorwaarden wijzigt, bijvoorbeeld als gevolg van technologische ontwikkelingen, dan zou in het licht van CBB/JPO en MBO/Ruiterij,¹⁹⁶ een beroep kunnen worden gedaan op onvoorziene omstandigheden waardoor de onderhandelingen kunnen worden afgebroken zonder schadevergoedingsplicht of dooronderhandelingsplicht. Op grond van de Tw zullen partijen echter toch naar nieuwe oplossingen moeten zoeken en verplicht zijn door te onderhandelen.

In het privaatrecht heeft een partij het recht om niet aan de onderhandelingsstafel terug te keren, op grond van de Tw is een partij verplicht door te onderhandelen. Mijns inziens leidt de gelijkstelling van de onderhandelingsplicht uit de civielrechtelijke jurisprudentie met de onderhandelingsplicht uit de Tw tot onverenigbare uitkomsten. Ik ben van daarom mening dat, als een (door)verwijzing naar de civiele rechter daadwerkelijk de bedoeling is, nieuwe jurisprudentie ontwikkeld dient te worden die recht doet aan de onderhandelingsplicht uit de Tw. De civiele rechter zal de onderhandelingsplicht uit de Tw tot uitgangspunt dienen te nemen. Het staat partijen daardoor niet vrij om onderhandelingen te weigeren. In een sfeer van goede trouw zal naar overeenstemming gezocht moeten worden. Een weigering tot onderhandelen is alleen bij onredelijke (in de zin van de Tw) voorstellen geoorloofd. Wanneer een partij toch weigert om te onderhandelen, is het aan de (civiele) rechter (procedurele) regels op te stellen om te onderhandelen.

Overigens acht ik de verwijzing, zoals gesuggereerd in de Memorie van Toelichting, naar de civiele rechter onwenselijk. Zoals hiervoor reeds aangegeven, kan een partij kan dan tussen wal en schip raken als er privaatrechtelijk geen mogelijkheden aanwezig worden geacht en de partij bij de ACM pas

194 Gijrath 2007, p. 11.

195 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467, r.o. 3.6

196 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, NJ 1997/481 (MBO/De Ruiterij).

ontvankelijk is als er voldoende is onderhandeld. Dit kan niet de bedoeling zijn van de wetgever. Ook dien te worden vermeden dat een partij na een afwijzing bij de ACM, een procedure dient te starten bij de civiele rechter om (verdere) onderhandelingen af te dwingen. Wanneer deze onderhandelingen dan mislukken, zal nu een nieuw verzoek bij de ACM moeten worden ingediend om regels voor interconnectie op te stellen op grond van artikel 6.1 Tw. Deze gang van zaken is tijdrovend, kostbaar en omslachtig voor marktpartijen.

3.5.3 Totstandkoming van overeenkomsten

3.5.3.1 Inleiding

Zoals hierboven is beschreven, is in het kader van artikel 12.2 Tw van belang dat de ACM vaststelt of er overeenstemming is ten aanzien van bijvoorbeeld toegang en interconnectie. Als er overeenstemming is, dan is de ACM bevoegd op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw. Op grond van het oude artikel 6.3 lid 2 Tw diende de ACM terughoudend te toetsen en slechts te beoordelen of strijdigheid bestond met de Tw. Als er geen overeenstemming is, dan is de ACM bevoegd op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Op grond van het oude artikel 6.3 lid 1 Tw was de ACM bevoegd om dan zelf regels te stellen en die op te leggen aan partijen. De bevoegdheid om zelf regels te stellen zou veel verder ingrijpen in de contractvrijheid dan het terughoudend toetsen van een overeenkomst op strijdigheid met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. In paragraaf 3.4.3 is al aangegeven dat er discussie bestaat over de vraag of de jurisprudentie omtrent het onderscheid tussen de leden 1 en 2 van het oude artikel 6.3 Tw ook nog van toepassing is op het huidige artikel 12.2 Tw. Daar is geconcludeerd dat deze jurisprudentie en daarmee het voornoemde onderscheid nog steeds van belang zijn.

In het privaatrecht komt een overeenkomst tot stand als er een aanbod is gedaan dat vervolgens is aanvaard door de andere partij (artikel 6:217 jo 3:33 jo 3:35 BW). De contractvrijheid staat hierbij voorop. Een partij is vrij een aanbod te accepteren, een tegenbod te doen dan wel het aanbod te verwerpen. Deze contractvrijheid kan onder meer worden ingeperkt door wettelijke voorschriften, goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 BW). Artikel 3:37 lid 1 BW bepaalt dat het sluiten van een overeenkomst in beginsel vormvrij is. In deze subparagraaf zal worden bekeken hoe de ACM het begrip overeenkomst interpreteert en hoe deze interpretatie zich verhoudt tot het privaatrecht.

3.5.3.2 Contractvrijheid

(1) Verizon e.a./KPN

Casus. In de zaak tussen KPN en aanbieder van CPS (carrier(pre)selectie-aanbieders) gaat het om klachten over slamming. Slamming is: het zonder instemming

van de eindgebruiker overzetten van een eindgebruiker van de ene naar de andere telecomaandbieder. KPN en aanbieders van CPS hebben hierover afspraken gemaakt. KPN ontvangt echter klachten van eindgebruikers. KPN besluit om alleen nog medewerking te verlenen aan het overstappen na een schriftelijke wilsuiking van een eindgebruiker. Het gaat om de vraag of KPN om een dergelijke schriftelijke wilsuiking mag vragen nu er reeds afspraken zijn gemaakt met de aanbieders van CPS.

Besluit en bezwaar. OPTA oordeelt dat het een geschil betreft op basis van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud). Het gaat immers om gemaakte afspraken.¹⁹⁷ OPTA overweegt dat partijen reeds hebben onderhandeld over maatregelen tegen slamming. Uitgangspunt hierbij is steeds geweest dat aanbieders vrij zijn in de keuze voor vastlegging van een wilsuiking.¹⁹⁸ Hierbij is een aantal afspraken gemaakt. Deze afspraken zijn niet in strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Het voorstel van KPN om een schriftelijke wilsuiking van de eindgebruiker te verlangen, is dan ook onredelijk. Wel legt OPTA enkele maatregelen op aan partijen hoe in onderling overleg slamming beter kan worden voorkomen. Bij besluit op bezwaar zijn de gronden ongegrond verklaard.

Beroep. In beroep worden de bezwaren van KPN gegrond verklaard.¹⁹⁹ De rechtbank is van oordeel dat met het vragen van een schriftelijke wilsverklaring wordt gewaarborgd dat slamming wordt voorkomen.

Hoger beroep. Het CBB stelt ter onderbouwing van het onderscheid tussen lid 1 en 2 van artikel 12.2 Tw dat de wetgever de contractvrijheid van marktpartijen voorop heeft gesteld, ook als het overeenkomsten over gereguleerde diensten betreft.²⁰⁰ Door partijen gemaakte afspraken mogen door OPTA niet licht terzijde geschoven worden als één van de partijen deze niet langer wil nakomen. In het bijzonder staat ingevolge artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) niet ter beoordeling van OPTA of door marktpartijen gemaakte afspraken al dan niet redelijk zijn, maar alleen of deze afspraken in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud). OPTA heeft, aldus het CBB, terecht geoordeeld dat het een geschil betreft op basis van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud). Het gaat immers om gemaakte afspraken. Beoordeeld dient dan alleen te worden of de gemaakte afspraken in strijd zijn met de Tw. Pas als dat het geval is kan OPTA regels stellen. Er zijn geen regels (noch artikel 25 Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (Boht oud) noch artikel 7.1 Tw) op grond waarvan KPN in kennis gesteld dient te worden omtrent de overstap van eindgebruikers. OPTA heeft dan ook, aldus het CBB, terecht geoordeeld dat het kunnen tonen van een schriftelijke wilsuiking van eindgebruikers niet als voorwaarde mag worden gesteld om medewerking te verlenen aan een overstap.

197 OPTA 20 februari 2004, OPTA/IBT/2004/200690. Besluit op bezwaar, OPTA 28 oktober 2004, OPTA/JUZ/2004/202142.

198 OPTA 20 februari 2004, OPTA/IBT/2004/200690, r.o. 47.

199 Rb. Rotterdam 28 oktober 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AV9491.

200 CBB 15 maart 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA0744, *Mediaforum* 2007/5, m.nt. A.Th. Meijer, p.166-170, r.o. 3.3.1.

Commentaar. Bij deze uitspraak valt op dat de contractvrijheid voorop gesteld wordt. Dit gebeurt echter vrij formeel waardoor voorbij wordt gegaan aan het uiteindelijke oogmerk van de Tw, marktregulering en bescherming van eindgebruikers. In het privaatrecht kunnen partijen zich eventueel nog beroepen op de tussentijdse wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) of kunnen leemten in het contract worden ingevuld met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Het bestuursrecht toont zich (in dit geval) formalistischer dan het privaatrecht.

Dat het CBB de contractvrijheid vooropstelt wordt ook bevestigd in een andere zaak tussen KPN en verschillende aanbieders van mobiele diensten:²⁰¹

‘een verplichting inzake te hanteren tarieven vormt een ingrijpende beperking van de contractvrijheid waarvoor een duidelijke wettelijke grondslag aangewezen moet kunnen worden.’²⁰²

Aangezien de bij KPN Telecom in rekening gebrachte MTA-tarieven niet in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud), had OPTA geen regels mogen stellen over deze tarieven en had zij de verzoeken van KPN Telecom moeten afwijzen.

In zijn noot onder de zaak Verizon e.a./KPN merkt Meijer op dat vanuit bestuursrechtelijk oogpunt de ACM zich dient af te vragen of de aanvullende voorwaarden zozeer bezwarend zijn voor marktpartijen, dat het stellen van die voorwaarden feitelijk gelijk staat aan het weigeren van toegang. Hiervan zal niet zo snel sprake zijn. Het betreft in dat geval meer een reguleringstoets: in hoeverre belemmeren voorwaarden de toegang tot de markt.

(3) KPN/Versatel (Tele2)

Casus. Er is een interconnectieovereenkomst gesloten tussen Versatel (Tele2) en KPN. Op grond van de interconnectieovereenkomst wikkelt Versatel (Tele2) het door KPN aangeboden verkeer af op haar vaste openbare telefoonnetwerk. Versatel (Tele2) wil de tarieven verhogen en de vraag is of dat mag. Bij besluit van 21 december 2005 is Versatel (Tele2) aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op haar eigen vaste netwerk. Hierbij zijn aan Versatel (Tele2) onder meer tariefverplichtingen opgelegd.

KPN verzoekt OPTA om een besluit te nemen over de vraag of Versatel al dan niet in strijd handelt met hetgeen bepaald is bij of krachtens de Tw door aan KPN nationale afgiftetarieven in rekening te brengen, alsmede over de vraag of de vier punten (switches) waarop KPN verkeer aflevert, behoren tot het Versatel-netwerk waarvoor tariefverplichtingen gelden.

Besluit. OPTA is van oordeel dat er geen geschil is in de zin van artikel 12.2 lid 1 of 2 Tw.²⁰³ OPTA overweegt dat zij niet bevoegd is omdat de betreffende

201 CBB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.

202 CBB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.11.4.

203 OPTA 25 mei 2007, OPTA/TN/2007/201107.

tariefbepaling in de overeenkomst niet in strijd is met hetgeen bij of krachtens de Tw is bepaald. OPTA verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de uitspraak van het CBB van 27 september 2006.²⁰⁴ In deze uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is om regels te stellen wanneer er niet (voldoende) is onderhandeld en evenmin kan OPTA op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw een besluit nemen aangezien er geen sprake is van een overeenkomst.

Beroep. Het CBB onderschrijft dat OPTA slechts bevoegd is regels te stellen als er sprake is van een artikel 12.2 lid 1 Tw situatie.²⁰⁵ Het CBB acht de onderbouwing van OPTA, dat er geen geschil is inzake artikel 12.2 lid 1 Tw, echter niet juist. Volgens het CBB verleent artikel 12.2 lid 1 Tw OPTA de bevoegdheid om geschillen inzake de nakoming van verplichtingen uit de Tw te beslechten. Het tweede lid breidt die bevoegdheid uit tot beslechting van geschillen inzake de vraag of de ingevolge een overeenkomst tussen marktpartijen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop zij worden nagekomen, strijdig zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde. Het CBB begrijpt dit als volgt: wanneer partijen ertoe overgaan om een overeenkomst te sluiten op basis van verplichtingen die voortvloeien uit de Tw, hebben zij de mogelijkheid om OPTA te vragen hun verschillen van inzicht daarover te beslechten, prijsgegeven. Daarop is echter een uitzondering, namelijk de situatie waarin geoordeeld moet worden dat de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen of de wijze waarop deze worden nagekomen, 'in strijd zijn met hetgeen bij of krachtens de Tw is bepaald'.²⁰⁶ OPTA wordt, aldus het CBB, opgeroepen een uitspraak te doen over de vraag of een overeenkomst al niet in strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.²⁰⁷ Partijen kunnen zelf de inhoud van het contract bepalen. OPTA is alleen bevoegd te oordelen als de inhoud van de overeenkomst niet in overeenstemming is met de Tw.

3.5.3.3 Geen overeenstemming

In de praktijk doen partijen veelal reeds zaken met elkaar en procederen zij vervolgens over de prijs, waarover nog geen overeenstemming was bereikt,²⁰⁸ of waarover wederom overeenstemming moet worden bereikt. De vraag is dan of sprake is van een zogenaamd eerste of tweede lid-geschil van artikel 12.2 Tw. Met andere woorden de vraag is dan of er al dan niet moet worden uitgegaan van een overeenkomst tussen partijen.

204 CBB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879. Zie par. 3.5.2.3, nr. 2 voor de bespreking van deze uitspraak.

205 CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112.

206 CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, r.o. 6.4.1.

207 CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, r.o. 6.4.2.

208 Kroes & Braeken 2009, p. 148.

(1) KPN/Versatel

Casus. In deze zaak – er zijn meer, vergelijkbare, zaken²⁰⁹ – is in het verleden al meerdere malen overeenstemming bereikt over de prijs, maar elk jaar wordt opnieuw onderhandeld over een nieuwe prijs. Naar het oordeel van KPN is geen overeenstemming bereikt over de FTA-tarieven die Versatel in rekening brengt vanaf 1 juni 2002. Versatel is van mening dat een gebrek aan wilsovereenstemming niet impliceert dat de door haar gevraagde FTA-tarieven niet zouden gelden.

Besluit. OPTA oordeelt dat er geen reden is de FTA-tarieven die Versatel van 1 juni 2002 tot 24 september 2003 bij KPN in rekening heeft gebracht onredelijk te achten.²¹⁰ Het beoordelen van de tarieven van Versatel, in rekening gebracht aan KPN vanaf 24 september 2003, acht OPTA wel onredelijk. Versatel wordt opgedragen om een tariefvoorstel te doen aan KPN dat in overeenstemming is met de beleidsregels. OPTA acht zich dan ook bevoegd op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw om een oordeel te vellen over de redelijkheid van de tarieven.

Beroep. Het CBB oordeelt, na voorstellen tot (eenzijdige) verhoging van de prijzen, dat er geen overeenstemming bestaat over de prijs omtrent de interconnectie.²¹¹ Het CBB overweegt dat door partijen niet is weersproken dat jaarlijks opnieuw overeenstemming bereikt dient te worden tussen partijen over de te hanteren FTA-tarieven en

‘omdat geen sprake is van een overeenkomst tussen Casema en KPN over de hoogte van de FTA-tarieven van Casema in de hier aan de orde zijnde periode, het tweede lid van artikel 12.2 Tw niet van toepassing is en het verzoek van KPN met ingang van 19 mei 2004 moet worden beschouwd als een aanvraag in de zin van artikel 12.2, eerste lid, Tw om het bestaande geschil te beslechten.’²¹²

Noch de tarieven van Versatel, noch die van KPN gelden. Zolang er geen overeenstemming is of zolang OPTA geen FTA-tarieven heeft vastgesteld, gelden er geen tarieven. OPTA mag, volgens het CBB, dan ook de tarieven vaststellen in plaats van zich te beperken tot de vraag of strijd is met de Tw.

(2) Tele2 (Versatel)/KPN

Casus. Tele2 (Versatel) en KPN staan wederom tegenover elkaar omtrent FTA-tarieven in de volgende zaak. Tele2 is van mening dat zij de tarieven rechtsgeldig heeft verhoogd op grond van een ongetekende interconnectieovereenkomst

209 Zie ook CbB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326 (Casema/KPN).

210 OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636.

211 CbB 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50 en CbB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326.

212 CbB 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, r.o. 6.1.2. CbB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326, zie r.o. 6.2.

uit 1998, zoals ook zou blijken uit een brief van KPN uit 2001. Tele2 (Versatel) heeft bij brief van 12 juni 2007 aan KPN meegedeeld dat zij haar FTA-tarieven voor verkeer per 1 juli 2007 zal verhogen. KPN heeft te kennen gegeven dat zij hier niet mee instemt.

Besluit. Bij besluit heeft OPTA geoordeeld dat KPN en Tele2 (Versatel) geen overeenstemming hebben bereikt over de verhoging van de FTA-tarieven van Tele2 (Versatel) en besloten dat de FTA-tarieven van Tele2 (Versatel) jegens KPN met ingang van 1 juli 2007 niet hoger mogen zijn dan het niveau van de Beleidsregel conform verdraagde reciprociteit van 13 februari 2007 van OPTA.²¹³

Beroep. In beroep stelt Tele2 (Versatel) zich op het standpunt dat OPTA op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw had moeten oordelen of het nieuwe tarief in strijd is met de Tw. KPN stelt echter dat Tele2, net als in de zaak uit 2005,²¹⁴ niet heeft betwist dat er geen overeenstemming is. Partijen dienen elk jaar opnieuw over de tarieven te onderhandelen en zij hebben onenigheid over de tarieven vanaf 1 juli 2007. Het CBB volgt dit standpunt en oordeelt dat er niet langer gesproken kan worden van wilsovereenstemming.²¹⁵ Er is sprake van een geschil op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Het geschil kan niet worden beoordeeld op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw omdat dat ziet op geschillen waarin wilsovereenstemming bestaat, maar partijen verschillen over de vraag of het resultaat van die wilsovereenstemming al dan niet in strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.²¹⁶

Commentaar. Uit deze zaak volgt dat het feit dat partijen al zaken met elkaar doen, maar nog geen overeenstemming hebben bereikt met betrekking tot de vergoeding voor de interconnectie, ook kan leiden tot de situatie dat noch artikel 6.1 (6.1 lid 6 Tw), noch artikel 12.2 lid 1 noch lid 2 Tw van toepassing zijn zodat de ACM niet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil. Een vergelijkbaar geval is de reeds in paragraaf 3.5.2.3, nr. 2 besproken, uitspraak Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile & Vodafone/KPN. Er is geen overeenkomst en evenmin een bevoegdheid voor de ACM om regels te stellen aangezien er reeds sprake is van feitelijke interconnectie. Dit houdt in dat noch op grond van artikel 12.2 lid 1 noch op grond van lid 2 Tw een geschil door de ACM beslecht kan worden. Partijen zouden zich tot de civiele rechter kunnen wenden, maar ik sluit niet uit dat de civiele rechter zich eveneens onbevoegd zal verklaren omdat het stellen van regels met betrekking tot interconnectie tot de bevoegdheid van de ACM behoort. De ACM zal daarom mijns inziens haar bevoegdheid breder dienen op te vatten (zie hierover nader paragraaf 3.5.3.4).

213 OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636 (KPN/Versatel).

214 CBB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326.

215 CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, AB 2009/138, m.nt. van G.J.M. Cartigny, r.o. 6.1.1.

216 CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, AB 2009/138, m.nt. van G.J.M. Cartigny.

(3) Orange/KPN, Verizon & Versatel

Casus. Het betreft in deze zaak een geschil tussen Verizon en Versatel enerzijds en een aantal mobiele aanbieders, waaronder Orange, anderzijds omtrent indirecte interconnectie en de daarbij behorende MTA-tarieven.²¹⁷ Er is reeds sprake van interconnectie en daar wordt ook voor betaald.

Besluit en bezwaar. OPTA heeft de tarieven die door Orange in rekening werden gebracht onredelijk hoog bevonden en lagere tarieven vastgesteld. In bezwaar zijn de beroepen gegrond verklaard en zijn lagere tarieven vastgesteld.²¹⁸

Beroep. De rechtbank overweegt dat OPTA ten onrechte haar besluit heeft gebaseerd op artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) aangezien partijen geen overeenstemming hebben bereikt over de aan de orde zijnde tarieven. In deze situatie is artikel 6.3 lid 1 Tw (oud) van toepassing en dient OPTA zelfstandig redelijke tarieven vast te stellen. De tarieven van 1 januari 2002 tot 1 januari 2004 hadden niet zonder inhoudelijke beoordeling mogen worden vastgesteld.²¹⁹

Hoger beroep. Het CBB overweegt dat de onderhandelingsplicht in dit geval niet aan de orde is evenmin als artikel 6.3 lid 1 Tw (oud) (artikel 12.2 lid 1 Tw). Orange voert aan dat zij overeenkomsten met Verizon en Versatel heeft gesloten, waarin afspraken zijn gemaakt over de MTA-tarieven. Verizon en Versatel stellen echter (onweersproken) dat in deze overeenkomst uitdrukkelijk is bepaald, dat, indien OPTA bij geschilbesluit andere dan de door partijen afgesproken tarieven vaststelt, de door OPTA vastgestelde tarieven zullen gelden. Het CBB gaat ervan uit dat de overeenkomst tussen partijen een voorlopige regeling inhoudt die niet afdoet aan het (voort)bestaan van de geschillen tussen genoemde partijen.²²⁰ Het CBB overweegt dat de door Verizon en Versatel met Orange getroffen regeling, zoals Verizon en Versatel zelf ook hebben benadrukt, niet kan worden aangemerkt als overeenkomst waarbij (definitief) overeenstemming is bereikt over de MTA-tarieven van Orange. Artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) (artikel 12.2 lid 2 Tw) is derhalve evenmin van toepassing aangezien daarvoor een overeenkomst vereist is. De rechtbank had in beroep nog geoordeeld dat er wel een overeenkomst is en dat OPTA bevoegd is om over het onderhavige MTA-geschil te oordelen.²²¹

Commentaar. Net als in de zaak Tele2 (Versatel)/KPN is het onduidelijk waar partijen wel terecht zouden kunnen met hun geschil omtrent de tarieven.

²¹⁷ CbB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.

²¹⁸ Kenbaar uit CbB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.

²¹⁹ Rb. Rotterdam 10 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6070.

²²⁰ CbB 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.3 en 5.12.2.

²²¹ Rb. Rotterdam 13 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6087.

(4) KPN/BT & Verizon

Casus. OPTA heeft bij besluit in 2000 KPN aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (AMM) op de markt voor huurlijnen. Op 26 september 2002 en 23 september 2003 hebben Verizon respectievelijk BT een interconnectieovereenkomst gesloten met KPN. Verizon en BT hebben aangegeven zich niet te kunnen verenigen met de door KPN gehanteerde tarieven. Op 11 juli 2003 en 20 november 2003 hebben Verizon respectievelijk BT op grond van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) OPTA verzocht regels te stellen over het door KPN ter beschikking stellen van interconnectie.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 15 december 2003 inzake Verizon en 26 februari 2004 inzake BT heeft OPTA gewijzigde tarieven vastgesteld. De aangevoerde verweren van KPN zijn in bezwaar ongegrond verklaard (respectievelijk 24 januari en medio juni 2005).²²²

Beroep. De rechtbank verklaart het beroep van KPN gegrond. De gedingen zijn er niet op gericht een oordeel van de rechtbank te verkrijgen over de vraag of de in rekening gebrachte tarieven correct zijn vastgesteld, maar de geschillen beperken zich tot de vraag of OPTA terecht heeft besloten dat KPN jegens Verizon en BT reeds vanaf 1 oktober 2002 de gewijzigd vastgestelde kostengeoriënteerde tarieven dient te hanteren.²²³ KPN wordt niet gevolgd in haar standpunt dat OPTA zich enkel mag uitspreken over tarieven in de toekomst. Nu Verizon en BT van meet af aan hebben aangegeven dat zij niet instemden met de berekende tarieven waaronder KPN interconnectie aanbood, mag OPTA zich omtrent de tarieven uitlaten. Omdat OPTA echter tariefverplichtingen heeft opgelegd aan KPN, kan OPTA alleen tarieven vaststellen per 1 oktober 2002 die KPN niet in een nadeligere positie brengen dan het tariefbesluit.

Hoger beroep. In de uitspraak van het CBB d.d. 18 juli 2008 tussen KPN enerzijds en Verizon en BT anderzijds blijkt het CBB in een dergelijk geval *mede* te kiezen voor artikel 12.2 lid 2 Tw. Deze uitspraak betreft een geschil over het ontbreken van overeenstemming over de voorwaarden waaronder de interconnectie geleverd kan worden (lees: tarieven).²²⁴ Over die voorwaarden bestaat tussen partijen geen overeenstemming. Verizon en BT hebben uitdrukkelijk tegen de door KPN gepresenteerde voorwaarden geprotesteerd. Het CBB acht het in een dergelijk geval toelaatbaar dat interconnectie wel tot stand wordt gebracht voordat overeenstemming wordt bereikt over de voorwaarden. Met een geschil-procedure kan overeenstemming alsnog achteraf worden bereikt (derhalve via lid 1).²²⁵

222 Kenbaar uit CBB 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295.

223 Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.

224 CBB 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295.

225 CBB 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295, r.o. 7.1.

Commentaar. Opmerkelijk is dat het CBB er vanuit gaat dat het geschil *mede* onder artikel 12.2 lid 2 Tw valt.²²⁶ Dit, terwijl er geen sprake is van overeenstemming. Kroes en Braeken achten het moeilijk met elkaar te verenigen dat een geschil zowel onder het eerste als het tweede lid valt.²²⁷ Ik acht het eveneens moeilijk voor te stellen dat men kan zeggen dat er zowel sprake is van overeenstemming als van ontbreken van overeenstemming. Dit geldt temeer nu de criteria van lid 1 en lid 2 van artikel 12.2 Tw verschillen. Wel zouden bepalingen waarover overeenstemming is bereikt kunnen vallen onder lid 2 en bepalingen waarover geen overeenstemming is bereikt onder lid 1.

Uit de bovenstaande uitspraken volgt dat voor partijen die al zaken met elkaar doen, terwijl zij nog geen overeenstemming hebben bereikt of weer overeenstemming moeten bereiken over tarieven, artikel 12.2 lid 1 Tw, mits tijdig protest is aangetekend, de aangewezen weg is om een geschil aan de ACM voor te leggen.²²⁸ Dit geldt eveneens als over de overige voorwaarden wel overeenstemming bestaat. Niet geheel duidelijk is echter wat in de uitspraak van KPN/BT & Verizon wordt bedoeld met een geschil dat *mede* onder lid 2 valt.

Wat opvalt is dat de ACM niet de wijze van totstandkoming van de oude overeenkomst onderzoekt en evenmin acht slaat op wat de overige omstandigheden en gedragingen van partijen zijn. Dit is ook het geval in de hierna te bespreken zaak KPN & Telfort/ Vodafone.

(5) KPN & Telfort/Vodafone

Casus. Vodafone heeft bij OPTA een verzoek tot prijsvaststelling ingediend nu het niet mogelijk is gebleken om met KPN overeenstemming te bereiken over MTA-tarieven. Het betreft het ontbreken van overeenstemming in een periode die ligt tussen twee periodes (Convenant I en Convenant II) waarover wel overeenstemming is bereikt.²²⁹ Ook in dit geschil, aanhangig gemaakt op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw, tussen KPN en Telfort enerzijds en Vodafone anderzijds verschillen partijen van mening over de MTA-tarieven.²³⁰

Besluit. OPTA oordeelt dat Vodafone en KPN/Telfort geen overeenstemming hebben bereikt over het MTA-tarief gedurende de periode van 1 december 2006 tot 15 augustus 2007. Het tarief wordt vastgesteld op €0,110 per minuut. OPTA heeft dit besluit genomen op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. OPTA heeft overwogen dat uit de onderhandelingen die tot Convenant II hebben geleid geen overeenstemming kan worden afgeleid over de hoogte en de ingangsdatum van het MTA-tarief van Telfort in de geschilperiode.

