

DE SECTORSPECIFIEKE TOEZICHTHOUDERS EN HET KAMERMODEL NMa

Annetje Ottow* en Ilona Schong**

1. Inleiding

Naar aanleiding van het rapport Zicht op Toezicht¹ heeft het kabinet indertijd besloten zoveel mogelijk toezicht op markten onder te brengen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa"). Gekozen werd voor een flexibele organisatie, waarbij de uitvoering van wettelijke sectorspecifieke taken aan diverse *kamers* van de NMa zou worden overgelaten. Het doel van dit kamermodel is tweeërlei. In de eerste plaats wil het kabinet hiermee "de wildgroei" van toezichthouders voorkomen². Daarnaast zou deze kamerstructuur ertoe moeten leiden dat het toezicht op grond van sectorspecifieke wetgeving voldoende wordt afgestemd met het toezicht op grond van de Mededingingswet ("Mw"). De organisatie van de sectorspecifieke toezichthouder als kamer van de NMa zou een "eenduidig mededingingstoezicht" waarborgen³.

De eerste ervaringen werden hiermee opgedaan bij de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteit (nadien omgedoopt tot de Dienst uitvoering en toezicht Energie, "DTe"). Voor de sectoren post en telecommunicatie bestond reeds voor de instelling van de NMa het zelfstandig bestuursorgaan, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit ("OPTA")⁴. Bij de evaluatie van OPTA gedurende 2001 is door het kabinet aangekondigd⁵ dat OPTA nog tot medio 2005 zelfstandig mag blijven, doch ook daarna als kamer zal worden ondergebracht bij de NMa. Als voorwaarde is daarbij gesteld dat het "kamermodel" dan wel tegen die tijd goed dient te functioneren. In het Wetsvoorstel tot wijziging van de Mw in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit⁶ (het "ZBO-wetsvoorstel") wordt dit kamermodel verder uitgewerkt. Deze nieuwe wet zal ingrijpende gevolgen hebben voor de DTe, de kersverse

* Mr A.T. Ottow is als senior onderzoeker verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) en als advocaat-adviseur aan Houthoff Buruma (Den Haag).

** Mr I. M. Schong is advocaat te Den Haag (Houthoff Buruma).

¹ Tweede kamer, vergaderjaar 1997-1998, 24 036, nr. 73.

² Zie onder meer de brief aan de Voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken van 12 december 2001, over het omvormen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, niet-dossierstuk 2001-2002, ez00000698, Tweede Kamer, p. 1.

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 303, nr. 7, p. 20.

⁴ Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit), *Staatsblad* 1998, 610.

⁵ Zie de brief van de Staatsecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede kamer van 9 juli 2001, Tweede kamer, vergaderjaar 2000-2001, 21 693, nr. 56.

⁶ Eerste kamer, 2001/02, 27 639, nr. 228 (gewijzigd voorstel van wet d.d. 5 februari 2002).

Vervoerkamer⁷ en in de toekomst voor OPTA. In het ZBO-wetsvoorstel worden daarnaast enkele procedurele wijzigingen aangebracht, die directe gevolgen hebben voor de rechtsbescherming van betrokken (rechts)personen. Tot op heden is de wetgever bij het afbakenen van bevoegdheden, het vastleggen van procedures en rechtsbescherming bij de diverse sectoren "grillig"⁸ te werk gegaan. Bij de uitwerking van de kamerstructuur in het ZBO-wetsvoorstel worden deze verschillen niet opgeheven. De onderlinge verschillen tussen de verschillende toezichthouders en de gevolgen van het ZBO-wetsvoorstel zullen in dit artikel in kaart worden gebracht. In dit artikel kunnen slechts de NMa, DTe en OPTA aan de orde komen.

2. Het kamermodel

Hiërarchische verhouding

De sectorspecifieke kamer zal opereren als een organisatorische eenheid binnen het zelfstandige bestuursorgaan ("ZBO") NMa. De kamer zal een herkenbare eigen naam kunnen (blijven) voeren, zodat zij een "eigen gezicht" binnen de organisatie van de NMa verkrijgt⁹. De nieuwe raad van bestuur van de NMa - die wordt ingesteld in plaats van de d-g NMa als gevolg van het ZBO-wetsvoorstel - zal de uitvoering van wettelijke sectorspecifieke taken mandateren aan het hoofd van de desbetreffende kamer. Het hoofd van de kamer neemt besluiten op zijn werkkterrein namens de (raad van bestuur van) de NMa. De Memorie van Toelichting¹⁰ op het ZBO-wetsvoorstel zegt over de relatie tussen de NMa en de DTe het volgende:

“Het is in elk geval wenselijk dat de Dienst uitvoering en toezicht energie (Dte) voorlopig als organisatorische eenheid blijft functioneren voor het verrichten van de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Op grond van de geldende Elektriciteitswet 1998 maakt Dte reeds als kamer deel uit van de NMa. De directeur van de dienst oefent de hem toegekende taken en bevoegdheden op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet thans uit op eigen naam, maar ondergeschikt aan de directeur-generaal van de NMa. Op grond van dit wetsvoorstel worden de bevoegdheden van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet rechtstreeks opgedragen aan de directeur-generaal van de NMa. In de mandaatregeling zal de verhouding tussen directeur-generaal en directeur verder worden ingevuld.”

