

REVIEW VAN HET TOEZICHT

Annetje Ottow

1. Inleiding

In het Zevende Implementatierapport van de Europese Commissie¹ wordt gesignaleerd dat op het toezicht op de telecommunicatiemarkt in de diverse lidstaten nog wel het een en ander valt aan te merken. Dit houdt met name verband met het feit dat vele nationale toezichthouders over te weinig instrumenten beschikken om effectief toezicht uit te kunnen oefenen. Dit heeft tot gevolg dat de Europese en nationale regelgeving haar belangrijkste doel - een *snelle* introductie van concurrentie - voorbij dreigt te schieten. In plaats van een snel en sturend ingrijpen in de markt om bestaande monopolies en dominante posities te doorbreken, laten oplossingen en correcties vaak te lang op zich wachten. De *incumbent* heeft hiervan in de diverse lidstaten (in Nederland KPN Telecom) ten onrechte kunnen profiteren en haar dominante (in sommige gevallen zelfs monopoliepositie) kunnen handhaven. Naar praktisch effect lijkt er hierdoor weinig verschil te bestaan tussen het *ex post* en *ex ante* toezicht. De Europese Commissie benadrukt dat de nationale toezichthouders met voldoende toezichtinstrumenten dienen te worden geëquipeerd om hun toezichtzaken naar behoren uit te oefenen. Bij gebreke van dergelijke instrumenten komt de implementatie van de ONP-Richtlijnen in gevaar en dreigt de incumbent een concurrentiële voorsprong te behalen². In de nieuwe richtlijnen is dan ook meer aandacht aan het aspect van toezicht gegeven. Met name in de Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn zijn diverse bepalingen over toezicht opgenomen die de Lidstaten ertoe verplichten speciale aandacht aan deze problematiek te schenken. In deze bijdrage zullen deze bepalingen van de richtlijnen en de (voorlopige) implementatie hiervan in Nederland worden besproken³.

2. De onafhankelijke toezichthouder

Het begrip toezichthouder wordt in de richtlijnen niet gehanteerd. De richtlijnen spreken over een "nationale regelgevende instantie", die wordt in art. 2 (g) Kaderrichtlijn gedefinieerd als:

"een of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd:"

De Engelse tekst van de richtlijn spreekt van de "body" met "regulatory tasks". De richtlijn spreekt zich niet uit over de vraag of deze toezichthouder een orgaan mag zijn dat valt binnen de ministeriële verantwoordelijkheid van een Lid-Staat. Wel stelt de Kaderrichtlijn - in navolging van de "oude" ONP-richtlijnen⁴ - speciale eisen aan de *onafhankelijkheid* van de nationale regelgevende instantie. In art. 3, lid 2 Kaderrichtlijn noemt twee vereisten:

- (i) zij dienen juridisch gezien onderscheiden te zijn en functioneel onafhankelijk van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden; en
- (ii) Lidstaten die de eigendom van of zeggenschap hebben over dergelijke ondernemingen, dienen te zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

¹ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of the regions, Seventh report on the Implementation of the telecommunications Regulatory Package, Brussels, COM(2001) 706.

² Zie p. 15 van het Zevende Implementatierapport.

³ Zie voor de huidige stand van het toezicht op de Nederlandse telecommunicatiemarkt: 'Over toezicht en rechtsbescherming: de omissies in de Telecommunicatiewet', *Mediaforum* 2002-4, p. 108 - 113 en A.T. Ottow & I.M. Schong, 'De sectorspecifieke toezichthouders en het kamermodel NMa', *Markt & Mededinging* 2002/nr. 4, p. 128 - 134.

⁴ Zie artikel 5 bis, lid 2 van Richtlijn 90/387/EEG, zoals ingevoegd bij Richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een voor concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie (*PbEG* 1997, L 295/3). Zie tevens art. 2, lid 1, sub b van 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).

Het is zeer de vraag of in Nederland aan deze eisen van onafhankelijkheid wordt voldaan. In Nederland is het toezicht verdeeld over diverse organen, die niet alle als een zelfstandig bestuursorgaan zijn aan te duiden.⁵ Het *toezicht* op de telecommunicatie- c.q. communicatiesector is per 22 juli 2002⁶ verdeeld tussen het Ministerie van Economische Zaken (DGTP en het agentschap Telecom) en OPTA. In de situaties waar de Minister van Economische zaken *zelf* het toezicht uitoefent via DGTP (bijvoorbeeld het uitgeven van vergunningen voor frequenties) en het Agentschap Telecom, voldoet dit toezicht naar mijn mening niet aan het vereiste van "daadwerkelijke structurele scheiding". Het *aandeelhouderschap* van de Staat in KPN is nu (of zal binnen afzienbare tijd worden) ondergebracht bij het Ministerie van Financiën⁷. Een groep van acht ambtenaren van het Ministerie van Financiën en de Minister van Financiën waakt over het bijzondere belang van de Staat in KPN. De groep werkt volgens de woordvoerder van het Ministerie "achter Chinese muren"⁸. Er bestaat - voor zover mij bekend – evenwel geen expliciete regeling, waarin eenduidig is vastgelegd dat de Minister van Economische Zaken geen enkele bemoeienis kan en mag hebben met het aandeelhouderschap van KPN (Telecom en Mobiel). Formele waarborgen dienen te worden ingebouwd die ertoe strekken dat de uitoefening van het aandeelhouderschap door de Staat op geen enkele wijze het toezicht door de Minister van Economische zaken zou kunnen beïnvloeden (bijvoorbeeld via besluitvorming in het kabinet). De enkele statement dat een en ander nu "achter chinese walls" plaats vindt, is volstrekt onvoldoende. Daarnaast bepaalt artikel 3, lid 3 Kaderrichtlijn dat de Lidstaten ervoor dienen zorg te dragen dat de nationale toezichthouder (voor Nederland dus zowel OPTA als de Minister van Economische Zaken) zijn bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Dit uitgangspunt is niet in de huidige wet of in de gecirculeerde concepten voor de herziene Telecommunicatiewet (hierna: "Concept Wijzigingsvoorstel Tw")⁹ vastgelegd. In elk geval voldoet het "toezicht" door het Ministerie van Economische Zaken (vooralsnog) niet aan dit vereiste.

