

## **Over toezicht en rechtsbescherming: de omissies in de Telecommunicatiewet**

Annetje Ottow\*

### **1. Inleiding**

In het artikel '*De toekomst van het overheidstoezicht op telecommunicatie*' (Mediaforum 2001-11/12) houdt Professor de Ru een pleidooi voor het afschaffen van OPTA. Bovendien meent de Ru dat sectorspecifiek toezicht niet meer nodig is. In tegendeel, sectorspecifieke regulering zou een belemmering zijn voor de ontwikkeling van concurrentie. De Ru houdt een pleidooi voor het zo spoedig mogelijk afschaffen van *ex ante* regelgeving en het toezicht volledig te baseren op het generieke mededingingsrecht. Dit artikel noopt tot een tegenvisie<sup>1</sup>.

In het onderhavige artikel zal niet in worden gegaan op de vraag *wie* het toezicht op de telecommunicatiesector, doch wordt veeleer de vraag aan de orde gesteld *welke* normen van materieel- en procesrecht in het telecommunicatierecht noodzakelijk zijn. Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de doelstelling van het Europese en nationale telecommunicatierecht. Bij het besluit tot liberalisering van de telecommunicatiemarkt, heeft de Europese wetgever – en in navolging daarvan de Nederlandse wetgever – gekozen voor een *ex ante* regelgevend kader, met als belangrijkste doelstelling de vrije toegang voor nieuwkomers op de telecommunicatiemarkt te faciliteren en daadwerkelijke concurrentie te bereiken. De consequentie van deze keuze is dat de wetgever een kader scheidt, waarmee de nieuwkomers met behulp van adequaat toezicht en voldoende rechtsmiddelen deze toegang kunnen afdwingen. Of anders gezegd: een effectief toezicht en adequate rechtsbescherming is noodzakelijk. Onder die omstandigheden volstaat het niet wetgeving te baseren op een *laissez faire-gedachte* en te menen dat de markt haar werk wel vanzelf zal doen. In het artikel zal worden bepleit dat de onafhankelijke toezichthouder (vooralsnog OPTA) juist *meer* bevoegdheden en toezichtinstrumenten dient te krijgen om deze doelstelling daadwerkelijk te effectueren. De wetgever dient de implementatie van de nieuwe ONP (review) richtlijnen (medio 2003) aan te grijpen om belangrijke omissies op dit terrein in de huidige regelgeving te corrigeren.

### **2. Het ontbreken van effectief toezicht**

Verschillende omissies – en de daaraan ten grondslag liggende oorzaken – kunnen worden geconstateerd ten aanzien van het bestaande toezicht.

#### **Geen duidelijke doelstellingen**

In de Telecommunicatiewet ("Tw") zijn geen doelstellingen neergelegd, die richting geven aan de toepassing van de wet door de toezichthouder en/of de rechter. Uit de Parlementaire geschiedenis en de Europese ONP regels zijn deze wel af te leiden, maar erg helder zijn deze niet<sup>2</sup>. Met name valt een tegenstelling te bespeuren tussen de bescherming van de belangen van telecommunicatieondernemingen (met name de nieuwkomers op de markt) aan de ene kant en de belangen van consumenten aan de andere kant. Ook de bevordering van infrastructuur- en dienstenconcurrentie zijn niet altijd verenigbare doelen. Deze belangentegenstellingen heeft OPTA diverse malen voor moeilijke keuzes bij het toezicht geplaatst, bijvoorbeeld bij het toezicht op de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom. Zo dient OPTA een gulden middenweg te vinden tussen (voor consumenten) niet te hoge en (voor telecommunicatieondernemingen)

<sup>1</sup> In 1998 verscheen het artikel van de auteur in Mediaforum met de titel 'Uitzicht op effectief toezicht in de telecommunicatiesector?' (Mediaforum 1998-3, p. 76-79). In het onderhavige artikel zal worden bezien in hoeverre 4 jaar na dato effectief toezicht daadwerkelijk bestaat.

<sup>2</sup> Prof. Mr. E.J. Dommering, Dr. N.A.N.M. van Eijk, Prof. Dr. J.J.M. Theeuwes, Prof. Mr. F.O.W. Vogelaar, 'Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt', Instituut voor Informatierecht, mei 2001, p. 76-77.

niet te lage tarieven. Uit de zogenaamde Mission Statement van OPTA<sup>3</sup> valt af te leiden dat voor OPTA de belangen van consumenten niet op de eerste plaats komen. Nog recentelijk heeft de Europese Commissie er bij de Lidstaten op aangedrongen vooral de belangen van consumenten niet uit het oog te verliezen.<sup>4</sup>

### Geen regulator

De wetgever heeft 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 die daadwerkelijk op eigen gezag en initiatief sturing aan de marktontwikkelingen kan geven. De Minister (en het kabinet) 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.”<sup>5</sup>*

### Het krampachtige onderscheid beleid/toezicht

Daarnaast speelt een belangrijke rol dat de wetgever heeft getracht een strikt onderscheid te maken tussen het maken en uitvoeren van beleid. In de eerder genoemde brief aan de Tweede Kamer wordt dit (opnieuw) als volgt door het kabinet verwoord:

*“De regering heeft er eerder bewust voor gekozen om in de OPTA-wet en in de telecommunicatiewet de uitvoering van overheidstaken en de taakverdeling tussen de Minister van Verkeer en waterstaat en het zbo zodanig vborm te geven, dat de Minister greep houdt op het regelgevend kader waarbinnen het toezicht zich beweegt. In dat kader past ook het zoveel mogelijk vastleggen in materiële wetgeving van rechten en plichten van marktpartijen. Het kabinet wil het belang van het legaliteitsbeginsel<sup>6</sup> in dit kader nogmaals bevestigen.”<sup>7</sup>*