226 Cbb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295, r.o. 7.2.1. Zie ook Kroes & Braeken 2009, p. 148.

227 Kroes & Braeken 2009, p. 148.

228 Zie ook Kroes & Braeken 2009, p. 148.

229 OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0255.21, zie r.o. 107.

230 OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0255.21.

Beroep. Het CBB overweegt dat een directe contractuele relatie tussen Vodafone en Telfort niet tot stand lijkt te zijn gekomen.²³¹ Niets wijst erop dat de aanbieders uitlatingen hebben gedaan over het feit dat er in de gewraakte periode overeenstemming bestond. De ACM was daarom op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw bevoegd tot beslechting van het geschil.²³²

Civiele rechter. KPN en Telfort hebben de vraag, of er een overeenkomst is, ook voorgelegd aan de civiele rechter.²³³ De civiele rechter stelt zichzelf de vraag of dit antwoord al niet wordt gegeven door het CBB. De civiele rechter overweegt dat het er om gaat of het CBB bij de beoordeling van het door KPN ingestelde beroep een oordeel zal geven over de vraag of tussen Vodafone en KPN een overeenkomst tot stand is gekomen voor de desbetreffende periode. Een andersluidend uitgangspunt van het CBB zou tot doorkruising leiden van een uitspraak van de civiele rechter en dat moet voorkomen worden. De rechtbank acht het ondenkbaar dat het CBB geen inhoudelijk oordeel zal geven over de vraag of er een overeenkomst was of niet. KPN en Telfort zijn dan ook niet-ontvankelijk.

Toch geeft de rechtbank ten overvloede haar visie. De rechtbank oordeelt dat er voor de desbetreffende periode wel een overeenkomst tot stand is gekomen. Dit blijkt uit de mededeling die is gedaan door partijen tijdens de zitting van 14 juni 2006 bij het CBB. Deze overeenkomst houdt in dat partijen de in Convenant I vastgelegde MTA-tarieven niet zouden verhogen. Daarnaast overweegt de rechtbank dat deze overeenkomst geen verbintenis op KPN en/of Telfort legt terzake van het verlagen van de MTA-tarieven.

Commentaar. De civiele rechter is dus terughoudend aangaande de eigen bevoegdheid nu het CBB bevoegd is en naar haar inschatting zal oordelen over de vraag of er overeenstemming is bereikt of niet. De rechtbank beoordeelt in haar ten overvloede gegeven overweging de vraag of er een overeenkomst is bereikt, ruimer dan het CBB. Een overeenkomst is immers vormvrij en het is heel gebruikelijk dat er binnen de civielrechtelijke kaders gekeken wordt naar alle omstandigheden die kunnen bepalen of er sprake is van wilsovereenstemming.

3.5.3.4 Conclusie

Of een geschil beoordeeld dient te worden aan de hand van artikel 12.2 lid 1 of lid 2 Tw dient de ACM te bepalen aan de hand van de vraag of er overeenstemming is tussen partijen. Het verschil tussen deze leden is volgens de ACM relevant.²³⁴ Om te bepalen of de ruimere toets van lid 1 dient te worden

231 CBb 25 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:90, r.o. 6.4.2.

232 CBb 25 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:90, r.o. 6.4.3.

233 Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869.

234 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/20120/201351, r.o. 60. De vaste lijn in de jurisprudentie is te vinden in de uitspraken van CBb, 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, r.o. 6.2.2, CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, r.o. 6.1.1-6.2.1 en CBb 12 januari 2009,

toegepast dan wel de terughoudende toets van lid 2, moet allereerst worden vastgesteld of er een overeenkomst is gesloten die betrekking heeft op een verplichting op grond van de Tw (artikel 12.2 lid 2 Tw).

Het verschil tussen de leden 1 en 2 van artikel 12.2 Tw is relevant omdat de ACM het belang van de contractvrijheid vooropstelt. Dit wordt onderstreept door de stellingname dat niet licht voorbij mag worden gegaan aan gemaakte afspraken. Het verschil tussen de leden 1 en 2 van artikel 12.2 Tw zou dit tot uitdrukking brengen. Bij de toepassing van lid 2 rijst de vraag of ook in het kader van lid 2, bij geconstateerde strijd met de Tw, regels gesteld mogen worden, zoals bij lid 1 het geval is. Strijdigheid met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw is immers het criterium van het tweede lid, maar regels stellen kan alleen op grond van lid 1. Immers, als geen sprake is van bijvoorbeeld een redelijk tarief, oordeelt de ACM dat er strijd is met de Tw (artikel 12.2 lid 2 Tw). Het tarief dient dan alsnog te worden vastgesteld.

Het CBB legt het verschil tussen lid 1 en lid 2 als volgt uit.²³⁵ Het CBB stelt dat partijen die ervoor kiezen een overeenkomst te sluiten op basis van een ingevolge de Tw op hen rustende verplichting, daarmee de mogelijkheid prijsgeven om de ACM te vragen hun geschillen van inzicht daarover te beslechten. Het tweede lid zou daarop dan een uitzondering zijn, namelijk om de ACM te vragen of de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen in strijd zijn met hetgeen bepaald bij of krachtens de Tw.

De ACM is bij een verschil van inzicht over de te hanteren prijzen over het algemeen van oordeel dat er geen overeenstemming (meer) is. Dit geldt bijvoorbeeld ook bij eenzijdige wijzigingen in relatie tot de prijs, ervan uitgaand dat de overeenkomst niet voorziet in een regeling voor dat geval. Men kan zich afvragen of de ACM in een dergelijk geval bevoegd zou moeten zijn om via lid 1 te toetsen. Civielrechtelijk zou immers betoogd kunnen worden dat er wel sprake is van overeenkomst, zodat lid 2 in beeld komt. Ook kan men zich afvragen hoe groot de contractvrijheid is, als de ACM, na geconstateerde strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw, via lid 2 alsnog regels stelt waaraan partijen zich moeten houden.²³⁶

Een ander aspect is dat partijen, gezien de snelle ontwikkelingen in de branche, al vaak zaken met elkaar doen voordat er daadwerkelijk overeenstemming over de prijs is bereikt. Een partij die het niet eens is met de voorwaarden en toch samen met de andere partij daarvoor al interconnectie tot stand brengt, dient wel tijdig te protesteren en aan te geven dat zij het niet eens is met de voorwaarden waaronder de interconnectie tot stand komt. Het CBB gaat hier

ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AWB 07/491, r.o. 6.4.1.

²³⁵ CBB 15 maart 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA0744, *Mediaforum* 2007/5, m.nt. A.Th. Meijer, p. 166-170, r.o. 3.3.1. Zie voor bespreking par. 3.5.3.2, nr. 1.

²³⁶ Zie voor de gevolgen van geconstateerde strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw par. 3.8.3.

blijkens de hiervoor besproken jurisprudentie echter niet altijd even consequent mee om.²³⁷

Een ander verschil in benadering tussen de ACM en de civiele rechter, zoals volgt uit *KPN & Telfort/Vodafone*,²³⁸ is dat de civiele rechter niet alleen beoordeelt of er een schriftelijke overeenkomst is, maar ook de overige omstandigheden van het geval meeweegt om te beoordelen of er wilsovereenstemming is tussen partijen. De civiele rechter stelt zich echter terughoudend op indien hij van oordeel is dat de ACM dient te beslissen over het al dan niet bestaan van een overeenkomst, aangezien hij tegenstrijdige uitspraken wil vermijden.

Naar mijn mening zou gewenst zijn dat de ACM de civielrechtelijke benadering met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten zou hanteren bij de vraag of er overeenstemming tussen partijen bestaat of niet. Dit betekent dat ook de omstandigheden van het geval, zoals verklaringen en gedragingen van partijen, meegewogen zouden worden. Immers op grond van artikel 3:33 jo 3:35 en 6:217 BW zijn wilsverklaringen vormvrij. De ACM zou dan eerder tot de conclusie kunnen komen dat er sprake is van overeenstemming, dus niet slechts in het geval dat een getekende schriftelijke overeenkomst bestaat. Deze benadering zou meer recht doen aan de bedoeling van partijen en daarmee aan de contractvrijheid. Ook kunnen hiermee mogelijke competentieproblemen tussen de ACM en de civiele rechter hiermee vermeden worden.

3.5.4 Inhoud van overeenkomsten

3.5.4.1 Inleiding

Een overeenkomst heeft de rechtsgevolgen die zijn overeengekomen (artikel 6:248 lid 1 BW). Dit volgt uit de contractvrijheid. Voorts worden de rechtsgevolgen bepaald door de wet, de gewoonte en de eisen van de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 en 2 BW). Primair komt het aan op de afspraken die partijen hebben gemaakt. Vaak komt de uitleg van de tekst van de geschreven overeenkomst overeen met de bedoeling van partijen. De uitleg van overeenkomsten is echter niet altijd onproblematisch. Geschreven woorden kunnen voor meer dan één uitleg vatbaar zijn. De wil van partijen zal in dergelijke gevallen vastgesteld dienen te worden aan de hand van de wilsvertrouwensleer (artikelen 3:33 en 3:35 BW). Uit het *Haviltex*-arrest²³⁹ volgt dat bij de uitleg van een overeenkomst niet kan worden volstaan met een taalkundige benadering, maar dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomsten mochten toekennen en op

237 CbB 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295.

238 Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869.

239 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De mate van gewicht, zo volgt uit het Haviltex-arrest, die wordt toegekend aan de taalkundige betekenis van contractuele bepalingen hangt dus af van de betekenis die partijen er zelf aan geven, alsmede van de omstandigheden van het geval.²⁴⁰ Dit neemt niet weg dat bij een schriftelijk contract de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoording vaak wel van groot belang zal zijn. Maar ook wanneer de taalkundige betekenis groot gewicht heeft, kunnen de overige omstandigheden nog tot een afwijkende uitleg leiden, waarbij de Haviltex-norm bepalend blijft.²⁴¹

Aan hetgeen partijen rechtsgeldig kunnen overeenkomen zijn in de wet grenzen gesteld. Zo mag het overeengekomene niet in strijd zijn met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 BW). Ook de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan beperkingen meebrengen. Als er echter sprake is van leemten in de overeenkomst, dan kan de redelijkheid en billijkheid ook een aanvullende werking hebben.

In de vorige paragraaf is beschreven dat de ACM en in hoger beroep het CBB, ook als partijen reeds zaken doen met elkaar en er een overeenkomst gesloten is omtrent bijvoorbeeld interconnectie, bij onenigheid over de wijzigingen van de tarieven toch oordeelt dat er sprake is van een geschil op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Men kan zich afvragen of deze visie, vanuit privaatrechtelijk oogpunt, juist is. Er is immers sprake van een overeenkomst, maar (één van de) partijen wenst het tarief te wijzigen of de overeengekomen periode te verlengen onder andere tariefvoorwaarden. De overeenkomst voorziet blijkbaar niet in een mogelijkheid tot tariefswijziging of aanpassing. Met toepassing van de Haviltex-formule zal de bedoeling van partijen uitgelegd dienen te worden om de vraag te beantwoorden hoe de tariefsverhoging binnen het bestaande contract is geregeld. Lacunes in het contract kunnen op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aangevuld worden.

3.5.4.2 Uitleg van overeenkomsten

In deze paragraaf zal worden bekeken hoe de ACM de uitleg van de overeenkomst hanteert. Met name wordt aandacht besteed aan de uitleg van de overeenkomst, gewijzigde omstandigheden en aanvulling van de overeenkomst.

²⁴⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/372.

²⁴¹ Zie HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (DSM/Fox) resp. HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).

Business-to-businessovereenkomsten

(1) Tele2/KPN

Casus. Tele2 (Versatel) heeft aangekondigd dat zij per 1 juli 2007 een tariefsverhoging met betrekking tot de FTA-tarieven gaat doorvoeren. De interconnectie-relatie tussen KPN en Tele2 (Versatel) wordt beheerst door een ongetekende overeenkomst. In een vaststellingsovereenkomst van 2002 hebben partijen vastgelegd dat de interconnectieovereenkomst overigens wel geldt. In de overeenkomst is opgenomen dat een verzoek tot wijziging met betrekking tot de tarieven kan worden gedaan binnen zes weken na het eindigen van de ‘vaste periode’. De ‘vaste periode’ is gesteld op één jaar.

Besluit. OPTA gaat, op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw over tot het vaststellen van de tarieven.²⁴² OPTA overweegt dat de afgesproken tarieven een geldigheid hebben van één jaar. OPTA begrijpt hieruit dat partijen telkens voor één jaar tarieven overeenkomen en dat de tarieven daarna opnieuw onderhandelbaar zijn.

Beroep. Het CBB gaat er in beroep ook van uit dat de tarieven niet langer uit de interconnectieovereenkomst voortvloeien.²⁴³

Commentaar. Een onderzoek naar de wil van partijen, rondom de contractsluiting, lijken OPTA noch het CBB te verrichten. OPTA stelt de tarieven conform haar beleidsregels vast. Dit zou als aanvulling van de overeenkomst gekwalificeerd kunnen worden.

Naar mijn mening heeft OPTA ook in de hierboven besproken zaak tussen KPN en Versatel,²⁴⁴ waarover ook de civiele rechter zich heeft uitgelaten, geen nader onderzoek gedaan naar de wil van partijen.²⁴⁵ OPTA, en later ook het CBB beslissen dat, in de tussenliggende periode tussen twee overeenkomsten, geen overeenstemming bestaat. Dit, terwijl de civiele rechter juist alle omstandigheden meeneemt en op grond daarvan overweegt dat wel sprake is van overeenstemming in de tussenliggende periode. Ten tijde van de uitspraak van de civiele rechter was er nog geen oordeel van het CBB terwijl het CBB, aldus de civiele rechter, diende te oordelen over de vraag of er een overeenkomst bestond of niet. De overwegingen betreffen dan ook slechts de visie van de civiele rechter. De civiele rechter heeft partijen immers niet-ontvankelijk verklaard in het verzoek om te bepalen of er sprake was van een overeenkomst in de tussenliggende periode, aangezien volgens de civiele rechter de beantwoording van deze vraag was voorbehouden aan de ACM.

²⁴² OPTA 12 oktober 2007, 07.0170.21.

²⁴³ CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, AB 2009/138.

²⁴⁴ OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0225.21, besproken in par. 3.5.3.3 onder nr. 5.

²⁴⁵ Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869, besproken in par. 3.5.3.3 onder nr. 5 onder commentaar.

Opgemerkt moet wel worden dat OPTA, in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van het CBB van 2 december 2008, een brief van KPN d.d. 6 juli 2001, waarop Tele2 (Versatel) zich beroept en die volgens Tele2 (Versatel) zou inhouden dat KPN op voorhand met (elke) tariefswijziging instemt, beoordeelt als een onwaarschijnlijke uitleg van de bedoeling van KPN en meent dat deze brief dient te worden gezien in het licht van onder meer de marktomstandigheden van 2001. Deze overweging zou wel kunnen worden gekwalificeerd als uitleg van de overeenkomst.²⁴⁶

(2) Tele2/KPN

Casus. Er is een interconnectieovereenkomst uit 1998 tussen KPN en Tele2. KPN heeft in deze kwestie betoogd dat de omstandigheden dusdanig zijn gewijzigd dat de overeenkomst niet meer ziet op de nieuwe feiten en dat deze interconnectieovereenkomst aangepast dient te worden. KPN wikkeld destijds, om interconnectie mogelijk te maken, haar verkeer af via zogenaamde PoP's²⁴⁷ van Tele2 (ongeveer 20 stuks). Partijen zijn overeengekomen dat KPN, als zij zonder noodzaak een gesprek aflevert bij een PoP in een andere Access Area dan waar de abonnee van Tele2 (Versatel) gevestigd is, het landelijk gespreksafgiftetarief betaald moet worden, terwijl bij aflevering op de juiste PoP het regionale tarief van toepassing is. In de periode van 31 maart 2005 tot 31 januari 2006 heeft KPN het medegebruik van twintig PoPs opgezegd. Tijdens de procedure leverde KPN haar verkeer nog slechts af op de vier PoPs van Tele2. Daarnaast is er op 1 januari 2006 een nieuw marktanalysebesluit van kracht geworden op grond waarvan Tele2 (Versatel) gespreksafgifte dient aan te bieden tegen regionale afgiftetarieven in plaats van tegen de hogere nationale afgiftetarieven. KPN wenst dan ook wijziging van de overeenkomst. Er bestaat, volgens KPN, geen overeenstemming tussen KPN en Tele2 over de voorwaarden(tarieven) waaronder Tele2 ten behoeve van gespreksafgifte op haar netwerk toegang dient te verlenen tot de vier switches.

Besluit. OPTA oordeelt dat zij niet bevoegd is om uitspraak te doen op het verzoek van KPN.²⁴⁸ OPTA overweegt dat de interconnectieovereenkomst niet in strijd is met het bepaalde bij of krachtens de Tw, meer specifiek met de marktanalyse en de beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit van 18 april 2003 en later vervangen door de regels van 2007.

Beroep. KPN stelt dat OPTA ten onrechte heeft overwogen dat overeenstemming bestaat tussen KPN en Tele2 over de tarieven die Tele2 in rekening mag brengen voor het verkeer dat KPN aflevert op de vier switches van Tele2. Door de

²⁴⁶ Kroes & Braeken 2009, p. 150.

²⁴⁷ Point of Presence is een toegangspunt voor het internet. Dit is een inbelpunt waar de abonnees van een internet service provider op in bellen om toegang te krijgen tot het internet. De meeste providers hebben in iedere regio een inbelpunt, zodat tegen lokaal tarief kan worden ingebeld, <http://www.telecomabc.nl/p/pop.html>.

²⁴⁸ OPTA 24 mei 2007, G.05.07, in hoger beroep CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112.

wijziging van de feitelijke situatie is artikel 1.4.4.10 van Annex 1 bij de overeenkomst niet meer van toepassing. Ten tijde van de het tot stand komen van artikel 1.4.4.10 van Annex 1 leverde KPN nog verkeer af op 20 PoP's; nu nog op slechts vier. KPN heeft daarom dan ook verzocht om wijziging van de overeenkomst. Omdat geen overeenstemming meer bestond tussen KPN en Tele2 had OPTA op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw regels moeten stellen, aldus KPN.²⁴⁹ Het CBB stelt vast dat Tele2 het standpunt van KPN, omtrent de obsoleete overeenkomst, niet deelt. Het CBB oordeelt dat als partijen niet tot overeenstemming kunnen komen de civiele rechter een beslissing dient te nemen. Het is niet aan het CBB om te beslissen of er al dan niet overeenstemming bestaat en daarom moet van de interconnectieovereenkomst van 1998 worden uitgegaan.²⁵⁰

Commentaar. Cartigny vraagt zich bij deze uitspraak af of OPTA wel een beslissing had kunnen nemen als Tele2 en KPN het wel eens waren geweest over de vraag of de overeenkomst gewijzigd had moeten worden.²⁵¹ Volgens hem bedoelt het CBB wellicht dat – als beide partijen van mening zijn dat een tussen hen gesloten overeenkomst obsoleet is geworden – het bepaalde in artikel 12.2 lid 1 Tw van toepassing is en OPTA regels zou kunnen stellen.²⁵² Kroes en Braeken pleiten voor een doorbreking van de lijn van deze uitspraak, aangezien het toepassen van leerstukken als aanbod en aanvaarding of de aanvullende dan wel beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het verlengde liggen van artikel 12.2 Tw.²⁵³ OPTA kan niet beoordelen of er overeenstemming is zonder deze leerstukken daarbij te betrekken. Dat deze leerstukken niet buiten beschouwing gelaten kunnen worden, zij het dat dit gebeurt binnen de 'veilige' marge van een ondertekend document, wordt in mijn ogen bevestigd door de nu te bespreken zaak tussen Barablu en KPN.²⁵⁴

(3) Barablu/KPN

Casus. KPN en Barablu hebben met betrekking tot interoperabiliteit verschillende overeenkomsten gesloten. Deze overeenkomsten strekken er onder meer toe de verplichting van het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen nader in te vullen. Het betreft een modelovereenkomst. Op 14 december 2007 hebben Barablu en KPN een *side letter*, behorende bij de modelovereenkomst, ondertekend. In artikel 4.3 van de *side letter* wordt de maximale hoogte van de tarieven voor mobiele gespreksafgifte die Barablu bij KPN in rekening mag brengen geregeld. Partijen verschillen van mening over in hoever-

249 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, r.o. 4.1.

250 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, r.o. 6.1.3.

251 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, zie punt 5.

252 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, zie punt 5.

253 Kroes & Braeken 2009, p. 151.

254 OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21.

re over artikel 4.3 van die *side letter* overeenstemming is bereikt en een overeenkomst tot stand is gekomen.

Besluit. Barablu stelt dat geen overeenstemming bestaat over een artikel uit een *side letter* met betrekking tot de verhoging van tarieven. OPTA oordeelt dat de *side letter* is ondertekend door beide partijen. Barablu heeft weliswaar vóór ondertekening per fax en e-mail geprotesteerd, maar toch de *side letter* zonder voorbehoud getekend. Barablu heeft niet geprotesteerd op het moment van daadwerkelijke facturering en daarnaast pas na 10 maanden een procedure bij OPTA aangespannen.²⁵⁵ Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw oordeelt OPTA dat er geen strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.

Commentaar. Met Cartigny ben ik eens dat de grens tussen de gevallen waarin de ACM een geschil kan beslechten en de gevallen waarin men zich tot de civiele rechter dient te wenden vaag is.²⁵⁶ Het lijkt mij bovendien onwenselijk dat een partij eerst naar de civiele rechter dient te gaan voor uitleg, wijziging of aanvulling van een overeenkomst, om vervolgens een procedure bij de ACM te starten om te laten beoordelen of er sprake van strijd met hetgeen is bepaald in de Tw.

(4) KPN/CM-Telecom

Casus. CM exploiteert een sms-platform en biedt aan onder andere banken, ziekenhuizen en energiebedrijven sms-diensten aan. Klanten van CM kunnen per sms communiceren met de eindgebruikers op het netwerk van KPN en omgekeerd. CM neemt dan ook sms-diensten af van KPN. De beëindiging van deze Premium MO-sms-dienst was voor CM aanleiding om met KPN in overleg te treden over een door KPN aan CM te betalen vergoeding per sms afkomstig van eindgebruikers op het netwerk van KPN en gericht aan klanten van CM. Partijen kunnen echter niet tot overeenstemming komen.²⁵⁷ In een eerder besluit van 5 juni 2012 heeft OPTA geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil op grond van artikel 6.2 Tw (regels stellen omtrent interconnectie).²⁵⁸ Er is reeds sprake van interconnectie. Naar aanleiding van het besluit van 5 juni 2012 heeft KPN met toepassing van artikel 13.04 van de tussen CM en KPN geldende Raamovereenkomst de abonnementskosten voor shortcodes verhoogd van € 230 naar € 380 per maand. CM heeft onder protest de verhoging aanvaard. In deze procedure wordt het geschil tussen CM en KPN aan OPTA voorgelegd op grond van artikel 12.2 Tw.

Besluit. CM heeft OPTA verzocht te beslissen dat de tariefverhogingen ongedaan moeten worden gemaakt omdat KPN in strijd handelt met de op grond van

255 OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21, r.o. 58 e.v.

256 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny, zie punt 5.

257 Zie ook par. 3.5.2.3 voor deze uitspraak. Het betreft hier echter een tweede vervolg beroep bij het CBb.

258 OPTA 5 juni 2012, OPTA/AM/2012/200724. Zie ook par. 3.5.2.3.

de Tw en in het bijzonder op grond van het besluit van 5 juni 21012 op haar rustende verplichtingen inzake operabiliteit. Bij besluit van 16 mei 2013 heeft OPTA beslist op het verzoek van CM.²⁵⁹ OPTA heeft beslist op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw dat KPN niet heeft gehandeld in strijd met bij of krachtens de Tw op haar rustende verplichtingen. Het verzoek van CM om te beslissen dat de tariefsverhogingen ongedaan gemaakt moeten worden is dan ook afgewezen.

Beroep. Deze zaak bij het CBB is een vervolg op de uitspraak van het CBB gedaan op dezelfde dag met betrekking tot artikel 6.1 en 6.2 Tw.²⁶⁰ In die uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat de (inmiddels) ACM op grond van artikel 6.2 Tw niet bevoegd is om prijzen vast te stellen omdat de interconnectie reeds gewaarborgd is. De vraag die in deze uitspraak centraal staat is of op grond van artikel 12.2 lid 1 of 2 Tw een oordeel gegeven moet worden over de tariefsverhoging.

In beroep betoogt CM dat de ACM niet op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw had mogen oordelen over het geschil. De ACM is er ten onrechte vanuit gegaan dat sprake is van overeenstemming over de MO-vergoeding in de vorm van de Raamovereenkomst tussen partijen, aldus CM. De ACM had, volgens CM, het geschil moeten beslechten op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw of artikel 6.2 Tw.

De ACM voert aan dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt dat KPN op grond van artikel 13.04 van de Raamovereenkomst een tweetal tariefverhogingen heeft doorgevoerd. Het onderhavige geschil heeft betrekking op de Raamovereenkomst.

Het CBB stelt vast dat KPN en CM een overeenkomst over *wholesale* sms-dienstverlening hebben gesloten. Op grond van deze overeenkomst mag KPN eenzijdig tariefverhogingen doorvoeren. Als CM het hier niet mee eens is mag zij de overeenkomst opzeggen. CM heeft de overeenkomst na doorvoering van de tariefverhoging niet opgezegd, zodat een geschil als bedoeld in artikel 12.2 lid 2 Tw aan de orde is. De vraag betreft of artikel 13.04 van de Raamovereenkomst strijdig is met het bij of krachtens de Tw bepaalde. Voor zover KPN en CM een geschil hebben over de uitleg van de Raamovereenkomst kunnen zij die vraag zo nodig aan de civiele rechter voorleggen. Voor de ACM vormt dat geen belemmering om vast te stellen dat partijen een overeenkomst hebben gesloten. De ACM heeft volgens het CBB terecht geoordeeld dat de aanvraag tot geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw diende te worden beoordeeld.

Commentaar. Het CBB overweegt dat partijen een geschil over de uitleg van de overeenkomst voor kunnen leggen aan de civiele rechter. Dat er een meningsverschil bestaat over de inhoud en/of uit de uitleg van de overeenkomst vormt voor de ACM echter geen belemmering om vast te stellen dat een overeenkomst

259 Besluit kenbaar uit CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324.

260 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, AB 2014/424, m.nt. W. Sauter. Zie voor CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323, AB 2014/423, m.nt. W. Sauter, besproken in par. 3.5.2.3

bestaat. Het CBB verwijst hierbij naar de uitspraak tussen KPN en Tele2 van 12 januari 2009.²⁶¹

Kennelijk acht de ACM zich gehouden om van de inhoud van de overeenkomst uit te gaan totdat de civiele rechter zich hierover heeft uitgelaten.²⁶² De bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de ACM is echter niet altijd even duidelijk, zoals blijkt uit de uitspraak van 12 januari 2009.²⁶³

Consumentenovereenkomsten

Met betrekking tot eindgebruikersbelangen lijkt de ACM wel de privaatrechtelijke jurisprudentie zwaarder te laten wegen, zoals zal blijken uit de hierna te bespreken uitspraken.

(5) Telfort

Casus. In deze zaak komt, in relatie tot de vraag of Telfort een overtreding heeft begaan op grond van artikel 7.2 Tw, de vraag aan de orde het één overeenkomst ('Internet + Vast Bellen') betreft of dat er twee losse overeenkomsten zijn ('Internet' en 'Vast Bellen'). Telfort heeft de tarieven voor consumenten verhoogd. Op grond van artikel 7.2 Tw dient een aanbieder een eindgebruiker, in geval een overeenkomst wordt gewijzigd, de mogelijkheid te geven om de overeenkomst kosteloos te beëindigen gedurende een periode van vier weken. In casu betreft het een (gecombineerd) abonnement op een internetdienst en internettelefoniedienst ('Internet + Vast Bellen'). Per e-mail en op haar website heeft Telfort de klanten geïnformeerd over de voorgenomen tariefsverhoging van de dienst internettelefonie. Bij OPTA zijn echter klachten binnengekomen dat klanten alleen de dienst internettelefonie konden beëindigen en niet de dienst internet. OPTA heeft aangegeven dat Telfort haar klanten in de gelegenheid moet stellen om de overeenkomst ten aanzien van beide diensten kosteloos te beëindigen. Telfort betwist echter dat er verbondenheid bestaat tussen het internetabonnement en het internet-telefonieabonnement waardoor de abonnee het recht zou hebben om ook het internetabonnement te beëindigen bij de wijziging van de prijs van het internettelefonie abonnement. De vraag is dan ook of het beëindigingsrecht van artikel 7.2 Tw geldt voor alleen internettelefonie of dat het de gehele overeenkomst betreft.

Besluit. OPTA overweegt dat de definitie van een overeenkomst te vinden is artikel 6:213 BW.²⁶⁴ Om vast te stellen welke gevolgen partijen mogen verbinden aan door hen gemaakte afspraken, moeten deze afspraken worden uitgelegd. OPTA verwijst hierbij uitdrukkelijk naar het Haviltex-arrest²⁶⁵ en over-

261 CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny, besproken in par 3.5.4.2 onder nr. 2.

262 Zie W. Sauter in zijn noot onder CBB 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, AB 2014/424.

263 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBB 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, AB 2009/112.