Op deze mandaatverlening is Afdeling 10.1.1 Awb van toepassing. De mandaatverlening moet door de betrokken verantwoordelijke Minister worden goedgekeurd. Een door de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid genomen besluit geldt als een besluit van de

⁷ Als gevolg van de Wet van 6 juli 2000, houdende nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer (Wet Personenvervoer 2000), *Staatsblad* 2000, 314.

⁸ Mr. Drs. Th.G.M. Simons, 'Openingsrede', In: Mr. O.J.D.M.L. Jansen, mr. Drs. B.M.J. van der Meulen, Prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven, *Handhaving van de Mededingingswet*, Kluwer, Deventer, 2001, p. 4.

⁹ Zie brief van 12 december 2001, a.w., p. 2.

¹⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000/01, 27 639, nr. 3, p. 11.

mandaatgever. Een mandaatgever blijft bevoegd de gemandateerde bevoegdheid uit te oefenen en kan te allen tijde het mandaat intrekken. Van de voorheen als zelfstandig functionerende organisatorische eenheid (DTe) blijft – althans vanuit juridische optiek – onder het ZBO-wetsvoorstel niet veel over. Dit zal in de toekomst, indien OPTA als een kamer binnen de NMa zal gaan fungeren, voor OPTA ook gaan gelden.

Geen concurrent powers

De betreffende kamer verkrijgt slechts de bevoegdheid de sectorspecifieke regelgeving toe te passen. Het mandaat van de betrokken kamer strekt zich niet uit tot de directe toepassing van het generieke mededingingsrecht op grond van de Mw. OPTA heeft tijdens haar evaluatie vorig jaar gepleit voor het verkrijgen van de bevoegdheid tot rechtstreekse toepassing van het generieke mededingingsrecht op basis van de Mw. Een dergelijke bevoegdheid leidt ertoe dat op grond van algemene regels tot optreden in de betrokken sector kan overgaan in het geval de specifieke sectorregels tekortschieten¹¹. Deze zogenaamde *concurrent powers* voor OPTA zijn door het kabinet vooralsnog afgewezen¹², aangezien zij de toepassing van het generieke mededingingsrecht op grond van de Mw exclusief aan de NMa wenst over te laten.

De toepassing van de Mw op de betrokken sectoren blijft voorbehouden aan de "algemene" afdeling van de NMa, die organisatorisch los staat van de betrokken kamer. Omgekeerd geldt in zijn algemeenheid dat de NMa, buiten de kamers om, geen sectorspecifieke regelgeving mag toepassen. Dit is slechts anders daar waar de sectorspecifieke wetgever specifieke taken aan de NMa (niet zijnde een kamer van de NMa) heeft toebedeeld, zoals het geval is bij de geschillenbeslechting door de NMa op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (zie hieronder, '*Afstemming tussen NMa en kamer*').

Tegen een constructie, waarbij de kamer van de NMa, zowel de sectorspecifieke wetgeving als het generieke mededingingsrecht op basis van de Mw (al dan niet in hetzelfde besluit) toepast, zou bij het kamermodel geen bezwaar meer mogen bestaan. Immers, een dergelijke bundeling leidt automatisch tot een consistent mededingingsbeleid, tot een optimaal gebruik van de aanwezige expertise, grote synergie-effecten voor de organisatie en een effectievere en efficiëntere dossierbehandeling. Daarbij is dan wel een vereiste dat de onderliggende procedures van de diverse wetten op elkaar zijn afgestemd, hetgeen tot op heden niet het geval is (zie in paragraaf 4).

Afstemming tussen NMa en de kamer

Een afstemming tussen de specifieke toezichthouder (de kamer) en de algemene afdeling van de NMa over de toepassing en uitleg van het mededingingsrecht blijft dus ook in de nieuwe

¹¹ Zie in dit verband: A.T. Ottow en A.S.M.L. Prompers, 'De rol van het mededingingsrecht in de telecomunicatiesector', *Mediaforum* 2002-1, p. 7-14.

¹² Brief van 9 juli 2001, *a.w.*, p. 17-18.

kamerstructuur noodzakelijk, nu het organisatorische toezicht op de betrokken sector nog steeds niet in één hand is.

