

Analyse jurisprudentie Telecommunicatiewet

Tussenrapportage

E.J. Dommering

N.A.N.M. van Eijk

A.T. Ottow

Met medewerking van O. van Daalen

20 augustus 2003

Instituut voor Informatierecht (IViR)

Universiteit van Amsterdam

Dit memo beschrijft de voortgang met betrekking tot het onderzoek dat het instituut voor informatierecht (IViR) in opdracht van OPTA uitvoert naar de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) voor zover het betreft de toepassing van de Telecommunicatiewet. Het onderzoek bestaat uit een kwantitatieve inventarisatie gevolgd door een kwalitatieve analyse van deze jurisprudentie. Binnen het onderzoek wordt onder meer aandacht besteed aan aspecten zoals proceduretechnische en AwB-elementen waaronder bewijsregels, openbaarheid van gegevens en doorlooptijden, de discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder, het door de Rechtbank en het CBB gehanteerde beoordelingskader, ontbrekende bevoegdheden en gebreken in argumentatie en onderbouwing aan de zijde van de toezichthouder. Het onderzoek wordt afgerond met conclusies gebaseerd op de gemaakte inventarisatie en analyse. De studie zal tevens aanbevelingen doen voor eventuele verbeteringen.

Hier wordt verslag gedaan van de eerste bevindingen op grond van de kwantitatieve analyse. Tevens wordt indicatief ingegaan op enige elementen van de kwalitatieve analyse.

E.J. Dommering

N.A.N.M. van Eijk

A.T. Ottow

Met medewerking van O. van Daalen

Kwantitatieve analyse

Door het IViR is in de eerste plaats een kwantitatieve analyse gemaakt van de relevante jurisprudentie (de hierna gegeven cijfers zijn nog onderwerp van een nadere verificatie en hebben daarom nog een voorlopig karakter). Uit het verkregen materiaal blijkt dat tot en met de peildatum van 13 mei 2003 bij de Rechtbank Rotterdam 128 geschillen inzake de Telecommunicatiewet zijn behandeld. Bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) dienden in dezelfde periode 3 zaken. Van de zaken bij de Rechtbank Rotterdam waren er 43 waarbij OPTA betrokken was. De overige zaken hebben voornamelijk betrekking op frequentievraagstukken (de verdeling van UMTS-frequenties en de problematiek met betrekking tot de radiofrequenties). In het totaal ging het om 65 uitspraken, die in beginsel buiten het onderzoek blijven.

Volledigheidshalve is tevens bekeken wat bij de onderzochte zaken de relatie is tussen de uitkomst van de bezwaarfase bij OPTA en het oordeel van de Rechtbank Rotterdam. In 12 gevallen leidde de bezwaarfase tot gedeeltelijke (9) of algehele (3) heroverweging van het OPTA-besluit. Van de zaken waarbij OPTA betrokken was (43) besloot de rechtbank in 19 gevallen het oordeel geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Onderstaande tabel, ontleend aan het jaarverslag 2002 van OPTA, bevestigt deze getallen. In de periode 1997-2002 werden door OPTA in het totaal 112 bezwaarschriften zijn afgehandeld, waarvan er 3 gegrond waren en in 8 gevallen (naar de inzichten van het onderzoek is er sprake van 9 relevante zaken) sprake was van een deels gegrond en deels ongegrond bezwaar (oftewel in 10% van de gevallen was uiteindelijke sprake van een bezwaar dat in een bijstelling heeft geresulteerd). Op basis van deze gegevens is als zodanig geen directe relatie vast te stellen tussen het oorspronkelijke besluit, het besluit op bezwaar en de beslissing van de rechtbank. De toegevoegde waarde van de bezwaarschriftenprocedure lijkt dus beperkt te zijn. Hierbij past de kanttekening dat besluiten op bezwaar die niet tot een procedure bij de rechtbank hebben geleid, buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen.