264 OPTA 22 oktober 2009, OPTA/ACNB/2009/202753, 09.0181.34.

265 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

weegt dat niet slechts met een zuivere taalkundige benadering kan worden volstaan. Er moet in het concrete geval gekeken worden naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan het overeengekomene mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het antwoord op de onderhavige vraag of er sprake is van één of twee overeenkomsten dient te worden beantwoord aan de hand van de vraag of de abonnee in de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat hij één overeenkomst zou aangaan voor de levering van de diensten internet en internettelefonie. Hier zijn, aldus OPTA, alle omstandigheden van het geval van belang (vergelijk Pensioenfonds DSM/Fox).²⁶⁶

OPTA oordeelt dat de abonnee destijds heeft gekozen voor het gelijktijdig afnemen van de diensten 'internet' en 'internettelefonie' en dat hij op grond daarvan mocht verwachten dat hij één overeenkomst aan zou gaan op grond waarvan hij beide diensten geleverd zou krijgen. Verder biedt Telfort de diensten aan tegen één prijs en draagt het aanbod de naam 'Internet + Vast bellen'. Telfort wekt de suggestie dat het gaat om één overeenkomst. Het verweer van Telfort dat het feitelijk/technisch om twee bestelprocedures gaat doet hier niet aan af, nu het achterliggende proces voor de abonnee niet inzichtelijk is.

3.5.4.3 Conclusie

De ACM lijkt (grote) terughoudendheid te betrachten als het aankomt op de uitleg aan de hand van de bedoeling van partijen bij onduidelijkheden omtrent bepalingen in contracten. Dit geldt ook voor de aanvulling van contracten en voor situaties waarin één van de partijen van mening is dat de situatie dusdanig gewijzigd is, dat er niet zomaar meer van deze overeenkomst mag worden uitgegaan. De ACM acht zich niet bevoegd om hierover te oordelen en verwijst partijen dan naar de civiele rechter. Dit lijkt mij een onwenselijke situatie. Immers partijen dienen zich dan te wenden tot de civiele rechter met het verzoek de overeenkomst uit te leggen of aan te vullen waarna zij zich vervolgens weer zouden kunnen wenden tot de ACM, om een oordeel te geven over de vraag of een bepaling al dan niet in strijd is met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Daar komt nog bij dat de ACM dan in de lijn van de onderliggende overeenkomst, die mogelijk inmiddels niet meer beantwoordt aan de actuele situatie, uitspraak doet. Gezien de dynamische markt is deze situatie onwenselijk. De civiele vragen worden dan geparkeerd door de ACM bij de civiele rechter en tegen de tijd dat deze vragen door de civiele rechter zijn beantwoord is de marktsituatie dusdanig gewijzigd dat partijen achter de feiten aan lopen, zeker gezien de vaak korte geldigheidsduur van tariefafspraken (één jaar).

Het voorgaande geldt eveneens voor gevallen waarin partijen reeds zaken met elkaar doen, maar waarin de prijs (opnieuw) moet worden vastgesteld.

²⁶⁶ HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (DSM/Fox).

De ACM en de civiele rechter komen in de zaak tussen Tele2 (Versatel) en KPN echter wel tot een verschillende uitkomst.²⁶⁷ Het verschil ligt met name hierin dat de civiele rechter ook andere omstandigheden meeweegt dan uitsluitend een schriftelijke overeenkomst. De ACM dient daarom op dit punt de privaatrechtelijke jurisprudentie dan ook niet uit het oog te verliezen. Ook dient meer rekening te worden gehouden met de wijze waarop partijen in het verleden tot overeenstemming kwamen. Op deze manier zou bovendien meer recht worden gedaan aan het beginsel van de contractvrijheid.

Voor geschillen over de inhoud en/of uitleg van de overeenkomsten dienen partijen hun verschil van inzicht aan de civiele rechter voor te leggen. Voor de ACM is een verschil van inzicht van partijen over de uitleg van de overeenkomst geen belemmering om vast te stellen dat er een overeenkomst bestaat.

Bij de beoordeling of er een overeenkomst bestaat en wat de inhoud van deze overeenkomst is en/of hoe deze dient te worden uitgelegd dient de ACM zijn bevoegdheden breder op te vatten om zo langdurige procedures bij zowel de civiele rechter als de ACM te voorkomen. Hiermee neemt de ACM wel privaatrechtelijke taken op zich en krijgt de handhaving nog meer een gemengd of 'hybride' karakter.²⁶⁸

In zijn rol als toezichthouder met betrekking tot de eindgebruikersbelangen lijkt de ACM echter minder moeite te hebben met de privaatrechtelijke benadering: de ACM slaat acht op de bedoeling van partijen, er wordt zelfs verwezen naar de Haviltex-norm en naar andere privaatrechtelijke jurisprudentie omtrent de uitleg van overeenkomsten.²⁶⁹

3.5.5 Einde van overeenkomsten

3.5.5.1 Inleiding

De ACM kan ook in relatie tot overeenkomsten met eindgebruikers een besluit nemen over het einde van overeenkomsten.²⁷⁰

In hoofdstuk 7 van de Tw zijn twee artikelen opgenomen die de opzegging van de overeenkomst tussen een aanbieder en een consument regelen aangaande de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst. Artikel 7.2 lid 1 Tw bepaalt dat een toekomstige wijziging op genoegzame

²⁶⁷ Zie par. 3.5.4.2, nr. 1.

²⁶⁸ Zie ook par. 3.9 en 6.3.7.4 en 6.4.4.

²⁶⁹ Zie par. 3.5.4.2, nr. 5.

²⁷⁰ Deze paragraaf ziet derhalve niet op het einde van overeenkomsten tussen twee marktpartijen.

wijze wordt meegedeeld en dat de consument in de gelegenheid wordt gesteld om de overeenkomst kosteloos op te zeggen.²⁷¹

In artikel 7.2a Tw wordt een regeling gegeven over de duur en de opzegging van overeenkomsten. In dit artikel is bepaald dat de overeenkomst tussen een eindgebruiker (dus niet alleen consumenten) en een aanbieder te allen tijde kosteloos kan worden opgezegd.²⁷² In het tweede lid is geregeld dat een consument (dus niet alle eindgebruikers) de mogelijkheid wordt geboden om een overeenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan van één jaar. Met betrekking tot de levering van openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten bedraagt de looptijd maximaal 24 maanden (tweede lid). Een overeenkomst kan worden verlengd of opnieuw worden afgesloten mits de consument de overeenkomst bij verlenging of vernieuwing te allen tijde kosteloos kan opzeggen.²⁷³ Deze opzegtermijn mag niet langer dan een maand bedragen (derde lid).

Per 1 januari 2013 is nog een vierde lid toegevoegd aan artikel 7.2a Tw. Dit artikellid ziet voornamelijk op starttarieven en het in rekening brengen van gesprekstarieven.

In het BW zijn eveneens meerdere bepalingen over opzegging van (duur)overeenkomsten te vinden die op abonnementen tussen consumenten en providers van toepassing kunnen zijn. Zo bepaalt artikel 6:237 sub k BW dat overeenkomsten tot het geregeld afleveren van zaken voor bepaalde tijd met een duur van langer dan een jaar worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst te allen tijde op te zeggen. Artikel 7.2a Tw sluit de toepasselijkheid van artikel 6:237

271 Artikel 7.2 lid 1 Tw: 'Ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in de overeenkomst van kracht wordt:

a. biedt een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst de abonnee de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, en
b. stelt de aanbieder de abonnee op genoegzame wijze op de hoogte van de inhoud van de voorgenomen wijziging en van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen.'

272 Artikel 7.2a lid 1 Tw: 'De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst die is aangegaan voor een onbepaalde duur, kan door de consument te allen tijde kosteloos worden opgezegd.'

273 Artikel 7.2a lid 2 Tw: 'Een aanbieder biedt een eindgebruiker de mogelijkheid een overeenkomst voor een bepaalde duur met een looptijd van ten hoogste twaalf maanden aan te gaan. De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een openbare elektronische communicatiedienst of programmadienst kan worden aangegaan voor een bepaalde duur, waarbij de looptijd ten hoogste 24 maanden bedraagt. De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst die is aangegaan voor een bepaalde duur, kan na verloop van die duur stilzwijgend worden verlengd of vernieuwd, mits de consument de overeenkomst hierna te allen tijde kosteloos kan opzeggen'.

sub k BW echter niet uit.²⁷⁴ Waar dat toe leidt is niet geheel duidelijk. Betekent dit dat een overeenkomst van twee jaar in het kader van telefonie niet onredelijk bezwarend zou zijn? Houben wijst er op dat wellicht sectorspecifieke wetgeving voorrang zou kunnen hebben, maar zij meent dat dit niet de bedoeling is van artikel 7.2a Tw omdat in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk staat dat artikel 7.2a Tw artikel 6:237 sub k BW onverlet laat.²⁷⁵

De opzegging van een abonnement kan ook nog worden gebracht onder de regeling van de overeenkomst van opdracht, meer in het bijzonder artikel 7:408 BW.²⁷⁶ Artikel 7:408 lid 3 BW bepaalt dat consumenten geen schadevergoeding verschuldigd zijn bij gebruikmaking van hun opzegbevoegdheid. Dit artikel is van dwingend recht. Er is jurisprudentie omtrent het voortijdig beëindigen van een telecom-abonnement met gratis toestellen in relatie tot 6:237 sub k en 7:408 BW.²⁷⁷ Tussentijdse beëindiging na een beroep op artikel 6:237 sub k BW sluit een schadevergoeding ex artikel 6:277 BW niet uit.²⁷⁸ Dit zou anders kunnen zijn bij artikel 7:408 BW. Een telecomprovider zou wel ex artikel 7:411 lid 1 BW recht op een deel van het 'loon' houden. Eén en ander betekent dat er mogelijk drie relevante regelingen van toepassing zijn op de beëindiging van een telefoonabonnement. De regelingen verbinden aan de beëindiging wel verschillende gevolgen. In deze paragraaf zal alleen aandacht worden besteed aan de opzegmogelijkheden in de Tw.

3.5.5.2 Opzegmogelijkheden in de Telecommunicatiewet

De opzegmogelijkheden in de Tw hebben tot doel het makkelijker te maken voor de consument om over te stappen naar een andere aanbieder.²⁷⁹ Het doel van de regeling is dan ook tweeledig, enerzijds consumentenbescherming en anderzijds het bevorderen van de concurrentie op de markt.²⁸⁰ De ACM heeft met betrekking tot deze bepalingen een duidelijke rol als toezichthouder. Dit betekent dat de ACM niet alleen op grond van klachten van consumenten of belangenbehartigers van consumenten, maar ook op grond van klachten

274 *Kamerstukken II* 2010/11, 32549, nr. 3, p. 61.

275 I.S.J. Houben, 'Opzegging van overeenkomsten in de telecom- en energiesector. Een illustratie van regulatory contract law', *WPNR* 2011/6904, p. 889.

276 Zie hierover Houben 2011, p. 889.

277 Zie onder meer Rb. Den Haag, sector kanton, locatie Gouda, 8 maart 2007, *TvC* 2008/5, p. 199; Rb. Haarlem, sector kanton, locatie Zaandam, 26 juni 2008, *TvC* 2008/5, m.nt. M.B.M. Loos, p. 199; Hof Amsterdam 3 augustus 2010, *TvC* 2011/1, p. 19.

278 Rb. Haarlem, sector kanton, locatie Zaandam, 26 juni 2008, *TvC* 2008/5, m.nt. M.B.M. Loos, p. 201.

279 *Kamerstukken II* 2010/11, 32549, nr. 3, p. 61. Dit volgt ook uit de Universele dienstrichtlijn, 2002/22/EG, gewijzigd door de Richtlijn burgerrechten (Richtlijn 2009/136/EG, *PbEU*, L 337/11).

280 Zie Houben 2011, p. 888.

van concurrenten onderzoek kan doen en sancties kan opleggen. Uit de volgende zaak tussen OPTA tegen KPN blijkt duidelijk dit tweeledige doel.²⁸¹

(1) KPN

Casus. KPN heeft haar abonnees met een dienst Zakelijk BelBasis in november 2010 een brief verzonden waarin zij tariefwijzigingen aankondigde. Onder andere Tele2 heeft de ACM verzocht om handhavend op te treden tegen KPN, omdat KPN haar abonnees onjuist en onvolledig heeft geïnformeerd over de gevolgen van de tariefwijzigingen, over de contractduur en de automatische verlenging. Daarnaast mag KPN, aldus onder andere Tele2, klanten niet binden door een zogenaamde negatieve opt-out. OPTA is een onderzoek gestart en concludeert, nadat KPN in maart 2011 een aanvullende brief heeft gestuurd aan de abonnees, dat de overtreding is beëindigd. Tele2 e.a. maken bezwaar waarna OPTA nadere informatie heeft opgevraagd bij KPN. Uit deze informatie volgt dat KPN haar abonnees niet de mogelijkheid heeft gegeven om de overeenkomst, op grond van artikel 7.2 Tw, binnen vier weken kosteloos te beëindigen. Naar aanleiding van een handhavingsverzoek heeft OPTA onderzoek gedaan naar de door KPN geboden opzegmogelijkheid als gevolg van wijzigingen in de tarieven en de contractduur. KPN heeft in de periode van 15 oktober 2010 en 30 november 2010 haar klanten die de dienst Zakelijk BelBasis afnemen geïnformeerd over een aantal wijzigingen die per 1 januari 2011 zouden worden doorgevoerd. In de periode van 2 maart 2011 tot en met 4 maart 2011 heeft KPN haar abonnees aanvullend geïnformeerd over de nieuwe situatie en over de mogelijkheid om alsnog gedurende vier weken de overeenkomst kosteloos te beëindigen.

Besluit. OPTA oordeelt bij besluit van 31 augustus 2011 dat KPN artikel 7.2 Tw heeft overtreden. OPTA legt, met het oog op het algemeen belang (de bescherming van consumenten) dat met handhaving is gediend, een last onder dwangsom op.²⁸² De last is erop gericht dat KPN uiterlijk op 7 september 2011 minimaal 95% van de abonnees en uiterlijk 30 september 2011 alle abonnees die als gevolg van de maart brief hun Zakelijk BelBasis abonnement hebben opgezegd, schadeloos heeft gesteld. Bij besluit van 17 oktober 2011 heeft OPTA op de bezwaren van Tele2 e.a. beslist en overwogen dat KPN artikel 7.2 Tw heeft overtreden.²⁸³ Bij besluit van 11 december 2012 heeft OPTA KPN een tweetal boetes opgelegd van in totaal € 275.000 wegens overtreding van artikel 7.2 lid 1 sub a en b Tw.

Bezwaar. KPN heeft in het besluit berust, maar is wel opgekomen tegen de invordering van de verbeurde dwangsom van € 100.000. Bij besluit van 29 februari 2012 is dit bezwaar gegrond verklaard, aangezien KPN bij nader inzien

281 OPTA 31 augustus 2011, OPTA/ACNB/2011/201992, 11.0188.34.

282 OPTA 31 augustus 2011, OPTA/ACNB/2011/201992. Het invorderingsbesluit dateert van 25 oktober 2011, OPTA/ACNB/2011/202195.

283 OPTA 17 oktober 2011, OPTA/ACNB/2011/202229.

maar € 25.000 aan dwangsommen heeft verbeurd. KPN heeft de last opgelegd gekregen omdat zij niet tijdig is overgegaan tot het kosteloos beëindigen van de abonnementen van de abonnees die daar gebruik van wilden maken.²⁸⁴

Bij besluit van 11 juni 2013 heeft OPTA het bezwaar van KPN tegen de bestuurlijke boete deels gegrond verklaard.

Beroep. Het toezenden van facturen na aanvang van de in artikel 7.2 Tw bedoelde vier weken speelt een rol bij de vraag of artikel 7.2 lid 1 sub a Tw is nageleefd. Naar het oordeel van de rechtbank moet de facturering van opzeggingskosten die in een groot aantal gevallen heeft plaatsgehad dan ook worden gezien als het in die gevallen teniet doen van een eerder aanbod tot het kosteloos opzeggen van het abonnement.²⁸⁵ De rechtbank is dan ook van oordeel dat het factureren van opzeggingskosten na opzegging van het contract naar aanleiding van de novemberbrief een overtreding is van artikel 7.2 Tw.²⁸⁶

Vervolg. KPN heeft in 2013 wederom een last onder dwangsom opgelegd gekregen op grond van overtreding van artikel 7.2 Tw voor het niet volledig informeren van de Zakelijk BelBasis abonnees over de gevolgen van tariefswijzigingen en de opzegmogelijkheden.²⁸⁷

(2) Telfort

Casus. De Consumentenbond heeft een handhavingsverzoek ingediend bij OPTA. De Consumentenbond heeft OPTA erop gewezen dat CompuServe en Telfort bij het overzetten van abonnees van CompuServe naar Telfort zich niet hebben gehouden aan artikel 7.2 lid 1 sub b Tw, door het schenden van de plicht tot het tijdig informeren omtrent een wijziging en het bieden van het beëindigingsrecht. Na een onderzoek in opdracht van OPTA wordt geconstateerd dat bij de overgang wijzigingen zijn aangebracht in de abonnementen die aantoonbaar niet in het voordeel zijn van de abonnees. De abonnees zijn noch tijdig geïnformeerd over de wijzigingen, noch is daadwerkelijk gewezen op het beëindigingsrecht. CompuServe heeft op 19 oktober 2009 haar abonnees een brief gestuurd waarin mededeling werd gedaan van de overname door Telfort. Daarin werd gewezen op het beëindigingsrecht. Pas op 7 december 2009 stuurt Telfort de abonnees van CompuServe, die geen gebruik hebben gemaakt van het beëindigingsrecht, een brief waarin onder meer mededeling wordt gedaan van het starttarief.

Besluit. KPN²⁸⁸ en Telfort betogen dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is, omdat ten eerste sprake zou zijn van een nieuwe overeenkomst en ten tweede

284 OPTA 29 februari 2012, OPTA/ACNB/2012/200363.

285 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7139.

286 De rechtbank geeft ook een oordeel over het opleggen van een boete nadat er al een dwangsom is opgelegd. Dit kan niet omdat er geen sprake is van een nieuwe overtreding. Ik laat dit verder buiten beschouwing.

287 Zie ACM 4 december 2013, ACM/DC/2013/203436_OV.

288 Telfort behoort tot de groepsmaatschappijen van KPN, het is een 100% dochter.

omdat geen sprake is van een eenzijdige wijziging, maar van een tweezijdige wijziging vanwege het aangeboden beëindigingsrecht in de brief van Compu-Serve.²⁸⁹ OPTA overweegt dat het een contractovername en derhalve geen nieuwe overeenkomst betreft. Dit wordt afgeleid uit verklaringen van KPN op de hoorzitting. Van een tweezijdige wijziging is ook geen sprake omdat overgenomen abonnees slechts stilzwijgend hebben kunnen instemmen met het feit dat Telfort de nieuwe aanbieder werd. Omdat de abonnees niet op genoegzame wijze (immers pas nadat de overname al een feit was) waren geïnformeerd over het starttarief, konden zij deze wijziging ook niet betrekken bij hun keuze om al dan niet het abonnement kosteloos te beëindigen en is er dus geen stilzwijgende instemming of tweezijdige wijziging. Pas in de brief van 7 december 2009 wordt melding gemaakt van het starttarief. De opzeggingsmogelijkheid in de brief van 19 oktober 2009 was toen al verlopen. Hierop ziet juist artikel 7.2 Tw. OPTA is dan ook van oordeel dat Telfort heeft gehandeld in strijd met artikel 7.2 lid 1 sub a Tw. Omdat Telfort in de eerste week van februari 2010 de overgenomen abonnees alsnog per e-mail op de hoogte heeft gesteld en de mogelijkheid heeft geboden om op te zeggen, heeft de overtreding twee maanden geduurd. OPTA legt daarom ook een gematigde boete op. De hoogte van de boete bedraagt € 40.000 wegens overtreding van artikel 7.2 lid 1 sub a Tw.

Commentaar. Een wijziging van slechts één van de diensten waarop de overeenkomst ziet kan betekenen dat de gehele overeenkomst opgezegd moet kunnen worden en niet slechts die ene dienst waarop de wijziging ziet. Dit zagen we in de reeds besproken zaak tussen Telfort en OPTA.²⁹⁰ In die zaak gaat het om een overeenkomst die zowel ziet op de dienst internet als internettelefonie. Slechts de tarieven van internettelefonie werden verhoogd. Omdat Telfort een gecombineerd abonnement aanbood onder één prijs voor beide diensten en het aanbod de naam 'Internet + vast bellen' draagt is OPTA van mening dat er sprake is van een overeenkomst die in zijn geheel opgezegd moet kunnen worden. Overigens geldt het voorgaande niet voor elke wijziging. Wijzigingen in het voordeel van de abonnee vallen hier buiten. Eveneens moet het gaan om voor de abonnee van belang zijnde wijzigingen. In het Beoordelingskader 2010 artikel 7.2 Tw is expliciet aangegeven dat artikel 7.2 Tw redelijk moet worden uitgelegd zowel voor de aanbieder als voor de abonnee.²⁹¹

3.5.5.3 Conclusie

De opzeggingsmogelijkheid die een aanbieder op grond van de Tw aan eindgebruikers/consumenten bij wijziging van de overeenkomst moet aanbieden, dient haar eigen doelen. Aan de ene kant biedt zij bescherming aan de consument, aan de andere kant moet de mededinging worden gestimuleerd. Dit is ook terug te zien in de uitspraken van de ACM. Zo kunnen concurrenten

289 OPTA 10 augustus 2010, OPTA/ACBB/2011/201061.

290 OPTA 22 oktober 2009, OPTA/ACNB/2009/202753, besproken in par. 3.5.4.2, nr. 5.

291 Zie Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 Tw, 5 januari 2010, OPTA/ACNB/2009/203604.

en/of belangenbehartigers de ACM er op wijzen dat een aanbieder zich niet aan de wettelijke bepalingen heeft gehouden. De ACM kan dan een boete of een dwangsom opleggen om de overtreding op te heffen dan wel om de aanbieder te straffen.

Wel ligt sterk de bescherming van de consument als gedachte ten grondslag aan dit beëindigingsrecht; de 'zwakke' consument die beschermd dient te worden tegen de machtige aanbieders van openbare communicatiediensten.

Een consument heeft, naast de in de Tw genoemde mogelijkheden, zelf ook privaatrechtelijke middelen op grond van het BW in handen om het abonnement op te zeggen of blokkades daartoe ongedaan te maken. Deze privaatrechtelijke middelen zijn ruimer omdat zij niet per definitie zien op wijzigingen in de overeenkomst. Zo kan de consument met een beroep op artikel 6:237 sub k BW een bepaling in de algemene voorwaarden vernietigen die bepaalt dat het abonnement een looptijd heeft van meer dan een jaar, tenzij die opzegbaar is, of kan de consument via de afdeling in het BW betreffende de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW) de overeenkomst beëindigen. Deze regelingen zijn naast elkaar van toepassing. De vragen bij vroegtijdige beëindiging omtrent abonnementen met 'gratis' mobiele telefoons zullen wellicht nog gecompliceerder worden. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de abonnementsvorm waarbij een 'gratis' mobiele telefoon wordt verstrekt in combinatie met een telefonieabonnement, in feite koop op afbetaling is.²⁹² Ontbinding door de kredietverstrekker van een kredietovereenkomst wegens wanprestatie van de consument dient op grond van artikel 44 Wck via de rechter te gebeuren. Ten slotte behoort een beroep van de consument op artikel 3:40 BW ook tot de mogelijkheden wanneer de dienstverlener de artikelen 7.2 en 7.2a Tw heeft overtreden.

Zowel de regels van de Tw, het BW als de Wft kunnen dus van toepassing zijn. Voor de consument en de telecomaandbieder maakt dit het juridisch kader ingewikkeld.

3.6 PRIJSVORMING IN DE TELECOMMUNICATIEWET

3.6.1 Inleiding

In paragraaf 3.4 is geconstateerd dat in het kader van artikel 3:24 lid 1 Tw houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die bestemd is voor het aanbieden van openbare telecommunicatienetwerken of

292 Zie in dit kader HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477. Zie ook W.H. van Boom, 'Is een telefoonabonnement met 'gratis' toestel een overeenkomst van consumentenkrediet?', AA 2014/11; J.M. van Poelgeest en J.W.A. Biermans, JOR 2014/206, p. 825-833; R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos, TvC 2014/5, p. 243. Zie ook HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, RvdW 2016/279.

openbare telecommunicatiediensten over en weer verplicht zijn te voldoen aan redelijke verzoeken omtrent het medegebruik van antenne-opstelpunten. Op grond van artikel 3:24 lid 3 en 4 Tw wordt dit medegebruik tegen een redelijke vergoeding ter beschikking gesteld.

Ook in hoofdstuk 6 van de Tw speelt de vaststelling van tarieven een belangrijke rol. Een partij met aanmerkelijke marktmacht kan op grond van artikel 6a.2 Tw juncto artikel 6a.7 Tw verplichtingen opgelegd krijgen aangaande de in rekening te brengen tarieven. Voor gevallen waarin een partij niet is aangewezen als een partij met aanmerkelijke marktmacht, zijn in de Tw geen voorschriften te vinden. Aangenomen dient te worden dat de ACM in die gevallen redelijke tarieven dient vast te stellen.²⁹³

In deze paragraaf zal achtereenvolgens geanalyseerd worden hoe de ACM tot de vaststelling van prijzen komt van het medegebruik van antenne-opstelpunten tegenover partijen met aanmerkelijke marktmacht en tegenover partijen zonder aanmerkelijke marktmacht.

Vaststelling van een (redelijke) prijs door de civiele rechter is niet gebruikelijk in het privaatrecht.²⁹⁴ Immers uit de contractvrijheid vloeit voort dat partijen de prijs zelf kunnen en dienen te bepalen. Toch is het vaststellen van een redelijke prijs het privaatrecht niet geheel vreemd. Zo bepaalt artikel 7:4 BW dat wanneer een koopovereenkomst is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, de koper een redelijke prijs is verschuldigd. Bij de bepaling van die prijs wordt rekening gehouden met de door de verkoper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst gewoonlijk bedongen prijs.²⁹⁵ Als die niet bepaald kan worden, dan dient rekening gehouden te worden met de gangbare prijzen.²⁹⁶

Ook bij de overeenkomst van opdracht komt een soortgelijke bepaling voor. Artikel 7:405 lid 2 BW bepaalt dat de opdrachtgever, als de hoogte van het loon niet is bepaald, de opdrachtnemer loon verschuldigd is. Dit loon wordt vervolgens op de gebruikelijke wijze berekend. Ontbreekt een gebruikelijke wijze van berekenen van het loon dan is er een redelijk loon verschuldigd. Wat redelijk is in een specifiek geval, hangt onder meer af van de omvang van de te verrichten werkzaamheden en het gebruik in de branche. Dit volgt

293 CBB 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, besproken in par. 3.5.3.3, nr. 1 en in par. 3.6.4, nr. 1.

294 In het civiele recht komt prijsvaststelling overigens hier en daar wel voor, zoals bijvoorbeeld in het huurrecht. In het huurrecht geldt een dwingendrechtelijk prijswaarderingssysteem. Partijen zijn vrij om een prijs overeen te komen, maar bij onenigheid omtrent de redelijkheid, kan de huurcommissie om uitspraak gevraagd worden. Er geldt wel een verschil tussen geliberaliseerde en niet-geliberaliseerde woonruimte. Zie nader Boek 7, titel 4, afdeling 5, onderafdeling 2, BW.

295 *Parl. Gesch. InvW 7 (TM)*, p. 54

296 *Parl. Gesch. InvW 7 (TM)*, p. 54, zie ook HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/723. Zie in vergelijkbare zin diverse principes: art. II.-9:104 DCFR en art. 5.1.7 PICC. Vergelijk ook art. 73 voorstel CESL (inmiddels ingetrokken). Zie ook HR 10 december 1999, *NJ* 2000/5.

uit het arrest van de Hoge Raad 3Span/Recreatiebeheer.²⁹⁷ In dat arrest wordt overwogen dat aan de bepaling van een redelijk loon geen nauwkeurige berekening ten grondslag kan worden gelegd. Dit in tegenstelling tot bij een gebruikelijk loon.

In artikel 7:752 BW is in het kader van aanneming van werk ook bepaald dat als er geen prijs is overeengekomen er rekening gehouden dient te worden met de prijs die door de aannemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk zou zijn bedongen. Ook moet rekening worden gehouden met de door hem ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen. Deze bepaling geldt niet voor de gevallen waarin partijen wel over de prijs hebben onderhandeld maar er niet zijn uitgekomen.²⁹⁸

In deze paragraaf zal worden bekeken hoe de ACM en het CBB het begrip 'redelijk' invullen en hoe de ACM en het CBB tot de vaststelling van prijzen komen.