Voor zover het toezicht door het zelfstandig bestuursorgaan OPTA wordt uitgeoefend, is naar mijn mening wel aan de eis van onafhankelijkheid voldaan. Krachtens artikel 19 OPTA-wet is de Minister (sinds juli dus de Minister van Economische Zaken) slechts bevoegd tot het geven van *algemene* aanwijzingen met betrekking tot de door OPTA uit te oefenen taken. De onafhankelijkheid van de toezichthouder werd bij de oprichting van OPTA van belang geacht, zowel met het oog op het aandeelhouderschap van de Staat in KPN, als in meer algemeen politieke zin¹⁰. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze algemene bevoegdheid van de Minister niet kan zien op concrete toepassing van regelgeving in individuele gevallen¹¹. Deze beperkte bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken jegens OPTA in combinatie met de afscheiding van het aandeelhouderschap van de Staat bij het Ministerie van Financiën, voldoet naar mijn mening aan het door de kaderrichtlijn gestelde vereiste van "daadwerkelijke structurele scheiding"¹². Indien OPTA een kamer van de NMa gaat vormen¹³, dient de Minister deze beperkte bevoegdheid evenwel te behouden. Dit is momenteel nog niet het geval in de verhouding Minister van Economische zaken en de directeur-generaal van de NMa. Momenteel heeft de Minister van Economische zaken nog de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen aan de directeur-generaal van de NMa in *individuele* zaken, een bevoegdheid die zal komen te vervallen bij de verzelfstandiging van de NMa (welke inwerkingtreding door voorlopig wel op zich zal laten wachten).

⁵ Zie in dit verband: A.T. Ottow, 'Convergentie of concurrentie tussen de toezichthouders in de telecom- en mediasector?', In: *Convergentie in telecom- en mediasector. Recht op informatie in elke vorm*, Studietoelichting NVvIR, Samsom bedrijfsinformatie, Alphen aan den Rijn, 1997, p. 26-37.

⁶ Besluit van 22 juli 2002, houdende de herindeling van de ministeriële taak met betrekking tot telecommunicatie- en postbeleid alsmede met betrekking tot het beleid ten aanzien van de kabelsector en digitale televisie en radio via de ether, Staatsblad 2002, 419. Zie tevens Het besluit mandaat, volmacht en machtiging voor het directoraat-generaal voor Telecommunicatie en Post van het Ministerie van Economische Zaken, *Staatscourant* 29 juli 2002, nr. 142, p. 5. In dit artikel laat ik het toezicht op de communicatiemarkt buiten beschouwing.

⁷ Zie voor een recent verslag van de Minister van Financiën over het aandeelhouderschap: brief van de Minister van Financiën van 5 februari 2002 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vaststelling van de begroting van de uitgaven en ontvangsten van het Ministerie van Financiën (IXB) voor het jaar 2002, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 2001-2002, 28 000 IXB, nr. 21.

⁸ 'Zalm valt met KPN in eigen zwaard', *Het Financieele Dagblad*, 7 februari 2002.

⁹ In deze bijdrage wordt uitgegaan van de concepten van 8 november 2002, zoals deze aan het OPT zijn verzonden. Gezien het feit dat deze concepten pas in een zeer laat stadium voorhanden waren, kan in deze bijdrage slechts op de hoofdpunten worden ingegaan.

¹⁰ Tweede kamer, vergaderjaar 1996-1997, 25 128, nr. 3, p. 5.

¹¹ Zie bijvoorbeeld *Tweede Kamer*, vergaderjaar 1996-97, 25 128, nr. 3, p. 2.

¹² A.T. Ottow, 'Uitzicht op effectief toezicht in de telecomsector?', *Mediaforum* 1998-3, p. 77.

¹³ A.T. Ottow & I.M. Schong, 'De sectorspecifieke toezichthouders en het kamermodel NMa', *Markt & Mededinging* 2002/nr. 4, p. 128 - 134.

3. De taken, bevoegdheden en instrumenten van de nationale toezichthouder

Taken en instrumenten

In de diverse richtlijnen zijn diverse *taken* aan de nationale toezichthouder opgedragen, zoals:

- het bevorderen en waarborgen van passende toegang en interconnectie (artikel 5 Toegangsrichtlijn),
- het verplichten tot medegebruik van netwerkfaciliteiten (artikel 12 Toegangsrichtlijn),
- de aanwijzing van partijen met aanmerkelijke marktmacht (artikel 16 Kaderrichtlijn),
- het opleggen van speciale verplichtingen aan partijen met aanmerkelijke marktmacht (artikelen 9- 13 Toegangsrichtlijn),
- het toekennen van nummers (artikel 10 Kaderrichtlijn), en
- het beslechten van geschillen (artikel 20 Kaderrichtlijn).

Samenhangend met de verwezenlijking van deze taken zijn de *instrumenten*, waarover de nationale toezichthouders dienen te kunnen beschikken bij de uitoefening van hun taken (artikel 8, lid 1 Kaderrichtlijn):

"1. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2,3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen." Onderstreping toegevoegd ATO)

Voor de uitoefening van de taken die uit de richtlijnen voortvloeien, dienen de nationale toezichthouders derhalve over de nodige instrumenten te beschikken die hen in staat stellen "alle redelijke maatregelen" te treffen.