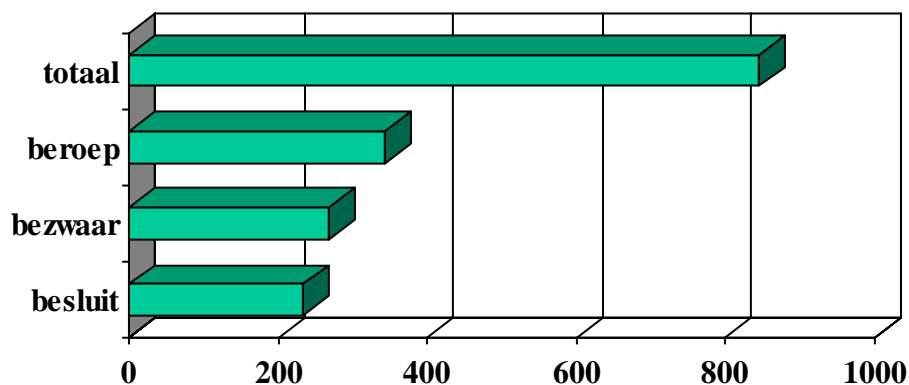
Bezwaar periode 1997-2002	
Ingetrokken	27
Ongegrond	30
Deels gegrond, deels ongegrond	8
Gegrond	3
Deels ongegrond, deels niet ontvankelijk	4
Niet ontvankelijk	39
Niet in behandeling genomen	1
Totaal	112

Bron: OPTA, Jaarverslag 2002

In alle aan het CBB voorgelegde zaken werd het oordeel van de rechtbank – in het voordeel van OPTA - vernietigd (sindsdien zijn er nog enige geschillen bij het CBB voorgelegd waarbij het oorspronkelijke standpunt van OPTA niet in stand bleef. Deze hebben zowel op telecommunicatie als post betrekking).

De diverse procedures kunnen in een drietal categorieën worden onderscheiden. In de eerste plaats zijn er zaken die niet op geschilbeslechting tussen partijen betrekking hebben. Daarbij gaat het vooral om procedures naar aanleiding van besluiten van OPTA over tarieven (zoals de door OPTA goed te keuren tarieven van KPN en de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht). Voorts heeft een grote groep zaken betrekken op de door OPTA gehanteerde vergoedingen. Tenslotte zijn er de procedures naar aanleiding van besluiten van OPTA over aan haar voorgelegde geschillen (interconnectie, toegang tot de kabel, tussen partijen te hanteren tarieven, gegevens ten behoeve van de uitgifte van alternatieve telefoongidsen).

Doorlooptijden geschilbeslechting (in dagen)



Ten aanzien van de doorlooptijden van de laatste categorie (geschillen) kan het volgende worden opgemerkt (data met betrekking tot procedures die niet betrekking hebben op geschillen wijken niet wezenlijk af). Tussen het moment waarop partijen een geschil aanhangig maken bij OPTA en het moment waarop OPTA een besluit neemt zitten gemiddeld 233 dagen (met een minimum van 76 dagen en een maximum van 648 dagen). In het geval dat een van de partijen (of beiden) bezwaar maakt tegen het besluit duurt het gemiddeld 268 dagen voordat OPTA een besluit op bezwaar neemt (minimum 42 dagen, maximum 554 dagen). Wordt vervolgens beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam dan duurt het gemiddeld 343 dagen voordat de Rechtbank tot een uitspraak komt (minimum 103 dagen, maximum 739 dagen). In het totaal is de gemiddelde doorlooptijd tussen het aanhangig maken van een geschil bij OPTA en een uitspraak van de Rechtbank daarmee 844 dagen (minimum 145, maximum 1448). Voorzover er sprake is van een verzoek tot voorlopige voorziening is de doorlooptijd tot er een uitspraak volgt van de Rechtbank 54 dagen (minimum 9, maximum

86). Wordt in hoger beroep gegaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven dan duurt het gemiddeld 346 tot het CBB tot een uitspraak komt (minimum 188, maximum 504).