3.6.2 Redelijke verzoeken antenne-opstelpunten

In artikel 3.24 lid 3 Tw is gekozen voor een redelijke vergoeding voor medegebruik en is derhalve niet expliciet gekozen voor het principe van kostenoriëntatie. Door de ACM is in de zaak tussen Dutchtone en KPN expliciet onderstreept dat de verplichting tot kostenoriëntatie in het kader van artikel 3.11 lid 3 Tw ontbreekt (oud, geldend tot 2004).²⁹⁹ Over het medegebruik van omroepzendernetwerken heeft de ACM een besluit betreffende medegebruik genomen. In deze Nota Besluit medegebruik omroepzendernetwerken³⁰⁰ wordt het begrip redelijke vergoeding als volgt ingevuld:

'Een redelijke vergoeding betekent allereerst dat de kosten van voorzieningen die speciaal voor de desbetreffende medegebruiker worden getroffen door hem worden vergoed. Voorts betekent een redelijke vergoeding dat de kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel worden toegerekend, met andere woorden evenredig aan het gebruik van de voorzieningen door de desbetreffende medegebruiker van het opstelpunt in vergelijking met het gebruik door andere gebruikers. Voor wat betreft de vaststelling van de kosten wordt daarbij uitgegaan van de werkelijk gemaakte kosten, vastgesteld overeenkomstig de door het bedrijf toegepaste waarderingsprincipes in het kader van de financiële verslaglegging;

297 HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680, NJ 2011/4, m.nt. Jac. Hijma (3Span/recreatiebeheer).

298 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, NJ 2012/43 (Van Mierlo/OGP). Zie conclusie A-G Rank-Berenschot, r.o. 2.4.2.

299 OPTA 2 april 1999, 1999/OPTA/I/99/2072 (Dutchtone/KPN), zie punt 8 t.a.v. geschilpunt 5, besproken in par. 3.5.2.2, nr. 1.

300 Besluit van 2 juni 2003, houdende regels inzake het medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes bestemd voor omroep zendernetwerken (Besluit medegebruik omroepzendernetwerken), Stb. 2003, 232 (tijdstip inwerkingtreding: Stb. 2003, 385).

voorts dat deze principes ook consistent worden toegepast bij de vaststelling van de tarieven van de eigen dienstverlening. Deze kosten mogen voorts worden vermeerderd met een redelijk rendement op het in het opstelpunt geïnvesteerde vermogen, voor zover dat aan het medegebruik kan worden toegerekend'.³⁰¹

Eveneens wordt in deze Nota opgemerkt dat de toepassing van het beginsel kostenoriëntatie bij gevallen, waarin geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht, minder passend wordt geacht.³⁰² Regulering is dan over het algemeen minder noodzakelijk.

Hoewel niet expliciet is gekozen voor het begrip 'kostenoriëntatie' als uitgangspunt voor redelijke prijzen bij antenne-opstelpunten bij partijen zonder aanmerkelijke marktmacht, lijkt de ACM hier toch voor te kiezen. Zo ook in de zaak BNT en Nozema.³⁰³

(1) BNT/Nozema

Casus. BNT (aanbieder omroepzendernetwerken) en Nozema (vergunninghouder met betrekking tot antenne-opstelpunten) hebben in mei 2001 een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarin de uitgangspunten voor het medegebruik van antenne-opstelpunten zijn vastgelegd. Partijen hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de prijs. Wel zijn er randvoorwaarden opgesteld waaraan de prijs voor het medegebruik dient te voldoen. Zonder dat de overeenstemming is bereikt, wordt het medegebruik eind 2001 gestaakt en stuurt Nozema een factuur aan BNT voor het medegebruik. BNT verzoekt vervolgens OPTA om ex artikel 3.11 lid 4 Tw (oud geldend tot 2004) regels te stellen over de prijs voor het medegebruik.

Besluit. OPTA overweegt dat met het begrip kostenoriëntatie in het kader van de Tw in algemene zin wordt bedoeld op het vereiste dat tarieven en vergoedingen gebaseerd moeten zijn op de werkelijk gemaakte kosten, vermeerderd met een redelijk rendement. OPTA oordeelt dat kostenoriëntatie weliswaar niet als vereiste in de wet is opgenomen maar dat naar het oordeel van OPTA dit niet uitsluit dat de invulling van de redelijkheid in haar praktische uitwerking neerkomt op kostenoriëntatie.³⁰⁴ OPTA is van oordeel dat in het onderhavige geschil de vergoeding voor het medegebruik kostengeoriënteerd dient te zijn. OPTA overweegt daartoe dat partijen zelf uitdrukkelijk hebben gekozen voor het uitgangspunt van kostenoriëntatie in de overeenkomst.

301 Randnr. 8 en 9.

302 Randnr. 9.

303 OPTA 29 juli 2002, gepubliceerd op 1 augustus 2002, OPTA/I/99/2072.

304 OPTA 29 juli 2002, gepubliceerd op 1 augustus 2002, OPTA/I/99/2072, r.o. 104.

Zie voor een nadere definitie ook CBB 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128, r.o. 6.3.1: Uit het beginsel van kostenoriëntatie vloeit voort dat de tarieven van een aangewezen telecomaandbieder een uitdrukking en weerspiegeling dienen te zijn van de kosten, die die aanbieder werkelijk moet maken.

Bezwaar. Nozema heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Bij besluit van 9 januari 2004 zijn de bezwaren op de van belang zijnde punten ongegrond verklaard.³⁰⁵

Beroep. De redenering van OPTA wordt door de rechtbank Rotterdam in beroep bevestigd.³⁰⁶ De rechtbank Rotterdam oordeelt dat het criterium kostenoriëntatie een niet onjuiste invulling is van het wettelijke criterium 'redelijke vergoeding'. Dit gezien het monopolioïde karakter van de markt voor hoge antenne-opstelpunten.³⁰⁷ Kostenoriëntatie is een species van het begrip redelijke vergoeding. Gelet op de ongelijkwaardige verhouding tussen Nozema en BNT op het moment van het bestreden besluit is de rechtbank van oordeel dat de keuze van OPTA om de vergoeding voor medegebruik te baseren op de beginselen van kostenoriëntatie derhalve niet een onjuiste invulling van het wettelijke criterium.

Hoger beroep. Het CBB bevestigt in een uitspraak van 7 mei 2008 tussen Nozema en BNT³⁰⁸ dat de OPTA de strenge, ingrijpende norm van kostenoriëntatie mag gebruiken als invulling van de redelijke prijs.³⁰⁹ Hierbij geldt wel de eis dat OPTA de invulling, gelet op het ontbreken van nadere wettelijke normen, goed dient te motiveren. De motivering dat in principe geen nieuwe hoge antenne-opstelpunten worden opgericht en dat in deze zaak Broadcast volledig is aangewezen op de antenne-opstelpunten van Nozema, brengt mee dat er sprake is van een ongelijkwaardige verhouding en rechtvaardigt de keuze voor het begrip kostenoriëntatie.³¹⁰ Door de keuze voor kostenoriëntatie wordt voorkomen dat medegebruik door financiële barrières alsnog onmogelijk wordt gemaakt.

Commentaar. Cartigny merkt op dat de ACM in zijn rol als geschilbeslechter ook nog regels vaststelt waaraan partijen zich moeten houden.³¹¹ De ACM grijpt immers in vergaande mate in, beperkt de contractvrijheid en bepaalt deels de inhoud van de overeenkomst. Hier is duidelijk sprake van vaststelling van (redelijke) prijzen hetgeen duidt op toepassing van de *iustum pretium*-doctrine.³¹²

De door de ACM gekozen lijn is des te opvallender, nu de wetgever expliciet niet heeft gekozen voor het uitgangspunt kostenoriëntatie, maar voor een ex post benadering. De ACM kiest echter voor kostenoriëntatie, een criterium dat

305 Kenbaar uit Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334.

306 Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334.

307 Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334, r.o. 2.4.

308 CBB 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, AB 2008/267, m.nt. G.J.M. Cartigny en *Mediaforum* 2008/7-8, m.nt. Q. Kroes, p. 334-335.

309 CBB 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, r.o. 7.4.1.

310 CBB 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, r.o. 7.4.2, 7.4.3 en 7.3.4. Overigens trok het CBB in zijn uitspraak van 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187 nog in twijfel of artikel 3.11 Tw (oud) kon leiden tot de verplichting van kostenoriëntatie. Zie in dit kader Q. Kroes, *Mediaforum* 2008/7-8, p. 335.

311 G.J.M. Cartigny, AB 2008/267.

312 Zie voor nadere bespreking *iustum pretium*-leer par. 2.2.1.2.

voortvloeit uit de ex ante toezichtmogelijkheden van de ACM. De rechtvaardiging daarvan wordt gezocht in het feit dat antenne-opstelpunten niet zo maar vrij gebouwd kunnen worden en dat antenne-opstelpunten een monopolioïde karakter hebben, hetgeen, mijns inziens, eigen is aan een netwerkmarkt. Artikel 3.11 Tw (oud, geldend tot 2004), zoals de wetgever dat aanvankelijk heeft bedoeld, leek niet sluitend te zijn. Hier vreesde het CBB aanvankelijk zelf voor.³¹³ Onder artikel 3.11 Tw (oud, geldend tot 2004) zouden onder de redelijkheidsnorm hogere prijzen gevraagd kunnen worden dan volgens de norm kostengeoriënteerde tarieven. Nu het CBB het begrip redelijk tarief onder artikel 3.11 Tw (oud, geldend tot 2004) invult aan de hand van het uitgangspunt van kostenoriëntatie, is deze vrees weggenomen.³¹⁴ Ook onder het nieuwe artikel 3:24 lid 3 Tw kan de verplichting tot kostenoriëntatie nog steeds worden opgelegd.³¹⁵

Dat het begrip ‘redelijke vergoeding’ als bedoeld in artikel 3.11 lid 3 Tw (oud, geldend tot 2004) wordt ingevuld aan de hand van het uitgangspunt van de werkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement, is inmiddels de vaste lijn van de ACM. De berekening van het begrip kostenoriëntatie vindt plaats aan de hand van vaste uitgangspunten die door de ACM zijn ontwikkeld. De uitgangspunten voor de werkelijke kosten zijn te vinden in de uitspraken van 29 juli 2002,³¹⁶ 14 november 2002,³¹⁷ 9 januari 2004³¹⁸ en 11 november 2005.³¹⁹ Deze lijn is vervolgens weer bevestigd in de CBB uitspraak van 7 mei 2008.³²⁰ Om de werkelijke kosten te bepalen worden de volgende uitgangspunten gehanteerd: de afnemer betaalt voor wat hij gebruikt, de integrale kosten worden vergoed, de waardering van activa geschiedt op basis van historische kosten en er wordt lineair afgeschreven.³²¹ Voor de bepaling van het tarief voor medegebruik van de antenne-opstelpunten is een drietal componenten van belang: de investeringskosten, de kapitaalkosten en de operationele kosten.³²²

Voor de bepaling van het tarief per gebruiker worden deze kosten toegerekend aan de verschillende gebruikers van de antenne-opstelpunten. Het redelijk rendement wordt door de ACM ingevuld door het WACC (*Weighted Average Cost of Capital*), waarbij als uitgangspunt dient dat een rendement wordt verkregen

313 Zie CbB 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187.

314 Zie verder CbB 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529, AB 2012/226 (*BNT/OTA*), m.nt. W. Sauter.

315 *Kamerstukken II* 2010/11, 31412, nr. 41, p. 3.

316 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072.

317 Aanvullend besluit OPTA 14 november 2002, OPTA/BO/2005/203168 en OPTA/BO/2005/203171 uit OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926.

318 OPTA 9 januari 2004, OPTA/JUZ/2003/204935.

319 OPTA 11 november 2005, OPTA/TN/2005/203184, P.12.05.

320 CbB 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, AB 2008/267, m.nt. G.J.M. Cartigny.

321 Voor de onderbouwing van deze uitgangspunten wordt door het college in de zaak OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008201926, 08.0145.21, verwezen naar de besluiten van 29 juli 2002 (OPTA/I/99/2072); 14 november 2002 OPTA/BO/2005/203168; 9 januari 2004 OPTA/JUZ/2003/204935 en 11 november 2005 OPTA/TN/2005/203184, P.12.05.

322 Zie onder meer OPTA 10 maart 2010, OPTA/AM/2011/200419, 10.0329.21, r.o. 48 en OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351, 09.0129.21, r.o. 81.

dat in overeenstemming is met de kosten van eigen en vreemd vermogen en dat uitsluit dat een hoger rendement wordt behaald dan met vergelijkbare activiteiten op een concurrentiële markt zou worden gerealiseerd.³²³

Deze vaste benadering van prijsvaststelling kan leiden tot het volgende probleem dat is te vinden in het geschil tussen Alticom en Novec uit 2010,³²⁴ waarin het CBB uitspraak heeft gedaan.³²⁵ Omdat partijen ook naar de civiele rechter zijn gegaan is er in dezelfde zaak ook een uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam³²⁶ en van het hof Den Haag.³²⁷

(2) Novec/Alticom

Casus. Novec (exploitant van antenne-opstelpunten) en Alticom (exploitant betonnen mastvoeten waarop de opstelpunten staan) zijn op 30 januari 2009 een huurovereenkomst aangegaan: de overeengekomen huurvergoeding bedraagt € 1.383,88 per m². In de overeenkomst is opgenomen dat partijen zich bewust zijn van het feit dat nationale en internationale regels van toepassing zijn op grond waarvan de overeenkomst aangepast zou kunnen worden. Novec is het niet eens met de prijs die zij dient te betalen voor de huur van de betonnen mastvoeten en wendt zich tot OPTA. Alticom stelt dat er een redelijke prijs in rekening wordt gebracht en verwijst eveneens naar de door Novec bedongen exclusiviteit aangaande het gebruik van de antenne-opstelpunten.

Besluit. OPTA oordeelt dat er sprake is van strijd met de Tw en stelt het tarief vast op basis van het principe van kostenoriëntatie. De redelijke vergoeding wordt uiteindelijk vastgesteld op een bedrag ad € 1.342 per m².

Beroep. Bij het CBB heeft Alticom aangevoerd dat OPTA bij de beoordeling van het tarief ook de door Alticom gedane concessies inzake de exclusiviteit had moeten betrekken.³²⁸ Alticom heeft deze opvatting ook verwoord bij het hof Den Haag, waarnaar zij bij het CBB verwijst.³²⁹ Het CBB stelt dat OPTA alleen in het licht van artikel 12.2 lid 2 Tw oordeelt over de verhouding tussen de verplichtingen uit een overeenkomst. De overige verplichtingen uit die overeenkomst dienen door de civiele rechter te worden beoordeeld. Dit wordt ook onderstreept door het arrest van het hof Den Haag, aldus OPTA.

De uitkomst is overigens dat OPTA een rekenfout heeft gemaakt waardoor de redelijke vergoeding alsnog op € 1.378 uitkomt en derhalve de oude berekende vergoeding niet onredelijk was in de zin van de Tw. De conclusie is, zoals het hof Den Haag aangeeft, dat partijen over de overige voorwaarden dienen te onderhandelen.

323 CBB 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529, AB 2012/226, m.nt. W. Sauter, r.o. 7.7.2.

324 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351, 09.0129.21.

325 CBB 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2311.

326 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, nr. 21.

327 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

328 CBB 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2311.

329 Zie r.o. 6.3.1.

Civiele rechter. In de civiele zaak staat de vraag centraal of de uitspraak van OPTA in de plaats komt van de bepalingen van de overeenkomst en wat de gevolgen zijn voor de overige voorwaarden uit de huurovereenkomst, zoals de bedongen exclusiviteit.³³⁰ Novec is van mening dat de overeenkomst tussen partijen nog steeds van kracht is en dat deze niet is geëindigd met het besluit van OPTA. Alticom vraagt in reconventie primair ontbinding en subsidiair een gebod om Novec te verplichten te onderhandelen over aanpassing van de overeenkomst. Meer subsidiair vordert Alticom de huurovereenkomst te wijzigen op grond van artikel 6:248 lid 1 BW, dan wel op grond van artikel 6:258 BW, waarbij in de huurovereenkomst wordt opgenomen dat de vergoeding voor de verhuur van de opstelpunten € 1.342 per m² zal bedragen en waarbij de exclusiviteit en de economische eigendom van Novec uit de huurovereenkomst worden verwijderd, alsmede dat Alticom de mogelijkheid krijgt om tussentijds op te zeggen.

Alticom heeft aangevoerd dat intensief is onderhandeld over de huurovereenkomst. Voor Novec zou de huurprijs van ondergeschikt belang zijn geweest. Ook zou zijn besproken dat partijen zich niet tot OPTA zouden wenden om de prijs ter discussie te stellen. Voorts zou de bevoegdheid van OPTA slechts bestuursrechtelijk zijn en geen civielrechtelijk effect hebben, aldus Alticom. De kantonrechter oordeelt dat OPTA het maximaal redelijke tarief vast stelt. Dit tarief ligt lager dan het overeengekomen tarief. Ontbinding ex artikel 6:265 BW is pas mogelijk als een van de partijen haar verplichtingen niet nakomt. Dit is niet het geval en derhalve kan de overeenkomst niet worden ontbonden. De geschilbeslechting door OPTA wordt aangemerkt als bestuursrechtelijk van aard, ook al heeft zij betrekking op civielrechtelijke verhoudingen. Het besluit van OPTA werkt dan door in de civielrechtelijke verhouding en leidt tot een huuraanpassing. Voor zover Novec te veel heeft betaald is zij dan ook bevoegd dit te verrekenen. Alticom heeft in het kader van de huurprijswijziging nog bepleit dat door deze aanpassing de economische balans uit de overeenkomst is verdwenen. Daarom dienen alle voorwaarden nu herzien te worden. De kantonrechter meent dat dit onvoldoende is onderbouwd en afgezien daarvan kan de kantonrechter het besluit van OPTA niet inhoudelijk toetsen en dient te worden aangenomen dat OPTA bij het beoordelen van het geschil alle omstandigheden van het geval, dus ook de andere huurvoorwaarden, heeft meegenomen. Evenmin kan het besluit van OPTA worden gezien als een omstandigheid die niet kon worden voorzien. Van een verandering van omstandigheden of regulering die partijen tot het nader onderhandelen noopt in de zin van artikel 6:248 BW is daarom evenmin sprake. Een partij dient rekening te houden met de mogelijkheid dat een andere marktpartij van zijn wettelijk recht gebruik maakt om OPTA in te schakelen.³³¹

In hoger beroep stelt het hof Den Haag vast dat OPTA de vraag wat een redelijke vergoeding is heeft beantwoord vanuit het principe van kostenoriën-

330 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, nr. 21, m.nt. B. Braeken.

331 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011-7/8, nr. 21, m.nt. B. Braeken, r.o. 6.6-6.9.

tatie.³³² OPTA heeft geen enkele overweging gewijd aan de door Alticom genoemde overige voorwaarden van de overeenkomst. Nu aan de overeenkomst een lang onderhandelingstraject is voorafgegaan waarbij in ruil voor het overeengekomen tarief door Alticom diverse concessies zijn gedaan, is het hof van oordeel dat het geschilbesluit van OPTA zodanig ingrijpende gevolgen heeft dat hierdoor het economische evenwicht is verstoord. Artikel 15.2 van de overeenkomst en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid brengen daarom met zich mee dat Novec en Alticom zullen moeten heronderhandelen over die genoemde voorwaarden.³³³

Commentaar. Het bovenstaande laat zien hoe de ACM kijkt naar de prijsvorming. Er wordt getoetst of er is voldaan aan het uitgangspunt van kostenoriëntatie. Als dat niet het geval is worden de prijzen door de ACM vastgesteld conform vaste uitgangspunten. De overige voorwaarden, zoals het exclusieve gebruik van de antenne-opstelpunten, uit de overeenkomst, die naar mijn mening ook van invloed zijn op de prijs, worden echter niet meegewogen. De ACM heeft niet de vrijheid om deze voorwaarden in haar oordeel te betrekken. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt is dit zeer goed te verklaren, maar de vraag dient dan wel gesteld te worden of de ACM bevoegd zou moeten zijn prijzen vast te stellen. Partijen hebben gezien bovenstaande problematiek geen volledige contracteervrijheid meer.³³⁴ Overigens gaat het hof Den Haag er, in tegenstelling tot de kantonrechter, vanuit dat de vastgestelde tarieven niet rechtsreeks doorwerken in de overeenkomst. Immers over de andere voorwaarden dient eerst nog opnieuw onderhandeld te worden.³³⁵

De conclusie is derhalve dat partijen helder zullen moeten krijgen wat een redelijke prijs is, conform de maatstaven van de Tw, alvorens zij in staat zijn om de overige voorwaarden vast te stellen. Dit lijkt mij omslachtig, aangezien een prijs bijna altijd mede tot stand komt op basis van de overige voorwaarden. Het zou daarom wenselijk zijn als de ACM haar bevoegdheden breder zou opvatten zodat ook de overige voorwaarden worden meegewogen bij de beoordeling.³³⁶ Een meer 'hybride' vorm van handhaving, waarbij de ACM wel bevoegd is om bijvoorbeeld de overige voorwaarden uit de overeenkomst mee te wegen bij het oordeel zou efficiënter zijn. Het oordeel van de ACM krijgt daardoor dan wel een meer civiel karakter.³³⁷

De vaststelling van prijzen door de ACM kan zelfs leiden tot een hoger redelijk tarief dan door de betreffende partij gevraagd wordt, zoals blijkt uit

332 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

333 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527, r.o. 3.9 en 3.10.

334 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011-7/8, nr. 21, m.nt. B. Braeken, zie r.o. 6.5.

335 Braeken wijst in zijn noot op het feit dat het niet vanzelfsprekend is dat geschilbesluiten hun doorwerking vinden in civiele procedures. Na de uitspraak van het hof ligt een en ander toch weer anders aangezien het hof er vanuit gaat dat er geen rechtstreekse werking is.

336 Zie par. 3.9 en 6.3.7.4 en 6.4.4.

337 Zie nader 6.3.7.4 en 6.4.4.

de aansluitend te bespreken zaak BNT/KPN van 1 augustus 2008.³³⁸ Het in deze zaak oorspronkelijk door de vergunninghouder gevraagde tarief is in die zaak redelijk; KPN mag zelfs, zoals blijkt uit het onderzoek in opdracht van de ACM, een hoger bedrag vragen omdat zij nog onder het maximumtarief zit.

(3) BNT/KPN

Casus. BNT (verantwoordelijk voor doorgifte van radiosignalen van programma-aanbieders) en KPN hebben een geschil over de tarifiering van het medegebruik van de antennesystemen van KPN. BNT wil duidelijkheid over de redelijke tarieven die door KPN in rekening gebracht kunnen worden. OPTA acht zich bevoegd om het geschil te beslechten en geeft het deskundigenbureau Mazars opdracht om een onderzoek bij KPN naar een kostengeoriënteerd tarief uit te voeren. Op grond van de vaste uitgangspunten komt Mazars tot een redelijke vergoeding die hoger ligt dan de door KPN gevraagde vergoeding.³³⁹

Besluit. OPTA overweegt dat Mazars geen tarief vaststelt, maar onderzoek doet naar de kosten.

‘Op het moment dat alle parameters onderzocht zijn die effect hebben op de kostprijs per eenheid kan een kostprijs worden vastgesteld. Op dat moment kan pas worden vastgesteld of het tarief dat KPN in rekening wenst te brengen zich tot de kosten verhoudt. Als dit tarief lager is dan de kostprijs, dan staat het KPN vrij dit lagere tarief bij BNT in rekening te brengen. De suggestie die BNT wekt, dat het college slechts lagere kostprijzen mag vaststellen, is onjuist.

De kostprijs wordt volgens een vaste methodiek vastgesteld en heeft geen bovengrens. (...). Dit neemt overigens niet weg dat het KPN uiteraard is toegestaan een lager aanbod te doen.³⁴⁰

Commentaar. Het gevolg van deze regelgeving is dat KPN nu weet dat zij meer mag vragen dan het overeengekomen tarief. Het vragen van een hogere prijs, bij afloop van de overeenkomst, ligt dan ook voor de hand. Gezien het feit dat er sprake is van een markt met monopolistische kenmerken zal BNT niet de mogelijkheid hebben om met andere contractspartners in zee te gaan.

(4) KPN/Novec

Casus. KPN heeft op grond van artikel 3.11 lid 3 Tw (oud) om geschilbeslechting gevraagd inzake de tarieven voor het medegebruik door KPN van antenne-opstelpunten van Novec.

338 OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21.

339 OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21, zie r.o. 34.

340 OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21, r.o. 205 en 206

Besluit. Het betreft in deze zaak de tarieven over de jaren 2006-2009. Voor de vaststelling van het definitieve tarief over 2009 diende OPTA onder meer in te gaan op de vraag of rekening moet worden gehouden met separatieruimte tussen antennesystemen. Partijen hebben ermee ingestemd dat geen rekening wordt gehouden met de separatie- of tussenruimte. Dit heeft geleid tot een herberekening van het tarief voor het jaar 2009. Bij de herberekening van het tarief voor het jaar 2009 heeft OPTA tevens de vergoeding betrokken die aan Novec in rekening mag worden gebracht voor het medegebruik van de infrastructuur van Alticom, zoals door OPTA vastgesteld in het besluit tussen Novec en Alticom (als besproken onder 2). OPTA stelt bij besluit van 31 mei 2010 de redelijke tarieven vast over de jaren 2006-2009.³⁴¹

Beroep. KPN voert aan dat de ACM bij de invulling van het begrip redelijke vergoeding ex artikel 3.11 lid 3 Tw een doelmatigheidstoets had moeten toepassen.³⁴² Het CBB overweegt daaromtrent dat ingeval in een verzoek om geschilbeslechting wordt gesteld dat bepaalde kosten in redelijkheid niet mogen worden doorberekend, de ACM zal moeten overgaan tot een op deze kosten toegespitste beoordeling van de redelijkheid en noodzakelijkheid daarvan. Het CBB heeft eerder geoordeeld³⁴³ dat indien een partij van oordeel is dat in een concrete situatie het doorberekenen van bepaalde daadwerkelijk gemaakte kosten niet redelijk is op de grond dat deze onnodig zijn gemaakt en de partij op een onaanvaardbare wijze in haar concurrentiepositie aantast, zij dit in een geschilprocedure kan voorleggen. Omdat de ACM zich op het standpunt heeft gesteld dat artikel 3.11 lid 3 Tw (oud) geen grondslag biedt om daadwerkelijk gemaakte kosten aan een doelmatigheidstoets te onderwerpen heeft de ACM dit nagelaten. Factoren als inkomsten uit ongereguleerde dienstverlening en de mate van concurrentie kunnen een rol spelen. Het CBB vernietigt het besluit dan ook onder meer op dit punt en draagt de ACM op om een nieuw tariefbesluit te nemen.

Commentaar. Uit dit besluit volgt dat het toezicht op de prijsvaststelling tot doel heeft de eerlijke concurrentie te bevorderen.

3.6.3 Aanmerkelijke marktmacht

Partijen met aanmerkelijke marktmacht zorgen op de markt voor ongelijkwaardige concurrentie met andere marktpartijen. Daarom kunnen andere regels opgelegd worden aan partijen met aanmerkelijke marktmacht.³⁴⁴ Met betrekking tot interconnectie is dit geregeld in hoofdstuk 6a van de Tw. Op grond van artikel 6a.7 lid 2 Tw, kan een verplichting met betrekking tot de kosten

341 OPTA 31 mei 2010, OPTA/AM/2010/201321, 09.0065.21.

342 CBB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:126.

343 CBB 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529, zie par. 3.6.2, nr. 1.

344 Zie in dit kader ook het Besluit Marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte, 5 augustus 2013, te raadplegen op acm.nl.

inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief moet worden gerekend. Het gebruik van het principe van kostenoriëntatie wordt door de ACM als volgt gerechtvaardigd.

(1) Canal+/UPC

Casus. Canal+ heeft aan OPTA gevraagd om redelijke tarieven vast te stellen voor de toelating van Canal+ tot het kabelnetwerk van UPC.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 9 juli 1999 heeft OPTA, vooruitlopend op de eindbeslissing, UPC een aanwijzing gegeven. Hierbij is onder meer bepaald dat UPC aan Canal+ de mogelijkheid moet bieden om programma's digitaal door te geven. Bij besluit van 4 november 1999 heeft OPTA de bezwaren van UPC ongegrond verklaard.³⁴⁵ Wel is in afwachting van de vaststelling van een definitief tarief een voorlopig doorgiftetarief vastgesteld. Bij een separaat besluit van 31 juli 2000 heeft OPTA, onder verwijzing naar de besluiten van 9 juli en 4 november 1999 een bindende aanwijzing gegeven waarin is bepaald dat als redelijke vergoeding voor de doorgifte van twee abonneetelevisieprogramma's van Canal+ ultimo 1998 heeft te gelden een bedrag ad 1.469.000 gulden per kanaal 8 Mhz. De bezwaren zijn bij besluit van 20 maart 2002 ongegrond verklaard. Wel is een definitief doorgiftetarief vastgesteld. Het beginsel van kostenoriëntatie is niet tot uitgangspunt genomen.