Het kabinet miskent hierbij de praktijk, die aantoonde dat het noodzakelijk en onoverkomelijk is dat de onafhankelijke toezichthouder bij het uitoefenen van haar toezichttaken tevens beleid ontwikkelt en toepast:

*“Het argument dat de toezichthouder niet beleidsvormend mag zijn, maar slechts 'uitvoerend' snijdt geen hout, omdat beleid en uitvoering in een zich snel ontwikkelde sector dicht tegen elkaar aanliggen.”<sup>8</sup>*

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de wetgever niet bepaald blij heeft gegeven van een actieve houding met betrekking tot het formuleren van beleid. Vele Amvb's die zij krachtens de Tw zou dienen te maken, zijn nooit van de grond gekomen (of in sommige gevallen pas nadat de hiaten duidelijk zichtbaar werden) en heeft het Ministerie de ontwikkeling van het beleid ook zelf aan OPTA overgelaten. In vele gevallen kan OPTA niet wachten totdat het Ministerie haar huiswerk heeft gedaan, aangezien zij genoodzaakt is (bijvoorbeeld in het kader van het beslechten van geschillen) regels te ontwikkelen en toe te passen. Overigens wordt opgemerkt dat OPTA ervoor heeft gekozen haar beleid te ontwikkelen aan de hand van consultaties en richtsnoeren hangende een geschil (ingegeven door het verkrijgen van meer draagkracht vanuit de markt). OPTA had er evenwel ook voor kunnen kiezen haar beleid rechtstreeks via haar besluiten te ontwikkelen. Ook de NMa voert op die manier beleid. Het door het kabinet en de Ru opgeworpen legaliteitsbeginsel heeft bij de NMa ook niet tot problemen geleid. Niet valt in te zien in hoeverre de NMa zich in dit opzicht van OPTA onderscheidt.

<sup>3</sup> www.opta.nl.

<sup>4</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Sociaal Committee and the Committee of the regions, Seventh Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, Brussels, COM(2001) 706, p. 5.

<sup>5</sup> Zie brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 9 juli 2001, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 21 693, nr. 56, p. 18.

<sup>6</sup> De in de brief opgenomen voetnoot luidt als volgt: “Het legaliteitsbeginsel houdt in dat algemeen verbindende voorschriften verplichtingen die aan burgers opleggen onder politieke controle moeten worden opgelegd. Een dergelijke taak kan derhalve niet worden opgedragen aan een toezichthouder als zbo.”

<sup>7</sup> Brief van 9 juli, a.w., p. 13.

<sup>8</sup> E.J. Dommering e.a., a.w., p. 84.

## Rigide normen

OPTA is slechts bevoegd indien haar optreden binnen de grenzen valt van de limitatief opgesomde taken van artikel 15 OPTA-wet<sup>9</sup> en OPTA een wettelijke norm in de Tw kan aanwijzen die wordt overtreden.<sup>10</sup> Hoewel in de literatuur<sup>11</sup> als door OPTA zelf<sup>12</sup> wordt aangenomen dat OPTA over een algemene handhavingbevoegdheid beschikt op grond van artikel 15, onder a, onder 2, van de OPTA-wet juncto artikel 15.1, derde lid, Tw, 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 ervoor gekozen op detailniveau, op basis van de toen aanwezige kennis van de telecommunicatietechniek en -problematiek, regels te stellen. Het gevolg is dat, indien nieuwe technieken of problemen zich voordoen die niet zijn voorzien (of in sommige gevallen gewoonweg zijn vergeten), OPTA geen juridische kapstok heeft om haar bevoegdheid aan op te hangen. Deze rigide normstelling, voortkomend uit de wens van de wetgever om alle situaties van tevoren in kaart te brengen en deze zelf te willen reguleren (in plaats van dit aan de hand van open normen de invulling aan OPTA over te laten), heeft er toe geleid dat de Tw niet bestand is gebleken tegen nieuwe of niet voorziene technologische ontwikkelingen en problemen. In belangrijke gevallen bleek OPTA niet of slechts na aanvullende regelgeving dan wel aan de hand van een geforceerde *extensieve interpretatie*<sup>13</sup> van bestaande normen tot optreden te kunnen overgaan. Dit heeft vanzelfsprekend de nodige vertragingen veroorzaakt bij het behandelen van klachten en het oplossen van geschillen, ten koste van de klagende ondernemingen die om een dringende oplossing verlegen zaten.

Verschillende voorbeelden uit de rechtspraak kunnen worden genoemd ter illustratie van deze conclusie. Het belangrijkste voorbeeld vormt wel het *internet* en het ontbreken van elke bevoegdheid van OPTA hieromtrent. Op dit terrein is de Tw volledig door de dynamiek van de markt ingehaald. Als gevolg van deze ommissie is OPTA bijvoorbeeld niet bevoegd de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom voor de zogenaamde ADSL-diensten (bekend onder de naam Mxstream) te toetsen. Immers, er is geen sprake van een openbare telefoniedienst (waar de wetgever vanuit gaat) doch van een breedband(data)dienst. Dit heeft weer tot gevolg dat OPTA de klachten van concurrerende ADSL-aanbieders van KPN Telecom<sup>14</sup> over een *price squeeze* door KPN Telecom niet kan toetsen. De NMa heeft op haar beurt laten weten deze eindgebruikerstarieven van KPN Telecom niet te willen onderzoeken. Hier speelt het probleem van de afbakening van de relevante markt, waardoor KPN Telecom – naar de visie van de NMa en OPTA - geen economische machtspositie lijkt in te nemen. Een klacht van HCC Net tegen de tarieven van Mxstream is op dezelfde gronden door de NMa afgewezen.<sup>15</sup> Het generieke mededingingsrecht biedt derhalve geen oplossing. OPTA heeft alsnog geprobeerd het price squeeze probleem via de route van de tarieven van de bijzondere toegangsdienst voor ontbundelde toegang/line sharing op te lossen.<sup>16</sup> Deze zogenaamde *whole sale* diensten kan OPTA weer wel toetsen.<sup>17</sup> Of deze verlaging van de tarieven voor de concurrenten van KPN Telecom voldoende is, zal nog moeten blijken. De oplossing van OPTA kwam rijkelijk laat (bijna anderhalf jaar na de introductie van de dienst). Vele aanbieders hebben de concurrentieslag met KPN Telecom inmiddels niet overleefd of hebben zich uit deze markt teruggetrokken.<sup>18</sup>

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Zie voor een algemene uiteenzetting: J.G. Arnbak 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.