Inventarisatie juridische geschilpunten

Bij de procedures kan naar aard van het geschil c.q. de uitspraak van de Rechtbank of het CBB een onderscheid worden gemaakt tussen procedurele en materiële aspecten. In voorkomende gevallen doen zich beide typen voor. Hier wordt een korte inventarisatie gegeven met telkens ter indicatie de naam van een casus waarbij het betreffende aspect een rol speelde.

Voor wat betreft de procedurele aspecten (lees: o.a. voorschriften met betrekking tot procedures in de Telecommunicatiewet maar ook in de Algemene wet bestuursrecht) gaat het om geschillen waarbij onder meer aan de orde zijn: beroepstermijnen (Versatel), de status van het besluit/Awb-aspecten (Kerktelefonie), het belanghebbende begrip (Versatel), procesbelang van betrokken partijen (Impress), de vraag of er sprake is van een geschil tussen partijen (UPC), het spoedeisend belang (Huurlijnen AMM), de te nemen maatregelen/handhaving (UPC) en de eventuele bevoegdheid van de civiele rechter (Enertel/Energis).

Bij de materiële aspecten (lees: inhoudelijke aspecten ontleend aan de Telecommunicatiewet) betreft het zaken als: de interpretatie van het begrippenkader (Dutchtone, mobiele terminating tarieven), de reikwijdte van bevoegdheden (Dutchtone, mobiele terminating tarieven, MCI/Worldcom), vertrouwelijkheid van documenten en verstrekking van informatie (Yarosa), bewijslast en motiveringsverplichtingen (Libertel, mobiele terminating tarieven, UPC). Daarnaast worden tot de materiële aspecten ook gerekend geschillen met betrekking tot overige rechtsbeginselen zoals rechtszekerheid (CPS), redelijkheid en billijkheid/proportionaliteit (UPC). Voorts vallen onder deze categorie de geschillen met betrekking tot de door OPTA gehanteerde vergoedingen (Telediscount).

Wanneer wordt gekeken naar de uiteindelijke redenen voor de Rechtbank Rotterdam om besluiten van OPTA te schorsen of vernietigen, dan valt op dat het in een substantieel aantal gevallen gaat op bevoegdheidsvraagstukken/het ontbreken van een wettelijke grondslag. Geconstateerd moet worden deze bevoegdheids- en grondslagsvragen ook in het geding zijn bij zaken waaraan grote belangen zijn verbonden zoals de toegang tot opstelpunten voor mobiele netwerken, die door marktpartijen van grote waarde werd geacht bij de ontwikkeling van hun concurrentiepositie (Dutchtone) en de hoogte van de zogenaamde mobiele terminating (MTA) tarieven, waarvan het met name in het belang van de eindgebruiker werd geacht dat deze zouden worden verlaagd.

Kwalitatieve analyse

Het tweede deel van de studie zal bestaan uit een kwalitatieve beoordeling van de jurisprudentie en de daarmee samenhangende vraagstukken. Deze kwalitatieve analyse zal drie invalshoeken kennen: de regelgever (wet en minister), de toezichthouder (OPTA) en de rechterlijke macht (Rechtbank Rotterdam/CBB). Ofschoon het onderzoek zich nog in de analytische fase bevindt, wordt hier reeds een eerste voorlopige indicatie gegeven van de drie betrokken actoren.

Regelgever

De jurisprudentie indiceert dat geschillen onder meer ontstaan als gevolg van onduidelijkheden en hiaten in de regelgeving. Deze manifesteert zich in de vorm van een onduidelijk of onvolledig begrippenkader en niet helder geformuleerde of ontbrekende bevoegdheden. Doordat een normatief kader niet aanwezig is in de Telecommunicatiewet, is het moeilijk om te (kunnen) toetsen aan doelstellingen of relevante toetsingscriteria vast te stellen. Het ontbreken van (bruikbare) procedurele bepalingen is tevens problematisch. Het gaat dan om de toepasselijkheid van de Awb, termijnen, publicatie van besluiten en het besluitvormingsproces in het algemeen. Problemen met bevoegdheden en toepasselijke regels blijken de belangrijkste oorzaken van de door de Rechtbank genomen besluiten tot schorsing en vernietiging.