Beroep. De beroepen van UPC en Canal+ tegen het besluit van 20 maart 2002 zijn gegrond.³⁴⁶ Uit het systeem van de Tw volgt dat er voor het opleggen van de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven een uitdrukkelijke basis bij of krachtens de wet dient te zijn. Een dergelijke verplichting kent de Tw echter niet voor aanbieders van omroepnetwerken als UPC. Dat een uitdrukkelijke basis bij of krachtens wet vereist is, vindt ook haar grondslag in het doel van de Tw, namelijk het bevorderen van concurrentie en het tegengaan van oneerlijke concurrentie.³⁴⁷

Hoger beroep. Het CBB oordeelt dat kabelexploitanten als UPC in het algemeen een machtspositie innemen op de markt van aanbieders van infrastructuur voor de verspreiding van omroepdiensten.³⁴⁸ Bedacht dient te worden dat kabel-

³⁴⁵ OPTA 4 november 1999, OPTA/JUZ/99/8050.

³⁴⁶ Rb. Rotterdam 26 februari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5123. Het betreft beroep van Canal+ tegen het besluit van OPTA van 4 november 1999 met betrekking tot overweging 68, het beroep van UPC tegen het besluit van OPTA 4 november 1999, het beroep van Canal+ tegen het besluit van OPTA van 27 januari 2000 het beroep van UPC tegen het besluit van OPTA van 31 juli 2000 de beroepen van UPC en Canal+ tegen het besluit van OPTA van 20 maart 2002. Deze besluiten hangen nauw samen. Het voert echter te ver om deze besluiten allemaal afzonderlijk te bespreken.

³⁴⁷ Rb. Rotterdam 26 februari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5123, r.o. 2.4.3.

³⁴⁸ CBB 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, AB 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, nr. 11, m.nt. N. van Eijk p.95-99.

exploitanten voor het netwerk waarover zij beschikken aanzienlijke bedragen hebben betaald. Het staat de kabelexploitanten echter niet vrij om abonneetarieven te verhogen. Dit in aanmerking nemende komt het CBB tot de conclusie dat het begrip ‘redelijke vergoeding’ ingevuld kan worden door middel van kostenoriëntatie.³⁴⁹ Het CBB overweegt dat OPTA ‘open normen’ slechts onder randvoorwaarden mag hanteren. De keuze voor kostenoriëntatie dient dan ook gemotiveerd te worden.³⁵⁰

Commentaar. Het Hof van Justitie van de EG heeft zich in de zaak Arcor/Duitsland uitgelaten over de betekenis van het beginsel van kostenoriëntatie. Dit geschiedt wel in het licht van artikel 3 lid 3 van Verordening 2887/2000.³⁵¹ Het Hof overweegt dat een NRI een grote beoordelingsvrijheid toekomt bij de invulling van het begrip kostenoriëntatie.³⁵² In overweging 69 brengt het Hof het begrip kostenoriëntatie in verband met het openbreken van de markt:

‘Uit het bovenstaande volgt dat het in artikel 3 lid 3 van de verordening nr. 2887/2000 vastgestelde beginsel dat de tarieven voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk worden vastgesteld op basis van de kosten, aldus moet worden opgevat dat de aangemelde exploitanten in het kader van de geleidelijke openstelling van de telecommunicatiemarkt voor de mededinging verplicht zijn om deze tarieven te baseren op de kosten die zij voor de installatie van het aansluitnetwerk hebben gemaakt, en deze tarieven tegelijkertijd zo moeten vaststellen dat zij een redelijk rendement behalen, zodat zij voor een lange termijnontwikkeling en modernisering van de bestaande telecominfrastructuur kunnen zorgen.’³⁵³

Kortom, het opleggen van kostenoriëntatie heeft een sterk liberaliserende, sturende werking.

Voor een partij met aanmerkelijke marktmacht kunnen daarom zwaardere verplichtingen gelden dan voor partijen zonder aanmerkelijke marktmacht. Een partij met aanmerkelijke marktmacht kan echter ook tussen de verplichtingen van de ACM (vastgestelde prijzen voor eindgebruikers) en gevraagde prijzen van een partij zonder aanmerkelijke marktmacht klem zitten. Hoe de ACM hier mee dient om te gaan volgt uit de zaak tussen KPN en Tele2 (Versatel).

349 Cbb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, AB 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.5.

350 Cbb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, AB 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.5. Zie ook Ottow 2006, p. 95.

351 Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000, inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk O.J. L 336/4.

352 HvJ EG 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, *Mediaforum* 2008/6, r.o. 160-170.

353 HvJ EG 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, *Mediaforum* 2008/6, r.o. 69.

(2) KPN/Tele2 (Versatel)

Casus. Tussen KPN en Versatel bestaat een interconnectieovereenkomst. Op basis van deze overeenkomst wikkelen partijen over en weer verkeer voor elkaar af voor het vaste openbare telefoonnetwerk. Partijen brengen elkaar hiervoor FTA-tarieven in rekening. KPN is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht en dient ex artikel 6.4 Tw (oud) tarieven in rekening te brengen die kostengeoriënteerd zijn. Deze verplichting rust niet op Tele2 (Versatel). KPN dient bij OPTA een verzoek in om vast te stellen dat de tarieven van Tele2 (Versatel) onredelijk zijn.

Besluit en bezwaar. OPTA acht de tarieven van Versatel inderdaad onredelijk en stelt andere tarieven vast.³⁵⁴ Dit besluit is vervolgens weer vernietigd en aan OPTA wordt opgedragen een nieuw besluit te nemen. De tarieven van Tele2 (Versatel) hebben echter invloed op de eindgebruikerstarieven van KPN. KPN wil dan ook haar eindgebruikerstarieven verhogen en vraagt om toestemming aan OPTA. OPTA weigert echter goedkeuring te geven. OPTA overweegt in zijn besluit van 24 augustus 2004 dat de terminating access-tarieven van Tele2 (Versatel) onredelijk hoog zijn. Daarmee voldoen de voorgestelde gedifferentieerde eindgebruikerstarieven niet aan de norm van kostenoriëntatie zoals bepaald in artikel 35 lid 1 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (Boht), omdat de onderliggende kosten niet redelijk zijn. KPN is daarmee niet gerechtigd om de voorgenomen tariefwijzigingen door te voeren. Alleen als aan voorgestelde gedifferentieerde eindgebruikerstarieven redelijke terminating access tarieven ten grondslag liggen, kan OPTA gedifferentieerde eindgebruikers tarieven goedkeuren. De bezwaren zijn bij besluit van 5 april 2005 ongegrond verklaard.³⁵⁵

Beroep. De rechtbank oordeelt dat OPTA bevoegd is om het betreden besluit te nemen.³⁵⁶ Volgens de rechtbank heeft OPTA bij het vaststellen van de Beleidsregels aan de hand waarvan OPTA toetst of een FTA-tarief van een niet aangewezen aanbieder redelijk is, de haar toekomstige beoordelingsruimte niet overschreden. Het begrip 'kostengeoriënteerd' betreft geen discretionaire bevoegdheid van OPTA en wordt door de rechter in beginsel vol getoetst. OPTA heeft echter een bepaalde vrijheid nodig om op adequate wijze invulling te geven aan de aan haar opgedragen taken. Om die reden zal de rechtbank met enige terughoudendheid dienen te toetsen. Het ligt niet in de rede om van kostenoriëntatie te spreken in een geval waarin sprake is van doorberekening van onredelijk hoge tarieven, terwijl degene die deze onredelijk hoge tarieven doorberekent desnoods in rechte redelijke tarieven kan afdwingen. Partijen tekenen beide hoger beroep hier tegen aan.

354 OPTA 24 augustus 2004, OPTA/EGM/2004/203154 (Versatel/KPN).

355 OPTA 5 april 2005, OPTA/JUZ/2005/200718.

356 Rb. Rotterdam 17 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6269.

Hoger Beroep. Het CBB dient de vraag te beantwoorden of OPTA, op grond van de beleidsregels, haar goedkeuring mocht onthouden aan de door KPN voorgestelde tariefwijziging van het eindgebruikerstarief voor vast telefoonverkeer naar nummers op het netwerk van Tele2 (Versatel), als OPTA van oordeel is dat dit tarief, gelet op de daarin doorberekende inkoopprijs van de FTA-dienst, niet kostengeoriënteerd is.³⁵⁷ Het CBB overweegt dat uit het beginsel van kostenoriëntatie voortvloeit dat de tarieven van een aangewezen telecomaandbieder een uitdrukking en weerspiegeling dienen te zijn van de kosten, die die aanbieder daadwerkelijk moet maken. In het kader van de verplichting tot interconnectie met andere telecomaandbieders, in dit geval Tele2 (Versatel), dient KPN te onderhandelen over de hoogte van de door Tele2 (Versatel) bij haar in rekening te brengen tarieven. Als vaststaat dat KPN de door Tele2 (Versatel) berekende tarieven moet betalen om de gevraagde dienst te kunnen leveren, gaat het om kosten die KPN in verband met deze dienst heeft moeten maken. Slechts als gezegd kan worden, dat KPN het maken van deze kosten geheel of gedeeltelijk had kunnen vermijden, zou dat de acceptatie van deze kosten als bouwsteen voor het tarief kunnen belemmeren. Het is van belang in hoeverre KPN met juridische, economische of technische middelen de hoogte van het door Tele2 (Versatel) gevraagde tarief kan beïnvloeden.³⁵⁸

Het CBB beslist dat OPTA door het voorstel van een wijziging van het door KPN bij haar eindgebruikers in rekening te brengen *retail*tarief niet goed te keuren, omdat het daarin verwerkte *wholesale*tarief dat Versatel bij KPN in rekening brengt volgens OPTA niet redelijk is, zonder in haar beoordeling te betrekken of KPN wel de mogelijkheid had om dat *wholesale*tarief te beïnvloeden, in het onderhavige geval haar beoordelingsruimte heeft overschreden.³⁵⁹ OPTA heeft buiten beschouwing gelaten of KPN het *wholesale*tarief wel kon aanvechten met een beroep op kostenoriëntatie.

3.6.4 Vertraagde reciprociteit

Om enerzijds vast te houden aan het beginsel van wederkerigheid (het over en weer dezelfde tarieven in rekening brengen) maar anderzijds ook om rekening te houden met de historische voorsprong van KPN, die als *incumbent operator*, lange tijd hogere tarieven heeft kunnen berekenen, heeft de ACM, in het kader van FTA-tarieven, het beginsel van 'vertraagde reciprociteit' ontwikkeld.³⁶⁰ Dit begrip is geïntroduceerd in de Beleidsregels inzake FTA-tarieven 2003.³⁶¹ Deze Beleidsregels 2003 waren aanvankelijk bedoeld voor partijen die niet waren aangewezen als partijen met aanmerkelijke marktmacht. Dit

357 CBB 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128.

358 CBB 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128, r.o. 6.3.1.

359 CBB 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128, r.o. 6.3.1.

360 Zie ook G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBB 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:C3128, AB 2009/138.

361 Beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven, OPTA/IBT/2003/201171, 18 april 2003.

beginsel houdt in dat aanbieders vanwege hun relatieve positie ten opzichte van KPN een tarief voor gespreksafgifte rekenen dat niet hoger is dan het tarief dat drie jaar te voren voor KPN gegolden heeft.³⁶²

De aanleiding voor de introductie van de Beleidsregels was dat een aantal aanbieders van vaste telefonie hun FTA-tarieven aanmerkelijk verhoogden.³⁶³ De prijsverhogingen van deze partijen achtte de ACM echter onwenselijk. Volgens de ACM zou een ongebreidelde stijging van de FTA-tarieven van nieuwe toetreders kunnen leiden tot het uithollen van de concurrentiepositie van de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht. Een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht zou dan hoge tarieven moeten betalen voor het afleveren van verkeer bij eindgebruikers van nieuwe toetreders, terwijl de nieuwe toetreders relatief weinig zouden hoeven te betalen voor het verkeer dat KPN voor hen termineert. Bij extreme verschillen wordt de winstgevendheid van KPN uitgehouden (hetgeen deels op haar eindgebruikers wordt afgewenteld), terwijl de nieuwe toetreders op een eenvoudige manier inkomsten genereren. Het gevolg zou zijn, aldus de ACM, dat *inefficiency* in de hand gewerkt wordt (of overwinsten behaald worden), en de nieuwe aanbieders eindgebruikers zouden kunnen 'kopen' door hun lage tarieven aan te bieden, hetgeen kan leiden tot inefficiënte vormen van kruissubsidie.³⁶⁴

De ACM probeert met de introductie van het begrip 'vertraagde reciprociteit' in dit opzicht de markt te sturen. We zien dit terug in de volgende zaken.

(1) KPN/Casema en KPN/Versatel

Casus. Het betreft in deze twee zaken de vaststelling van FTA-tarieven (zie ook paragraaf 3.5.3.3). KPN meent dat OPTA strikte reciprociteit dient toe te passen. Casema en ook Versatel zijn niet aangewezen als ondernemingen die een kostengeoriënteerd tarief dienen vast te stellen.

Besluit. OPTA acht zich bevoegd om de tarieven op basis van de Beleidsregels inzake FTA-tarieven vast te stellen.³⁶⁵ Het verzoek van KPN wordt in beide zaken afgewezen.

Beroep. In twee zaken van de datum 16 juni 2005 tussen KPN en Versatel³⁶⁶ en tussen KPN en Casema³⁶⁷ heeft het CBB geoordeeld dat de door OPTA opge-

362 www.acm.nl, Beleidsregel inzake vertraagde reciprociteit, OPTA/AM/2008/201010.

363 www.acm.nl, Consultatiedocument redelijkheid van vaste terminating tarieven, 31 januari 2003.

364 www.acm.nl, Consultatiedocument redelijkheid van vaste terminating tarieven, 31 januari 2003, p. 23.

365 OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636 (*Versatel*). OPTA 29 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202361 (*Casema*).

366 CBB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326, m.nt. G.J.M. Cartigny.

367 CBB 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, m.nt. N. van Eijk.

stelde Beleidsregels inzake FTA-tarieven³⁶⁸ binnen de beoordelingsruimte van OPTA vallen. Het betoog van KPN dat de FTA-tarieven van Versatel en Casema gelijk aan die van KPN dienen te zijn (strikte reciprociteit), wordt door het CBB verworpen. Op Versatel en Casema rusten minder vergaande verplichtingen dan op KPN. Door het hanteren van het beginsel van vertraagde reciprociteit komt OPTA enerzijds tot op zekere hoogte tegemoet aan de belangen van KPN en haar eindgebruikers, die ermee gediend zijn dat een bovengrens wordt gesteld aan de FTA-tarieven die Versatel bij KPN in rekening mag brengen. Anderzijds biedt het criterium van de vertraagde reciprociteit Versatel als niet aangewezen aanbieder, die aanmerkelijk korter actief is op de markt van de vaste openbare telefoondienst van KPN, de mogelijkheid hogere FTA-tarieven te hanteren dan KPN.³⁶⁹

De rechtvaardiging van deze praktijk wordt mede gevonden in de verwachting dat KPN met lagere kosten wordt geconfronteerd dan andere aanbieders die niet al tientallen jaren in de gelegenheid zijn geweest als monopolist een positie op te bouwen. Het betoog van KPN dat iedere aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk in feite monopolist is op de markt voor het afwickelen van verkeer leidt niet tot een ander oordeel. Voor zover de verplichtingen die uit de aanwijzingen voortvloeien de concurrentiepositie op de retailmarkt van de vaste openbare telefoondienst van KPN onder druk zetten, is dit een door de communautaire en Nederlandse wetgever wenselijk geacht effect waarmee wordt beoogd de concurrentie op deze markt te bevorderen.³⁷⁰ Deze regels zijn van tijdelijke aard omdat de gewenste mate van liberalisering nog niet is bereikt, aldus het CBB.

Met de inwerkingtreding van de Tw 2004 was OPTA verplicht om met toepassing van hoofdstuk 6A onderzoek te doen naar de gespreksafgifte op de vaste netwerken en verplichtingen op te leggen aan dominante partijen. Dit resulteerde in het zogenaamde afgiftebesluit van 2005.³⁷¹ Daarin zijn partijen, anders dan KPN, aangewezen met aanmerkelijke marktmacht. Aan deze partijen is vervolgens de verplichting opgelegd dat zij geen FTA-tarieven mogen rekenen die hoger zijn dan volgens de rekenregels van de vertraagde reciprociteit kunnen worden opgelegd (conform de Beleidsregels 2003). In 2007 zijn nieuwe beleidsregels geïntroduceerd inzake vertraagde reciprociteit.³⁷²

(2) Tele2 (Versatel)/KPN

Casus. Tele2 (Versatel) heeft in het afgiftebesluit van 2005 tariefverplichtingen opgelegd gekregen. Tele2 (Versatel) is hiertegen in beroep gegaan. In zijn

368 Het betreft hier de nog oude Beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven, OPTA/IBT/2003/201171, 18 april 2003.

369 CBB 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.6.4. Zie eveneens CBB 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.3.3.

370 CBB 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.3.4.

371 Het besluit 'De wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie' van 21 december 2005, OPTA/TN/2005/203466.

372 www.acm.nl, Beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit, 29 april 2008, OPTA/AM/2008/201010.

uitspraak van 7 mei 2007 heeft het CBB de aan Versatel opgelegde tariefverplichtingen (vertraagde reciprociteit) vernietigd.³⁷³ Volgens het CBB was onvoldoende gemotiveerd dat Tele2 (Versatel) onvoldoende kopersmacht zou ondervinden van andere telefonieaanbieders, waaronder de mobiele telefonieaanbieders.

Naar aanleiding van het opheffen van deze specifieke verplichtingen door het CBB ziet Tele2 (Versatel) aanleiding haar tarieven te verhogen met 280%. KPN is het niet eens met deze verhoging van de FTA-tarieven en legt deze verhoging voor aan OPTA met het verzoek te oordelen over de redelijkheid van de tarieven.³⁷⁴

Besluit. OPTA overweegt dat de FTA-tarieven haar volle aandacht hebben. Dit blijkt uit de ontwikkeling van de (oude) Beleidsregels 2003 inzake de redelijkheid van FTA-tarieven voor partijen zonder aanmerkelijk marktmacht en het afgiftebesluit van 21 december 2005. Op grond van dit besluit diende Tele2 (Versatel) de FTA-tarieven vast te stellen conform het principe van vertraagde reciprociteit als geformuleerd in de Beleidsregels 2003.

OPTA overweegt dat volgens het kenbare beleid van OPTA sinds 2003 de FTA-tarieven van partijen, al dan niet aangewezen als partij met aanmerkelijk marktmacht, gereguleerd worden met als uitgangspunt vertraagde reciprociteit. De aanmerkelijke marktmacht van Tele2 (Versatel) op de afgiftemarkt wordt niet betwist. Daarnaast heeft OPTA, naar aanleiding van de vernietiging van de tariefverplichtingen op basis van de niet toereikende motivering aangaande de kopersmacht, onderzoek laten doen naar de kopersmacht. Uitkomst is dat Tele2 (Versatel) onvoldoende kopersmacht ondervindt. OPTA acht daarom een maatregel jegens Tele2 (Versatel) waarbij Tele2 wordt verplicht redelijke FTA-tarieven bij KPN in rekening te brengen op zijn plaats. OPTA zoekt dan ook aansluiting bij het FTA-beleid voor een antwoord op de vraag wat een redelijk tarief is. In casu betreft het vertraagde reciprociteit: het niveau dat niet hoger is dan het tarief dat drie jaar tevoren voor KPN heeft gegolden.³⁷⁵ OPTA stelt dat het kenbare beleid erop is gericht om de FTA-tarieven te reguleren, zowel voor partijen met aanmerkelijke als zonder aanmerkelijke marktmacht.³⁷⁶ Dit beleid wordt door het CBB niet onredelijk geacht, aldus OPTA.³⁷⁷ Dit beleid wordt dan ook consequent toegepast. OPTA oordeelt eveneens dat de Beleidsregels 2007 analoog kunnen worden toegepast. De grondslag van deze beleidsregels is hoofdstuk 6a Tw.

Beroep. Het CBB oordeelt in beroep,³⁷⁸ onder verwijzing naar de uitspraak van 16 juni 2005, dat OPTA een ruime mate van beoordelingsvrijheid toekomt bij de vaststelling van FTA-tarieven. OPTA heeft die beoordelingsvrijheid ingevuld door te bepalen dat de tarieven van Tele2 (Versatel) niet hoger mogen zijn dan

373 CBB 7 mei 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA4880.

374 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21.

375 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21, r.o. 120.

376 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21, r.o. 121.

377 OPTA verwijst naar CBB 11 mei 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA4880, r.o. 9.27.1 en 9.27.2.

378 CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756.

het niveau van de tarieven zoals die worden bepaald op basis van de rekenregels van verdraagde reciprociteit, conform de Beleidsregels 2007. Deze komen overeen met de Beleidsregels van 2003.³⁷⁹

Commentaar. Feitelijk is er geen sprake van vastgestelde aanmerkelijke marktmacht. Maar Tele2 (Versatel) ondervindt als aanbieder te weinig kopersmacht en op de afgiftemarkt is er wel sprake van een aanmerkelijke marktmacht, daarom gelden voor Tele2 (Versatel) toch de tariefverplichtingen. Uit dit beleid volgt dat de ACM de markt sterk reguleert. Aan de ene kant wil de ACM dat de 'macht' van KPN gebroken wordt, maar dit moet niet leiden tot nieuwe andere partijen met te veel macht.

3.6.5 Conclusie

Het begrip redelijke prijs wordt in sterke mate ingevuld in het licht van de regulering van de markt, het creëren van volledige mededinging. Beleidsregels vormen een belangrijk instrument voor de invulling van het begrip redelijke vergoeding. Hiermee legt de ACM zich in grote lijnen vast. Zij maakt hiermee een open norm meer, zo niet volledig, gesloten. In het kader van antenne-opstelpunten wordt, gezien het bijzondere karakter, overwegend gekozen voor de maatstaf van kostenoriëntatie als invulling van het begrip redelijke vergoeding. Het begrip kostenoriëntatie is oorspronkelijk bedoeld voor partijen met aanmerkelijke marktmacht, althans alleen ten aanzien van die partijen is hiervoor een wettelijke basis. Het begrip kostenoriëntatie is immers voor partijen met aanmerkelijke marktmacht vastgelegd in artikel 6a.7 lid 2 Tw. Daarnaast wordt het begrip echter ook gebruikt voor de invulling van artikel 3.24 lid 3 Tw en bij partijen zonder aanmerkelijke marktmacht, derhalve zonder wettelijke basis.

De ACM heeft in het kader van het openbreken van de markt het begrip verdraagde reciprociteit geïntroduceerd. Aanvankelijk was dit bedoeld voor partijen zonder aanmerkelijke marktmacht, maar inmiddels is dit instrument verheven tot algemeen beleid inzake FTA-tarieven.

De invulling van het begrip redelijke vergoeding door middel van vaste formules kan tot ongewenste situaties leiden die onder meer terug te zien zijn in de zaak tussen Alticom en Novec.³⁸⁰ Partijen hebben een prijs afgesproken en bij de bepaling van deze prijs zijn ook andere voorwaarden uit de overeenkomst, zoals exclusiviteit, meegewogen. De ACM slaat hierop echter geen acht. Dit resulteert in een gang naar zowel de civiele als de bestuursrechter. Een onwenselijke gang van zaken, zo meen ik. Daarnaast dienen partijen de onder-

379 CBB 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, r.o. 6.2.2.

380 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351, 09.0129.21; CBB 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2311; Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035; Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527.

handelingen volledig opnieuw te voeren, terwijl dat wellicht vermeden had kunnen worden indien de ACM de overige voorwaarden wel had meegenomen in haar beoordeling van de (redelijke) prijs.

Opvallend is dat aan de ACM een grote beleidsvrijheid wordt toegekend door het CBB bij de invulling van de term redelijke vergoeding. Feitelijk komt deze neer op het vaststellen van (maximum) prijzen. Een grote beleidsvrijheid is wellicht voor het Nederlandse bestuursrecht niet zo bijzonder, maar vanuit privaatrechtelijk oogpunt is de invulling van het begrip redelijke vergoeding wel opmerkelijk. Slechts bij uitzondering zal de civiele rechter prijzen vaststellen. Dit zal alleen het geval zijn als partijen niet over een prijs hebben gesproken. De artikelen met betrekking tot koop, overeenkomst van opdracht en aanneming van werk zien op de gevallen dat partijen geen prijs zijn overeengekomen. De civiele rechter zal echter geen prijzen vaststellen als partijen wel over de prijs hebben onderhandeld, maar er niet zijn uitgekomen.³⁸¹ Dit zou in strijd zijn met de contractvrijheid.

Vanuit privaatrechtelijk oogpunt kan worden opgemerkt dat er sprake is van de vaststelling van een *iustum pretium*. Immers partijen met aanmerkelijke marktmacht dienen prijzen te rekenen waarop het begrip kostenoriëntatie van toepassing is. Partijen zonder aanmerkelijke marktmacht mogen hogere tarieven bij partijen met aanmerkelijke marktmacht in rekening brengen. Ook de ontwikkeling van de rekenregels van vertraagde reciprociteit heeft een *iustum pretium*-karakter. Het gaat hier meer om de constatering dat in contractrechtelijke verhoudingen (redelijke) prijzen worden vastgesteld door een toezichthouder, hetgeen vanuit privaatrechtelijk perspectief ongebruikelijk is, dan om een betoog dat de toezichthouder zelf niet conform wettelijke regels zou handelen. Dit geldt te meer daar de wetgever wel wenst aan te sluiten bij het privaatrecht en contractvrijheid als kernwaarde voorop stelt. Het doel van het vaststellen van prijzen is hier het sturen van de markt en daarmee andersoortig dan bij het reguliere contractenrecht, maar toch blijft het – gezien het streven van de wetgever om aansluiting te zoeken bij het privaatrecht – een opmerkelijk verschijnsel. Als rechtvaardiging voor het vaststellen van prijzen kan worden betoogd dat deze regels van tijdelijke aard zijn, namelijk tot het moment waarop de volledige mededinging is gerealiseerd op de telecommunicatiemarkt. De vraag is echter, of die verwachting, gezien de kenmerken van een netwerkmarkt, wel realistisch is. Immers elke (vergunning)houder van een (kabel)netwerk is in feite monopolist. Er zullen mijns inziens altijd regels nodig blijven om de markt te sturen.

Om de belangen van de (zwakkere) partijen op de markt te beschermen had de wetgever wellicht ook kunnen kiezen voor het vastleggen van (maximum)prijzen in een bestuursrechtelijk besluit, zoals dat bijvoorbeeld in het huurrecht gebeurt. Voor partijen zou dan duidelijk zijn wat de uitgangspunten

381 HR 10 december 1999, NJ 2000/5.

zijn bij de onderhandelingen, zonder dat (achteraf) een procedure bij de ACM nodig is om duidelijkheid te krijgen over de toegestane prijzen. Ook de kaders en beperkingen van de contractvrijheid zouden dan duidelijker zijn en meer aansluiten bij een systeem dat het privaatrecht al kent (in bijvoorbeeld het huurrecht).³⁸² Een dergelijke oplossing zou tegemoet komen aan (mijn) kritiek dat de *iustum pretium*-leer, die wordt afgewezen in het privaatrecht, via het bestuursrecht het privaatrecht binnendringt.

De problematiek van dit boek is echter breder dan de *iustum pretium*-leer. Zelf denk ik dan ook dat, in bredere zin, gedacht dient te worden aan oplossingen die een 'hybride' karakter hebben en waarbij in eerste instantie de handhaving ligt bij één handhaver, in dit geval de ACM.³⁸³

3.7 NAKOMING EN HANDHAVING

3.7.1 Inleiding

In het privaatrecht kan een partij een actie tot nakoming instellen. Een partij kan ook een overeenkomst ontbinden en eventueel schadevergoeding vorderen. De ACM als toezichthouder kan echter niet direct ingrijpen in de contractuele verhoudingen, al dienen als gevolg van de besluiten van de ACM in sommige gevallen de contracten te worden aangepast. Aangezien partijen zelf geen executoriale titel bij een besluit van de ACM verkrijgen, zal de ACM bestuursrechtelijke middelen dienen te hanteren om naleving van het besluit af te dwingen. Bij niet-naleving van een geschilbesluit staat aan de ACM een aantal bestuursrechtelijke sancties ter beschikking. Zo kan een last onder dwangsom worden opgelegd om alsnog naleving af te dwingen en/of kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.