<sup>11</sup> E.J. Dommering, N.A.N.M. Nijhof, M.L. Verberne, *Handboek Telecommunicatierecht*, Sdu Uitgevers 1999, p. 697.

<sup>12</sup> 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](http://www.opta.nl).

<sup>13</sup> Uit de uitspraak van het CBB in de zaak KPN vs. OPTA en Dutchtone (*Mediaforum* 2001-6, Jurisprudentie nr. 28, met noot Annetje Ottow en *Computerrecht* 2001/4, p. 207, met noot E. J. Dommering) volgt dat OPTA aan de hand van de doelstellingen van de Tw de bepalingen extensief kan interpreteren. Nadat de Rechtbank te Rotterdam aanvankelijk de bevoegdheden van OPTA zeer restrictief had uitgelegd, geeft het CBB in deze uitspraak aan dat OPTA zich bij de interpretatie van de bepalingen van de Tw niet alleen hoeft te richten tot de letterlijke tekst van de wet, maar zich tevens mag laten leiden door de belangrijkste doelstellingen van de Tw (bevordering van concurrentie). De uitspraak van het CBB van 25 april 2001 inzake KPN vs. OPTA. De Rechtbank Rotterdam heeft deze uitspraak van het CBB reeds gevolgd in de *Denda*-uitspraak van 21 juni 2001, nrs. TELECOM 01/066-SIMO, TELECOM 01/111-SIMO en TELECOM 01/191-SIMO, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2001/7, p. 180- p. 184, met noot RM.

<sup>14</sup> Zie *Volkskrant* van 15 januari 2002 'Duurder Mxstream is nog te goedkoop'.

<sup>15</sup> Dit is vastgelegd in een niet gepubliceerde informele zienswijze van de NMa.

<sup>16</sup> Beslissing op bezwaar van OPTA van 25 januari 2002 inzake geschil BaByXL/KPN Telecom (kenmerk OPTA/JUZ/2002/200185), nog niet gepubliceerd.

<sup>17</sup> Via art. 6. 9, lid 2 jo art. 6.3 Tw.

<sup>18</sup> Dit is mede het gevolg doordat het zeer lang heeft geduurd voordat de ADSL-aanbieders de whole sale dienst tegen redelijke voorwaarden van KPN Telecom konden afnemen.

De internet-omissie in de telecommunicatiewetgeving doet zich ook gevoelen bij de toegang tot de kabelproblematiek. OPTA beschikt niet over de instrumenten om de internettoegang tot de kabel voor internetproviders af te dwingen. De wetgever heeft recentelijk een wetwijziging aan de Tweede Kamer voorgesteld om dit hiaat in de wetgeving op te vullen.<sup>19</sup> Deze reparatiewetgeving lijkt evenwel zijn doel voorbij te schieten doordat de NMa en OPTA van oordeel zijn dat de kabelexploitanten geen economische machtspositie (en dus geen aanmerkelijke marktmacht) op de diverse internetmarkten innemen.<sup>20</sup> Ingrijpen door de toezichthouders lijkt hierdoor uitgesloten.

Een te rigide wettelijke norm speelde OPTA tevens parten bij het medegebruik van antennes. Het oorspronkelijke artikel 3.11 Tw zag slechts op het medegebruik van antenneopstelpunten en niet op het delen van de antennes. Dit volgt uit de uitspraken in de zaken *Dutchone/OPTA* en *KPN Telecom/OPTA*.<sup>21</sup> Naar aanleiding van deze uitspraken is een amendement ingediend door het Tweede-Kamerlid Voûte-Droste c.s., waarin werd voorgesteld artikel 3.12 zodanig te wijzigen dat de verplichting tot medegebruik tevens ziet op antennes. Dit amendement is inwerking getreden bij Wet van 2 november 2000.<sup>22</sup>

De telecommunicatiewetgeving schoot tevens tekort bij de problemen veroorzaakt door het capaciteitstekort bij huurlijnen. Het oorspronkelijke besluit ONP Huurlijnen en telefonie (BOHT) voorzag niet in een expliciete verplichting tot het aanbieden van huurlijnen binnen een redelijke termijn. Hoewel OPTA (na lang aarzelen) deze bevoegdheid trachtte te construeren op grond van artikel 13 BOHT<sup>23</sup>, heeft zij het niet aangedurfd daadwerkelijk tot maatregelen jegens KPN Telecom op grond van deze rechtsbasis over te gaan. Hoewel dit verschillende malen door OPTA is aangekondigd, is het er niet van gekomen. Inmiddels is het BOHT gewijzigd en voorziet artikel 13, lid 2 BOHT nu in een dergelijke expliciete verplichting waar OPTA KPN Telecom aan kan houden.<sup>24</sup> Een dergelijke (tijdrovende) omweg was niet nodig geweest indien de wetgever in het BOHT een algemene norm voor de aangewezen ondernemingen zou hebben vastgelegd, waarin de verplichting is neergelegd te alle tijde “een state of the art netwerk” te verzorgen (vgl. het oude artikel 3, lid 3 Wet op de telecommunicatievoorzieningen).<sup>25</sup> Op grond van deze algemene norm zou OPTA de bevoegdheid hebben gehad op te treden indien KPN Telecom tekort schoot haar investeringen op peil te houden, waardoor er geen capaciteitstekort zou zijn ontstaan. Bij de huidige bezuinigingen van KPN Telecom lijkt een dergelijke algemene bevoegdheid van OPTA om de kwaliteit van het netwerk te kunnen blijven controleren des te meer noodzakelijk. Het capaciteitstekort deed zich eveneens gevoelen bij het leveren van interconnectieverbindingen door KPN Telecom. Ook hier worstelde OPTA met het ontbreken van een wettelijke norm.<sup>26</sup> Hetzelfde deed zich voor bij het oplossen van de price squeeze problematiek voor carrier preselect aanbieders. Na lang aarzelen durfde OPTA het aan de price squeeze problematiek aan te pakken via een extensieve interpretatie van het beginsel van kostenoriëntatie, zoals neergelegd in artikel 35 BOHT. Hoewel de wetgever slechts het vaststellen van een prijsmaximum