Voor de telecommunicatiesector was de wetgever bevreesd dat OPTA een te grote zelfstandigheid zou krijgen bij de toepassing en uitleg van het mededingingsrecht en wenste voor de uitoefening van bepaalde taken een *instemmingsvereiste* van de NMa in de wet in te voeren.¹³ De Tweede kamer voelde hier echter niets voor. Uiteindelijk werd dit vereiste afgezwakt tot een verplichting van OPTA om bij de uitleg van mededingingsrechtelijke begrippen, die tevens door de d-g NMa wordt gehanteerd bij de toepassing van art. 24 Mw, te handelen in overeenstemming met de algemene richtlijnen van de d-g NMa (art. 18.3, lid 3 Tw). De wetgever heeft bij de invoering van de Postwet opnieuw een poging gewaagd het instemmingsvereiste te introduceren, maar ook hier kreeg de Minister van Verkeer en Waterstaat nul op het rekest¹⁴. Dergelijke algemene, eenzijdige richtlijnen van de d-g NMa zijn er nooit gekomen. Met enige regelmatig publiceren beide toezichthouders wel gezamenlijk beleidsdocumenten, waarbij bepaalde vraagstukken worden geanalyseerd en waarmee de toezichthouders bij de uitoefening van hun toezicht rekening houden¹⁵. Artikel 18.3 Tw is door beide toezichthouders uitgewerkt in een Samenwerkingsprotocol.¹⁶ Het Samenwerkingsprotocol bevat een opsomming in welke zaken NMa en OPTA bij elkaar advies moeten inwinnen, mede ter voorkoming van *forum shopping*. Hieruit volgt onder meer dat de NMa een zaak niet ter hand zal nemen op grond van artikel 24 Mw, indien OPTA binnen een redelijke termijn optreedt tegen de desbetreffende gedraging. In geval van samenloop van de Mw en de Tw, treedt de NMa terug, tenzij de bevoegdheden van OPTA om op te treden, tekortschieten, of OPTA de zaak niet binnen een redelijke termijn ter hand neemt. Wat een redelijke termijn is, wordt niet vermeld.

Bij de evaluatie van OPTA heeft het kabinet benadrukt dat de samenwerking tussen OPTA en de NMa zal moeten worden geïntensiveerd¹⁷. In het licht van het omvormen van OPTA tot een kamer van de NMa per medio 2005, zullen beide toezichthouders reeds nu meer naar elkaar moeten toe groeien en de samenwerking moeten intensiveren. Het kabinet noemt daarbij het vormen van projectteams en joint ventures en verwacht dat de toezichthouders hiervoor op korte termijn nadere (werk)afspraken maken. Het is afwachten op welke wijze dit door de OPTA en de NMa zal worden vormgegeven. Het ligt voor de hand dat de NMa in elk geval een serieuze invloed zal (moeten) krijgen bij de afbakening van markten, welke taak OPTA als gevolg van de implementatie van de nieuwe ONP review richtlijnen (medio 2003) veelvuldig zal moeten uitvoeren¹⁸.

¹³ Zie A.T. Ottow, 'Zicht op effectief toezicht op de telecommunicatiesector?', *Mediaforum* 1998-1, p. 76-77.

¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 363, nrs. 1-2.

¹⁵ Enkele voorbeelden zijn: Internetrapportage van 14 december 2001 van Internetteam OPTA en NMa, www.nma.nl; Richtsnoeren Price Squeeze van OPTA en NMa van 28 februari 2001, *Stert.* 2001, nr. 44, p. 7 www.opta.nl. en Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken, *Stert.* 1999, nr. 159, p. 6.

¹⁶ Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa, *Stert.* 2000, 249 (hierin zijn ook de afspraken opgenomen die zijn gebaseerd op art. 50 van de gewijzigde Postwet). Het vorige protocol was gepubliceerd in *Stert.* 1999, 2.

¹⁷ Brief van 9 juli 2001, *a.w.*, p. 20-22.

¹⁸ Zie onder meer de nieuwe zogenaamde Kaderrichtlijn (Richtlijn 2002/21/EG van het Europese Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PB

De situatie is onder de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet anders geregeld. Ten eerste is de DTe vanaf den beginne als kamer ondergebracht bij de NMa. Dit maakt beleidsmatige afstemming tussen beide toezichthouders eenvoudiger. Ten tweede kan de d-g NMa algemene en bijzondere aanwijzingen geven met betrekking tot de uitoefening van de in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet aan de directeur DTe toegekende taken en bevoegdheden, waarbij naar het oordeel van de d-g NMa uitleg kan of moet worden gegeven aan begrippen die worden gehanteerd bij de toepassing van de Mw¹⁹. In het algemeen houdt de directeur DTe zich verre van toepassing van mededingingsrechtelijke begrippen. Dergelijke algemene of bijzondere aanwijzingen van de d-g NMa zijn ons dan ook niet bekend. Wel verschaffen de DTe en de NMa elkaar in de dagelijkse praktijk over en weer inzicht in hun bezigheden. Synergie is eveneens aanwezig doordat de Juridische Dienst van de NMa de beslissingen op bezwaar van de directeur DTe in zijn geheel voorbereidt (zie in paragraaf 4), zodat verwacht mag worden dat de d-g NMa in dat kader toetst of de directeur DTe in zijn primaire besluit een juiste uitleg heeft gegeven aan mogelijke mededingingsrechtelijke begrippen. Een bijzondere afstemming dient plaats te vinden bij de geschilbeslechting door de d-g NMa.). De d-g NMa is in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet²⁰ aangewezen om geschillen op grondslag van de Mededingingswet te beslechten. De directeur DTe kan onder de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ook zelf geschilbeslechtend optreden door middel van het geven van bindende aanwijzingen en het opleggen van lasten onder dwangsom aan marktpartijen. Teneinde *forumshopping* te voorkomen, hebben de DTe en de NMa beleidsregels opgesteld met betrekking tot samenwerking bij de behandeling van verzoeken om geschillenbeslechting²¹. Ook in deze beleidsregels wordt, evenals bij OPTA, het primaat voor de geschilbeslechting bij de DTe gelegd. De bevoegdheid van de directeur DTe tot geschilbeslechting, die bestaat uit het geven van bindende aanwijzingen of het opleggen van last onder dwangsommen *op grondslag van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet*, wordt als gevolg van het ZBO-wetsvoorstel overgenomen door de (raad van bestuur van de) NMa. Een overlap in de verschillende geschilbeslechtende bevoegdheden kan onder het ZBO-wetsvoorstel nog steeds plaatsvinden. In de toekomst zal daarom nog steeds behoefte bestaan aan beleidsregels, daar geschilbeslechting ex artikel 51 Elektriciteitswet 1998 en artikel 19 Gaswet, maar op basis van de Mededingingswet, zal plaatsvinden binnen de ‘algemene’ mededingingsautoriteit, terwijl de raad van bestuur van de NMa binnen de energiekamer bovenomschreven bindende aanwijzingen en lasten onder dwangsom zal kunnen opleggen. De mogelijkheid tot *forum shopping* is onder het ZBO-wetsvoorstel dus nog steeds aanwezig.