Bij het opleggen van een last onder dwangsom of boete kan een aantal vragen worden gesteld. In hoeverre lenen open normen zich voor een last onder dwangsom en/of een boete, in hoeverre kan met het middel van een last onder dwangsom worden afgedwongen dat een aanbieder daadwerkelijk overgaat tot terugbetaling van hetgeen, na vaststelling van het (redelijke) tarief door de ACM, teveel is betaald? En in hoeverre kunnen derden, die geen partij zijn geweest bij het geschil, zich met succes beroepen op het non-discriminatiebeginsel en op het geschilbesluit zelf om te bewerkstelligen dat de in dat besluit vastgestelde tarieven ook voor hen gelden of doorwerken in hun overeenkomst?³⁸⁴ Zo volgt uit de zaak KPN tegen Tele2 (Versatel)³⁸⁵ dat

382 Vergelijk ook V.J.A. Sütö, 'De toegangsovereenkomst in het spoorvervoer', *WPNR* 2013/6998, p. 1112-1121.

383 Zie par. 6.3.7.4 en 6.4.

384 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 39-40.

in geval een partij te hoge tarieven rekent, dit van invloed is op de consumentenprijzen. De te hoge tarieven worden immers doorberekend aan de consumenten. In het geval van Tele2 (Versatel) kon KPN echter de tarieven niet aan de consumenten doorberekenen omdat KPN gebonden is aan verplichtingen die door de ACM zijn opgelegd. KPN is dan ook afhankelijk van de ACM die tot actie bewogen dient te worden om Tele2 te houden aan de bepalingen uit de Tw.

Met de invoering van artikel 12.2 Tw is het accent van de geschilbeslechten-de bevoegdheid van de ACM meer verschoven van het stellen van regels die in de plaats komen van de overeenkomst naar het geven van voorschriften waarnaar partijen moeten handelen.³⁸⁶ Het is echter niet zo dat in het geschilbesluit voorgeschreven maatregelen automatisch in de plaats treden van verbintenissen die in strijd zijn met de Tw.³⁸⁷ Het huidige artikel 12.2 Tw ziet meer op het beslechten van geschillen en op het totstandkomen van een materiële oplossing van het voorgelegde geschil.³⁸⁸ Dit wordt ook bevestigd door het hof Den Haag in de zaak tussen Novec en Alticom, waarin wordt overwogen dat partijen, met als uitgangspunt het geschilbesluit, opnieuw zullen moeten onderhandelen.³⁸⁹

3.7.2 Last onder dwangsom of boete

3.7.2.1 Last onder dwangsom of boete als middel tot nakoming?

In deze paragraaf komt aan de orde in hoeverre een last onder dwangsom of een boete kan worden aangewend door de ACM om een partij bijvoorbeeld, na vaststelling van (redelijke) tarieven, teveel betaalde gelden te laten terugbetalen.

Ook komt in een besluit het spanningsveld tussen open normen en de rechtszekerheid aan bod. De open normen zijn enerzijds geïntroduceerd in verband met de dynamische markt en verschaffen de overheid de beoordelingsruimte die voor een effectieve taakuitoefening vereist is.³⁹⁰ Open normen kunnen echter op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel en dus de rechtszekerheid.

385 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21. Zie voor bespreking par. 3.6.4, nr. 2.

386 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 166.

387 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 35-36.

388 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 35-36.

389 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527. Zie voor bespreking in par. 3.6.2, nr. 2.

390 Ottow 2006, p. 19.

(1) KPN/Versatel

Casus. Dit geschil betreft de beoordelingsruimte van OPTA bij de invulling van de vage norm 'kostenoriëntatie'. KPN heeft tariefverplichtingen opgelegd gekregen. Versatel verzoekt OPTA om KPN te gelasten tot verrekening van de teveel betaalde tarieven over te gaan. Versatel verwijst hierbij naar het BaByXL-besluit.

Besluit en bezwaar. OPTA bepaalt dat KPN binnen vijf dagen na dagtekening van het besluit met Versatel tot verrekening dient te komen van de periodieke tarieven voor collocatie op straffe van een dwangsom van € 25.000 per dag, tot een maximum van € 1.500.000.³⁹¹ Daarbij is bepaald dat de verrekening dient plaats te vinden door het verzenden van een creditnota. De bezwaren van KPN zijn ongegrond verklaard.³⁹²

Beroep. KPN gaat in beroep en voert aan dat OPTA niet bevoegd is, omdat KPN de Tw niet heeft overtreden. De rechtbank heeft geoordeeld dat OPTA in het BaByXL besluit geen definitief oordeel heeft gegeven over de periodieke collocatietarieven van KPN in de periode tot 1 januari 2002. Ten tijde van het nemen van het besluit van 5 juni 2003 kon niet met zekerheid de conclusie worden getrokken dat KPN in overtreding was.³⁹³ Daarnaast heeft OPTA onvoldoende inzicht geboden in de wijze waarop zij is gekomen tot de vaststelling van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie en heeft OPTA de vaststelling van deze tarieven onzorgvuldig onderbouwd.

Hoger beroep. Het CBB overweegt dat de rechtszekerheid zich verzet tegen handhavend optreden wegens overtreding van vage normen, indien het bestuursorgaan niet van te voren heeft aangegeven hoe de norm luidt.³⁹⁴ De ruimte voor OPTA is niet zo groot dat zij uit mag gaan van de kosten die een gemiddelde onderneming maakt. De daadwerkelijke kosten zijn uitgangspunt.³⁹⁵ Het CBB oordeelt:

'bij de invulling van het begrip kostenoriëntatie komt OPTA een zekere beoordelingsruimte toe. Gelet hierop kan KPN in beginsel niet vaststellen of haar tarieven volgens OPTA kostengeoriënteerd zijn, zolang OPTA zich daarover niet uitlaat. Voor 15 oktober 2002 heeft OPTA niet duidelijk gemaakt dat KPN handelde in strijd met de verplichtingen inzake kostenoriëntatie en non-discriminatie, terwijl er in deze periode verschillende momenten zijn geweest waarop OPTA een dergelijk standpunt kenbaar had kunnen

391 OPTA 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202083 inzake KPN.

392 OPTA 22 oktober 2003, OPTA/IBT/2003/203679 inzake KPN.

393 Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607.

394 CBB 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3822, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmman (*OPTA vs. KPN en Versatel*).

395 CBB 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3822, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmman (*OPTA vs. KPN en Versatel*). Zie nader ook noot J.R. van Angeren en A. Drahmman, p. 372.

maken in het kader van de uitoefening van haar toezichthoudende taken.³⁹⁶

OPTA dient dan ook vooraf duidelijk te maken hoe open normen worden ingevuld. Vanuit het opleggen van sancties bezien is dit zonder meer logisch te noemen, maar de vraag rijst hoeveel er dan nog 'open' blijft aan de open normen.

Uit dezelfde uitspraak volgt ook dat dwangsommen niet kunnen worden opgelegd om in het verleden teveel betaalde gelden, als gevolg van te hoge tarieven, via creditnota's ongedaan te maken. Het CBB overweegt daarover dat OPTA zijn handhavingsbevoegdheid te buiten is gegaan door KPN onder dreiging van verbeurte van een dwangsom te verplichten de bedragen die Versatel voor de in de voorbije periode afgenomen collocatievoorzieningen te veel heeft betaald, binnen vijf dagen te crediteren.³⁹⁷ Het CBB oordeelt dat OPTA geen specifieke wettelijke bevoegdheid heeft voor handhavend optreden in de door OPTA gekozen vorm en ziet geen aanleiding om een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat de civiele rechter en niet OPTA bevoegd is om tot feitelijke betaling te verplichten.

(2) Novec/Alticom

Casus. In een geschilbesluit tussen Novec en Alticom speelt eenzelfde vraagstuk.³⁹⁸ In een handhavingsverzoek verzoekt Novec OPTA Alticom te gebieden om het geschilbesluit van 26 april 2010 na te leven door middel van het opleggen van een dwangsom aldus dat creditnota's aan Novec worden verstuurd.

Besluit. OPTA overweegt dat de overtreding betrekking heeft op de tussen Novec en Alticom gesloten civiele overeenkomst van 29 april 2009 en dat de restitutieverplichting voortvloeit uit artikel 10.4 van die overeenkomst en niet uit het geschilbesluit. OPTA oordeelt voorts, onder verwijzing naar de uitspraak van 13 juli 2006,³⁹⁹ dat zij niet bevoegd is tot het opleggen van restitutieverplichtingen. OPTA verwijst ook naar de toelichting op artikel 12.2 Tw waaruit naar voren komt dat een besluit geen executoriale titel verschaft aan een wederpartij. Deze zal bij de civiele rechter verkregen moeten worden.⁴⁰⁰

Commentaar. In de literatuur wordt opgemerkt dat een last onder dwangsom ertoe strekt om de overtreding ongedaan te maken en om verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen.⁴⁰¹ Van Angeren en Drahmann zijn van mening dat de overweging van het CBB, dat er geen wettelijke bevoegdheid is voor handhavend optreden in de door de ACM

³⁹⁶ Zie r.o. 7.3.2.

³⁹⁷ Zie r.o. 7.3.3.

³⁹⁸ OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, 10.0328.22.

³⁹⁹ CBB 13 juli 2006, AWB 06/192 06/193 en 06/195, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826.

⁴⁰⁰ OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, r.o. 18.

⁴⁰¹ CBB, 13 juli 2006, OPTA vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmann, p. 372, Ottow 2006, p. 155-162.

gekozen vorm, niet overtuigend is.⁴⁰² Er is volgens hen geen voorgeschreven vorm voor het opleggen van dwangsommen in de Awb. De overtreder moet de vrijheid krijgen om zelf een middel te kiezen om aan de last te voldoen. Zij menen verder dat de last onder dwangsom wel zou kunnen zien op het ongedaan maken van een overtreding voor de toekomst. Het ongedaan maken van overtredingen in het verleden past niet in dit systeem.⁴⁰³ Toch achten zij het doel van de ACM wel nobel. Zij pleiten er dan ook voor dat de wetgever in de Tw een terugbetalingsverplichting opneemt die de ACM kan opleggen, eventueel met een executoriale titel.⁴⁰⁴

Dat een last onder dwangsom of een boete niet kan worden gebruikt voor het ongedaan maken van overtredingen geeft een tekort aan van de bestuursrechtelijke handhaving. Partijen zullen een gang naar de civiele rechter dienen te maken om het teveel betaalde terug te vorderen. Dit pleit, naar mijn mening, voor bevoegdheden voor de ACM om overtredingen ongedaan te maken.

De ACM houdt, zoals blijkt uit de volgende zaak, bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening met de omstandigheden van de overtreding en de opstelling van de overtredende partij in een bepaalde kwestie.

(3) OPTA/BT

Casus. BT hanteert ten opzichte van KPN hogere FTA-tarieven dan maximaal is toegestaan. KPN dient bij OPTA een handhavingsverzoek in.

Besluit. OPTA legt BT een last onder dwangsom op naar aanleiding van het overtreden van een eerder besluit waarin het maximaal redelijke tarief was vastgesteld.⁴⁰⁵ Na een handhavingsverzoek van KPN oordeelt OPTA dat BT te hoge prijzen in rekening brengt. OPTA legt BT een last onder dwangsom op om de overtreding te staken. Het geschonden belang bestaat hierin dat BT, door het niet hanteren van de maximaal redelijke FTA-tarieven conform de Beleidsregels FTA, omzet genereert die bij juiste toepassing van de wet- en regelgeving niet aan BT toe zou komen. OPTA houdt hier dan rekening mee bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.

3.7.2.2 Derde-belanghebbenden

Besluiten van de ACM omtrent tariefverplichtingen, toegang etc., kunnen van invloed zijn op de relatie van deze partij met derden, meer specifiek concurrenten of afnemers. Een concurrent zou zich kunnen melden als belanghebbende

402 CBb, 13 juli 2006, OPTA vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmman, p. 371.

403 Zie noot J.R. van Angeren en A. Drahmman, CBb 13 juli 2006, Opta vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, p. 372

404 Zie noot J.R. van Angeren en A. Drahmman, CBb 13 juli 2006, Opta vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, p. 372

405 OPTA 10 oktober 2007, OPTA/TN/2007/201766. Deze uitspraak is komen te vervallen bij besluit van OPTA 4 februari 2008, OPTA/BO/2007/202571.

bij de ACM. Een besluit ex artikel 1:2 Awb is echter slechts gericht tot degene tot wie het besluit zich richt. Een partij zou als derde-belanghebbende aangemerkt kunnen worden, maar uit de hier te bespreken zaken blijkt dat dit niet eenvoudig is.⁴⁰⁶ In 1998, in één van de eerste zaken hierover, overweegt de rechtbank Rotterdam in de zaak *Versatel/OPTA*⁴⁰⁷ dat voor het antwoord op de vraag of er een rechtstreeks betrokken belang is bij een besluit doorslaggevend is of de partij, die niet bij het geschil is betrokken, zelf de mogelijkheid heeft een geschil voor te leggen aan de ACM.

(1) KPN/Tele2/Globalcall

Casus. Tele2 wenst toegang te verkrijgen tot het netwerk van KPN. Globalcall wil als derde belanghebbende worden aangemerkt. Globalcall heeft met KPN een bijzondere toegangsovereenkomst afgesloten. Toegang voor Tele2 tot het netwerk van KPN zal rechtstreekse gevolgen hebben voor de overeenkomst van Globalcall met KPN. KPN zal daardoor een gedeelte van de zogenaamde 0900-nummers niet meer aan Globalcall kunnen afleveren.

Besluit. OPTA heeft Globalcall toegelaten om haar zienswijze te geven.⁴⁰⁸

Beroep. In de kwestie tussen KPN en Tele2⁴⁰⁹ overweegt het CBB dat Globalcall niet is aan te merken als derdebelanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. De bestreden besluiten hebben geen rechtstreekse gevolgen voor Globalcall in de zin dat afbreuk zou worden gedaan aan haar recht op bijzondere toegang tot het vaste openbare telefoonnetwerk van KPN. Globalcall heeft aangevoerd dat de besluiten van OPTA tussen KPN en Tele2 consequenties hebben voor de contractuele relatie die zij heeft met KPN. Het CBB overweegt dat degenen die in hun belangen worden geraakt uit hoofde van een contractuele relatie met de geadresseerde van een besluit, niet het vereiste rechtstreekse, maar slechts een afgeleid belang hebben.

Toch slagen concurrenten er wel eens in om aangemerkt te worden als derde belanghebbende, zoals blijkt uit de volgende zaak.

(2) KPN & OPTA/UPC & Tele2

Casus. In een geschil tussen KPN en OPTA, waarin KPN beroep heeft ingesteld tegen een besluit van OPTA waarin een last onder dwangsom jegens BT is herroepen, hebben UPC en Tele2 zich gemeld als derde belanghebbenden.⁴¹⁰ De zaak betreft een marktanalysebesluit over FTA-tarieven.

⁴⁰⁶ Zie Verweij & Sauren 2007, p. 39.

⁴⁰⁷ Rb. Rotterdam 18 februari 1998, AB 1998/313, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Versatel/OPTA*).

⁴⁰⁸ Kenbaar uit CBB 21 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8620, AB 2006/132, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Globalcall/OPTA, Tele2 en KPN*).

⁴⁰⁹ CBB 21 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8620, AB 2006/132, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Globalcall/OPTA, Tele2 en KPN*).

⁴¹⁰ CBB 23 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK3455, AB 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny.

Besluit. OPTA oordeelt dat UPC en Tele2 weliswaar actief zijn op een deelmarkt waarop een marktanalysebesluit betrekking heeft, maar dat daaruit niet zonder meer mag worden geconcludeerd dat deze partijen ook belanghebbende zijn bij een besluit tot handhaving van dit marktanalysebesluit. Dit is volgens OPTA niet anders doordat de uitleg die aan het marktanalysebesluit FTA wordt gegeven van belang is voor een bij OPTA aanhangig geschil, waarbij zo'n partij is betrokken.⁴¹¹

Beroep. Het CBB stelt echter dat de hoogte van de FTA-tarieven die BT in rekening kan brengen van rechtstreeks belang is voor de onderlinge concurrentiepositie op de markten voor vaste telefonie. In een geval als het onderhavige kan derhalve niet worden gezegd dat de uitkomst van de procedure omtrent de handhaving van de hier aan de orde zijnde opgelegde tariefverplichtingen geen rechtstreekse invloed heeft op de concurrentieverhoudingen op deze markt. Tele2 en UPC zijn dan ook derde-belanghebbenden bij het door KPN bestreden besluit.⁴¹²

Commentaar. Kortom, het criterium om als derde belanghebbende te worden aangemerkt, lijkt te zijn dat sprake is van rechtstreekse invloed van een besluit op een (contractuele) relatie en niet slechts van een mogelijke indirecte invloed daarop.

3.7.3 Onverschuldigde betaling

Als er sprake is van te hoge tarieven en dit is vastgesteld door de ACM, zal, zoals onder meer voortvloeit uit de zaak van het CBB van 13 juli 2006,⁴¹³ de civiele rechter zich kunnen buigen over het restitueren van de teveel betaalde gelden. De onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW is daarvoor een logische grondslag. Onverschuldigd houdt in dat er zonder rechtsgrond een prestatie is verricht. De reden kan zijn dat er bijvoorbeeld betaald is op grond van een nietige rechtshandeling.

In een civiele procedure tussen MCI en KPN⁴¹⁴ vordert MCI onder meer dat KPN wordt veroordeeld tot terugbetaling van een bedrag over de periode van 1 januari 2001 tot en met 1 mei 2002 en tot het overhandigen van creditnota's met betrekking tot de facturen van mei 2002 tot en met mei 2005 voor zover die niet door MCI zijn betaald. De kwestie ziet op een besluit van de ACM van 16 juli 2004⁴¹⁵ waarin de ACM heeft geoordeeld dat KPN voor het afwikkelen van verkeer aan MCI geen transittarieven in rekening mag brengen, maar slechts terminatingtarieven. Op 11 mei 2005 heeft het CBB deze uitspraak

411 CBB 23 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK3455, AB 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.1.

412 CBB 23 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK3455, AB 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.1.

413 CBB 13 juli 2006, AWB 06/192 06/193 en 06/196, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826.

414 Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259.

415 OPTA 16 juli 2004, G.08.04.

bevestigd waardoor sprake is van formele rechtskracht. De centrale vraag, aldus de rechtbank, is of KPN gerechtigd was sinds eind 2000 transittarieven in rekening te brengen voor internet-inbelverkeer van MCI, dat KPN deels afwikkelt via haar netwerken. Partijen verschillen van mening over de consequenties van het ACM-besluit en de CBB-uitspraak voor hun contractuele relatie zoals vastgelegd in de interconnectie-overeenkomst. De rechtbank gaat uit van de formele rechtskracht van de uitspraak en oordeelt:

‘(...) voor zover MCI voor de onderhavige dienst meer aan KPN heeft betaald dan de thans vastgestelde terminatingtarieven, heeft op grond van het voorgaande voor die betalingen (met terugwerkende kracht) een rechtsgrond ontbroken op het moment van het verrichten daarvan, zodat deze als onverschuldigd moeten worden aangemerkt (artikel 6:203 BW).’⁴¹⁶

KPN zal dan ook het teveel betaalde dienen terug te betalen. Eveneens dienen de in de periode van mei 2002 tot en met mei 2005 verzonden facturen gecrediteerd te worden omdat deze geen contractuele grondslag (meer) hebben. Er is immers sprake van strijd met de Tw en derhalve van nietigheid ex artikel 3:40 BW.⁴¹⁷ Op KPN rust in het kader van haar verbintenis tot ongedaanmaking ex artikel 6:203 BW op grond van de redelijkheid en billijkheid de nevenverplichting om aan MIC creditnota's voor de betreffende facturen te overhandigen.

Tussen UPC en KPN speelt eenzelfde kwestie voor de rechtbank Rotterdam (civiel).⁴¹⁸ Het geschil betreft FTA-tarieven aangaande een interconnectie-overeenkomst, gesloten op 13 juni 2002. Partijen hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de door UPC bij KPN in rekening te brengen tarieven. KPN heeft dan ook de ACM verzocht om deze tarieven vast te stellen. De ACM heeft op 1 juli 2003 een besluit genomen en een bovengrens aangegeven. De tarieven van UPC mogen niet boven deze grens uitkomen. Het besluit heeft formele rechtskracht gekregen. In de periode van 24 september 2003 tot en met 1 augustus 2004 heeft UPC hogere FTA-tarieven in rekening gebracht aan KPN dan toegestaan. KPN vordert in deze procedure het bedrag dat teveel is betaald over deze periode terug van UPC op grond van onverschuldigde betaling. De rechtbank overweegt dat de ACM in haar besluit een bovengrens heeft aangegeven die zou gelden vanaf 23 september 2003. UPC mocht geen hoger tarief in rekening brengen, maar heeft dat tot 1 augustus 2004 wel gedaan. KPN heeft in ieder geval recht, op grond van onverschuldigde betaling, op hetgeen zij meer heeft betaald boven de bovengrens.⁴¹⁹ UPC heeft echter terecht aangevoerd dat de hoogte van het FTA-tarief niet is vastgesteld, want

⁴¹⁶ Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259, r.o. 5.14.

⁴¹⁷ Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259, r.o. 5.12. Zie tevens en nader par. 3.8.

⁴¹⁸ Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426.

⁴¹⁹ Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426, r.o. 4.11.

er is slechts een bovengrens aangegeven. De rechtbank oordeelt daarom dat het totale bedrag dat KPN onverschuldigd heeft betaald niet kan worden vastgesteld. Partijen zullen opnieuw moeten onderhandelen over het FTA-tarief van deze periode. De onderhandelingen tussen partijen dienen te leiden tot een FTA-tarief dat de door de ACM vastgestelde bovengrens niet overstijgt. Als partijen geen overeenstemming kunnen bereiken, ligt het voor de hand dat de ACM beziet of het tariefvoorstel dat UPC heeft gedaan onder voormelde bovengrens blijft. Pas als dat traject is doorlopen kan de hoogte van het bedrag dat KPN onverschuldigd heeft betaald, worden bepaald.⁴²⁰

Met betrekking tot een civiel geschil omtrent MTA tarieven tussen UPC enerzijds en T-Mobile en Tele2 anderzijds oordeelt de rechtbank Rotterdam dat er geen grond is voor onverschuldigde betaling omdat de betalingen worden gerechtvaardigd door de overeenkomst.⁴²¹ De ACM heeft om de markt te reguleren een zogenaamd BULRIC-systeem opgezet. Dat systeem beoogt partijen vooraf te dwingen tot de beleidsmatig gewenst geachte verlaging van de tarieven met het oog op de bevordering van de mededinging. Het systeem bepaalt dus het minimale tarief maar is niet geschikt om achteraf te bepalen of daadwerkelijk toegepaste tarieven zo hoog zijn dat het gerealiseerde rendement aanzienlijk hoger ligt dan de vermogenskostenvoet en dus te hoog is. De rechtbank overweegt echter dat in de betreffende periode (2005-2010) de tarieven in kwestie niet daadwerkelijk gereguleerd zijn geweest. Het stond partijen dus in beginsel vrij om elke gewenste afspraak over de te betalen tarieven te maken. Dit is alleen anders als aangetoond wordt dat er zodanig hoge tarieven in rekening zijn gebracht dat sprake is van misbruik. Dit is niet het geval aldus de rechtbank.

Bij de ACM kan geen executoriale titel verkregen worden omdat er sprake is van een publiekrechtelijke toezichthouder die een besluit neemt. Partijen dienen voor een executoriale titel een vordering bij de civiele rechter in te stellen. De civiele rechter stelt voorts vast dat de ACM slechts een bovengrens vaststelt. Prijzen mogen niet boven deze grens uitkomen. Het exacte bedrag dat onverschuldigd is betaald kan dan ook niet worden vastgesteld. Partijen dienen hier eerst nog over te onderhandelen. De rechtbank suggereert zelfs dat als partijen geen overeenstemming bereiken, de ACM het voorstel van UPC nog zou moeten toetsen om te bezien of dit onder de bovengrens blijft. Deze rechtsgang acht ik niet erg effectief en toont aan dat deze wijze van vaststelling van tarieven via het publiekrecht wezenlijke nadelen heeft. Na het geschilbesluit van de ACM dienen partijen opnieuw te onderhandelen voordat kan worden vastgesteld wat de hoogte is van het teveel betaalde bedrag. Mochten deze onderhandelingen niet resulteren in een (gewijzigde) overeenkomst dan kan dit tot een nieuwe rechtsgang bij de ACM leiden.

420 Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426, r.o. 4.12.

421 Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992.

3.7.4 Verrekening

Een ander rechtsmiddel om het teveel betaalde terug te krijgen zou verrekening kunnen zijn. Uiteraard moeten er dan nog wel verschuldigde bedragen openstaan waarmee verrekend kan worden. Artikel 6:127 BW is de wettelijke grondslag voor verrekening. Er dient sprake te zijn van wederzijdse vorderingen. In de zaak tussen Novec en Alticom⁴²² overweegt de kantonrechter dat Novec bevoegd is geweest het bedrag te verrekenen. De ACM heeft geoordeeld dat het besluit civiel effect heeft en daarom leidt de beslissing tot aanpassing van de huurovereenkomst, aldus de kantonrechter. Het staat Alticom niet vrij om Novec meer in rekening te brengen dan het maximaal redelijke tarief dat door de ACM is vastgesteld. Het gaat echter om een maximaal redelijk tarief hetgeen impliceert dat het partijen wel vrij staat een lager tarief overeen te komen. Dit heeft tot gevolg dat de (overeengekomen) ingroeiregeling van kracht blijft.

Met de invoering van artikel 12.2 Tw is echter het accent van de geschilbeslechting verschoven. Het geschilbesluit komt niet in de plaats van de bepalingen uit het contract, maar partijen dienen naar aanleiding van het geschilbesluit de overeenkomst aan te passen en voor zover nodig opnieuw te onderhandelen. Dit lijkt in het kader van de prijsvaststelling neer te komen op maximale tarieven, met andere woorden een bovengrens. Dit blijkt ook uit de uitspraak van de civiele rechter in de zaak UPC/KPN.⁴²³ Het hof Den Haag komt in de zaak Novec tegen Alticom echter tot een ander oordeel dan de kantonrechter.⁴²⁴ Het hof overweegt dat de gevolgen van het geschilbesluit aan de civiele rechter zijn voorbehouden en niet rechtstreeks doorwerken in de overeenkomst.⁴²⁵ Ondanks het feit dat een geschilbesluit niet rechtstreeks doorwerkt, overweegt het hof Den Haag dat Novec bevoegd is tot verrekening van het teveel betaalde bedrag ten opzichte van het maximale redelijke tarief.⁴²⁶ Tegelijkertijd verwijst het hof partijen terug naar de onderhandelings tafel om over aanpassing van de overeenkomst te onderhandelen. Wellicht betreft het een praktische oplossing, maar juridisch zuiver is zij niet. De ACM stelt het maximale tarief vast en partijen dienen over een redelijk tarief vervolgens weer te onderhandelen. De vraag is natuurlijk hoe realistisch het is dat partijen een prijs onder het maximaal redelijke tarief overeenkomen. Ik ben echter van mening dat het exact te verrekenen bedrag nog niet bepaald kan worden, zolang partijen niet alsnog een redelijke prijs zijn overeengekomen.

422 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, *Mediaforum* 2011/7-8, m.nt. B.J.H. Braeken, p. 232-236. Zie voor bespreking par. 3.6.2, nr. 2.

423 Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426, r.o. 4.11. Zie voor bespreking par. 3.7.3.

424 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527.

425 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527, r.o. 3.6.

426 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527, r.o. 3.12.

3.7.5 Onrechtmatige daad

Wanneer partijen niet tot een overeenkomst komen en naar later blijkt één van de partijen ten onrechte een te hoog tarief heeft gevraagd, kan de andere partij, voor zover zij schade heeft geleden, een vordering uit onrechtmatige daad instellen. Een voorbeeld hiervan komt uit de energiemarkt.

Uit een in 2015 door de Hoge Raad gewezen arrest in de zaak Windpark Zeeland I/Delta Netwerkbedrijf⁴²⁷ betreffende toelating tot het elektriciteitsnetwerk, heeft de Hoge Raad bepaald dat de bestuursrechtelijke rechtsgang bindend is voor de civiele rechter. Delta (netwerkaanbieder elektriciteit) had een offerte voor toelating tot haar netwerk uitgebracht die, naar later oordeel van het CBB, te hoog was en waardoor Windpark Zeeland schade heeft geleden, omdat Windpark Zeeland toen al een alternatieve aansluiting had gerealiseerd waarvoor hoge kosten waren betaald. Het CBB heeft de uitspraak vernietigd en de NMa opgedragen met inachtneming van het oordeel van het CBB opnieuw op het bezwaar te beslissen. De NMa heeft bij besluit van 13 maart 2009 het bezwaar van Windpark alsnog gegrond verklaard, het primaire besluit herroepen en de klacht van Windpark met betrekking tot de aansluittarieven gegrond verklaard. Bij uitspraak van 25 januari 2013 heeft het CBB in een andere, vergelijkbare, zaak tussen Delta en een andere exploitant van een windmolenpark echter een genuanceerder standpunt ingenomen. Op grond van deze uitspraak zou de oorspronkelijke offerte van Delta in de zaak Delta/Windpark Zeeland I *niet* te hoog zijn geweest.