<sup>19</sup> Een wetwijziging is hiertoe onlangs naar de Tweede Kamer gezonden: 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).

<sup>20</sup> Dit volgt uit de Internetrapportage van 14 december 2001 van het Internetteam OPTA en NMa, gepubliceerd op de website van beide toezichthouders, besproken door A.T. Ottow, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2002-2, p. 21-23. Zie tevens Nico van Eijk, ‘Nieuwe regels voor de toegang tot omroepnetwerken II’, *Mediaforum* 2002-3, p. 85-89 en Nico van Eijk, ‘Nieuwe regels voor toegang tot omroepnetwerken’, *Mediaforum* 2001-4, p. 117-119. Zie tevens: Machiel Bolhuis, ‘Toegang tot de kabel voor ISP’s: access for all?’, *Mediaforum* 2002-1, p. 2-6.

<sup>21</sup> Het oorspronkelijke artikel 3.11 Tw zag slechts op het medegebruik van antenneopstelpunten en niet op het delen van de antennes. Dit volgt uit de uitspraken van 13 september 2000 in de zaken *Dutchone/OPTA* en *KPN Telecom/OPTA*, TELEC 99/2715 – RIP en TELEC 99/2781 – RIP, *Mediaforum* [.....]. Wet van 2 november 2000, houdende intrekking van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 en enige daarmee verband houdende voorzieningen, *Stb.* 2000, 491. Bovendien werd een nieuw artikel 3.12 Tw toegevoegd. Dit nieuwe artikel wordt de mogelijkheid gegeven om bij AMvB nadere regels met betrekking tot te stellen. Een ontwerp-AMvB is in de maak, waarin bevoegdheden aan OPTA worden gegeven nadere regels vast te stellen met betrekking tot antenneopstelpunten, antennesystemen en antennes.

<sup>22</sup> Wet van 2 november 2000, houdende intrekking van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 en enige daarmee verband houdende voorzieningen, *Stb.* 2000, 491. Bovendien werd een nieuw artikel 3.12 Tw toegevoegd. Dit nieuwe artikel wordt de mogelijkheid gegeven om bij AMvB nadere regels met betrekking tot medegebruik te stellen. Een ontwerp-AMvB is in de maak, waarin bevoegdheden aan OPTA worden gegeven nadere regels vast te stellen met betrekking tot antenneopstelpunten, antennesystemen en antennes.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld de brief van OPTA van 22 maart 2001 aan KPN Telecom gepubliceerd op [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

<sup>24</sup> Besluit van 7 november 2001 tot wijziging van het Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (leveringsplicht en goedkeuring voorgenomen tariefwijzigingen) Staatsblad 2001, 550.

<sup>25</sup> E.J. Dommering e.a., a.w., p. 77.

<sup>26</sup> Zie onder meer de brief van OPTA van 9 februari 2000 aan KPN Telecom, gepubliceerd op [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

voor ogen had gestaan, introduceerde OPTA tevens de verplichting van een prijsminimum voor de tarieven van KPN Telecom ter voorkoming van een price squeeze voor deze cps-aanbieders.<sup>27</sup>

### **Geschil-gestuurde toezichthouder**

Deze politieke keuzes hebben negatieve gevolgen gehad voor het toezicht en de daarmee samenhangende rechtsbescherming. De inrichting van het toezicht, zoals neergelegd in de Tw, en de daaraan gelieerde begroting/financiering van OPTA zijn bijna volledig “geschil-gestuurd”. De begroting van OPTA gaat uit van een geschilbeslechter, die slechts optreedt in geval van een concreet geschil in procedures waarin de wet voorziet<sup>28</sup>. OPTA gaat slechts in een uitzonderlijk geval op eigen initiatief tot handhavend optreden over. Hoewel OPTA beschikt over een algemene handhavingbevoegdheid, (ex artikel 15, lid 3 Tw) heeft zij deze bevoegdheid in de praktijk slechts zelden op eigen initiatief toegepast. OPTA kwam slechts tot actie naar aanleiding van een geschil of klachten. Hierdoor is OPTA teveel een “ex post geschilgestuurde toezichthouder”<sup>29</sup> gebleken. Hoewel de beperkte financiële middelen, door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat ter beschikking gesteld, en de beperkte rol die het Ministerie aan de onafhankelijke toezichthouder heeft willen geven, deze houding van OPTA verklaren, is dit slechts een gedeeltelijke rechtvaardiging voor de houding van OPTA. Het is ook een eigen keuze van OPTA geweest om niet pro-actief diverse problemen ter hand te nemen, doch pas beleid te gaan ontwikkelen en op te treden op het moment dat een concrete zaak aan haar werd voorgelegd.