Toezichthouder

Diverse geschillen geven het belang aan van transparante en duidelijke procedures in de fase die leidt tot een besluit of een besluit op bezwaar van OPTA. In een aantal geschillen is er een probleem met betrekking tot de bewijslast, de motivering of de gehanteerde belangenafweging. Uit het onderzoek blijkt verder dat er geen consistente publicatie plaats vindt van genomen besluiten. Verder moet gewezen worden op de lange doorlooptijden.

Rechterlijke macht

Bij het nemen van besluiten blijkt de Rechtbank Rotterdam in veel gevallen te kiezen voor een grammaticale/restrictieve methode van rechtsvinding. Toetsing door de rechter wordt bemoeilijkt door het ontbreken van duidelijke doelstellingen in de Telecommunicatiewet. Dit is waarschijnlijk mede van invloed geweest op de gekozen methode van rechtsvinding. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) lijkt desalniettemin een minder restrictieve benadering te kiezen waar het gaat om de doelstelling van de regelgever. Mogelijk komt ook relevantie toe aan het feit dat de bestuursrechter niet in het bijzonder is ingesteld op de dynamiek die speelt van de liberalisering van markten. Tenslotte spelen bij de rechterlijke macht spelen eveneens lange looptijden.

Conclusies

Zonder vooruit te willen lopen op de definitieve analyse, zijn reeds enige voorlopige conclusies te trekken.

Uit het onderzoek lijkt te moeten worden opgemaakt dat geschilbeslechting in de telecommunicatiesector een hoge mate van juridificering kent. Deze uit zich onder meer in de omvang van ingezette juridische middelen en de complexiteit van de geschillen. De wetgever heeft dit proces van juridificeren onvoldoende ingeschat of niet voorzien (een van de uitgangspunten was niet voor niets de veronderstelling dat partijen er onderling wel uit zouden komen). De juridische inzet bij de toezichthouder blijkt niet van een gelijke orde als die welke door marktpartijen in stelling wordt gebracht. De rechterlijke macht wordt in belangrijke mate met de consequenties van beide - de grote hoeveelheid van juridische vraagstukken en het gebrekkige regelgevend kader - geconfronteerd. De Rechtbank Rotterdam heeft in dit verband aangegeven dat er een tekort is aan beschikbare middelen. Bij elkaar genomen ontstaat aldus een situatie die verre van optimaal is voor de betrokken marktpartijen. Er is een hoge mate van (rechts)onzekerheid en onduidelijkheid.

Zoals al gezegd ligt de kern van de problematiek met betrekking tot de rechtsvinding met name bij het ontbreken van duidelijke en voldoende juridische kaders. In het wetsvoorstel voor de implementatie van het nieuwe Europese richtlijnenkader wordt in artikel 1.3 bepaald dat OPTA bij de bepaling van haar taken en bevoegdheden rekening dient te houden met de algemene doelstellingen zoals in het Europese kader geformuleerd. Daarmee wordt in beginsel de mogelijkheid gecreëerd van een normatief toetsingskader. Het is evenwel van belang dat duidelijk is welk betekenis het artikel voor de praktijk zal hebben. Voor het overige kan worden geconstateerd dat het wetsvoorstel in ieder geval weinig soelaas lijkt te bieden voor wat betreft de lange doorlooptijden. Gezien de complexiteit van het nieuwe kader is niet uitgesloten dat doorlooptijden zullen toenemen. Uit de beschikbare gegevens lijkt te kunnen worden afgeleid dat van de huidige bezwaarschriftenprocedure weinig toegevoegde waarde uitgaat. Het inrichten van een externe bezwaarschriftenprocedure en/of het facultatief maken ervan zouden daarom nader in overweging kunnen worden genomen.