

## Toezicht en regulering van nieuwe markten

mr. N. Sitompoel

Onlangs verscheen de bundel *Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering*. Nirmala Sitompoel las en oordeelde.

De bundel – door Bolkestein voorzien van een voorwoord – bevat maar liefst veertien opstellen waarin de mogelijkheden en beperkingen van toezicht op nieuwe markten worden uiteengezet. Met de bijdragen wordt beoogd een aanzet te bieden voor een discussie: hoe is toezicht geregeld en hoe zou het moeten functioneren?

In dit verband komen onder andere de volgende kwesties aan de orde: hoe intensief moet overheidstoezicht zijn op nieuwe markten? Moet er sprake zijn van onafhankelijk toezicht door een zelfstandig bestuursorgaan of is volledige ministeriële verantwoordelijkheid vereist? Dient het toezicht specifiek te zijn of kan worden volstaan met algemeen toezicht? Moet toezicht nationaal of Europees zijn of beide? In de bundel staat het juridische kader van het toezicht centraal, maar ook bestuurskundige aspecten komen aan bod. Verschillende toezichthouders zetten hun visies in eigen bijdragen uiteen.

Een bespreking van een dergelijke bundel brengt het probleem met zich mee dat de bespreker ofwel enkele bijdragen uitvoerig kan behandelen, ofwel alle bijdragen zeer kort kan aanstippen. Ik ga ervan uit dat de lezer hier meer gebaat is bij een bespreking van de ontwikkelingen die op het gebied van het toezicht op de telecommunicatiesector zijn te signaleren. Ik kies dus voor een selectie.

### **Heldere taakomschrijving**

De Ru en Peters brengen in de bijdrage ‘Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoeyenis ingekaderd’ een aantal kwesties in kaart, dat zich in verband met de toenemende behoefte aan toezicht voordoet door het ontstaan van nieuwe markten. Het betreft onder andere de volgende kwesties: sectorspecifiek of algemeen, zelfstandig of niet zelfstandig, toezicht op hoofdlijnen of op details, de verhouding tussen verschillende toezichthouders, de verhouding tussen geheimhouding en openbaarheid, onafhankelijkheid en de verhouding tussen nationaal en Europees mededingingsrecht.

Een aantal van deze knelpunten doet zich voor bij OPTA. Met name de discussie of algemeen mededingingsrecht afdoende is of dat sectorspecifieke regelgeving nodig is – en daarmee de discussie over de verhouding tussen OPTA en de NMa – is nog steeds in volle gang. De auteurs wijzen op het belang van een duidelijke taak- en functiebeschrijving en de noodzaak van een specifieke toekenning en afbakening van bevoegdheden.

Ook Duijkersloot en Michiels benadrukken in het opstel ‘Taken en bevoegdheden van onafhankelijke toezichthouders: mogelijkheden en beperkingen’ het belang dat toezichthouders zich bewust zijn van de mogelijkheden om de toegekende bevoegdheden te hanteren en de daarbij geldende beperkingen. De auteurs bespreken de taken en bevoegdheden van onder andere OPTA en gaan in op het staats- en bestuursrechtelijke kader waarbinnen OPTA functioneert. Zij concluderen dat er sprake is van een nauwkeurige taakomschrijving.

Bovendien zijn de bevoegdheden van OPTA in overeenstemming met de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Evenals de bovengenoemde auteurs wil ik het belang van een heldere taakomschrijving en bevoegdheidsafbakening benadrukken. Een vereiste hiervoor is echter dat de regelgeving duidelijke doelstellingen bevat, op grond waarvan de taken van de toezichthouder kunnen worden bepaald.

De Telecommunicatiewet bevat geen helder omschreven doelstellingen die duidelijk maken wat met het inzetten van sectorspecifiek toezicht wordt nagestreefd. Daarnaast zijn in de OPTA-wet

wel de taken van OPTA geregeld, maar is bijvoorbeeld niet vastgelegd welke besluiten zij kan nemen. Bovendien is in deze wet alleen de dwangsombeschikking geregeld. In de praktijk geeft OPTA echter ook aanwijzingen en verleent zij goedkeuringen, zonder dat duidelijk is wat hiervan de rechtsgevolgen zijn. In tegenstelling tot hetgeen Duijkersloot en Michiels concluderen, ben ik dan ook van mening dat er geen sprake kan zijn van een nauwkeurige taakomschrijving van OPTA.

### **Verschuiving**

Zoals de titel van de bijdrage ‘Tussen generiek en specifiek: het rapport-Visser in de praktijk’ reeds aangeeft, bespreekt Van Dijk het rapport *Zicht op toezicht* van eind 1997, waarin de organisatie van (mededingings)toezicht centraal staat, en de praktische consequenties daarvan. Van Dijk signaleert dat er een verschuiving plaatsvindt van sectorspecifieke naar algemene regelgeving en toezicht. Ook merkt hij op dat waar wordt uitgegaan van het algemene mededingingsregime, behoefte blijkt te kunnen bestaan aan specifieke voorzieningen om de werking van het algemene mededingingstoezicht in een specifieke sector te versterken. Van Dijk voorziet dan ook dat de discussie over (specifiek) toezicht zich nog geruime tijd zal voortzetten.

Ook Kist wijst in ‘Markten en toezicht. Vijf stellingen’ op de verschuiving van sectorspecifieke naar algemene regelgeving.