Voor de vaststelling van de bevoegdheden van de nationale toezichthouder, zoals OPTA, zijn - in het licht van de richtlijnen - derhalve twee vragen relevant:

- (i) welke taken zijn in de richtlijnen opgelegd aan de nationale toezichthouder (reikwijdte van de opdracht)?
- (ii) welke maatregelen zijn - in het licht van de te behalen doelstellingen - noodzakelijk ter uitoefening van deze taken (instrumenten)?

OPTA: geen algemene taken en bevoegdheden

Bezien zal dienen te worden in hoeverre deze taken, met de daarnaan gekoppelde instrumenten, op een juiste wijze in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw zijn vastgelegd. De Tw c.q. OPTA-wet kent geen algemeen omschreven bevoegdheid voor OPTA tot optreden in de telecommunicatiesector. OPTA is slechts bevoegd indien haar optreden binnen de grenzen valt van de limitatief opgesomde taken van artikel 15 OPTA-wet¹⁴ en OPTA een wettelijke norm in de Tw kan aanwijzen die wordt overtreden.¹⁵ De huidige Tw kent slechts voor een aantal specifiek omschreven geschilprocedures¹⁶, waarbij een klager een geschil aan OPTA dient voor te leggen alvorens OPTA tot optreden kan overgaan. Daarnaast komen enkele procedures voor, waarbij een onderneming met aanmerkelijke marktmacht wordt aangewezen en speciale verplichtingen gaan gelden. Zo dient de onderneming met aanmerkelijke marktmacht in sommige gevallen toestemming van OPTA dient te vragen voor concrete acties (zoals bijvoorbeeld tariefaanpassingen), maar voor het overige kent geen algemeen instrumentarium tot optreden. Hoewel in de literatuur¹⁷ als door OPTA

¹⁴ Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit), *Stb.* 1997, 320.

¹⁵ Zie voor een algemene uiteenzetting: J.G. Armbak en M.S. Mulder, 'Regels en toezicht op de telecommunicatiemarkten, in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters & A.P.W. Duijkersloot (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten : opstellen over de juridische aspecten van regulering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 107-121..

¹⁶ Voor een overzicht van de bevoegdheid van OPTA bij het behandelen van geschillen: A.T. Ottow, 'De procedure bij OPTA: geen sinecure', *M&M* 2000, p. 3-10 en Quinten Kroes en Martijn Visser, '3 Jaar toezicht op de telecommunicatiemarkt; een vette klui!', *Mediaforum* 2000-9, p. 272 e.v.

¹⁷ E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, Sdu Uitgevers 1999, p. 697.

zelf¹⁸ wordt aangenomen dat OPTA over een algemene *handhavings*bevoegdheid beschikt op grond van artikel 15, onder a, onder 2, van de OPTA-wet juncto artikel 15.1, derde lid, Tw¹⁹, kan deze bevoegdheid slechts worden toegepast indien een *concrete wettelijke norm* wordt geschonden. En juist hierin schuilt het probleem van de bevoegdheid van OPTA. De Tw is destijds strak geredigeerd. De wetgever heeft getracht op basis van de toen aanwezige kennis van de telecommunicatietechniek en -problematiek, regels te stellen. Zij wenste OPTA daarbij geen algemene bevoegdheden te geven. Het gevolg van deze methodiek is (geweest) dat, indien nieuwe technieken of problemen zich voordoen die niet zijn voorzien (of in sommige gevallen gewoonweg zijn vergeten), OPTA geen juridische kapstok heeft (had) om haar bevoegdheid aan op te hangen²⁰. De wetgever heeft indertijd (1998) zowel bij de installatie van OPTA als bij de totstandkoming van de Tw bewust gekozen voor een toezichthouder met beperkte armslag. OPTA is indertijd niet neergezet als een strijdlustige *regulator* met algemene, verstrekkende bevoegdheden, doch als een zelfstandig bestuursorgaan met strikt omschreven en beperkte taken. De Minister van Verkeer en Waterstaat heeft zich er steeds tegen verzet dat OPTA zou uitgroeien tot een echte regulator, en heeft OPTA steeds aan banden willen leggen. Deze positionering van OPTA heeft het kabinet opnieuw benadrukt bij de evaluatie van OPTA medio 2001:

“Bij de instelling van de OPTA is expliciet niet overgegaan tot een “regulator, maar is gekozen voor een uitvoering/toezichtsorgaan met beperkte discretionaire bevoegdheden. Het beleid berust bij de verantwoordelijke vakminister.”²¹

De wetgever houdt aan deze systematiek vast in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw. In de tot nu toe gecirculeerde voorstellen worden de bevoegdheden van OPTA hier en daar - ter implementatie van de richtlijnen - aangepast, zonder het bevoegdheidsvraagstuk in zijn geheel te heroverwegen. Het betreft slechts incidentele aanpassingen, waarbij aan de positionering van OPTA, als een toezichthouder met beperkte armslag, niet wordt getornd. Per geval zal dienen te worden onderzocht of de wetgever aan OPTA - in het licht van de doelstellingen van de richtlijnen en de daarin neergelegde taken - niet te krappe bevoegdheden en instrumenten heeft gegeven.