EG 2002, L 108/33) en Wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit in verband met de invoering van een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toegang tot internet en een verduidelijking en een verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 203, A).

¹⁹ Zie artikel 8 Elektriciteitswet 1998.

²⁰ Artikel 51 Elektriciteitswet 1998 en artikel 19 Gaswet.

²¹ *Stcrt.* 31 augustus 2001, nr. 168, p. 41.

3. De onafhankelijkheid van de sectorspecifieke toezichthouder

Een belangrijk issue bij de oprichting van een toezichthouder is de mate van zelfstandigheid: welke bevoegdheden verkrijgt de toezichthouder en in hoeverre is deze nog onderworpen aan ministeriële controle. Bij OPTA en de DTe is deze "onafhankelijkheid" anders uitgelegd. De vraag is of dit als gevolg van het ZBO-wetsvoorstel veel zal veranderen.

OPTA is tot stand gekomen in een periode, waarin de CTSV-affaire nog sterk in het geheugen stond gegrift. De Minister van Verkeer en Waterstaat wilde nog duidelijk een vinger aan de pols houden. Als gevolg hiervan werd OPTA 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* die daadwerkelijk op eigen gezag en initiatief sturing aan de marktontwikkelingen kan geven. 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."*²²

Op grond van het legaliteitsbeginsel²³ wordt keer op keer voor OPTA betoogd dat een strikt onderscheid moet worden gemaakt tussen beleid en toezicht. Het opstellen van beleid is voorbehouden aan de Minister, de uitvoering daarvan aan de toezichthouder. Daarbij gaat het kabinet er kennelijk vanuit dat het maken of voeren van beleid gelijk moet worden gesteld met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften. Dit is echter niet het geval. In de praktijk blijkt de stelling van het kabinet ook niet uitvoerbaar en is het onoverkomelijk dat een toezichthouder bij de uitoefening van haar toezichtstaken beleid maakt (hetgeen overigens ook bij de NMa en de DTe het geval is)²⁴.

In tegenstelling tot OPTA heeft de directeur DTe op grond van de Elektriciteitswet 1998²⁵ wel bevoegdheden tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. De DTe wordt door de wetgever en de Minister van Economische zaken dan ook steeds aangeduid als een "regulator". Deze bevoegdheid van de DTe tot het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften kan - vanuit het legaliteitsbeginsel - worden gerechtvaardigd vanwege het feit dat de Minister van

²² Zie brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 9 juli 2001, *a.w.*, p. 18.

²³ In de evaluatie van OPTA wordt dit beginsel als volgt gedefinieerd: "Het legaliteitsbeginsel houdt in dat algemeen verbindende voorschriften die verplichtingen aan burgers opleggen onder politieke controle moeten worden opgesteld. Een dergelijke taak kan derhalve niet worden opgedragen aan een toezichthouder als ZBO." Zie brief van 9 juli 2001, *a.w.*, p. 13.

²⁴ Prof. Mr. E.J. Dommering, Dr. N.A.M. van Eijk, Prof. Dr. J.J.M. Theeuwes, Prof. Mr. F.O.W. Vogelaar, *'Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt'*, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam, 2001, p. 84.

²⁵ Zie de artikelen 26, 31 en 36 Elektriciteitswet 1998. Ingevolge artikel 82 Elektriciteitswet 1998 kan een belanghebbende, voorzover een besluit, genomen op grond van artikel 26 of 31, aangemerkt wordt als een algemeen verbindend voorschrift, in afwijking van artikel 8:2 Awb beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie ook President van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 maart 2001, zaaknummer AWB 01/01 t/m 01/05, LJN-nummer AB1283.