Van Damme en Eijlander gaan in het opstel ‘Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek?’ in op de gevolgen van de keuze tussen specifieke of algemene regulering voor het inrichten van het toezicht op marktwerking. In dit verband bespreken zij eveneens *Zicht op toezicht*, maar ook het in maart 2000 verschenen rapport *Specific Competition Rules for Network Utilities* van de National Economic Research Associates.

Uit deze rapporten destilleren de auteurs een analysekader aan de hand waarvan de afweging tussen algemeen en specifiek toezicht kan worden gemaakt. In sectoren waar geen monopolistische *bottlenecks* aanwezig zijn, kan worden volstaan met algemeen mededingingstoezicht. Algemene mededingingsregels zijn echter ontoereikend om een goede werking van de markt te garanderen. De NMa heeft niet de mogelijkheid om het concurrentieproces te versnellen en nauwelijks bevoegdheden om in te grijpen in de marktstructuur. Daarnaast kan er veel tijd verstrijken voordat misbruik van een machtspositie vaststaat.

Regulerend toezicht is noodzakelijk voor het realiseren van concurrentie, het bepalen van de spelregels op de markt en het tegengaan van machtsmisbruik. De regulator moet pro-actief kunnen ingrijpen en regels voor marktwerking kunnen vaststellen. Van Damme en Eijlander wijzen erop dat bij de afweging voor het scheiden of juist integreren van taken en verantwoordelijkheden verschillende overwegingen bij de verdeling van bevoegdheden een grote rol spelen. Denk bijvoorbeeld aan de noodzakelijke specialisatie, de mate van afstand of betrokkenheid ten opzichte van de markt, het belang van slagvaardigheid en de aanwezigheid van *checks and balances*.

De discussie over de kwestie sectorspecifieke of algemene regelgeving en toezicht is al vaak gevoerd. Het is weinig verrassend te constateren dat aan zowel sectorspecifiek toezicht als algemeen mededingingstoezicht voor- en nadelen zijn verbonden. Met Van Damme en Eijlander meen ik dat met sectorspecifiek toezicht beter kan worden ingespeeld op de ontwikkelingen op de telecommunicatiemarkt. Ik wil er echter op wijzen dat het niet altijd een kwestie van het een of het ander hoeft te zijn. Onder de voorwaarde dat goed overleg tussen OPTA en de NMa plaatsvindt, kan wellicht worden volstaan met *concurrent powers* tussen de sectorspecifieke en de algemene toezichthouder ten aanzien van de toepassing van algemeen mededingingstoezicht. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk blijkt dit goed te werken.

## **Voorspelbaarheid**

Arnbak en Mulder menen in de bijdrage 'Regels en toezicht op telecommunicatiemarkten' dat voorspelbaarheid van cruciaal belang is voor het investeringsklimaat. Dit vereist helder gestelde ex ante regels en termijnen voor noodzakelijke interventies van de toezichthouder. Zij wijzen er tevens op dat beoordelings- en initiatiefruinste vereisten zijn voor efficiënt toezicht. Een voorbeeld van beoordelingsruimte is de concrete invulling door OPTA van het begrip kostenoriëntatie van interconnectietarieven van aanbieders met aanmerkelijke marktmacht. Omdat het begrip niet verder is ingevuld, heeft OPTA op dit gebied veel keuzes moeten maken. Initiatiefruinste is nodig om beleidsdoelen te bereiken. Vanwege het ontbreken van een algemene aanwijzingsbevoegdheid moet OPTA afwachten tot een geschil wordt voorgelegd. Arnbak en Mulder pleiten voor het van tevoren, in consultatie met de markt en andere toezichthouders, vaststellen van een kader.

Wat betreft de rechtszekerheid is voorspelbaarheid inderdaad van cruciaal belang. Zoals ik eerder aangaf, bestaat er onduidelijkheid ten aanzien van de bevoegdheden van de toezichthouder. Hetzelfde geldt voor de (gevolgen van de) besluiten die hij kan nemen, de daarvoor geldende termijnen en de procedures, bijvoorbeeld tot het vaststellen en wijzigen van tarieven. Deze kwesties moeten duidelijk in de wet zijn omschreven.

Er is echter ook sprake van onduidelijkheid in de wet, bijvoorbeeld bij de interpretatie van de begrippen antenne-opstelpunten en aanmerkelijke macht, op het gebied van de verhouding met de NMa en het Commissariaat voor de Media en bij de afbakening van de rol van de civiele rechter en OPTA op het gebied van interconnectieovereenkomsten, hetgeen niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid.

## **Verdere discussie**

Uit de bijdragen blijkt dat een duidelijke taak- en functieomschrijving en een specifieke toekenning en afbakening van bevoegdheden van groot belang is voor een goed functioneren van de toezichthouder en de rechtszekerheid. Bovendien is het einde van de discussie sectorspecifiek of algemeen toezicht nog (lang) niet in zicht.

Bij toepassing van de daartoe geschikte bijdragen op het telecommunicatietoezicht biedt de bundel op zich interessante, maar geen vernieuwende inzichten. De verschillende invalshoeken van de overige toezichthoudende instanties geven de lezer een indruk van zowel de problematiek waar toezichthouders zich voor gesteld zien als van de toekomst van toezicht op de uiteenlopende gebieden. De bijdragen kunnen stuk voor stuk een aanzet vormen voor verdere discussie. Wat dat betreft kan de bundel in zijn opzet geslaagd worden beschouwd.

## **Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering / H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.). Den Haag: Sdu, 2000.**

*Mr. N. Sitompoel is als projectonderzoeker verbonden aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam.*