

Geschillen over geschillen

Wouter Hins *

Op 15 april 2003 diende de regering een omvangrijk wetsvoorstel in tot wijziging van de Telecommunicatiewet om uitvoering te geven aan de EG-richtlijnen over elektronische communicatie. Het wetsvoorstel introduceert onder meer een nieuw hoofdstuk 12 Tw. onder het opschrift ‘Geschillen’. In dat hoofdstuk zal een bevoegdheid tot het beslechten van geschillen tussen marktpartijen worden opgedragen aan de OPTA (art. 12.2 tot en met 12.9 Tw.), resp. de minister van Economische Zaken (art. 12.10 Tw.). Nieuw is een dergelijke bevoegdheid niet. In de huidige Tw. komen vergelijkbare bevoegdheden van de OPTA voor. Zo kan de OPTA nu al geschillen beslechten met betrekking tot antenne-opstelpunten (3.11), graafrechten (5.3), kabelgoten (5.10), interconnectie (6.3), bijzondere toegang (6.9), huurlijnen (7.7), voorwaardelijke toegang (8.6) en toegang tot de kabel (8.7). Het nieuwe artikel 12.2 Tw. beoogt al deze afzonderlijke bevoegdheden van de OPTA te vervangen door één algemene bevoegdheid.

Een interessante vraag is hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot de klassieke manier om geschillen tussen particulieren te beslechten, via de burgerlijke rechter. Kan van een marktpartij worden geëist dat hij zijn zaak eerst aanhangig maakt bij OPTA, op straffe van niet-ontvankelijkheid? Is een oordeel van OPTA voor de burgerlijke rechter bindend? Bij de beantwoording van deze vragen zou in ieder geval artikel 112 van de Grondwet een rol moeten spelen. De voorloper van dat artikel is in 1815 in de Grondwet opgenomen om te breken met het Franse stelsel waarbij het bestuur kon ingrijpen in burgerlijke rechtsgedingen. Voortaan zou de rechter exclusief bevoegd zijn. Toevallig – of perfect getimed – hield de Vereniging voor bestuursrecht VAR op 16 mei j.l. een studiedag over ‘toezicht op markten’. De twee preadviseurs Bernd van der Meulen en Annetje Ottow lijken met het probleem te hebben geworsteld. Van der Meulen schreef dat de burgerlijke rechter ‘wellicht’ opzij wordt gezet als de wet een bevoegdheid tot geschilbeslechting aan een marktautoriteit zoals OPTA heeft opgedragen¹. Ottow is voorstander van ruime bevoegdheden voor OPTA, maar vindt het ‘evident’ dat de beslechting van interconnectiegeschillen onder de reikwijdte van art. 112, eerste lid, Grondwet valt².

De Raad van State en de staatssecretaris van Economische Zaken waren het op dit punt niet met elkaar eens. In zijn advies over het wetsvoorstel schreef de Raad: ‘De Raad beveelt aan (...) de gang naar de burgerlijke rechter afhankelijk te maken van het beroep dat op art. 12.7 is gedaan; eerst dient OPTA te worden verzocht voorschriften te geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen verder moeten worden gevoerd.’³ De staatssecretaris sprak dit tegen in het nader rapport. Hij meende

¹ B.M.J. van der Meulen, ‘Marktautoriteiten. Aanzet tot een interne rechtsvergelijking’, VAR-reeks 130, Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 78-79.

² A.T. Ottow, ‘Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt, VAR-reeks 130, Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 227-228.

³ Kamerstukken II, 2002/03, 28851, A, p. 9.

dat de precontractuele rechtsverhouding tussen onderhandelingsplichtige partijen wordt beheerst door normen van privaatrecht. De staatssecretaris vervolgde: ‘Door aan zijn vordering strijd met redelijkheid en billijkheid, respectievelijk onrechtmatige daad en derhalve een schuldvordering ten grondslag te leggen, is de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op basis van artikel 112 van de Grondwet gegeven. Dat de rechtsverhouding mede wordt beïnvloed door de wettelijke onderhandelingsplicht doet hier niet aan af’. Een partij zou er echter vrijwillig voor kunnen kiezen zich te wenden tot OPTA. Als hij dat doet, aldus de staatssecretaris, is de weg naar de burgerlijke rechter afgesloten.⁴

Ik denk dat het anders ligt. Geschillen tussen telecom-ondernemingen over interconnectie etc. verschillen niet principieel van conflicten over het storten van afval, het bouwen van een schutting of de exploitatie van een café-terras. Talloze malen wordt het bestuur benaderd met het verzoek om voorschriften aan een vergunning te verbinden of een last onder dwangsom te geven. Administratieve procedures tegen de overheid betreffen dan in werkelijkheid een driehoeksrelatie. Buurman A heeft ruzie met buurman B en het college van B&W staat er tussen in. De bevoegdheid van het college is echter nauwkeurig afgebakend. Het college kan aan de hand van de wet beslissen welke verplichtingen in het algemeen belang gewenst zijn, bijvoorbeeld dat dagelijks om 22.00 uur het terras moet zijn ontruimd. Met de vraag of buurman B in enig ander opzicht onzorgvuldig, onredelijk of onbillijk handelt tegenover A, heeft het college niets te maken. Daarover kan A een civiele procedure aanspannen. Omgekeerd mag de burgerlijke rechter – zeer bijzondere gevallen daargelaten – niet treden in de vraag of het college van B&W zijn publieke taak goed heeft vervuld. Daar zijn administratieve rechtsgangen voor.

Mijns inziens dient de taak van OPTA op dezelfde manier bekeken te worden. OPTA kan verplichtingen aan marktpartijen opleggen op basis van een afgebakende bevoegdheid ter behartiging van een publiek belang. De vraag of uw concurrent de Telecommunicatiewet heeft overtreden moet u dus voorleggen aan de OPTA, wier besluiten gecontroleerd worden door de administratieve rechter. Haar oordeel is bindend voor de burgerlijke rechter. Maar ook als de Telecommunicatiewet niet is overtreden, kan nog steeds – om andere redenen – sprake zijn van een onrechtmatige daad. Of dat het geval is, moet door de burgerlijke rechter worden bepaald. De wetgever kan niet alle mogelijke particuliere geschillen tussen marktpartijen op het bord van de OPTA laden. Dát zou in strijd zijn met artikel 112 van de Nederlandse Grondwet. Artikel 20, eerste lid, van de EG-Kaderrichtlijn dwingt daar ook niet toe⁵.

* Mr. A.W. Hins is verbonden aan de leerstoelgroep staats- en bestuursrecht en aan het Instituut voor Informatierecht van de UvA. Hij is tevens redacteur van dit blad.

⁴ Kamerstukken II, 2002/03, 28851, A, p. 10.

⁵ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002, PbEG L 108, p. 33 e.v.