### **Geen speciale procesregels**

De wetgever heeft verzuimd in de Tw en de OPTA-wet aandacht te besteden aan de procedurele aspecten van het toezicht door OPTA. De wetgever verschaft niet de gewenste helderheid om het proces van het toezicht goed te regelen.<sup>30</sup> Slechts in een incidenteel geval<sup>31</sup> heeft de wetgever een minimale regeling opgenomen. Voor het overige heeft de wetgever gemeend dat de Awb een voldoende procedureel kader bood. Te gemakkelijk gaat de telecommunicatiewetgever er van uit dat de regels van de Awb wel soelaas bieden.<sup>32</sup> De Awb zou afdoende zijn om alle procedurele aspecten van de Tw op te lossen en een afdoende rechtbescherming van betrokkenen te garanderen. Deze veronderstelling is evenwel onjuist gebleken. Terugkijkend op de eerste jaren van de werking van de Tw en de OPTA-wet en het toezicht door OPTA kan worden gesteld dat de op dit punt gebrekkige wetgeving en het in veel gevallen zelfs ontbreken van regels, een sterke negatieve invloed heeft gehad op de totstandkoming van concurrentie.<sup>33</sup> De incumbent, KPN Telecom, heeft bij deze intransparantie garen kunnen spinnen. Het ontbreken van duidelijke regels vormde een extra barrière voor nieuwkomers: de procedurele hobbels waren van dien aard dat zij niet op adequate wijze door OPTA konden worden geholpen. Hun concurrentiepositie is hierdoor aanzienlijk verslechterd. En nog steeds vormt dit hiaat in de wetgeving een *burden* voor de concurrenten van KPN Telecom. Zo bepaalde de in telecommunicatiezaken bevoegde bestuursrechter, de (President van de) Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, bijvoorbeeld dat deze concurrenten geen “belanghebbende” in de zin van artikel 1: 2, lid 1 Awb zijn<sup>34</sup>. Dit betekende dat de weg voor concurrenten om te opponeren tegen besluiten van OPTA over het al dan niet aanwijzen van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht of de nieuwe eindgebruikerstarieven van KPN Telecom, werd afgesloten<sup>35</sup>. Concurrenten worden bij een dergelijke strikte toepassing van de regels van de Awb bij de ontwikkeling en toepassing van het

<sup>27</sup> Na lang aarzelen durfde OPTA het aan de price squeeze problematiek aan te pakken via een extensieve interpretatie van het beginsel van kostenoriëntatie, zoals neergelegd in artikel 35 BOHT. Hoewel de wetgever slechts het vaststellen van een prijsmaximum voor ogen had gestaan, introduceerde OPTA tevens de verplichting van een prijsminimum voor de tarieven van KPN Telecom ter voorkoming van een price squeeze: zie de Richtsnoeren Price Squeeze van OPTA en NMa van 28 februari 2001, *Stert.* 2001, nr. 44, p. 7. De price squeeze problematiek wordt behandeld in: A.T. Ottow en A.S.M.L. Prompers, ‘De rol van het mededingingsrecht in de telecommunicatiesector’, *Mediaforum* 2002/1, p. 11-12.

<sup>28</sup> 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 kluiif’, *Mediaforum* 2000-9, p. 272 e.v.

<sup>29</sup> Dommering e.a., ‘Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt’, p. 84.

<sup>30</sup> Dommering e.a., a.w., p. 84.

<sup>31</sup> Voor huurlijnen (art. 7.7 Tw), bij interconnectie-geschillen (art. 6.3, lid 3 Tw) en de samenwerking OPTA-Nma (art. 18.3 Tw).

<sup>32</sup> Mr J.M.E. van Breugel en Mr E.J. Daalder, ‘Telecommunicatierecht. De Parlementaire Geschiedenis van de Telecommunicatiewet.’, Sdu Uitgevers, Den Haag, p. 292.

<sup>33</sup> Dommering e.a., a.w., p.86.

<sup>34</sup> Uitspraak van 24 december 1999 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Libertel/OPTA (Reg. Nr. VTELEC 99/2547-SIMO), *Mediaforum* 2000-2, Jurisprudentie nr. 13, met noot E. Loozen en K. Mortelmans. In deze zaak werd Versatel als procespartij geweigerd te interveniëren ten aanzien van het schorsingsverzoek van Libertel ten aanzien van het aanwijzingsbesluit van OPTA.

<sup>35</sup> Strikt genomen hadden stond voor hen nog de mogelijkheid van een civielrechtelijke procedure open, maar in de praktijk is dit – mede gezien de gespecialiseerdheid van de materie – geen begaanbare weg.

telecommunicatierecht dus volledig buiten spel worden gezet.<sup>36</sup> Dit had bijvoorbeeld tot gevolg dat zij niet konden klagen toen OPTA ten onrechte een verlaging van de eindgebruikerstarieven goedkeurde die tot een *price squeeze* leidde. Als gevolg van de verlaging door KPN Telecom raakten concurrenten (carrier pre-select aanbieders) klem tussen de lage eindgebruikerstarieven en de hoge interconnectietarieven van KPN Telecom<sup>37</sup>.

In een belangwekkende uitspraak heeft de rechtbank (eindelijk, drie jaar na inwerkingtreding van de Tw) bepaald dat concurrenten als belanghebbenden dienen te worden aangemerkt.<sup>38</sup> Deze uitspraak vormt een belangrijke doorbraak: de rechtbank doet hiermee recht aan de vereiste rechtsbescherming voor telecommunicatieondernemingen die in concurrentie staan met de incumbent of een onderneming met aanmerkelijke marktmacht. Via een (gerechtelijke) procedure kunnen zij nu invloed uitoefenen op het proces van liberalisering, in het geval sprake is van een besluit van OPTA omtrent aanwijzing van een telecommunicatieonderneming of een wijziging van de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom.<sup>39</sup> Uit de eerder genoemde Kerktelefonie-zaak volgde dat een instemming van OPTA met een tariefwijziging van KPN Telecom voor eindgebruikersdiensten geen besluit was waartegen kon worden opgekomen. Deze omissie is (pas recentelijk) gecorrigeerd door wijziging van het BOHT.<sup>40</sup> Door de wijziging van artikel 36 BOHT staat nu vast dat OPTA's instemming (met de tarieven van KPN Telecom) een voor bezwaar vatbaar besluit is, waartegen "belanghebbenden" kunnen opkomen. Door de uitspraak van 7 januari 2002 van de rechtbank is nu ook duidelijk dat concurrenten "belanghebbenden" zijn en kunnen ageren tegen tariefsbesluiten van OPTA op grond van artikel 36 BOHT. De uitspraak ziet slechts op de positie van concurrenten. Vooralsnog lijken consumenten/eindgebruikers nog steeds niet als "belanghebbende" te kunnen worden aangemerkt en kunnen zij tegen dergelijke tariefsbesluiten van OPTA geen bezwaar aantekenen. De rechtbank overweegt verder in de uitspraak dat concurrenten geen belanghebbenden zijn bij een uitspraak van OPTA in een *geschil* tussen twee andere marktpartijen. De rechtbank handhaaft in deze haar eerder uitgesproken standpunt.<sup>41</sup>