Ontbreken van slagvaardigheid van de toezichthouder

In het Concept wijzigingsvoorstel Tw wordt te weinig aandacht besteed aan het scheppen van een transparant kader voor de bestuurlijke instrumenten, termijnen en doorlooptijden van bestuurlijke procedures, samen te vatten als slagvaardigheid. Bovendien is voor de slagvaardigheid van het toezicht van groot belang dat de toezichthouder discretionaire bevoegdheid heeft bij de keuze van de beleidsinstrumenten en beoordelingsruimte heeft bij het vaststellen van de feiten. In het ontwerp dient hier aandacht aan te worden geschonken en dient een heldere regeling (met consistente terminologie!) van de te hanteren bestuurlijke instrumenten te worden opgenomen. OPTA dient alle maatregelen te kunnen treffen die voor de desbetreffende problematiek (zoals het oplossen van een geschil) noodzakelijk en nuttig worden geacht. In dat verband kan worden gewezen op de onjuiste uitspraak van de voorzieningenrechter in de zaak UPC vs. OPTA²², waarin de rechter ten onrechte uitgaat van een beperkte bevoegdheid van het geven van aanwijzingen. Dit standpunt van de rechter werd mede veroorzaakt door een gebrek aan transparantie ten aanzien van de verhouding tussen de bevoegdheid van OPTA voor het beslechten van geschillen en hoofdstuk 15 tw (Handhaving). De wetgever dient deze helderheid nu wel te verschaffen.

De geschilbeslechtende bevoegdheid bij toegang en interconnectie

De beperkte invalshoek van de wetgever ten aanzien van de bevoegdheden en instrumenten van OPTA kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA ten aanzien van toegang en interconnectie (artikel 5 Toegangsrichtlijn). Artikel 5, lid 4 bepaalt:

“Wat toegang en interconnectie betreft, zorgen de lidstaten ervoor dat de nationale regelgevende instantie de bevoegdheid heeft op eigen initiatief, indien gerechtvaardigd, dan wel, bij gebreke van overeenstemming tussen ondernemingen, wanneer een van de betrokken partijen daarom verzoekt, in te grijpen ter waarborging van de beleidsdoelstellingen van artikel 8 (...)” (onderstreping toegevoegd)

¹⁸ Besluit van OPTA van 29 september 1999 (*Denda Multimedia en Topware CD-service A.G./KPN Telecom B.V.*), overweging 36. Zie www.opta.nl, zoeken via “Denda”.

¹⁹ De bestuursrechter lijkt hier anders over te denken. In de voorzieningenzaak UPC vs OPTA (uitspraak van 8 juli 2002 Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam, reg. Nrs. VTE-LEC 02/922-GRR en VTELEC 02/931-GRR, *Mediaforum* 2002-10, p. 337-340, met noot ATO) overweegt de voorzieningenrechter (ten overvloede) dat het treffen van maatregelen (in casu het geven van een bindende aanwijzing) niet kan worden gebaseerd op grond van Hoofdstuk 15 (in de visie van de rechter overigens ook niet op grond van artikel 8.7 Tw).

²⁰ Voor voorbeelden: A.T. Ottow, 'Over toezicht en rechtsbescherming: de omissies in de Telecommunicatiewet', *Mediaforum* 2002-4, p. 108-113.

²¹ Zie brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 9 juli 2001, a.w., p. 18.

²² Zie voetnoot 19.

De bevoegdheid van OPTA maatregelen te treffen ten aanzien (de onderhandelingen aangaande) *interconnectie* (in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw aangeduid als "eind- tot- eindverbindingen") is - in navolging van de huidige wet - slechts aanwezig in die gevallen waar sprake is van een concreet *geschil*, zoals omschreven in artikel 6.2, lid 1 en artikel 12.3, sub d en e Concept Wijzigingsvoorstel Tw. Ten aanzien van (andere vormen van) *toegang* heeft OPTA slechts geschilbeslechtende bevoegdheid voor zover deze zijn opgenomen in de limitatieve lijst van artikel 12.3 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. OPTA heeft derhalve geen algemene bevoegdheid tot het bevorderen of waarborgen van toegang of interconnectie in algemene zin. OPTA heeft slechts de bevoegdheid *ambtshalve* in te grijpen indien "het niet bestaan van interoperabiliteit vanuit algemeen maatschappelijk en economisch belang ongewenst is" (artikel 6.2, lid 2 Concept Wijzigingsvoorstel Tw). Hoewel deze bevoegdheid ten opzichte van de huidige Tw een uitbreiding van de bevoegdheden van OPTA inhoudt, laat de wetgever in het ontwerp Memorie van Toelichting niet na te benadrukken dat deze ambtshalve bevoegdheid van OPTA slechts bedoeld is voor "uitzonderlijke gevallen"²³.

Naar mijn mening voldoen deze beperkte bevoegdheden van OPTA in verband met toegang en interconnectie geenszins aan de algemeen geformuleerde opdracht in artikel 5, lid 1 Toegangsrichtlijn. Uit het hierboven geciteerde artikel 5, lid 4 Toegangsrichtlijn volgt dat de bevoegdheden van OPTA in een ruimer jasje dienen te worden gestoken. Ook in gevallen waar geen sprake is van een geschil, maar waar naar de mening onvoldoende sprake is van toegang of interconnectie moet OPTA de noodzakelijke maatregelen kunnen treffen. Het argument van DGTP dat de ambtshalve bevoegdheid tevens wordt geïmplementeerd via de bevoegdheid van de Minister AmvB's op grond van artikel 6.3 Concept Wijzigingsvoorstel Tw uit te vaardigen daar waar "het algemeen belang dit vordert", is niet overtuigend. Het stellen van wettelijke regels (achteraf) kan naar mijn mening moeilijk worden gezien als "een ingrijpen bij gebreke van overeenstemming tussen ondernemingen". Gezien de tekst van artikel 5, lid 4 Toegangsrichtlijn kan een dergelijke interpretatie niet de bedoeling zijn. Daarnaast dient de wetgever lering te trekken uit gevallen uit het verleden, waarbij OPTA met lege handen stond of slechts via een lange weg kon ingrijpen (denk bijvoorbeeld aan de mobiele terminating tarieven²⁴). Niet valt te voorzien in hoeverre zich in de toekomst nieuwe situaties voordoen, die een ingrijpen (op korte termijn) noodzakelijk maken waarin nu niet wordt voorzien. Op vele plaatsen in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw wordt het toezicht niet aan het daartoe ingestelde, deskundige toezichtorgaan OPTA overgelaten, maar wil de wetgever de touwtjes (kennelijk) niet uit handen geven doch zelf het toezichtproces sturen via Ministeriële regelingen of AMVB's. Dit leidt tot een zeer rigide systeem, waarbij niet snel en efficiënt kan worden opgetreden op een zich snel veranderende communicatiemarkt.

