

De Telecommunicatiewet en handhaving

© IViR, Amsterdam, 2004

ISBN 90 757 27 887

Otto Cramwinckel Uitgever 2004

Voor bestellingen: www.cram.nl

DE TELECOMMUNICATIEWET EN HANDHAVING

A.T. Ottow
M.J. Konert
N.A.N.M. van Eijk
B.J. Schueler

Instituut voor Informatierecht (IViR)
Amsterdam 2004

SAMENVATTING

In dit onderzoek is een analyse gemaakt van de handhaving door OPTA op grond van de Telecommunicatiewet en de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Aan de hand van een kwantatieve analyse wordt allereerst aangetoond dat er door OPTA in de afgelopen jaren beperkt gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom of boete. Uit nadere analyse blijkt dat een coherente toepassing bij de handhaving ontbreekt en er worden meerdere knelpunten gesignaleerd. Er is een onduidelijkheid over de vraag wanneer tot handhaving wordt overgegaan, doorlooptijden van handhavingsprocedures zijn lang, er ligt een sterk accent op geschilbeslechting en ambtshalve handhaving is slechts van ondergeschikt belang. Transparantiegebreken zijn voorts te constateren bij de bekendmaking van onderliggend beleid en genomen besluiten. Motiveringen van besluiten zijn in voorkomende gevallen voor verbetering vatbaar.

Met de invoering van de aangepaste Telecommunicatiewet is heeft er ten aanzien van de handhaving een duidelijke accentverlegging plaats gevonden. Deze is zichtbaar in de vorm van een duidelijker toetsingskader, uitgebreidere handhavingsinstrumenten en de expliciete formulering van de zelfstandige handhavingsbevoegdheid.

De opstellers van de studie zijn van mening dat deze veranderingen, maar ook de ervaringen uit het verleden dienen te resulteren in een meer beleidsmatige en transparante handhaving. Daartoe worden elf aanbevelingen gedaan:

1. Beleidsregels ten aanzien van het handhavingsbeleid worden opgesteld en gepubliceerd.

2. Toezicht en de handhaving dienen aan te sluiten bij de gewijzigde regelgeving waarin een accentverschuiving naar en versterking van de mogelijkheden tot zelfstandige handhaving is te constateren.
3. OPTA dient verzoeken tot handhaving in overweging te nemen en een duidelijke belangenafweging te maken. In alle gevallen – ook bij afwijzing – dient een deugdelijk motivering te worden gegeven. OPTA besteedt met name meer zorg aan de verantwoording van de keuze voor een bepaald handhavingsinstrument en de hoogte van de dwangsom c.q. boete.
4. OPTA beslist binnen 8 weken op een verzoek tot handhaving, tenzij OPTA binnen deze termijn aangeeft op welke redelijke termijn zij wel tot besluitvorming kan overgaan.
5. Handhavingsbesluiten (en vooraankondigingen daartoe) worden gepubliceerd.
6. De last onder dwangsom wordt helder en concreet geformuleerd. Op te stellen beleidsregels geven aan welke factoren de hoogte van de dwangsom bepalen en welke dwangsommen (globaal) voor welke gedragingen zullen worden opgelegd. De “nazorg” van genomen handhavingsbesluiten krijgt meer aandacht. OPTA geeft aan of en op welke wijze een handhavingstraject is afgerond.
7. OPTA publiceert boeterichtsnoeren, die duidelijkheid over haar beleid ten aanzien van het opleggen van boetes verschaffen.
8. OPTA maakt richtsnoeren bekend die de afbakening tussen de behandeling van geschillen en handhavingsverzoeken verduidelijken.
9. OPTA besteedt meer zorg aan het formuleren van de in het geschilbesluit opgelegde concrete verplichtingen teneinde de handhaafbaarheid van deze besluiten te vergroten. De nakoming van geschilbesluiten wordt stelselmatig gecontroleerd, waarbij actief gebruik wordt gemaakt van het nieuwe instrument van artikel 12.6 Tw.