Economische Zaken - in tegenstelling tot de Minister van Verkeer en Waterstaat - de bevoegdheid heeft tot het geven van *individuele* aanwijzingen²⁶. Aldus kan een democratische controle via de Ministeriële verantwoordelijkheid plaatsvinden. Men zou denken dat, nu de DTe opgaat in de ZBO-NMa, de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister in individuele gevallen komt te vervallen, zoals ook als gevolg van het ZBO-wetsvoorstel voor de algemene taken van de (raad van bestuur van de) NMa het geval is²⁷. Dit was ook daadwerkelijk de bedoeling van de Minister van Economische Zaken. De Minister acht het niet meer wenselijk in individuele gevallen in te grijpen²⁸. De *individuele* aanwijzingsbevoegdheid zal evenwel voorlopig blijven bestaan, als gevolg van het amendement van de Kamerleden Van den Akker/Voûte-Droste²⁹ (artikel 6 van de Elektriciteitswet 1998 (nieuw)³⁰). De toelichting op het amendement geeft aan dat het geven van aanwijzingen in individuele gevallen wenselijk is zolang de energiemarkt nog niet volledig is geliberaliseerd. Zodra deze bevoegdheid van de Minister echter zou komen te vervallen, zou naar onze mening eveneens de bevoegdheid van de DTe tot het geven van algemeen verbindende voorschriften moeten worden geschrapt. Dit zou een consequente stap zijn op grond van het legaliteitsbeginsel.

Opvallend is te constateren dat het feit dat een markt zich nog in het liberaliseringsproces bevindt voor de telecommunicatiesector juist een argument was om *geen* individuele aanwijzingsbevoegdheid aan de Minister van Verkeer en Waterstaat te geven. Elke individuele bemoeienis van de Minister werd onwenselijk geacht. Uit de Europese telecommunicatierichtlijnen volgde³¹ dat de telecomtoezichthouder volledig onafhankelijk moest worden van een overheid, die tevens aandeelhouder is van de voormalige monopolist (de *incumbent*). Elke belangenverstrengeling tussen de toezichthouder en KPN Telecom moest worden vermeden. Dit leidde ertoe dat OPTA werd gepositioneerd als een ZBO, waarbij de Minister van Verkeer en Waterstaat de bevoegdheid verkreeg *algemene* aanwijzingen te geven, doch geen bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen in concrete dossiers³². Van deze algemene bevoegdheid heeft de Minister in de praktijk nooit (althans niet zichtbaar) gebruik gemaakt. Het is verbazingwekkend dat dit aspect van potentiële belangenverstrengeling geen rol speelt bij het toezicht door de DTe en de Minister van Economische Zaken, hoewel in de energiesector de problematiek geheel vergelijkbaar is.

Overigens moet worden opgemerkt dat de bevoegdheid van de Minister van Economische zaken tot het geven van individuele aanwijzingen geen fictiebevoegdheid betreft. In het verleden heeft

²⁶ Deze bevoegdheid is zowel voor 'elektriciteits- als gasbesluiten' gebaseerd op artikel 6, leden 1 en 2, van de Elektriciteitswet 1998. In dit artikel wordt deze bevoegdheid tevens geregeld voor de Gaswet.

²⁷ Zie artikel I onder B (artikel 5d) ZBO-Wetsvoorstel.

²⁸ Zie brief van 12 december 2001, *a.w.*, p. 4.

²⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001/02, 27 639, nr. 39.

³⁰ Overigens zij opgemerkt dat het geven van een individuele aanwijzing niet mogelijk is in het kader van geschillenbeslechting (door de NMa). Het ZBO-wetsvoorstel schept enkel de mogelijkheid voor de Minister om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad op basis van de Mw toegekende bevoegdheden (artikel I onder B (artikel 5d) van het ZBO-wetsvoorstel).

³¹ Zie A.T. Ottow, 'Uitzicht op effectief toezicht in de telecomsector?', *a.w.*, p.76-77 .

³² Artikel 19, lid 1 OPTA-wet.

ingrijpen van de Minister in de uitvoering van de taken door de DTe wel degelijk plaatsgevonden. Middels de 'Beleidsregels vaststellen voorwaarden bedoeld in artikel 31 Elektriciteitswet 1998'³³ heeft de Minister de directeur DTe opgedragen om bij het toewijzen van importcapaciteit voorrang te verlenen aan 3 elektriciteitsinvoercontracten die het voormalige Sep (thans Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor) had gesloten met Electricité de France, Preussen Elektra A.G. en Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen A.G., nadat de directeur DTe hiertoe uit eigener beweging klaarblijkelijk niet toe bereid bleek.³⁴ Artikel 6, lid 2, Elektriciteitswet 1998 bepaalt dat de Minister, alvorens aan de directeur DTe een aanwijzing te geven, verplicht is de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze over het voornemen daartoe kenbaar te maken.³⁵ De d-g NMa heeft over dit voornemen een negatief advies uitgebracht. Het negatieve advies van de NMa heeft de Minister er niet van kunnen weerhouden het voornemen tot het geven van een aanwijzing ten uitvoer te leggen.³⁵ Saillant detail is dat belanghebbenden bij deze aanwijzing, en die waren in grote getale voorhanden, door de Minister geacht werden geen rechtsbeschermingsmogelijkheden te hebben tegen de aanwijzing. Alhoewel bovenomschreven aanwijzing onmiskenbaar een individueel karakter heeft (bemoeienis met een specifiek dossier), heeft de Minister de aanwijzing uiteindelijk vormgegeven als een *algemene* aanwijzing, neergelegd in beleidsregels. Ingevolge artikel 8:2 onder a juncto artikel 7:1 Awb is het niet mogelijk tegen beleidsregels bezwaar en eventueel beroep in te stellen. Indien op deze verkapte wijze met de bevoegdheid tot het geven van algemene aanwijzingen wordt omgegaan, dient de door de Minister van Economische Zaken voorgestane opheffing van de individuele aanwijzingsbevoegdheid wel met een grote korrel zout te worden genomen.