Procedures zijn zowel in eerste instantie, als in de bezwaar- en beroepfase – door bestuursrechtelijke complicaties, waarin de wetgever niet heeft voorzien, onnodig ingewikkeld. Het gebrek aan transparante procesregels leidt er in de praktijk toe dat procedures teveel tijd in beslag nemen. Procedures staan niet of nauwelijks beschreven en ook strakke termijnen zijn niet opgenomen. Ook de eigen houding en organisatie van OPTA is hier debet aan.<sup>42</sup> Andere manco's in de wet zijn bijvoorbeeld: het ontbreken van spoedprocedures<sup>43</sup>, bewijsregels, het recht op inzage in dossiers en openbaarheid van stukken en gegevens. OPTA heeft hier inmiddels zelf recentelijk het een en ander aan gedaan, onder meer door het publiceren van een Procesreglement voor geschilprocedures<sup>44</sup>. Dit procesreglement biedt echter slechts een minimum aan regels ter verduidelijking van de te volgen procedure en termijnen in het geval van geschillen (dus niet

<sup>36</sup> Dit geldt overigens ook voor eindgebruikers van de diensten van de aangewezen aanbieder (KPN Telecom). Dit volgt uit de uitspraak van 31 maart 2000 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Landelijke Organisatie Kerktelefoon/OPTA (Reg. Nr. VTELEC 00/0083-SIMO), *Mediaforum* 2000-6, Jur. Nr. 42, met noot W. Hins.

<sup>37</sup> Hoewel de klagers (een groep carrier preselectie-aanbieders) door OPTA niet ontvankelijk werden verklaard ten aanzien van hun klacht, aangezien er geen sprake was van een voor bezwaar vatbaar besluit en de klagers niet als "belanghebbende" konden worden aangemerkt (besluit van OPTA van 23 maart 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/200677, niet gepubliceerd), werd uiteindelijk door OPTA (een jaar na dato!) "ambtshalve" het probleem opgelost (Oordeel van 28 juni 2001, nummer: OPTA/EGM/2001/201632, [www.opta.nl](http://www.opta.nl)), nadat zij eerst de Richtsnoeren Price Squeeze had vastgesteld.

<sup>38</sup> Uitspraak van 7 januari 2002 van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam (meervoudige kamer voor bestuurlijke zaken) in de zaak Versatel/OPTA (Zaaknr. TELEC 00/1010-SIMO), *Mediaforum* 2002-3, Jurisprudentie nr. 9, met noot Marjolein Geus.

<sup>39</sup> Uit de eerder genoemde Kerktelefonie-zaak volgde dat een instemming van OPTA met een tariefwijziging van KPN Telecom voor eindgebruikersdiensten geen besluit was waartegen kon worden opgekomen<sup>39</sup>. Deze omissie is (pas recentelijk) gecorrigeerd door wijziging van het Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (Besluit van 7 november 2001 tot wijziging van het Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (leveringsplicht en goedkeuring voorgenoemde tariefwijzigingen) Staatsblad 2001, 550). Door de wijziging van artikel 36 BOHT staat nu vast dat OPTA's instemming (met de tarieven van KPN Telecom) een voor bezwaar vatbaar besluit is, waartegen "belanghebbenden" kunnen opkomen. Door de uitspraak van 7 januari 2002 van de rechtbank is nu ook duidelijk dat concurrenten "belanghebbenden" zijn en kunnen ageren tegen tariefsbesluiten van OPTA op grond van artikel 36 BOHT.

<sup>40</sup> Besluit van 7 november 2001 tot wijziging van het Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (leveringsplicht en goedkeuring voorgenoemde tariefwijzigingen) Staatsblad 2001, 550.

<sup>41</sup> Uitspraak van 18 februari 1998 van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, Versatel/OPTA (reg. Nr. VWTW 97/42S5-S1), *Mediaforum* 1998-5, Jurisprudentie nr. 28 en *Computerrecht* 1998/2, p. 89-97, met noot P. Burger. Vgl. Uitspraak van de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 16 februari 2001, KPN Telecom/OPTA en MCI WorldCom (Reg. Nr. VTELEC 00/2530-SIMO), met noot R. van den Hoven van Genderen, *Computerrecht* 2001/3, p. 159-163. In deze zaak werd MCI WorldCom als de oorspronkelijke verzoeker van het interconnectiegeschil wel als procespartij toegelaten, maar Level3 niet. Deze laatste partij was niet bij het interconnectiegeschil betrokken, doch had een eigen geschil aanhangig gemaakt.

<sup>42</sup> Brief van 9 juli 2001, a.w., p. 11.

<sup>43</sup> De enige uitzondering hierop vormt artikel 6.3, lid 3 Tw. In de praktijk leidt dit evenwel zelden tot daadwerkelijk snelle besluiten.

<sup>44</sup> Procedureregeling geschillen OPTA, *Stcr.* 20 juli 2001, nr. 138, p. 19.

voor andere procedures). Daarnaast dient OPTA zelf de nodige maatregelen te treffen om procedures efficiënter (en dus sneller) te laten verlopen.