Doelstellingen van het toezicht

Bij de uitvoering van de haar opgelegde taken dient de nationale toezichthouder rekening te houden met de in artikel 8, leden 2-4 Kaderrichtlijn neergelegde doelstellingen. Zo dienen de nationale regelgevende instanties onder meer krachtens lid 2 van artikel 8 *de concurrentie te bevorderen* bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

- (a) zij zorgen ervoor dat de gebruikers, met inbegrip van gehandicapte gebruikers, maximaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;
- (b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van concurrentie is;
- (c) zij moedigen efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan en steunen innovaties; en
- (d) zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van radiofrequenties en de nummervoorraad.

Het is voor het eerst dat in de telecommunicatierichtlijnen deze doelstellingen op een dergelijke prominente wijze zijn vastgelegd. Deze doelstellingen zullen dan ook een belangrijke rol gaan vervullen bij de invulling van de opgelegde taken en de uitoefening daarvan door de nationale toezichthouder(s). In artikel

²³ Zie de Ontwerp memorie van Toelichting, p. 42 en 86.

²⁴ Uitspraak van 1 mei 2002 van de voorzieningenrechter Rb. Rotterdam (sector bestuursrecht) in de zaak Telfort Mobiel vs. OPTA (Zaaknr.: VTELEC 02/900 RIP), www.rechtspraak.nl.

7, lid 1 van de Kaderrichtlijn wordt dit benadrukt: bij de uitvoering van hun taken dienen zij "zoveel mogelijk rekening (te houden) met de doelstellingen van artikel 8". De bevordering van concurrentie lijkt daarbij - gezien de aanhef van artikel 8 Kaderrichtlijn - voorop te staan.

De huidige Tw kent geen bepalingen ten aanzien van de doelstellingen van de wet of meer specifiek het uit te oefenen toezicht. Het gebrek aan duidelijke instructies ten aanzien van de te volgen doelstellingen heeft er toe geleid dat de bevoegde rechter (de sector bestuursrecht van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam) een zeer strikte interpretatie volgde bij de vaststelling van bevoegdheden van OPTA in plaats van een ruime interpretatie aan de hand van de doelstellingen van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.²⁵ Hoewel het hoogste college, het CBB, in de bekende Dutchtone zaak heeft aangegeven dat bij uitleggeschillen van de Tw niet alleen naar de bewoordingen van de wet dient te worden gekeken maar tevens rekening dient te worden gehouden met de doelstellingen die met de Tw worden beoogd²⁶, lijkt de Rotterdamse rechtbank nog steeds moeite te hebben met deze extensieve interpretatie van de wet. Dit geldt met name waar het de bevoegdheden van OPTA betreft.²⁷ Indien de doelstellingen op een duidelijke wijze in de wet verankerd worden, zal de rechter bij de uitleg van wettelijke bepalingen niet om deze doelstellingen heen kunnen. Kennelijk heeft ook de wetgever moeite met deze door de richtlijnen opgelegde doelstellingen nu deze als het ware "verstopt" zijn achter in het Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw: pas in artikel 18.21 wordt verwezen naar de doelstellingen van artikel 8 Kaderrichtlijn. OPTA dient bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden rekening te houden met deze doelstellingen. Deze bepaling dient een prominente plaats in het voorstel te krijgen, waarbij in de toelichting een duidelijke instructie aan de rechter dient te worden gegeven - in navolging van de CBB-uitspraak - hoe met deze doelstellingen om te gaan. Dit zal ongetwijfeld dienen te leiden tot een ruimere uitleg van bevoegdheden van OPTA en een grotere beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan.

4. De procedures bij de nationale regelgevende instantie

De richtlijnen onderscheiden drie soorten procedures:

- (i) consultatieprocedure van art. 6 Kaderrichtlijn (raadpleging en transparantie)
- (ii) coördinatieprocedure: art. 7 (3) Kaderrichtlijn (zie tevens art. 15 (3) en 16 (3), (4) en (5) Kaderrichtlijn en de artikelen 5 en 8 Toegangsrichtlijn)
- (iii) geschilprocedures (artikelen 20 en 21 Kaderrichtlijn).

De consultatieprocedure

In artikel 6 Kaderrichtlijn is bepaald dat de nationale regelgevende instanties over alle ontwerpmaatregelen die zij voornemens zijn te treffen belanghebbenden dienen te consulteren voorzover deze maatregelen "aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben". Belanghebbenden dienen in de gelegenheid te worden gesteld hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel. Voor dergelijke consultaties dienen de nationale regelgevende instanties hun "nationale raadplegingsprocedures" te publiceren. Dergelijke formele procedures ontbraken tot dusverre in de Tw of regelingen van OPTA. OPTA houdt regelmatig consultaties met de markt, doch deze worden naar eigen inzicht vastgesteld en gehouden, zonder formele regels. Het is niet zo dat consultaties door OPTA consequent worden uitgeschreven voor alle te treffen maatregelen die aanzienlijke gevolgen voor de markt hebben.