Het onderwerp van "onafhankelijkheid" speelde voor de energiesector op een geheel ander terrein. Hier betrof het niet het voorkomen van een belangenverstrengeling tussen de Staat als toezichthouder en als aandeelhouder van Gasunie of TenneT. Door de Minister van Economische zaken werd dit onafhankelijkheidsbegrip in verband gebracht met een mogelijke overlap van de taken van de DTe als *regulator* (het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften) en als geschillenbeslechter. Deze combinatie werd in strijd geacht met Artikel 20, derde en vierde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn³⁶. Dit artikel schrijft voor dat er een van de "partijen onafhankelijke bevoegde instantie" moet zijn die geschillen met betrekking tot contracten beslecht.³⁷ Het is maar de vraag of de Europese wetgever een dergelijke onafhankelijkheid op het oog had, waarbij een

³³ *Stcrt.* 14 juli 2000, nr. 134, p. 9.

³⁴ Zie voor een juridische introductie in de Nederlandse elektriciteitssector en in het bijzonder de verdeling van schaarse importcapaciteit D.P. Kuipers, M. de Rijke en I.M. Schong, 'Energie en mededinging: verkenning van een Mijneveld', in: A.T. Ottow en A.F. Eeken (red.), *'De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten'*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2001, p. 93 e.v.

³⁵ Overigens heeft ook de Raad van State zich kritisch uitgelaten over de voorrangpositie van de Sep-invoercontracten toen de Minister van Economische Zaken deze voorrangpositie een wettelijke basis wilde geven in de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector. De Tweede Kamer heeft bij amendementen op eigen initiatief deze voorrangpositie gereduceerd (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000/01, 27 250, nr. 17).

³⁶ Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor energie.

³⁷ Tweede kamer, vergaderjaar 1997/98, 25 621, nr. 3, p. 44.

onderscheid werd gemaakt tussen de regulerende en toezichthoudende bevoegdheden van de toezichthouder. Bovendien was deze onafhankelijkheid maar betrekkelijk, aangezien de Minister van Economische Zaken, zowel aan de d-g NMa als aan de directeur DTe individuele aanwijzingen kon geven. De Gasrichtlijn³⁸ bevat eenzelfde bepaling inzake geschilbeslechting als de Elektriciteitsrichtlijn. Gezien het feit dat onder de Gaswet aanvankelijk alle regulerende en toezichthoudende bevoegdheden waren geattribueerd aan de d-g NMa, ging daar het betoog aangaande de onafhankelijkheid van de d-g NMa (ook) niet op. Ook de Raad van State wierp de vraag op of in de praktijk de d-g NMa door partijen als onafhankelijk zal worden beschouwd.³⁹

Tegen deze achtergrond adviseerde de Raad van State een scheiding aan te brengen in de verschillende taken (voorwaarden/toezicht/geschilbeslechting) die in het wetsvoorstel Gaswet alle zijn opgedragen aan de d-g NMa. De Minister zag evenwel geen reden aan het advies van de Raad van State tegemoet te komen. Daarbij werd als argument aangevoerd dat het is uiteindelijk de rechter is die een oordeel velt en bovendien de mededingingsaspecten voorop staan. De onafhankelijkheid van de d-g NMa was daarmee naar het oordeel van de Minister voldoende gewaarborgd. Toen later de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector alle toezichthoudende taken bij de directeur DTe legde, was er geen reden meer om aan de onafhankelijkheid van de NMa als geschilbeslechtende instantie te twijfelen. Nu onder het ZBO-wetsvoorstel alle taken en bevoegdheden op naam van de raad van bestuur van de NMa worden uitgevoerd, doet het vraagstuk van onafhankelijkheid weer opgeld. Het ZBO-wetsvoorstel lijkt hiervoor een oplossing gevonden te hebben: de werkzaamheden in verband met de geschilbeslechting, worden verricht door personen die niet betrokken zijn bij de toezichthoudende cq. *regulatory* werkzaamheden. Consequentie van deze bepaling is dat geschilbeslechting niet zal plaatsvinden binnen de nieuw te vormen energiekamer van de NMa, die zich immers uitsluitend zal bezighouden met de toezichthoudende cq. *regulatory* werkzaamheden.