### 3. De vereisten voor effectief toezicht

Het huidige gebrekkige toezicht staat haaks op de doelstellingen van het *ex ante* toezicht van de Europese ONP Richtlijnen en de op deze regels gebaseerde Nederlandse wetgeving. Tegen deze achtergrond is het niet begrijpelijk dat de wetgever er niet alleen voor gekozen heeft een “zwakke” toezichthouder neer te zetten, maar ook de procedurele aspecten van het toezicht niet te reguleren. De regelgeving is door het gebrek aan effectief toezicht zijn doel - een snelle introductie van concurrentie - voor een belangrijk deel voorbij geschoten. Naar praktisch effect lijkt er hierdoor weinig verschil te bestaan tussen het *ex post* en *ex ante* toezicht.

Deze gebreken hebben een extra barrière gevormd voor nieuwkomers op de telecommunicatiemarkt die het moesten opnemen tegen de zittende macht: KPN Telecom. Het toezicht op deze sector heeft hierdoor aan effectiviteit ingeboet: de procedurele hobbels en het gebrek aan bevoegdheden voor OPTA waren van dien aard dat deze nieuwkomers op de markt niet op adequate wijze konden worden geholpen. Dit heeft hun concurrentiepositie tegenover KPN Telecom verslechterd. Deze problemen tekenen zich nog steeds af. Hoewel in het huidige tijdsbestek in feite (in de meeste gevallen) geen sprake meer is van “nieuwkomers” in de strikte zin van het woord, zijn het relatief jonge ondernemingen, met een kwetsbare positie op de markt. Dat hun positie uitermate moeilijk is, toont de huidige malaise in de telecommunicatiesector wel aan. Juist ook onder deze moeilijke economische omstandigheden, bestaat behoefte aan een toezichthouder die over voldoende middelen beschikt om de wankelende verhoudingen in de markt – waar nodig – te corrigeren. Vooralsnog blijft een specifieke toezichthouder voor de telecommunicatiesector, met grip op de zaak en niet alleen *ex post*, noodzakelijk.<sup>45</sup>

In het Zevende Implementatierapport van de Europese Commissie<sup>46</sup> worden deze problemen onderkend. De Europese Commissie benadrukt dat de nationale toezichthouders met voldoende toezichtinstrumenten 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 ten onrechte een concurrentiële voorsprong te behalen. De Nederlandse wetgever dient met deze overwegingen rekening te houden en de nodige aanpassingen in de wetgeving aan te brengen die dergelijke problemen kunnen voorkomen. Concrete waarborgen dienen te worden geschapen om de omgeving - waarbinnen de telecommunicatieondernemingen opereren - zodanig in te richten dat concurrentie daadwerkelijk tot stand kan komen. Tot deze waarborgen behoren in elk geval:

- (i) voldoende wettelijke normen die de totstandkoming van concurrentie bevorderen en afdwingen;
- (ii) voldoende rechtsmiddelen voor telecom-ondernemingen om op te komen tegen concurrentievervalsing, en
- (iii) de instelling van een onafhankelijk toezichthouder met voldoende instrumenten om sturing aan de markt te geven en daadkrachtig *ex ante* op te treden tegen onoorbare praktijken.

Een parallel kan worden getrokken met de criteria die door het Europese Hof van Justitie zijn ontwikkeld ter waarborging van de doorwerking van het Europese recht. Uit deze jurisprudentie volgt dat, hoewel de nationale procesrechtelijke autonomie voorop staat, het procesrecht wel aan een drietal eisen dient te voldoen<sup>47</sup>:

- (i) het vereiste van effectieve rechtsbescherming;
- (ii) het vereiste van non-discriminatie;
- (iii) het effectiviteitsvereiste.

Het eerste en derde vereiste zijn voor de onderhavige problematiek van belang. Met het eerste vereiste wordt bedoeld:

<sup>45</sup> A.T. Ottow ‘Toezicht op de media- en communicatiesector: de keerzijde van het poldermodel’, *Mediaforum* 2000-11/12, p. 359.

<sup>46</sup> Zevende Implementatierapport, a.w., p. 15.

<sup>47</sup> R.J.G.M. Widdershoven, ‘Naar een bestuurs(proces)rechtelijk *Ius Commune in Europa*’, VAR-reeks 116, Alphen a/d Rijn, 1996, p. 107-123.

***“Op grond hiervan moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontleen aan het EG-recht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Daartoe moeten zijn voorzien een effectieve toegang tot de rechter en moet de rechter beschikken over effectieve remedies, waarmee de schendingen van EG-recht daadwerkelijk ongedaan kunnen worden gemaakt.”<sup>48</sup>***

De Europese ONP-Richtlijnen voorzien in rechten en aanspraken van telecommunicatieondernemingen die in het nationale recht moeten worden omgezet. Bij deze omzetting dient evenwel te worden gegarandeerd dat deze rechten en aanspraken ook daadwerkelijk kunnen worden afgedwongen. Deze rechtsbescherming dient evenwel niet beperkt te zijn tot toegang tot een rechter (die beschikt over effectieve remedies), doch dient tevens te zien op de onafhankelijke toezichthouder, als het orgaan dat door de Europese richtlijnen is belast met de controle op de naleving van de verplichtingen van de richtlijnen. Indien dit niet het geval is, is - naar mijn mening - sprake van schending van het Europese recht.

Het derde vereiste omvat:

***“Op grond hiervan mogen de nationaal procesrechtelijke regels de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten of aanspraken niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken.”<sup>49</sup>***

Het nationale procesrecht dient zodanig te worden ingericht dat telecommunicatieondernemingen de rechten of aanspraken van de ONP Richtlijnen ook daadwerkelijk kunnen uitoefenen en de regels deze uitoefening niet uiterst moeilijk maken. Zoals betoogd, voldoen de algemene regels van de Awb niet aan dit vereiste.