10. OPTA maakt haar beleid kenbaar inzake de behandeling van civielrechtelijke aspecten van geschilbeslechting (taakafbakening tussen OPTA en de civiele rechter). In het kader van het Wetsvoorstel Vierde Tranche Awb wordt (bij de regering of de Tweede kamer) onder de aandacht gebracht dat artikel 4.4.1.2 tevens van toepassing dient te zijn op geldschulden die ontstaan als gevolg van een besluit van OPTA.
11. Marktpartijen dienen alert te zijn op de naleving van handhavingsbesluiten en verzoeken tot handhaving hiertoe (tijdig) bij OPTA indienen. Daarbij dienen zij (naast OPTA) ook zelf de beslistermijnen voor handhavingsbesluiten te bewaken en OPTA op deze termijnen te wijzen en zonodig de tussenkomst van de bestuursrechter in te roepen.

VOORWOORD

Deze studie omvat een onderzoek naar de handhaving door OPTA op grond van de Telecommunicatiewet. De handhaving bestaat voornamelijk uit het opleggen van lasten onder dwangsom en toepassing van het boete-instrument. Het onderzoek spitst zich dan ook toe op het inzetten door OPTA van deze twee instrumenten.

In deze studie wordt allereerst het wettelijk kader geschetst en een inventarisatie gemaakt van de wijze waarop de beschikbare instrumenten zijn ingezet. Vervolgens is een nadere analyse gemaakt van de handhaving. Deze wordt gevolgd door conclusies en aanbevelingen.

Het onderzoek is verricht in opdracht van de Associatie van Competitieve Telecom operators (ACT) uitgevoerd door mr. A.T. Ottow met medewerking van mr. ir. M.J. Konert, Prof. Dr. N.A.N.M. van Eijk, (allen verbonden aan het Instituut voor Informatierecht, IViR, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam) en Prof. mr. B.J. Schueler (Hoogleraar Staats- en Bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam).

Amsterdam, november 2004

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	5
VOORWOORD	9
LIJST VAN AFKORTINGEN	13
1. INLEIDING	15
1.1 Onderzoeksopdracht.....	15
1.2 Onderzoeksmethode.....	16
2. WETTELIJK KADER.....	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Doelstellingen van de nieuwe Telecommunicatiewet	21
2.3 Recht om inlichtingen te vorderen.....	22
2.4 Verificaties	25
2.5 Last onder dwangsom.....	26
2.6 Boetes	27
2.7 Verbod voortzetting activiteiten.....	29
3. KWANTITATIEVE ANALYSE.....	31
3.1 Inleiding	31
3.2 Oplegging last onder dwangsom	32
3.3 Vooraankondigingen	36
3.4 Afwijzing vordering last onder dwangsom	37
3.5 Boetes	39
4. KWALITATIEVE ANALYSE.....	41
4.1 Inleiding	41
4.2 Een beginselplicht tot handhaving?	41
4.3 Termijnen en doorlooptijden.....	47
4.4 Geen gepubliceerd beleid OPTA	49

4.5	Beleid OPTA?	51
4.6	Motiveringsplicht	59
4.7	Last onder dwangsom	61
4.8	Boetes	66
4.9	Geschilbeslechting versus civiele rechter	68
4.10	Handhaving en de gewijzigde Telecommunicatiewet	74
4.11	Positie marktpartijen	76
5.	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	79
5.1	Conclusies	79
5.2	Aanbevelingen	81
	BIJLAGEN	85
A.	LIJST MET AANGEHAALDE WERKEN	87
B.	OVERZICHT HANDHAVINGSBESLUITEN OPTA	89
C.	SAMENVATTING HANDHAVINGSBESLUITEN OPTA	119
I.	Opgelegde lasten onder dwangsom	119
II.	Beslissingen op bezwaar	131
III.	Aankondiging/voornemen last onder dwangsom	138
IV.	Vordering l.o.d. wordt afgewezen	154
V.	Matiging/intrekking/opschorting l.o.d.	164
VI.	Boete	167
VII.	Rechtbank/CBB	172

LIJST VAN AFKORTINGEN

Awb	:	Algemene wet bestuursrecht
CBB	:	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
Mw	:	Mededingingswet
OPTA	:	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
PVK	:	Pensioen- en Verzekeringskamer
TJ	:	Jurisprudentie Telecommunicatie
Tw	:	Telecommunicatiewet