Geschilbeslechting in de telecommunicatiesector berust in zijn geheel bij OPTA. Sterker nog: de inrichting van het toezicht is geheel geschil-gestuurd. De discussie, zoals gevoerd bij de DTe, heeft nooit enige betekenis gehad. Als OPTA medio 2005 een kamer van de NMa wordt, ligt het - gezien deze positionering van OPTA als geschillenbeslechter - niet voor de hand deze geschiltaken naar de "algemene" afdeling van de NMa over te hevelen. Deze geschillen worden beslecht op grond van de Tw en niet op grond van de Mw (zoals wel het geval is bij de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet), hoewel het mededingingsrecht wel doorwerkt bij de interpretatie van het telecommunicatierecht⁴⁰. Dit laatste aspect zou er naar onze mening toe moeten leiden dat de toepassing van de sectorspecifieke wetgeving en het generieke mededingingsrecht zowel voor de telecom- als de energiesector in een hand zouden moeten komen binnen de betrokken kamer van de NMa. Dat hierdoor de geschilbeslechting ook binnen het takenpakket van de kamer komt te vallen, achten wij geen onoverkomelijk probleem.

³⁸ Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, artikel 21, tweede lid, en artikel 23, derde lid.

³⁹ Tweede kamer, vergaderjaar 1998/99, 26 463, B, p. 3 e.v.

⁴⁰ Zie A.T. Ottow en A.S.M.L. Prompers, a.w.

Naarmate de sectorspecifieke wetgeving en het mededingingsrecht naar elkaar toegroeien, ligt dit voor de hand. Bovendien -zoals door de Minister van Economische zaken zelf aangegeven - vindt er uiteindelijk altijd nog een rechterlijke toetsing plaats.

4. Aspecten van rechtsbescherming

Ook de rechtsbescherming is voor de diverse sectoren weer anders geregeld. Het ZBO-wetsvoorstel heeft ook wat betreft de rechtsbescherming geen uniformerende werking. Dit is opvallend, nu voor deze onderlinge verschillen geen goede redenen lijken te bestaan. Bij de volledige werking van de kamerstructuur van de NMa ligt het voor de hand deze verschillen op te heffen en een uniform systeem van rechtsbescherming voor alle kamers en bij de generieke toepassing van de Mw dezelfde procedures toe te passen, in elk geval voor zover het de bezwaar-, beroep- en hoger beroepfase betreft.

Bezwaar

Gezien de vele discussies over het al dan niet afschaffen van de – reeds tot nu toe op basis van de Awb verplichte – bezwaarfase, is het verrassend te zien dat de wetgever in het ZBO-wetsvoorstel een tussenvorm introduceert: de facultatieve bezwaarfase. Deze facultatieve bezwaarfase houdt in dat een belanghebbende in afwijking van artikel 7:1 Awb rechtstreeks beroep in kan stellen bij de rechtbank te Rotterdam tegen besluiten die de NMa op grond van de Mw neemt. Indien een belanghebbende voor deze route kiest, stelt de rechtbank Rotterdam de NMa hiervan in kennis. De NMa kan binnen acht weken na deze kennisgeving de rechtbank verzoeken het beroepschrift alsnog als bezwaarschrift te mogen behandelen. Het overslaan van de bezwaarfase brengt een versnelling van de bezwaar- en beroepsprocedure met zich mee. De facultatieve bezwaarfase lijkt vooral soelaas te bieden voor die gevallen waarbij in de fase van totstandkoming van het primaire besluit de standpunten van de NMa en de belanghebbenden voldoende zijn uitgekristalliseerd en een bezwaarschrift geen verandering van deze standpunten met zich mee lijkt te brengen, waardoor ongegrondverklaring van de bezwaren reeds daarom in de verwachting ligt.

Het ZBO-Wetsvoorstel introduceert ook voor besluiten, gebaseerd op de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet een facultatieve bezwaarfase: in afwijking van artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht (dat bepaalt dat een belanghebbende eerst tegen een besluit bezwaar dient te maken alvorens beroep in te stellen bij de administratieve rechter) kan een belanghebbende rechtstreeks beroep instellen bij het CBB tegen besluiten, die door de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn genomen. Totdat partijen zijn uitgenodigd om op een zitting van het CBB te verschijnen, kan het CBB het onderzoek sluiten, indien de zaak zich niet leent voor voortzetting van het onderzoek. In dat geval strekt de uitspraak er toe dat de raad het beroepschrift als bezwaarschrift behandelt. Besluiten van de raad inzake de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet kunnen in de toekomst dus

direct door het CBB – in eerste en hoogste instantie! – worden behandeld, hetgeen de lengte van de bezwaar- en beroepsfase aanzienlijk bekort (een termijn van één jaar waarbinnen de directeur DTe thans op bezwaarschriften beslist, is geen uitzondering).

Het CBB kan evenwel bepalen dat het beroepschrift door de raad als bezwaarschrift dient te worden behandeld indien de zaak zich niet leent voor voortzetting van het onderzoek. Onder de Elektriciteitswet en de Gaswet zal het derhalve aan de rechter zijn om te besluiten de bezwaarfase over te slaan, terwijl onder de Mw deze bevoegdheid bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit komt te liggen. Dit verschil in regelgeving is ons inziens te verklaren doordat de Mw rechtspraak in twee instanties kent, terwijl het CBB in beginsel in elektriciteits- en gaszaken in eerste en hoogste instantie beslist. Had de wetgever echter onder de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet rechtspraak in twee instanties ingevoerd, hetgeen de wetgever ons inziens had behoren te doen, dan was het mogelijk geweest ook de regeling omtrent de facultatieve bezwaarfase te uniformeren.