In de voorgestelde ONP review richtlijnen worden - gezien de gesignaleerde moeilijkheden van de nationale toezichthouders - de nationale wetgevers verplicht diverse maatregelen te treffen om de positie van toezichthouders (en derhalve die van de rechtzoekende) te versterken<sup>50</sup>. Zo bepaalt onder meer artikel 8 van de Kaderrichtlijn dat de toezichthouders alle redelijke maatregelen dienen te treffen die gericht zijn op de in genoemd artikel neergelegde doelstellingen. Zo dienen de toezichthouders onder meer ervoor te zorgen dat “er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is”. De Toegangsrichtlijn bepaalt verder dat de nationale toezichthouders hun bevoegdheid dienen uit te oefenen “op een wijze die bevorderlijk is voor efficiënte en duurzame concurrentie” (art. 5, lid 1). Wat interconnectie betreft dienen de Lidstaten er voor te zorgen dat de toezichthouder de bevoegdheid heeft op eigen initiatief danwel op verzoek in te grijpen ter waarborging van de beleidsdoelstellingen<sup>51</sup> van de richtlijn (art. 5, lid 4 Toegangsrichtlijn). Bovendien bepaalt artikel 20, lid 1 van de Kaderrichtlijn dat de toezichthouder een bindend besluit zo spoedig mogelijk moet kunnen nemen om een geschil tussen ondernemingen op te lossen en “in ieder geval binnen vier maanden”(!).<sup>52</sup>

De Nederlandse wetgever zal met deze nieuwe bepalingen rekening dienen te houden. Naar mijn mening zal een juiste implementatie ertoe dienen te leiden dat de bevoegdheden van de toezichthouder worden verruimd, ter voorkoming van hiaten in de wet. Immers, de richtlijnen bepalen dat voor alle soorten communicatienetwerken anti-concurrentieel gedrag dient te worden opgeheven. De huidige structuur van de Tw is hierop niet ingesteld en vergt een ingrijpende aanpassing. Ook de gesignaleerde problemen hadden in het verleden (in elk geval voor een belangrijk deel) kunnen worden voorkomen indien de wetgever er indertijd voor had gekozen een algemene anti-concurrentienorm<sup>53</sup> in de wet op te nemen. Op

<sup>48</sup> Mr. D. Allewijn e.a. (red.), ‘Bestuursprocesrecht’, Kluwer, Deventer, 1999, p. 80.

<sup>49</sup> Allewijn, a.w., p. 80.

<sup>50</sup> Zie onder meer: art. 8, art. 16, lid 4 en art. 20 van de zogenaamde Kaderrichtlijn (Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 38/2001 door de Raad vastgesteld op 4 februari 2002 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2001/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (nog niet officieel gepubliceerd) en art. 5 van de zogenaamde Toegangsrichtlijn (Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 36/2001 door de Raad vastgesteld op 4 februari 2002 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2001/.../EG van het Europees parlement en de Raad van ... inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (nog niet officieel gepubliceerd).

<sup>51</sup> Deze beleidsdoelstellingen zijn geformuleerd in artikel 8 van de Kaderrichtlijn.

<sup>52</sup> Daar voegt het artikellid nog aan toe: “met uitzondering van uitzonderlijke omstandigheden”. De geschillenbeslechting door OPTA zal dus in de toekomst (na implementatie van deze richtlijn) in een veel sneller tempo dienen plaats te vinden. OPTA zal zich daar niet achter de traagheid van de betrokken partijen kunnen verschuilen, doch zelf actief het tempo dienen te bepalen. Een opschorting van de termijn, bijvoorbeeld als partijen de gevraagde informatie niet aanreiken, dient te worden beperkt doordat OPTA strak met termijnen omgaat, hetgeen nu niet het geval is.

<sup>53</sup> Zo heeft Ofstel via de ‘Fair Trading Condition’ (Condition 18A van de vergunning van BT) de mogelijkheid elke misbruikvorm aan te pakken.

basis van deze norm had OPTA anti-concurrentieel gedrag van KPN Telecom kunnen aanvechten, indien de wet niet voorzag in een andere concrete norm. Een dergelijke vangnet-bepaling kent de Tw evenwel niet. Het is zeer de vraag of de wetgever deze keuze kan handhaven in het licht van de nieuwe Europese richtlijnen. De algemene verwijzing door het kabinet naar het generieke mededingingsrecht (toegepast door de NMa) – als vangnet voor mogelijke hiaten in de telecommunicatie-wetgeving – is niet terecht. De praktijk toont aan dat het generieke mededingingsrecht geen adequate oplossing biedt voor specifieke telecommunicatie-problemen.<sup>54</sup>

#### 4. Conclusie

De wetgever en OPTA dienen lering te trekken uit de lessen van het verleden en de nodige aanpassingen in de Tw en OPTA-wet aanbrengen om de *ex ante* regelgeving, die volgt uit de ONP review richtlijnen, en het daarbijbehorende toezicht volledig tot zijn recht te laten komen. Daarbij dient de wetgever zich niet te laten leiden door de politieke vraag naar wie dit toezicht dient uit te oefenen, doch dient zich te richten op de noodzakelijke normen van materieel- en procesrecht. Daarbij zijn met name flexibele normen en ruime bevoegdheden en toezichtinstrumenten voor OPTA ter voorkoming van anti-concurrentieel gedrag van belang. Ook strakke en transparante procesregels zijn voor een effectief toezicht onontbeerlijk. Deze (*ex ante*) normen blijven een belangrijke rol spelen bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt, ook indien OPTA uiteindelijk een kamer van de NMa zou worden.

\*\*\*

\*Annetje Ottow is als senior onderzoeker verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IviR) van de Universiteit van Amsterdam en advocaat-adviseur Houthoff Buruma te Den Haag.

---

<sup>54</sup> Zie A.T. Ottow en A.S.M.L. Prompers, a.w., p. 7-14.