De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het CBB tussen beide partijen (Delta en Windpark Zeeland I) het uitgangspunt moet zijn. Delta heeft bij het uitbrengen van haar offerte aan Windpark in strijd met de wet gehandeld. Het oordeel van het hof dat Delta in mei 2005 niet anders had behoren te offeren is dan ook onjuist.⁴²⁸ De Hoge Raad overweegt dat uit de bindende kracht van de uitspraak van de NMa volgt dat het uitgangspunt moet zijn dat Delta bij het uitbrengen van de offerte in strijd met de wet, en dus onrechtmatig, heeft gehandeld.⁴²⁹ Dat de offerte in lijn was met het beleid van de NMa en met de latere uitspraak van het CBB van 25 januari 2013, doet hier niet aan af. Delta had tegen het besluit van 13 maart 2009 in beroep kunnen gaan en dat heeft zij niet gedaan.

427 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801.

428 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801, r.o. 3.5.2.

429 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801, r.o. 3.6. Volgens het Windpark blijkt de onrechtmatigheid uit het resultaat van de bestuursrechtelijke procedure: Delta had de verzochte aansluiting moeten realiseren voor een tarief, gebaseerd op de kortste afstand tot het dichtstbijzijnde punt in het net.

3.7.6 Conclusie

De bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen, een last onder dwangsom en een boete, kunnen door de ACM worden opgelegd. Deze handhavingsmiddelen kunnen echter slechts beperkt worden ingezet. Een dwangsom kan alleen worden gebruikt om toekomstige overtredingen te voorkomen. Maar, zoals volgt uit paragraaf 3.7.2, de dwangsom is niet geschikt voor het ongedaan maken van overtredingen die bijvoorbeeld zien op het vragen van te hoge tarieven. Voor een boete geldt eveneens dat slechts de overtreder gestraft kan worden voor de overtreding. Een boete betekent echter niet dat een overtreding, bijvoorbeeld het vragen van te hoge tarieven, daarmee ongedaan gemaakt kan worden. Evenmin wordt door middel van de boete het door een derde (de contractspartij) geleden nadeel alsnog opgeheven.

Bij de problematiek van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen wordt het spanningsveld duidelijk tussen enerzijds de open normen die zijn geïntroduceerd en anderzijds het legaliteitsbeginsel. In hoeverre kan men nog spreken van open normen, als van te voren duidelijk moet zijn wanneer er sprake is van een overtreding of niet? Open normen worden door de invulling met strakke beleidsregels wel erg gesloten. Ik vraag mij dan ook af of open normen zich lenen voor deze manier van handhaven.

Een contractspartij zal, via de civiele rechter, een beroep kunnen doen op onverschuldigde betaling om zo een executoriale titel te verkrijgen waarmee de teveel betaalde gelden kunnen worden teruggevorderd. Een beroep op verrekening behoort ook tot de mogelijkheden. Bij beide mogelijkheden speelt mee dat de ACM regels stelt ter beslechting van het geschil doordat de ACM geen prijzen vaststelt, maar maximumprijzen. Het gevolg daarvan is dat de prijs nog vastgesteld dient te worden. Daarmee is al wel duidelijk welk bedrag te veel is betaald boven het maximaal redelijke tarief. Dit bedrag zou verrekend dan wel teruggevorderd kunnen worden via een vordering uit onverschuldigde betaling. Formeel gezien zullen partijen daarnaast eerst nog dienen vast te stellen wat de overeengekomen prijs is voordat berekend kan worden welk bedrag daadwerkelijk verrekend kan worden dan wel onverschuldigd betaald is. Het kan zelfs zijn dat als partijen daar niet uitkomen, de ACM opnieuw een oordeel zal moeten vellen (zie paragraaf 3.7.3). Dit lijkt mij op zijn minst omslachtig.

Ten slotte behoort, voor het verkrijgen van schadevergoeding, een vordering uit onrechtmatige daad nog tot de mogelijkheden wanneer partijen niet tot een overeenkomst zijn gekomen omdat de aanbiedende partij ten onrechte, in strijd met bestuursrechtelijke regels, een te hoge prijs heeft gevraagd en de andere partij daardoor schade heeft geleden.

Uit het bovenstaande volgt dat de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen ook hun tekorten kennen als het gaat om het ongedaan maken van de gevolgen van overtredingen. Dit pleit, naar mijn mening, wederom voor een meer 'hybride' vorm van handhaving door één toezichthouder. De toezichthouder

zou ook middelen moeten hebben waarbij de overtreder gedwongen kan worden om het te veel betaalde te crediteren.

3.8 TERUGWERKENDE KRACHT EN NIETIGHEID GESCHILBESLUITEN

3.8.1 Inleiding

Zoals onder meer in paragraaf 3.4.3 is besproken neemt de ACM maatregelen met civielrechtelijke gevolgen. Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw kan de ACM regels stellen als partijen nog geen overeenstemming hebben bereikt en op grond van het tweede lid kan de ACM bij geconstateerde strijdigheid met de Tw eveneens regels stellen. Deze regels kunnen onder meer inhouden het vaststellen van (maximum)tarieven. In deze paragraaf zullen de volgende vragen centraal staan. Als de ACM op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw, besluiten, maatregelen en beslissingen neemt, wanneer treden deze dan in werking? In hoeverre kunnen deze besluiten terugwerken? Met terugwerkende kracht wordt bedoeld dat maatregelen terugwerken in de tijd. Ook komt de vraag aan de orde wat de (privaatrechtelijke) grondslag is van het criterium 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' van het tweede lid in relatie tot het terzijde schuiven van de contractuele bepalingen. Het gaat hierbij met name om de verhouding tot artikel 3:40 BW.

3.8.2 Terugwerkende kracht geschilbesluiten

In deze paragraaf zal worden bekeken in hoeverre besluiten, genomen op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw, van de ACM terugwerken in de tijd. Er zijn daarbij drie momenten denkbaar:⁴³⁰ het besluit geldt vanaf het moment van de inwerkingtreding van het besluit van de ACM, het besluit werkt terug tot het moment van het aanhangig maken van het geschil of het besluit werkt terug tot het moment waarop het geschil tussen partijen is ontstaan.⁴³¹

(1) Dutchtone/KPN

Casus. Het betreft een geschil over medegebruik en de daarvoor in rekening te breken prijs van antenne-opstelpunten (zie ook paragraaf 3.5.2.2). Dit besluit is ook relevant met betrekking tot de inwerkingtreding van de door OPTA gestelde regels.

⁴³⁰ Ottow 2006, p. 155. Zie ook Verweij & Sauren 2007, p. 38.

⁴³¹ Ottow 2006, p. 155.

Besluit en bezwaar. OPTA oordeelt dat er nog geen sprake was van een situatie waarin partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de te vragen vergoeding voor het medegebruik van antenne-opstelpunten. Toch heeft OPTA regels vastgesteld.⁴³²

Beroep. Uit de uitspraak in hoger beroep volgt dat Dutchtone in beroep een grief heeft aangevoerd over het op enige wijze in werking treden van de regels over de periode voorafgaand aan de vaststelling hiervan. De rechtbank heeft zich hierover niet uitgelaten in beroep.⁴³³

Hoger beroep. Het CBB stelt vast dat artikel 3.11 lid 4 Tw (geldend tot 2004) OPTA de bevoegdheid verschaft om regels te stellen op verzoek van partijen als er sprake is van een situatie waarin vergunninghouders zelf geen overeenstemming hebben kunnen bereiken.⁴³⁴ OPTA heeft in zijn besluit opgenomen dat de opgestelde regels pas kunnen gelden vanaf het moment waarop het besluit aan partijen bekend is geworden. Het CBB volgt OPTA daarin. Het staat aan de rechtszekerheid in de weg dat aan de inwerkingtreding van de door OPTA te stellen regels terugwerkende kracht wordt verleend.⁴³⁵ Voor het maken van een uitzondering op dit uitgangspunt is in deze zaak geen plaats, aldus het CBB.

Commentaar. De uitspraak heeft in deze sector belangrijke gevolgen, omdat partijen vaak al diensten van elkaar afnemen voordat de tarieven daadwerkelijk zijn vastgesteld. Ottow vraagt zich in haar noot onder deze uitspraak af of de afnemers van deze diensten een vordering wegens onverschuldigde betaling tegen KPN kunnen instellen om de teveel betaalde gelden voor de te hoge tarieven te kunnen terugontvangen over de periode voor bekendmaking van het besluit. Zij meent dat dit wel degelijk mogelijk moet blijven.⁴³⁶ Een civiele rechter zou volgens Ottow op grond van strijd met de wet naar aanleiding van een uitspraak van de ACM kunnen bepalen dat de in het verleden betaalde bedragen onverschuldigd zijn. Het komt mij voor dat daardoor te zeer afbreuk aan de rechtszekerheid zou worden gedaan. Ik zou menen dat artikel 3:40 BW, hierna nog te bespreken, slechts van toepassing is als partijen bekend zijn met de mogelijkheid dat de betaalde prijzen in strijd (kunnen) zijn met de Tw.⁴³⁷ Anders zou het oordeel van het CBB, namelijk dat de rechtszekerheid hieraan in de weg staat, via het privaatrecht immers weer omzeild worden door alsnog op grond van onverschuldigde betaling het resultaat te krijgen dat het CBB wenst te voorkomen.

432 OPTA 2 april 1999 OPTA/I/99/2072.

433 Kenbaar uit Cbb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, p. 212-220, r.o. 6.8.

434 Cbb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, p. 212-220.

435 Cbb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, r.o. 6.8.

436 Cbb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, p. 220.

437 Zie par. 3.8.3.

(2) Versatel/KPN

Casus. In de reeds besproken zaken van 16 juni 2005 gaat het CBB een stap verder en nuanceert het CBB de formulering in de Dutchtone-zaak.⁴³⁸

Besluit. OPTA acht zich bevoegd om zich uit te spreken over de FTA-tarieven die Versatel en Casema voor de datum van inwerkingtreding van het geschilbesluit bij KPN in rekening brengen.⁴³⁹

Beroep. In de kwestie die betrekking heeft op KPN en Versatel voert Versatel aan dat de bevoegdheid van OPTA zich slechts uitstrekt over de periode na inwerkingtreding van het besluit, althans de periode na indiening van het verzoek van KPN.⁴⁴⁰ Versatel verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de bovengenoemde Dutchtone uitspraak. Het CBB volgt Versatel niet in dit betoog. In de Dutchtone zaak, aldus het CBB, lag het gezien het rechtszekerheidsbeginsel niet in de rede om de voorschriften met terugwerkende kracht te geven. In deze kwestie is het echter vanaf het begin af aan duidelijk dat KPN de tarieven betwist die Versatel vanaf 1 juni 2002 wenst te hanteren. Op 8 juli 2002 heeft KPN al een eerste verzoek ingediend tot geschilbeslechting. Versatel diende er daarom rekening mee te houden dat de vaststelling van de tarieven lager zou uitvallen. Aan het rechtszekerheidsbeginsel kan dus geen argument worden ontleend voor de stelling dat het besluit van OPTA pas kan gelden vanaf 2 november 2004 (datum besluit) dan wel 14 mei 2004 (datum onderhavige aanvraag). Het besluit werkt dan ook terug tot 1 juni 2002.

De terugwerkende kracht in relatie tot handhavingsbesluiten staat ook centraal in de hierna te bespreken kwestie tussen KPN en Versatel van 13 juli 2006.⁴⁴¹

(3) KPN/Versatel

Casus. Het geschil ziet op een tweetal lasten onder dwangsom opgelegd door OPTA aan KPN. KPN heeft de verplichting opgelegd gekregen om dezelfde periodieke collocatietarieven in rekening te brengen aan Versatel zoals door OPTA vastgesteld in een ander geschilbesluit inzake BaByXL van 15 oktober 2002 voor de afgenomen collocatievoorzieningen. De achtergrond hiervan is het non-discriminatiebeginsel. Eén van de twee lasten heeft betrekking op de tarieven in de periode voor 1 januari 2002 en de andere last onder dwangsom

438 CBB 16 juni 2005, KPN en Versatel vs. OPTA, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326. Zie voor bespreking par. 3.5.3.3, nr. 1 en par. 3.6.4. nr. 1.

439 OPTA 2 november 2004 inzake KPN en Versatel, OPTA/IBT/2004/203636.

440 CBB 16 juni 2005, KPN en Versatel vs. OPTA, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789 en AB 2005/326, zie r.o. 6.3.

441 CBB 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3822, Mediaforum 2006/11-12, m.nt. J.R van Angeren en A. Drahmann (*OPTA vs. KPN Telecom & Versatel Nederland*), p. 364-372. Deze zaak hangt nauw samen met de zaak van het CBB 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826. Zie voor bespreking par. 3.7.1, nr. 1.

op de periode na 1 januari 2002 (datum inwerkingtreding geschilbesluit BaByXL).

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 5 juni 2003 heeft OPTA bepaald dat KPN binnen vijf dagen na dagtekening van dit besluit voor de periode vóór 1 januari 2002 met Versatel tot verrekening dient te komen van de periodieke tarieven voor collocatie op basis van het BaByXL-besluit op straffe van een dwangsom. Daarbij is bepaald dat de verrekening dient plaats te vinden door het verzenden van een creditnota.⁴⁴² De bezwaren zijn ongegrond verklaard bij besluit van 22 oktober 2003.⁴⁴³

Beroep. De rechtbank heeft in beide beroepszaken het beroep van KPN gegrond verklaard.⁴⁴⁴ KPN heeft terecht aangevoerd dat het besluit BaByXL geen betrekking heeft op de tarieven die KPN hanteert voor 1 januari 2002, aangezien Tiscali en KPN hun geschil, voor zover het deze periode betreft, hebben bijgelegd. OPTA heeft in het BaByXL-besluit geen (definitief) oordeel gegeven over de periodieke collocatietarieven van KPN in de periode tot 1 januari 2002. Daarom kon ten tijde van het nemen van het besluit van 5 juni 2003 nog niet met zekerheid de conclusie worden getrokken dat KPN in overtreding was. Onder deze omstandigheden is handhaving in strijd met de rechtszekerheid en heeft KPN terecht betoogd dat OPTA (nog) niet bevoegd was met betrekking tot de periode tot 1 januari 2002 een last onder dwangsom op te leggen. Met betrekking tot de tarieven vanaf 1 januari 2002 oordeelt de rechtbank dat OPTA onvoldoende duidelijk inzicht heeft gegeven in de vaststelling van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie en dat OPTA, en voor zover deze transparantie wel bestaat, de vaststelling van deze tarieven op onzorgvuldige wijze heeft onderbouwd.

Hoger Beroep. In de uitspraak tussen KPN en Versatel laat het CBB zich, behalve over de gevolgen van de vernietiging van de uitspraak inzake BabyXL, ook uit over de terugwerkende kracht van een last onder dwangsom. Het CBB oordeelt dat het handhavend optreden tot 15 oktober 2002, de datum van het primaire besluit inzake BabyXL, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁴⁵ OPTA heeft niet duidelijk gemaakt dat KPN voor 15 oktober 2002 handelde in strijd met de verplichtingen inzake de verplichting tot kostenoriëntatie en (vanaf 1 januari 2002) in strijd met het non-discriminatiebeginsel. OPTA had dit echter wel op verschillende momenten duidelijk kunnen maken. Daarnaast heeft Versatel pas in maart 2003 bij OPTA een verzoek tot handhaving ingediend. Op grond van deze omstandigheden staat het rechtzekerheidsbeginsel eraan in de weg dat OPTA het periodieke collocatietarief met terugwerkende kracht tot voor 15 oktober 2002 zou vaststellen met verplichting tot terugbetaling van

442 OPTA 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202083.

443 OPTA 22 oktober 2003, OPTA/IBT/2003/203679 en OPTA/JUZ/2003/203677.

444 Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607.

445 Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607, r.o. 7.3.2.

hetgeen teveel in rekening is gebracht, onder dreiging van verbeurte van een dwangsom.

Met het geschilbesluit van OPTA inzake BabyXL van 15 oktober 2002 is echter een andere situatie ontstaan, aldus het CBB. KPN had vanaf die datum redelijkerwijs behoren te beseffen dat OPTA de periodieke collocatietarieven voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN niet voldoende op kosten georiënteerd achtte. Eveneens behoorde KPN te beseffen dat zij door het in rekening brengen van hogere tarieven dan de tarieven uit het besluit van 15 oktober 2002, in strijd handelde met het non-discriminatiebeginsel.

(4) KPN/Verizon en BT

Casus. Het betreft een interconnectiegeschil waarin partijen reeds zaken doen met elkaar op basis van een overeenkomst gesloten op respectievelijk 23 september 2002 (BT) en 26 september 2002 (Verizon) terwijl nog geen overeenstemming is bereikt over de te hanteren tarieven. Beiden partijen hebben direct aangegeven niet met de voorwaarden akkoord te gaan en hebben in 2003 OPTA verzocht het geschil te beslechten.

Besluit en bezwaar. OPTA doet vervolgens onderzoek naar de prijs, mede op basis van, naar later blijkt, door KPN verstrekte onjuiste gegevens. Aanvankelijk komt OPTA tot het oordeel dat geen sprake is van tarieven die op bezwaren stuiten, maar nadat OPTA bekend is geworden met de juiste gegevens neemt OPTA een ander standpunt in. OPTA stelt dan met terugwerkende kracht tot 1 oktober 2002 de tarieven vast. De bezwaren worden ongegrond verklaard.⁴⁴⁶

Beroep. De rechtbank is met OPTA van oordeel dat als een beschikking is gegeven op grond van een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken die te wijten is aan de betrokkene, een eventuele wijziging met terugwerkende kracht mogelijk is.⁴⁴⁷ De rechtbank deelt echter niet het standpunt van OPTA dat zij door toedoen van KPN is uitgegaan van een onjuiste veronderstelling omtrent de feitelijke situatie. Dat OPTA uit de verstrekte gegevens verkeerde conclusies heeft getrokken kan KPN niet worden aangerekend.

Hoger beroep. Het CBB oordeelt dat de vraag of aan een besluit terugwerkende kracht kan worden verleend, moet worden gezien aan de hand van het soort verplichtingen waarop het geschil betrekking heeft.⁴⁴⁸ Verizon en BT hebben vanaf het begin uitdrukkelijk geprotesteerd tegen de voorwaarden die KPN stelt. In zo'n geval is het, aldus het CBB, toelaatbaar dat interconnectie tot stand komt voordat over de voorwaarden overeenstemming wordt bereikt. Achteraf kan dan worden bepaald welk tarief vastgesteld dient te worden. Met behulp van

446 Kenbaar uit Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.

447 Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.

448 CBB 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny.

de geschilprocedure kan vervolgens worden bepaald welk tarief daadwerkelijk tussen partijen dient te gelden.⁴⁴⁹

Voorts acht het CBB het gewijzigde standpunt van OPTA niet in strijd met het vertrouwensbeginsel of het rechtzekerheidsbeginsel. Immers de wijziging van het standpunt van OPTA is te wijten aan KPN zelf. KPN had OPTA volledig dienen te informeren over de totstandkoming van de prijzen. Tussen partijen is niet in geschil dat KPN dit onvolledig heeft gedaan. Het CBB oordeelt dan ook dat OPTA in de gegeven omstandigheden de tarieven met terugwerkende kracht mocht vaststellen.⁴⁵⁰

Commentaar. In deze zaak tussen KPN en OPTA enerzijds en Verizon en BT anderzijds vult het CBB de in de zaken van 16 juni 2005 ontwikkelde maatstaf nader in. In de uitspraak van 16 juni 2005 overwoog het CBB dat het in bepaalde gevallen mogelijk moet zijn om interconnectie reeds te bewerkstellingen zonder dat partijen het al eens zijn over alle voorwaarden. Vervolgens kan een geschilbesluit worden uitgelokt over de voorwaarden waarover nog geen overeenstemming is bereikt.⁴⁵¹ Deze voorwaarden treden dan met terugwerkende kracht in werking tot het moment waarop geprotesteerd is.

3.8.3 Nietigheid ex artikel 3:40 BW⁴⁵²

In het geschilbesluit van 26 april 2010 tussen Novec en Alticom, besproken in paragraaf 3.6.2, nr. 2, oordeelt OPTA dat de overeengekomen prijs op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw in strijd is met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.⁴⁵³ Er wordt immers geen redelijke prijs gevraagd. Uit de parlementaire geschiedenis van de Tw volgt dat verbintenissen die in strijd zijn met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw (partieel) nietig zijn.⁴⁵⁴ Ook in de literatuur wordt hiervan uitgegaan.⁴⁵⁵ In de gevallen waar de vraag naar een redelijke prijs centraal staat, lijkt het voor de hand te liggen dat het gaat om partiële nietigheid: de overeengekomen prijs is niet redelijk op grond van

449 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 7.1.

450 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, AB 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 7.3.4.

451 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, AB 2005/326.

452 Veel van deze paragraaf is reeds eerder gepubliceerd in C.A. Hage, 'Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht', *MvV* 2014/3.1, p. 55-63.

453 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351.

454 Zie in dit kader ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25533, nr. 8, p. 7. Hier staat in het kader van artikel 6.3 Tw (oud): 'In het voorkomende geval, dat wil zeggen indien de met het bij of krachtens dit wetsvoorstel strijdige verbintenissen niet reeds op grond van artikel 40 van boek 3 van het Burgerlijk Wet boek nietig zijn, treden de uit de door OPTA gestelde regels voortvloeiende verbintenissen in de plaats van de oude verbintenissen'.

455 Ottow 2006, p. 155. Zie ook S.J.H. Gijrath, 'Toepassing van het contractenrecht in de telecomcommunicatiesector', *WPNR* 2013/6998, p. 1099.

bijvoorbeeld artikel 3:24 Tw en derhalve in strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.⁴⁵⁶ Het contract blijft voor het overige in stand.

De vraag rijst in hoeverre het begrip nietigheid uit artikel 3:40 BW en de daarmee samenhangende privaatrechtelijke jurisprudentie een rol spelen dan wel kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of verplichtingen in strijd zijn met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw en wat de gevolgen daarvan zijn. Is er wellicht, ondanks de expliciete verwijzing naar artikel 3:40 BW in de parlementaire geschiedenis van de Tw, sprake van een 'ander type' nietigheid, waarbij het privaatrechtelijke kader buiten beschouwing blijft? Deze vraag is, met de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Esmilo/Mediq*,⁴⁵⁷ des te interessanter geworden omdat de Hoge Raad een aantal uitgangspunten aanreikt die moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of een bepaling uit een overeenkomst die verplicht tot een door de wet verboden prestatie, en daarmee in strijd is met de openbare orde, nietig is.

Nadat de systematiek van artikel 3:40 BW en het arrest *Esmilo/Mediq* zijn besproken, zal ik proberen uit te maken onder welk lid van artikel 3:40 BW de zinsnede 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' valt. Ten slotte zal de uitkomst van de zaak *Novec/Alticom* worden getoetst.

Het eerste lid van artikel 3:40 BW ziet op een rechtshandeling die

'door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.'

Hierbij dienen de inhoud en de strekking van de rechtshandeling te worden onderscheiden. Bij de inhoud van de rechtshandeling moet met name worden gedacht aan de prestaties waar de rechtshandeling op ziet.⁴⁵⁸ Onder de strekking van de rechtshandeling dienen de motieven en voorzienbare gevolgen van de handelende enerzijds en de kenbaarheid daarvan voor de wederpartij of geadresseerde anderzijds te worden verstaan. Zowel het onoorbare motief als de kenbaarheid van dit motief voor de andere partij dienen te worden bewezen om te kunnen spreken van een rechtshandeling met een nietige strekking.⁴⁵⁹

Het tweede lid van artikel 3:40 BW bepaalt dat een rechtshandeling nietig is, indien deze in strijd is met een dwingende wetsbepaling. Dit is slechts anders

'indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling.'

⁴⁵⁶ Zie ook Gijrath 2013, p. 1099.

⁴⁵⁷ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:BU5609, NJ 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

⁴⁵⁸ *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM). Een bekend voorbeeld levert het arrest HR 7 april 2000, NJ 2000/652 (*Parkeerexploitatie/Amsterdam*).

⁴⁵⁹ *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM). Een bekend voorbeeld levert het arrest HR 11 mei 1951, NJ 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).

Als dit laatste het geval is dan is er slechts sprake van vernietigbaarheid, slechts in te roepen door degene die wordt beschermd, voor zover uit de strekking van de wettelijke bepaling niet anders voortvloeit.

In artikel 3:40 lid 2 BW gaat het om een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling uit een wet in formele zin.⁴⁶⁰ Dit artikellid is, blijkens de wetsgeschiedenis,⁴⁶¹ alleen van toepassing op het verrichten van rechtshandelingen en vindt geen toepassing als de inhoud of strekking van een verbintenis in strijd met de wet is. Een rechtshandeling is wel geldig, ondanks strijd met de wet op grond van lid 2, als de wetsbepaling niet de strekking heeft de geldigheid van de daarmee strijdige rechtshandeling aan te tasten (lid 3).

Als de inhoud of de strekking van een rechtshandeling in strijd is met een formele of lagere wetsbepaling, dan zal er over het algemeen ook sprake zijn van strijd met goede zeden of openbare orde en derhalve nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, zo zegt de Toelichting Meijers.⁴⁶² De vanzelfsprekendheid waarmee een overeenkomst met een verboden inhoud of strekking in strijd werd geacht met de openbare orde en daarmee nietig is op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, is echter door de jaren afgenomen.⁴⁶³ De rechter dient namelijk een eigen afweging te maken. In het arrest *Esmilo/Mediq* heeft de Hoge Raad deze door de rechter te maken afweging verder ingevuld.⁴⁶⁴ Een overeenkomst die in strijd is met de wet hoeft niet per definitie strijdig te zijn met de openbare orde, aldus de Hoge Raad. De rechter dient, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling van de vraag of er strijd is met de openbare orde, de volgende gezichtspunten te betrekken: welke belangen worden door de geschonden regel beschermd; worden door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen geschonden; waren partijen zich van de inbreuk op de regel bewust; en voorziet de regel in een sanctie.⁴⁶⁵

De vraag die in het onderhavige geval beantwoord dient te worden is of sprake is van nietigheid op grond van 3:40 BW eerste lid of tweede lid. Het lijkt mij dat niet gesproken kan worden van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Dit lid ziet immers slechts op het verrichten van een rechtshandeling in strijd met een dwingende formele wetsbepaling die leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot het medegebruik van een antenne-opstelpunt (artikel 3:24 Tw), is op zichzelf genomen niet in strijd met de Tw.

460 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM).

461 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM).

462 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191 (TM). Zie ook HR 16 november 1984, NJ 1985/624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Buena Vista*).

463 P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013/1, p. 30.

464 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

465 *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.4.

Dan blijft de mogelijkheid over dat sprake is van een rechtshandeling in strijd met de wet die 'door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde' (lid 1). De toets van de ACM of sprake is van strijd met de Tw zou, naar mijn mening, te scharen zijn onder lid 1 van artikel 3:40 BW. Het gaat immers om een verboden inhoud (wel of geen redelijke prijs ex artikel 3:24 Tw) van de overeenkomst, die, na inachtneming van de gezichtspunten van Esmilo/Mediq, nietig zou kunnen zijn omdat sprake is van strijd met de openbare orde en/of goede zeden. Het is interessant om nu de problematiek van artikel 3:40 BW en de toets van Esmilo/Mediq toe te passen op de geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw door de ACM en op de onderhavige zaak tussen Novec en Alticom.

Beoordeeld dient te worden of strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw in de zin van artikel 12.2 lid 2 Tw ook automatisch, gezien de bovengenoemde gezichtspunten, nietigheid ex artikel 3:40 lid 1 BW met zich meebrengt. Deze strijd met de Tw bestaat dan uit het niet ter beschikking stellen van het medegebruik van antenne-opstelpunten tegen een redelijke vergoeding (ex artikel 3:24 lid 3 Tw/artikel 3:11 lid 3 Tw (oud)).