In het nieuwe artikel 6b.1, lid 1 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw wordt nu voorgeschreven dat OPTA onderdelen²⁸ van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.5 Awb dient te volgen voor de in dit artikel opgesomde besluiten, zoals een voornemen tot aanwijzing voor aanmerkelijke

²⁵ Zie bijvoorbeeld: in de genoemde zaak (zie voetnoot 24) Telfort Mobiel vs. OPTA, de genoemde zaak (zie voetnoot 19) UPC vs. OPTA en de uitspraak van 5 december 2002 van de voorzieningenrechter van de Rb. Rotterdam (sector bestuursrecht) in de zaak O2 e.a. vs. OPTA (reg. Nr.: VTELEC 02/2675 RIP), www.rechtspraak.nl.

²⁶ Uitspraak van het CBB van 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001-6, p. 212-220, met noot ATO en *Compterrecht* 2001/4, p. 212-213, met noot EJD. Vgl. E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, SDU, 1999, p. 49.

²⁷ Zie voetnoot 25.

²⁸ Paragraaf 3.5.6 van Afdeling 3.5 Awb, met uitzondering van artikel 3:30, lid 2 Awb.

marktmacht ex artikel 6a.2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. Ten aanzien van voornemens van OPTA tot het nemen van besluiten in verband met interoperabiliteit op grond van artikel 6.2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw geldt de consultatieverplichting slechts voorzover het besluit "aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt".

Het verdient aanbeveling de door OPTA door te lopen fases van de consultatieprocedure volledig in de wet op te nemen. De verschillende verwijzingen naar de Awb, met alle uitzonderingen en kruisverwijzingen, zijn onoverzichtelijk en verwarrend. Bovendien ontbreken beslistermijnen ten aanzien van het nemen van besluiten na de consultatie op nationaal en Europees niveau: artikel 3.33 Awb spreekt over "zo spoedig mogelijk". Deze termijn dient te worden geconcretiseerd. Daarnaast kan men zich in gemoede afvragen of de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure die OPTA dient te volgen niet teveel van het goede is. Hoewel het voordeel van deze procedure is dat nadien geen bezwaarschriftenprocedure meer hoeft te worden gevolgd, kan de wetgever dit ook zonder deze uitgebreide procedure bepalen. Neemt men in beschouwing dat naast deze nationale procedure ook nog de Brusselse coördinatieprocedure zal moeten worden gevolgd (zie hierna), dan is het geheel wel erg "zwaar" te noemen. Van een slagvaardig toezicht kan onder die omstandigheden niet meer worden gesproken.

De coördinatieprocedures

Een belangrijk nieuw onderdeel van de richtlijnen ten opzichte van het huidige recht vormen de coördinatieprocedures. Deze procedurele bepalingen verplichten de nationale regelgevende instanties onder bepaalde omstandigheden overleg te voeren en informatie uit te wisselen met :

- (i) de nationale mededingingsautoriteit (artikel 3, lid 4 en 5 en artikel 16, lid 1 Kaderrichtlijn);
- (ii) de nationale instantie belast met de uitvoering van het consumentenrecht (artikel 3, lid 4 Kaderrichtlijn);
- (iii) nationale regelgevende instanties in andere Lidstaten (artikel 7, lid 3 Kaderrichtlijn); en
- (iv) de Europese Commissie (artikel 5, lid 2 en artikel 7, lid 3 Kaderrichtlijn).

Het verplichte overleg zal de nodige tijd in beslag gaan nemen, bovenop de verplichte consultatieprocedures in geval er sprake is van aanzienlijke gevolgen voor de markt²⁹.

Bovendien hebben de Commissie en de andere Lidstaten een belangrijke stem in het besluitvormingsproces van de nationale regelgevende instantie verkregen. In de eerste plaats dienen de Commissie en de nationale regelgevende instanties van de andere Lidstaten *vooraf* van voorgenomen maatregelen op de hoogte te worden gesteld. Het betreft de volgende gevallen:

- (i) afwijking van marktdefinitie (artikel 15, lid 3 Kaderrichtlijn);
- (ii) vaststelling of een (transnationale) markt al dan niet concurrerend is en aanwijzing van marktpartij(en) met aanmerkelijke marktmacht (artikel 16, lid 3, 4, 5 en 6 Kaderrichtlijn);
- (iii) op te leggen verplichtingen ten aanzien van ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht (artikel 16, lid 4 en 6 Kaderrichtlijn, artikel 5 Toegangsrichtlijn en artikel 8, lid 4 Toegangsrichtlijn).

De Commissie en de toezichthouders van andere Lidstaten dienen evenwel slechts geconsulteerd te worden indien sprake is van een maatregel die "van aanzienlijke invloed is op de handel tussen lidstaten" (artikel 7, lid 3, sub b Kaderrichtlijn). De Commissie en de nationale regelgevende instanties hebben vervolgens 1 maand de tijd om hun opmerkingen te maken.