De bezwaarschriftprocedure is voor telecommunicatie (en post)zaken een verplichte fase. OPTA heeft er tijdens de evaluatie sterk voor gepleit deze fase af te schaffen om de doorlooptijd van de procedures te kunnen versnellen. Dit verzoek heeft het kabinet in de evaluatie uitdrukkelijk afgewezen⁴¹. Dit is opvallend gezien de bijna gelijktijdige invoering van de facultatieve bezwaarschriftprocedure bij de NMa en de DTe door het ZBO-wetsvoorstel. Deze keuze had voor de Tw tevens voor de hand gelegen en zou alsnog - naar onze mening - op dezelfde wijze moeten worden ingevoerd.

Het CBB als (hoger) beroepsrechter

Tegen besluiten van de d-g NMa op basis van artikel 51 Elektriciteitswet 1998 en artikel 19 Gaswet staat, na een voorafgaande (facultatieve) bezwaarschriftprocedure, beroep open bij de rechtbank Rotterdam en vervolgens hoger beroep bij het CBB, aldus de normale, onder de Mw van toepassing zijnde, rechtsbeschermingsprocedure. De Tw voorziet in een beroep bij de Arrondissementsrechtbank voor alle beslissingen op bezwaar van OPTA (artikel 17, lid 1 Tw) en vervolgens in een hoger beroep bij het CBB (zie artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie juncto onderdelen 2 (Postwet) en 3 (Tw) van de bijlage bij de Wbbo).

Het stelsel voor de energiesector wijkt hiervan af. Zowel in de Elektriciteitswet 1998 als in de Gaswet is het CBB in veruit de meeste gevallen aangewezen als beroepsrechter die beslist in eerste en hoogste instantie. De wetgevingsgeschiedenis besteedt aan deze keuze weinig woorden: het college is ook de bevoegde rechter onder de Elektriciteitswet 1989, zodat met de continuering van de aanwijzing van het CBB als bevoegde rechter voor de toekomst gebruik gemaakt kan worden van opgebouwde expertise met betrekking tot de elektriciteitswetgeving.⁴²

⁴¹ Zie de brief van 9 juli 2001, a.w., p. 26.

⁴² Kamerstukken II 1997/98, 25 621, nr. 3, p. 52.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Mw werd het niet als vanzelfsprekend geacht dat het CBB als eerste en hoogste instantie recht zou gaan spreken, zoals in de Wet economische mededinging, de voorloper van de Mw, wel het geval was. Simons geeft⁴³ aan dat in de Mw gekozen is voor rechtspraak in twee instanties toen een stelsel van bestuurlijke boeten werd ingesteld, dit gelet op artikel 14, vijfde lid, van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR). Op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving is dit stelsel van rechtspraak in twee instanties voor de hele Mw gaan gelden. De rechtsmacht in eerste instantie is hierbij opgedragen aan de rechtbank Rotterdam. Simons verwijst naar de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet om de grilligheid van het wetgevingsbeleid aan te tonen. Daar waar in de Mw, de Tw, de Postwet en de financiële toezichtswetten is gekozen voor rechtspraak in twee instanties (beroep bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het CBB), kennen de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet slechts voor een beperkt aantal besluiten (die overigens geen bestuurlijke boeten betreffen) deze rechtspraak in twee instanties.

Aanvankelijk is in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet niet gekozen voor een stelsel van bestuurlijke boeten, zodat wellicht om die reden geen rechtspraak in twee instanties noodzakelijk werd geacht. Echter, bij de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector⁴⁴ is aan de directeur DTe zowel met betrekking tot de Elektriciteitswet 1998 als met betrekking tot de Gaswet, de mogelijkheid gegeven een last onder dwangsom op te leggen. Alhoewel een last onder dwangsom geen punitieve (vergeldings)sanctie is waardoor artikel 14, vijfde lid, van het IVBPR wellicht niet in zicht komt, zou het wenselijk zijn geweest bij deze gelegenheid of in het ZBO-wetsvoorstel tevens rechtspraak in twee instanties in te voeren, zodat de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in ieder geval wat dit onderdeel betreft in de pas zou lopen met de overige economische reguleringswetten, zoals de Tw

5. Conclusie

De verschillen tussen het toezicht, zoals geregeld voor de NMa, de DTe en OPTA, zijn opvallend. Voor deze verschillen bestaan weinig objectieve redenen. Nu het toezicht (mede door het ZBO-wetsvoorstel) zal worden gewijzigd in een kamermodel van de NMa, waarbij voor de betrokken sectoren diverse speciale kamers zullen worden ingericht, ligt het voor de hand een grotere uniformiteit aan te brengen. Dit geldt ook voor de wijze waarop de procedures en rechtsbescherming zijn geregeld. Dit zal de effectiviteit van het toezicht ten goede komen.

⁴³ Waar hij de (wets)historische achtergrond van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de Mw en verwante wetgevingscomplexen bespreekt, zie Simons, *a.w.*, p. 1 e.v.

⁴⁴ Tweede kamer, vergaderjaar 2000/01, 27 250, nrs. 15, 28, 34 en 35.