Relevant is vervolgens of de ACM dan wel de civiele rechter de nietigheid van de rechtshandeling ex artikel 3:40 BW beoordeelt. Uit de besproken zaak tussen Novec en Alticom volgt dat de ACM de nietigheidsproblematiek van artikel 3:40 BW niet betreft in haar besluiten.⁴⁶⁶ Weliswaar is het arrest Esmilo/Mediq van later datum, maar de vraag of sprake is van nietigheid en dus of er getoetst moet worden aan 3:40 BW, wordt in het geheel niet door OPTA gesteld. Hoe OPTA dan wel het hof in deze zaak tussen Alticom en Novec de door de Hoge Raad ontwikkelde gezichtspunten zouden hebben gewogen, blijft speculeren. Een feit is, in dit geschil, dat partijen kennis hebben van de toepasselijke regels en hebben afgesproken om het geschil niet voor te leggen aan OPTA. Het gezichtspunt uit Esmilo/Mediq 'of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren' zou hier een rol hebben kunnen spelen. Aan de andere kant kan ook worden betoogd dat, gezien de argumentatie van Alticom (waarin het hof Den Haag Alticom is gevolgd),⁴⁶⁷ in de prijs ook een aantal voorwaarden (zoals: exclusief gebruik) is verwerkt. Zo duidelijk hoeft de overtreding van het vereiste dat een redelijke prijs moet worden gevraagd voor partijen dus niet te zijn. Op de vraag welke belangen geschonden zijn, een ander gezichtspunt, kan naar mijn mening geantwoord worden dat de bevordering van de marktwerking en als gevolg daarvan het algemeen belang op het spel staan. Voorts lijkt geen sprake te zijn van schending van een fundamenteel beginsel. Evenmin voorziet artikel 3.11 Tw (oud) zelf in een sanctie, behalve dat de ACM via artikel 12.2 lid 2 Tw bij geconstateerde strijd met de Tw regels kan stellen. De Tw voorziet daarmee dus wel in een aparte rechtsgang. Dit zou een argument tegen nietigheid in de zin van artikel 3:40

⁴⁶⁶ Mij zijn geen andere zaken bekend waar de ACM dit wel doet.

⁴⁶⁷ Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

BW kunnen zijn. Naast deze rechtsgang van artikel 12.2 Tw zou geen toetsing aan artikel 3:40 BW hoeven plaats te vinden, al verklaart dit niet de verwijzing in de parlementaire geschiedenis naar artikel 3:40 BW.⁴⁶⁸

In de civiele procedure van 11 maart 2011 oordeelt de kantonrechter te Rotterdam dat het door OPTA bepaalde tarief in de plaats komt van het tarief dat partijen zijn overeengekomen.⁴⁶⁹ Novec was gerechtigd om het te veel betaalde bedrag te verrekenen, aldus de kantonrechter. Het hof Den Haag gaat er in hoger beroep, zonder nadere toetsing, eveneens vanuit dat er na het besluit van OPTA sprake is van (partiële) nietigheid ex artikel 3:40 e.v. BW van de overeengekomen prijs.⁴⁷⁰ Wel overweegt het hof dat het door OPTA vastgestelde maximale tarief niet automatisch in de plaats treedt van het overeengekomen tarief. Met het door OPTA vastgesteld (maximum)tarief in het achterhoofd dienen partijen over de overige voorwaarden opnieuw te onderhandelen.⁴⁷¹

Het hof is van oordeel dat het geschilbesluit door OPTA dusdanig ingrijpende gevolgen heeft dat het economische evenwicht van de overeenkomst is verstoord.⁴⁷² Immers, door Alticom zijn in ruil voor het overeengekomen tarief diverse concessies gedaan (de kortingsregeling en het exclusieve gebruik). Op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW dienen partijen daarom te heronderhandelen.⁴⁷³ De vraag is wat de gevolgen zijn van deze uitspraak voor de uitkomst van deze onderhandelingen. De prijs die destijds na lange onderhandelingen tot stand is gekomen, mede op basis van de overige voorwaarden, is nu reeds door de ACM, geïsoleerd van deze overige voorwaarden, vastgesteld. In hoeverre zal Alticom bereid zijn om nog toe te geven aan Novec nu de prijs aanzienlijk is verlaagd? Wat als partijen niet uit de onderhandelingen komen? Dienen zij het geschil dan wederom voor te leggen aan de (civiele) rechter? Een ding is duidelijk: deze plicht tot heronderhandeling komt de rechtszekerheid niet ten goede. Evenmin doet het voorgaande recht aan de dynamiek van de markt.

468 Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25533, nr. 8, p. 7. Hier staat in het kader van artikel 6.3 Tw (oud): 'In het voorkomende geval, dat wil zeggen indien de met het bij of krachtens dit wetsvoorstel strijdige verbintenissen niet reeds op grond van artikel 40 van boek 3 van het Burgerlijk Wet boek nietig zijn, treden de uit de door OPTA gestelde regels voortvloeiende verbintenissen in de plaats van de oude verbintenissen'.

469 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, m.nt. B. Braeken, p. 232.

470 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

471 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527, zie r.o. 3.9 en 3.10. Hier is het echter niet van gekomen. De ACM had een rekenfout gemaakt, waardoor de prijs alsnog redelijk bleek te zijn.

472 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527, zie r.o. 3.10.

473 In de overeenkomst is eveneens een bepaling opgenomen die bepaalt dat partijen in redelijkheid en billijkheid streven naar een oplossing voor gevallen waarin de overeenkomst niet voorziet (bepaling 15.2).

3.8.4 Conclusie

De ACM lijkt als hoofdregel te hanteren dat besluiten hun werking krijgen vanaf het moment dat het besluit aan partijen bekend is gemaakt. Derhalve heeft te gelden dat er in beginsel geen sprake is van terugwerkende kracht. Op deze regel zijn enkele nuances aangebracht die met name verband houden met het rechtszekerheidsbeginsel. Als voor beide partijen duidelijk is dat de tarieven vanaf een bepaalde datum worden betwist, dan dienen partijen rekening te houden met de mogelijkheid dat de ACM lagere tarieven zal vaststellen vanaf die datum. Ook kan het geschilbesluit terugwerkende kracht hebben als een partij op de hoogte was van het feit dat haar tarieven in strijd zijn met de Tw en deze partij in strijd handelt met het non-discriminatiebeginsel.

Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw kan de ACM regels stellen als er strijdigheid is geconstateerd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. De sanctie 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' zou nietigheid betekenen op grond van artikel 3:40 lid 1 BW (strijd met de openbare orde of goede zeden). Bij de beoordeling van de vraag of de geconstateerde strijd met de Tw ook nietigheid met zich meebrengt, dient de ACM mijns inziens het privaatrechtelijke kader en de jurisprudentie te betrekken. Een beslissing van de ACM dat op grond van artikel 3:40 lid 1 BW sprake is van nietigheid, is anders niet gebaseerd op het achterliggende juridisch kader. Aangezien de ACM zelf prijzen vaststelt en partijen zich ook aan deze besluiten moeten houden ex artikel 12.6 Tw, kan de ACM het beste zelf oordelen of de strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw ook daadwerkelijk tot gevolg heeft dat de betreffende bepaling nietig is. De ACM dient dan ook te toetsen aan 3:40 BW en dus ook aan de in *Esmilo/Mediq* genoemde gezichtspunten.⁴⁷⁴ Als deze toetsing aan de civiele rechter is voorbehouden dan dienen partijen bij de civiele rechter een nieuwe procedure omtrent de nietigheid aan te spannen en zijn de gevolgen van de uitspraak van de ACM in relatie tot artikel 12.6 Tw onduidelijk. Daarnaast geldt dat de civiele rechter niet zal toetsen of een bepaalde bepaling, bijvoorbeeld of een prijs redelijk is of niet, in strijd is met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Een rechtsgang die eerst via de civiele rechter loopt lijkt mij dan ook niet mogelijk.

De suggestie van Ottow dat partijen via de civiele rechter met een beroep op onverschuldigde betaling, als uit een geschilbesluit blijkt dat zij te veel hebben betaald, de teveel betaalde gelden zouden kunnen terugvorderen tot een moment dat verder teruggaat dan de terugwerkende kracht van het geschilbesluit, lijkt mij in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Ik meen dat dit ook uit de latere jurisprudentie van het CBB is af te leiden. Het CBB stelt alleen met terugwerkende kracht tarieven vast als voor partijen duidelijk was dat OPTA mogelijk lagere tarieven zou kunnen vaststellen over een bepaalde periode. Pas wanneer de ACM een dergelijk besluit heeft genomen kan naar

474 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

mijn mening civielrechtelijk een beroep worden gedaan op onverschuldigde betaling en wel vanaf de inwerkingtredingsdatum van het besluit van de ACM. Voor de periode daarvoor dienen partijen naar mijn mening, in verband met de rechtszekerheid, uit te gaan van hetgeen in hun contractuele relatie is afgesproken. Overigens zou anders ook via het privaatrecht de door het CBB gehanteerde lijn omtrent de rechtszekerheid worden ondermijnd. Op vergelijkbare wijze zou naar mijn mening geoordeeld dienen te worden voor gevallen waarin sprake is van geconstateerde strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw nadat er al een overeenkomst tot stand is gekomen (een artikel 12.2 lid 2 Tw-geschil). Immers, als na lange tijd blijkt dat het overeengekomen tarief in strijd is met de Tw en de teveel betaalde gelden vanaf de totstandkoming terugbetaald zouden moeten worden, komt de rechtszekerheid in gevaar.

3.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de ACM op de telecommarkt privaatrechtelijk geaarde regels toepast. Daarbij is een aantal vragen gesteld: welke regels van het privaatrecht worden gehandhaafd, waarom is door de wetgever gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving en welke bestuursrechtelijke instrumenten worden hiervoor gebruikt? Daarbij komt de vraag naar voren in hoeverre privaatrechtelijk geaarde regels zich voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen lenen. Strijdt de achtergrond en visie van de ACM op de telecommarkt (niet) met het privaatrecht en waarom zou bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zijn dan privaatrechtelijke handhaving om de doelstellingen van goede marktwerking en consumentenbescherming te bewerkstelligen? Bij deze analyse en problematisering zijn de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, is bezien hoe bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen zich tot elkaar verhouden en zijn, waar mogelijk, suggesties gedaan om eventuele fricties te verminderen.

In deze conclusie wordt getracht antwoord te geven op de gestelde vragen aan de hand van de bevindingen uit de analyse en problematisering.

Gewone markt?

De telecommunicatiemarkt is van oorsprong een monopolistische markt. Ter bevordering van de werking van de interne markt diende, op initiatief van de Europese Commissie, de telecommunicatiemarkt geliberaliseerd en geharmoniseerd te worden. Via een pakket Europese richtlijnen van de Europese Commissie moet dit verwezenlijkt worden. Om het doel van deze richtlijnen te realiseren zijn in elke lidstaat NRI's opgericht. Deze NRI's hebben als doelstelling het bevorderen van de concurrentie, het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van de burgers van

de Europese Unie.⁴⁷⁵ Het pakket richtlijnen is in Nederland geïmplementeerd in de Tw. De ACM houdt als NRI toezicht op de telecommunicatiemarkt.

De telecommunicatiemarkt is een netwerkmarkt en heeft daarom een aantal bijzondere kenmerken die een 'gewone' markt van vraag en aanbod niet kent.⁴⁷⁶ Gezien deze specifieke kenmerken zou er bepaald (bestuursrechtelijk) toezicht nodig zijn om marktdeelnemers zoveel mogelijk in vrijheid te kunnen laten onderhandelen.

Geschilbeslechting

De geschilbeslechtende functie van de ACM is voor het onderhavige onderwerp het meest opvallende middel waarmee de ACM haar taken uitoefent. Bij geschilbeslechting neemt de ACM besluiten die één of meerdere geschillen tussen twee marktpartijen op de telecommunicatiemarkt dienen te beslechten. De besluiten die de ACM neemt, hebben dan ook invloed op de privaatrechtelijke verhouding tussen marktpartijen.⁴⁷⁷

Geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 Tw is een belangrijk middel waarmee de ACM op de telecommarkt privaatrechtelijk geaarde regels handhaaft.⁴⁷⁸ In artikel 6.1 juncto 6.2 Tw is daarnaast nog een specifieke bevoegdheid neergelegd tot geschilbeslechting inzake interconnectiegeschillen. Geschilbeslechting houdt in dat de ACM een besluit kan nemen in een geschil tussen twee marktpartijen die een overeenkomst met elkaar hebben gesloten of een overeenkomst willen of hadden willen sluiten.

In het geschilbesluit legt de ACM de marktpartijen verplichtingen op. Deze verplichtingen dienen door partijen te worden uitgewerkt.

Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw is de ACM bevoegd om regels te stellen voor de situatie dat tussen partijen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een verplichting die op één of meer van hen rust bij of krachtens de Tw (precontractuele fase). Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw wordt de bevoegdheid van de ACM uitgebreid tot partijen die reeds een overeenkomst met elkaar hebben gesloten. Partijen kunnen aan de ACM op grond van het tweede lid een geschil voorleggen omtrent bepalingen uit de overeenkomst waarvan zij menen dat die strijd zijn met hetgeen is bepaald in de Tw.⁴⁷⁹

Precontractuele fase

Uit de onderzochte geschilbesluiten van de ACM met betrekking tot de precontractuele fase valt de onderhandelingsplicht, te vinden in artikel 6.1 Tw (interconnectie) en in artikel 3.24 Tw (antenne-opstelpunten), vanuit privaatrechtelijk

⁴⁷⁵ Zie par. 3.2.2.

⁴⁷⁶ Zie par. 3.2.

⁴⁷⁷ Zie par. 3.4.3.

⁴⁷⁸ Zie par. 3.4.3.

⁴⁷⁹ Zie par. 3.4.3.

oogpunt op.⁴⁸⁰ Het privaatrecht kent immers niet een zo vergaande onderhandelingsplicht. De wetgever heeft op de onderhandelingsplicht uit de Tw niettemin de civiele jurisprudentie van toepassing geacht.⁴⁸¹ De vraag is evenwel of deze onderhandelingsplicht wel is te vergelijken met de in de privaatrechtelijke jurisprudentie ontwikkelde doctrine en daarmee of het toepasselijk verklaren van deze jurisprudentie op de onderhandelingsplicht in de Tw wenselijk is. Het doel van de onderhandelingsplicht in de Tw is het tot stand brengen van interconnectie alsmede het delen van antenne-opstelpunten, zodat eindgebruikers met elkaar kunnen communiceren. Van de onderhandelingsplicht gaat dan ook een sterk sturende (markt)werking uit. In het contractenrecht bestaan wel (gerechtvaardigde) verplichtingen tot het sluiten van contracten, maar in beginsel geen verplichting om te onderhandelen. Als gevolg van de onderhandelingsplicht in de Tw bestaat er geen vrije keuze om wel of niet te onderhandelen als er sprake is van een redelijk verzoek.

Wanneer een partij haar onderhandelingsplicht niet nakomt, kan de andere partij de bestuursrechtelijke weg volgen en de ACM vragen om regels te stellen. De ACM zal echter pas regels stellen als partijen voldoende hebben onderhandeld. De contractvrijheid zou, in relatie tot interconnectie, zich verzetten tegen een ruime uitleg van artikel 6.2 Tw (regels stellen met betrekking tot interconnectie). De ACM stelt zich in dit kader formalistisch op, waardoor partijen genooddaakt zijn ook de civielrechtelijke weg te bewandelen.

Als één partij niet wenst te onderhandelen dan is de ACM niet bevoegd om kennis te nemen van het geschil. De Memorie van Toelichting vermeldt dat in dat geval naast de bestuursrechtelijke weg de privaatrechtelijke weg openstaat. Het privaatrechtelijke jurisprudentiekader van afgebroken onderhandelingen is hierop eveneens van toepassing. Wel is er dit verschil dat partijen geconfronteerd worden met de noodzaak om na een procedurele gang naar de civiele rechter vervolgens, bij het mislukken van hun onderhandelingen, nog een procedure, nu bij de ACM, te doorlopen. Daarnaast gaat het civiele leerstuk van de precontractuele fase uit van een ander vertrekpunt dan de onderhandelingsplicht in de Tw. In het privaatrecht is er immers in het geheel geen onderhandelingsplicht, tenzij partijen uit vrije wil in een positie gekomen zijn waarop het afbreken van onderhandelingen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De contractvrijheid, die inhoudt dat een partij ook de mogelijkheid heeft om geen aanbod te doen, staat voorop. De civiele rechter zal het leerstuk van de precontractuele fase dan ook moeten interpreteren in het licht van de onderhandelingsplicht van de Tw.

Afgezien van het feit dat het onwenselijk is dat partijen mogelijkserwijs zowel een civiele als een bestuursrechtelijke procedure dienen te doorlopen, kan de situatie zich ook nog voordoen dat de civiele rechter zich onbevoegd acht om over het geschil te beslissen en partijen naar de bestuursrechtelijke

480 Zie par. 3.5.2.

481 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 104.

weg (terug)verwijst. De ACM zal zich per saldo eveneens onbevoegd verklaren omdat partijen onvoldoende hebben onderhandeld. Een marktpartij valt dan 'tussen wal en schip'.⁴⁸²

Contractuele fase

Met betrekking tot de vraag of de ACM bevoegd is om geschillen te beoordelen op grond van artikel 12.2 lid 1 of lid 2 Tw, dient de ACM te beoordelen of er tussen partijen overeenstemming bestaat. Voor de vraag of er overeenstemming is tussen partijen, hetgeen relevant is voor de toepasselijkheid van artikel 12.2 lid 1 dan wel lid 2 Tw, stelt de ACM het belang van de contractvrijheid voorop.

Bij verschil van mening tussen partijen is de ACM over het algemeen van oordeel dat er geen overeenstemming (meer) is. Dit geldt bijvoorbeeld ook bij eenzijdige wijzigingen in relatie tot de prijs als de overeenkomst niet voorziet niet in dergelijke regelingen.

Een verschil in benadering tussen de ACM en de civiele rechter is dat de civiele rechter niet alleen bekijkt of er een schriftelijke overeenkomst is, maar ook de overige omstandigheden van het geval meeweegt om te beoordelen of er wilsovereenstemming is tussen partijen. De civiele rechter stelt zich echter wel terughoudend op, aangezien conflicterende uitkomsten vermeden dienen te worden en de civiele rechter van oordeel is dat de ACM dient te beslissen over het al dan niet bestaan van een overeenkomst.⁴⁸³

De contractvrijheid staat op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw ook onder druk als via dit tweede lid door de ACM, nadat door partijen een overeenkomst is gesloten, alsnog regels en (maximum)prijzen worden vastgesteld. De ACM zou, mede gezien in het licht van de uitspraak van de civiele rechter inzake KPN en Telfort/Vodafone,⁴⁸⁴ de relevante omstandigheden van het geval meer moeten meewegen om te beoordelen of er overeenstemming is.⁴⁸⁵

Voor de inhoud en de uitleg van overeenkomsten geldt dat de privaatrechtelijke jurisprudentie niet uit het oog kan en mag worden verloren.⁴⁸⁶ Toepas-

⁴⁸² In het kader van het doorlopen van zowel bestuursrechtelijke als civiele procedures en het niet goed aansluiten van deze procedures op elkaar wijs ik volledigheidshalve nog op de OT2010 jurisprudentie. Vanwege het 'materiële' karakter (het transparantiebeginsel en aanbestedingsproblematiek) heb ik deze zaken hier niet besproken. Het betreft in deze zaak een gunning aan KPN; naar later blijkt heeft KPN geen volledige openheid van zaken gegeven. Onder andere Tele2 vraagt OPTA om een last onder dwangsom op te leggen aan KPN om zich terug te trekken. Dit besluit wordt door het CBb weer vernietigd, omdat de last onder dwangsom onevenredig was. De last heeft er niet in geresulteerd dat Tele2 of een andere concurrent van KPN alsnog de kortingsactie heeft kunnen gebruiken voor het uitbrengen van een lager bod (CBb 25 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5339, JAAN 2013/95, m.nt. T.A.J. Berben). Ook bij de Hoge Raad heeft Tele2 geen succes, omdat KPN uitgesloten zou worden op grond van niet in de aanbesteding vermelde uitsluitingsgronden (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en BW9233, JAAN 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers).

⁴⁸³ Zie par. 3.5.3.2 – par. 3.5.3.4.

⁴⁸⁴ Zie voor bespreking 3.5.3.3, nr. 5.

⁴⁸⁵ Zie par. 3.5.3.2 – par. 3.5.3.4.

⁴⁸⁶ Zie par. 3.5.4.2 en 3.5.4.3.

sing van deze jurisprudentie is noodzakelijk wil de ACM recht kunnen doen aan de privaatrechtelijke aspecten van haar taken. De ACM lijkt in de onderzochte zaken terughoudendheid te betrachten als het aankomt op de uitleg van de bedoeling van partijen bij onduidelijkheden omtrent bepalingen in contracten. Dit geldt ook voor de aanvulling van contracten en voor situaties waarin één van de partijen van mening is dat de overeenkomst dusdanig gewijzigd is dat zij daaraan niet meer in deze vorm kan worden gehouden. De ACM acht zich niet bevoegd om hierover te oordelen en verwijst partijen dan naar de civiele rechter. Ik acht het ongelukkig en in niemands belang dat de ACM partijen voor dergelijke vragen naar de civiele rechter verwijst. Dit kan er immers toe leiden dat partijen twee zo niet drie procedures – eerst de ACM dan naar de civiele rechter en dan weer naar de ACM – zouden moeten volgen.

De ACM zal, om tot meer eenvormige handhaving te komen, voor een meer civielrechtelijke benadering moeten kiezen. De ACM dient daarbij, wanneer zij haar taak breder opvat, ook te beoordelen of er een overeenkomst bestaat, welke omstandigheden relevant zijn en hoe overeenkomsten uitgelegd dienen te worden.

Iustum pretium?

Het direct ingrijpen door de ACM, op grond van de geschilbeslechtende bevoegdheid (artikel 12.2 lid 2 Tw), in contractuele verhoudingen komt het meest duidelijk naar voren bij het vaststellen van (maximum)prijzen. Het vaststellen van prijzen beperkt de contractvrijheid ingrijpend en is vanuit privaatrechtelijk oogpunt bezien ongebruikelijk. Prijzen worden vastgesteld en/of getoetst aan uitgangspunten als ‘kostenoriëntatie’ en ‘vertraagde reciprociteit’. Deze open normen worden met het oog op handhaving en de rechtszekerheid ingevuld met behulp van beleidsregels. Deze vaste invulling leidt naar mijn mening tot ongewenste ontwikkelingen. Zij resulteert erin dat partijen in principe niet vrij zijn om op geld waardeerbare voorwaarden in de overeenkomst op te nemen, omdat deze immers niet bij de prijsbeoordeling door de ACM worden meegenomen. Dit kan leiden tot een bestuursrechtelijke en civiele rechtsgang, aangezien de overige voorwaarden niet worden beoordeeld door de ACM.

Met de vaststelling van (maximum)prijzen wordt wel, via de achterdeur, de *iustum pretium*-leer in het privaatrecht ingebracht. In het privaatrecht wordt de leer van de redelijke tegenprestatie (*iustum pretium*) niet erkend, omdat de contractvrijheid vooropstaat: partijen mogen zelf de inhoud en de daarbij behorende verbintenissen bepalen. Gezien de bedoeling van de wetgever om zoveel mogelijk bij het privaatrecht aan te sluiten, waarbij contractvrijheid nadrukkelijk voorop wordt gesteld, past bij deze prijsvaststelling door een toezichthouder een kritische kanttekening. De aansluiting bij het privaatrecht lijkt immers niet voor dit punt te gelden.

De vaststelling van (maximum)prijzen heeft een sterk sturend karakter. Wellicht is dat te rechtvaardigen als het om een tijdelijke regeling gaat. Maar

gezien de kenmerken van de markt acht ik deze tijdelijkheid onwaarschijnlijk. Via het bestuursrecht wordt zo de *iustum pretium* in het privaatrecht opgenomen. Wellicht had beter gekozen kunnen worden voor een oplossing via het bestuursrecht, vergelijkbaar met het huurrecht,⁴⁸⁷ in plaats van te kiezen voor (theoretische) contractvrijheid. Voor marktpartijen zou, wanneer prijzen bestuursrechtelijk zijn vastgelegd, duidelijk zijn binnen welke marges de onderhandelingen kunnen plaatsvinden. Naar mijn mening sluit dit beter aan bij vormen die het privaatrecht reeds kent (zoals in het huurrecht) en is het in het belang van de rechtszekerheid omdat partijen weten wat de wettelijke grenzen zijn. Voor de vaststelling van de (maximum)prijzen hoeft dan niet achteraf nog een procedure bij de ACM te worden gestart.⁴⁸⁸

Opzegging

De opzeggingsbevoegdheid van een consument van een overeenkomst dient meerdere doelen. Enerzijds worden 'zwakke' consumenten beschermd tegen machtige aanbieders van communicatiediensten en anderzijds wordt de mededinging gestimuleerd.

De consument heeft, op grond van het BW, zelf ook (opzeggings)bevoegdheden. Hierdoor kunnen zowel de regels van de Tw, het BW als de Wft van toepassing zijn. Voor de consument en de telecomaandbieder maakt dit het juridisch kader ingewikkeld.⁴⁸⁹

Nakoming en handhaving

De problematiek van de beperkte bevoegdheid van de ACM, met als gevolg dat zowel een bestuursrechtelijke als een civielrechtelijke procedure noodzakelijk kunnen zijn, is eveneens zichtbaar bij de handhaving van besluiten.⁴⁹⁰ De ACM heeft slechts de bestuursrechtelijke middelen tot haar beschikking (boete en last onder dwangsom). Deze kunnen echter niet worden ingezet om te veel betaalde gelden terug te vorderen. Dat deze bestuursrechtelijke middelen niet kunnen worden ingezet om terugbetaling af te dwingen is naar mijn mening een tekort van het bestuursrecht. Een gang naar de civiele rechter is in deze gevallen onvermijdelijk. Of daar een bevredigend resultaat kan worden behaald is echter evenmin zeker, omdat de rechter niet zomaar de hoogte van bijvoorbeeld te verrekenen bedragen kan vaststellen. Alleen de ACM is immers bevoegd om maximumprijzen vast te stellen. Dit levert een argument op voor uitbreiding van de bevoegdheden van de ACM om de gevolgen van overtredingen ongedaan te maken.

487 Zie nader Boek 7, titel 4, afdeling 5, onderafdeling 2, BW. Zie ook par. 3.6.5.

488 Zie ook Sütö 2013, p. 1112-1121.

489 Zie par. 3.5.5.2.

490 Zie par. 3.7

Terugwerkende kracht en nietigheid

Nadat de ACM op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw heeft geconstateerd dat er sprake is van strijdigheid met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw, kan de ACM regels stellen. In beginsel heeft te gelden dat er geen sprake is van terugwerkende kracht van deze regels. Als voor beide partijen echter duidelijk is dat de tarieven al vanaf een bepaalde datum worden betwist, dan dienen partijen rekening te houden met de mogelijkheid dat de ACM lagere tarieven zal vaststellen vanaf die datum. Ook kan er terugwerkende kracht zijn als een partij er van op de hoogte is dat haar tarieven in strijd zijn met de Tw.

Het rechtsgevolg van geconstateerde strijd met de Tw op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw leidt nu ‘automatisch’ tot nietigheid.⁴⁹¹ Dit is niet in de lijn van de civiele jurisprudentie inzake artikel 3:40 BW. Voordat de ACM bepalingen uit een overeenkomst nietig mag achten, dient de ACM te toetsen aan artikel 3:40 BW met inachtneming van de daarbij behorende jurisprudentie.

Resumerend

Samenvattend kan worden gesteld dat het huidige wettelijke kader van de Tw zijn eigen doelen dient, zoals marktregulering en bescherming van de zwakke partijen. Regulering is nodig om deze doelstellingen te realiseren, aangezien het privaatrecht niet steeds over de juiste instrumenten beschikt om die doelen te dienen. Het wettelijke kader van de Tw is van invloed op de civielrechtelijke overeenkomsten. In het bijzonder via de geschilbeslechtende bevoegdheid kan de ACM (direct) ingrijpen in contractuele verhoudingen. Dit brengt nadelen met zich mee, aangezien de ACM thans niet het volledige civielrechtelijke kader in ogenschouw neemt en/of mag nemen. Dit resulteert in onduidelijkheid omtrent de bevoegde instantie en omtrent de invulling van juridische begrippen. Het resultaat hiervan kan zijn dat partijen meerdere procedures dienen te volgen, zodat rechtsonzekerheid ontstaat en hoge kosten worden gemaakt die uiteindelijk op de eindgebruiker worden afgewenteld. Dit pleit voor een bredere opvatting door de ACM van haar taak door het privaatrecht in volle omvang toe te passen op de rechtsverhouding van de betrokken partijen. Hierdoor ontstaat meer een gemengde of ‘hybride’ vorm van handhaving. Hierop wordt in hoofdstuk 6 (nog) nader ingegaan.⁴⁹²

⁴⁹¹ Zie par. 3.8.3.

⁴⁹² Zie hierover nader 6.4.4.