Indien de Commissie meedeelt dat

- (i) de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt, of
- (ii) zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het Gemeenschapsrecht

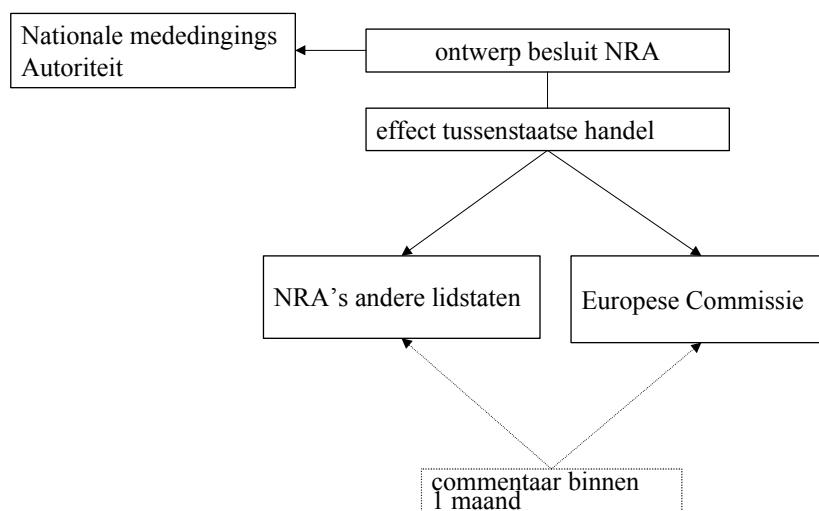
²⁹ Zie voor een uitgebreid schematisch overzicht van deze procedures: Marjolein Geus en Gerrit-Jan Zwenne, 'Het Europese telecommunicatieright na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving', *Mediaforum* 2002-6, p. 199.

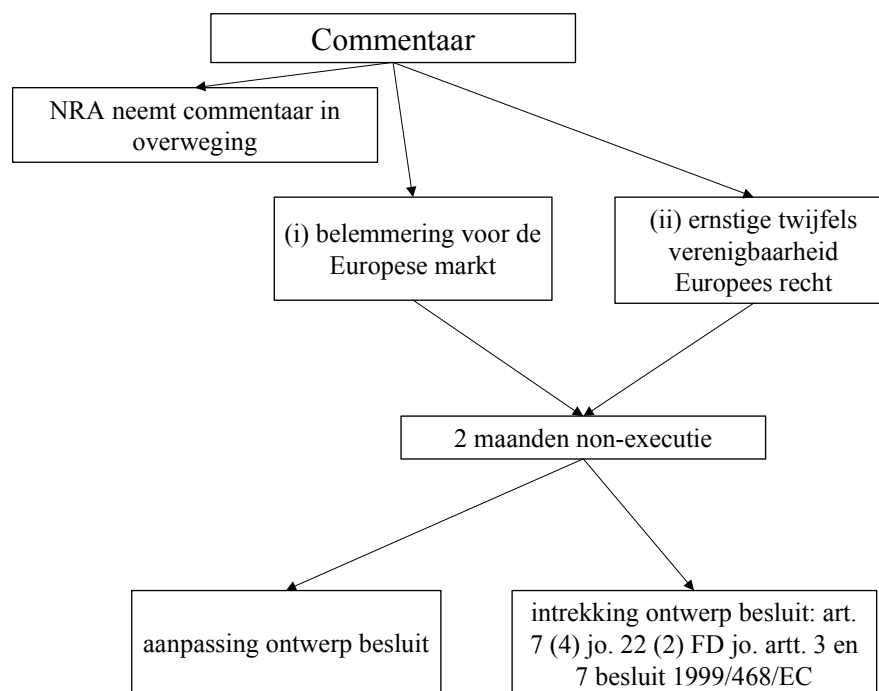
moet de vaststelling van de maatregel door de nationale regelgevende instantie nog eens met twee maanden worden uitgesteld. De Commissie heeft in dit geval een actieve bevoegdheid tot ingrijpen: binnen deze termijn kan de Commissie van de nationale regelgevende instantie verlangen dat zij haar ontwerpmaatregel intrekt (zie artikel 7, lid 4, laatste alinea Kaderrichtlijn). Met andere woorden: de Commissie heeft een *vetorecht* verkregen ten aanzien van belangrijke besluiten van de nationale toezichthouders. Dit ingrijpende besluit van de Europese Commissie dient dan ook vergezeld te gaan van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerp-maatregel niet moet worden genomen, tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerp-maatregel.

Indien de Commissie geen gebruik maakt van haar vetorecht, dient de betrokken nationale regelgevende instantie wel zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de andere nationale regelgevende instanties en van de Commissie (artikel 7, lid 5 Kaderrichtlijn).

Schematisch ziet het besluitvormingsproces er als volgt uit:

COORDINATIEPROCEDURE





In uitzonderlijke omstandigheden kan de nationale regelgevende instantie in afwijking van de hierboven beschreven procedure onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen treffen indien zij meent dat deze noodzakelijk zijn "teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen" (artikel 7, lid 6 Kaderrichtlijn).

Het moge duidelijk zijn dat de besluitvorming van OPTA in verband met dergelijke besluiten, zoals de aanwijzing van partijen met aanmerkelijke marktmacht, tot ingewikkelde procedures aanleiding kunnen geven. Met name in het geval sprake zou zijn - in de visie van OPTA - van spoedeisende situaties, zal dit aanleiding kunnen geven tot een samenloop van nationale en Europese (gerechtelijke) procedures.

Deze procedures zijn in de Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw vastgelegd in de artikelen 6b.2 - 6b.5.

De geschilprocedures

Artikel 20 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat een nationale regelgevende instantie op verzoek van een der partijen een bindend besluit uiterlijk binnen 4 maanden inzake een *geschil* "in verband met de verplichtingen die ontstaan tussen ondernemingen die elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden" (artikel 20, lid 1). Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan van deze termijn worden afgeweken. Bij het beslechten van het geschil dient de nationale regelgevende instantie zich te laten leiden door de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn (artikel 20, lid 3).

Als alternatief voor de geschilbeslechting kunnen de Lidstaten bepalen dat een geschil niet wordt opgelost via geschilbeslechting, maar via alternatieve methodes, zoals bemiddeling (artikel 20, lid 2). Van deze mogelijkheid lijkt de Nederlandse wetgever geen gebruik te maken.

In de Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw zijn geschilprocedures nu ondergebracht in een nieuw Hoofdstuk 12 (Geschillen). De enige uitzondering hierop vormt de geschilprocedure ten aanzien van interoperabiliteit, welke is neergelegd in artikel 6.2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. Niet duidelijk is waarom deze procedure ook niet in Hoofdstuk 12 is opgenomen. Dit zou de eenvormigheid ten goede komen en voorkomt toekomstige discussies over mogelijke discrepanties tussen de bevoegdheden van OPTA op grond van artikel 6.2, lid 1 ten opzichte van Hoofdstuk 12.

OPTA heeft slechts een geschilbeslechtende bevoegdheid voor zover het geschil is opgenomen in de limitatieve lijst van artikel 12.3 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. Per soort geschil heeft de wetgever ervoor gekozen de bevoegdheden verder uit te werken in separate artikelen. In deze geschillen heeft OPTA de

bevoegdheid op verzoek van een partij "voorschriften" te geven. De wetgever heeft er - naar mijn mening ten onrechte - niet voor gekozen een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA in de wet vast te leggen voor *alle* geschillen aangaande verplichtingen over "elektronische communicatienetwerken en -diensten". Wederom - in navolging van de huidige wet - heeft de wetgever de methodiek gevolgd om OPTA geen ruime bevoegdheden te verschaffen doch slechts nauw omschreven en gelimiteerde bevoegdheden te verstrekken. Dit zal er in de toekomst ongetwijfeld toe leiden dat OPTA in belangwekkende situaties die nu niet zijn voorzien niet bevoegd zal blijken, daar waar een ingrijpen in de markt wel noodzakelijk wordt geacht. De wetgever handelt hierdoor in strijd met (de tekst van) artikel 20, lid 1 Kaderrichtlijn, die een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid voorschrijft.

Als termijn voor het beslechten van het geschil noemt de wetgever overigens niet de termijn van vier maanden doch een termijn van zeventien weken (zie artikel 12.16 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw). De wetgever heeft overigens verzuimd deze termijn ook op te nemen voor de geschillen te beslechten op grond van artikel 6.2, lid 1 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. In de huidige Tw is deze termijn nog zes maanden (zie artikel 6.3, lid 3, sub a Tw).

De huidige expliciete in de Tw opgenomen bevoegdheid van OPTA om voorlopige besluiten te nemen (zie artikel 6.3, lid 3, sub b Tw) is in het ontwerp niet meer opgenomen. Dit is zeer onwenselijk aangezien dit de suggestie zou kunnen wekken dat OPTA in spoedeisende gevallen geen voorlopige maatregelen meer zou kunnen nemen. In de praktijk blijkt OPTA deze bevoegdheid wel degelijk nodig te hebben om snel en efficiënt te kunnen ingrijpen waar dit vanuit een oogpunt van spoedeisendheid noodzakelijk is. Ter voorkoming van enige discussie hieromtrent dient de wetgever de bevoegdheid van OPTA tot het treffen van voorlopige maatregelen in Hoofdstuk 12, doch ook ten aanzien van andere besluiten expliciet in de wet op te nemen. Deze bevoegdheid dient ook te gelden voor de geschilbeslechtende bevoegdheid van artikel 6.2, lid 1 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw en de ambtshalve bevoegdheid van artikel 6.2, lid 2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw.

5. Het recht van beroep

Tegen alle beslissingen van een nationale regelgevende instantie dient een doeltreffende regeling voorhanden te zijn die het recht van beroep regelt (artikel 4 Kaderrichtlijn). Het recht van beroep dient open te staan voor "*iedere* gebruiker of onderneming die elektronische- communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is *getroffen*". Er dient sprake te zijn van een doeltreffend mechanisme.

Twee zaken vallen hierbij op. Het is de vraag of bij de huidige overbelasting van de bevoegde rechter, de bestuursrechter van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, nog wel van een "doeltreffend" mechanisme kan worden gesproken. Daarnaast doet zich de vraag voor of het belanghebbende begrip volgens de Awb en voor telecommunicatiezaken uitgelegd in een tweetal zaken³⁰ niet te beperkt is in het licht van de tekst van artikel 4 Kaderrichtlijn. Een grotere kring van belanghebbenden lijkt hierbij een beroep tegen besluiten van OPTA te moeten kunnen instellen. De hamvraag die zich hierbij voordoet is hoe ruim het begrip "getroffen" in artikel 4 Kaderrichtlijn dient te worden uitgelegd.

6. Conclusie

Het is teleurstellend te moeten concluderen dat de bevoegdheden van OPTA om op te treden wederom - in navolging van de huidige Tw - beperkt zijn ingekleed. Dit zal in de toekomst onvermijdelijk weer leiden tot ingewikkelde procedures, waarin de bevoegdheid van OPTA aan de kaak zal worden gesteld. De lessen uit het verleden leren ons dat dit negatieve gevolgen heeft voor de ontwikkeling van concurrentie op diverse

³⁰ Zie A.T. Ottow, 'Toezicht OPTA - procedurele aspecten', annotatie bij Rechtbank Rotterdam 7 januari 2002, Versatel vs. OPTA, *Computerrecht* 2002/3, p. 182 - 187.

marktsegmenten. Het is jammer dat de wetgever deze lessen zich niet heeft aangetrokken.

Mr A.T. Ottow is als gastonderzoeker verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en als advocaat-adviseur bij Houthoff Buruma.