I. INLEIDING

De afgelopen jaren is gebleken dat OPTA maar beperkt gebruik heeft gemaakt van haar handhavingsbevoegdheden. Dit betreft met name de preventieve sanctie, de last onder dwangsom en de punitieve sanctie, de boete. Er doen zich bij de handhaving diverse knelpunten voor. Zo wordt gewezen op het ontbreken van voldoende transparantie, die onder meer bestaat uit onduidelijkheid over wanneer tot handhaving wordt overgegaan, wat de gehanteerde systematiek is en welke vormen van handhaving in voorkomende gevallen worden toegepast. Ten aanzien van opgelegde dwangsommen wordt door betrokken partijen gesteld dat de last in voorkomende gevallen onduidelijk zou zijn waardoor zowel naleving als handhaving problematisch kan zijn. Daarnaast zijn de doorlooptijden bij de besluitvorming lang, hetgeen in het voordeel kan zijn van partijen (dit fenomeen wordt ook wel aangeduid met ‘incumbant delay’).

1.1 ONDERZOEKSOPDRACHT

Dit onderzoek richt zich in de eerste plaats op een analyse van de handhaving in de periode 1999-heden. Daarbij wordt primair gekeken naar de handhaving op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) en Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze studie beoogt echter niet alle terreinen van de Telecommunicatiewet volledig te bestrijken.¹ De belangrijkste onderwerpen ten aanzien van handhaving zullen in het kader van dit onderzoek de revue passeren. Civielrechtelijke handhaving maakt als zodanig geen onderdeel uit van het onderzoek. Voorts worden aanbevelingen gedaan voor aanpassing en verbetering.

¹ In het kader van dit onderzoek wordt niet ingegaan op de handhavingsaspecten van Hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet.

Het onderzoek is verricht door het Instituut voor Informatierecht (IViR) in opdracht van de van de Associatie van Competitieve Telecom Operators (ACT).

1.2 ONDERZOEKSMETHODE

De gehanteerde onderzoeksmethode bestaat in de eerste plaats uit een kwantitatieve analyse van de handhavingspraktijk door OPTA. Daarbij is geput uit door OPTA gepubliceerd materiaal, literatuur en informatie die verkregen is uit gesprekken met betrokken partijen. Ook bij dit onderzoek bleek dat het moeilijk is om het benodigde materiaal te verkrijgen. Een probleem dat al eerder speelde bij een studie naar de jurisprudentie ('Zes jaar bestuur en rechtspraak', Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, 2003)². Veel informatie, zoals voornemens tot het opleggen van dwangsommen, blijkt niet of slechts zeer beperkt ontsloten. Systematische overzichten ontbreken. Ofschoon uiteindelijk een vrijwel compleet overzicht lijkt te zijn verkregen, kan volledigheid niet worden gegarandeerd. Daar komt bij dat zich delen van het proces - dat al dan niet leidt tot handhavingsverzoeken en -besluiten - zich aan het blikveld onttrekt. Marktpartijen voeren onderling overleg en bespreken situaties met OPTA (al dan niet op eigen initiatief): in voorkomende gevallen blijken partijen alsnog onderling tot een oplossing te komen en wordt afgezien van een handhavingsverzoek; het instellen van een onderzoek door OPTA kan eveneens tot een aangepast marktgedrag leiden waarna van handhaving wordt afgezien.

De kwantitatieve analyse wordt gevolgd door een inhoudelijke analyse, die gebaseerd is op het verzamelde materiaal en nader literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Niet wordt ingegaan op de vraag of OPTA al dan niet terecht bepaalde vraagstukken en of problemen in de markt heeft aangepakt dan wel had dienen aan te pakken (de materiële handhaving). Het onderzoek richt zich primair op de formele aspecten van de handhaving. In deze analyse zal per onderwerp een concrete aanbeveling aan OPTA worden gedaan. De studie rondt af met een finale analyse en conclusies. In de

² Dommering e.a. 2003.

bijlagen is een overzicht opgenomen van de door OPTA genomen handhavingsbesluiten.

Ten einde een zo evenwichtig mogelijk beeld te krijgen, hebben gesprekken plaats gevonden met de ACT, OPTA en KPN. De auteurs zijn hen erkentelijk voor hun medewerking.

De studie is uitgevoerd door mr. A.T. Ottow met mr. ir. M.J. Konert, Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk, (allen verbonden aan het Instituut voor Informatierecht, IViR, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam) en Prof. mr. B.J. Schueler (Hoogleraar Staats- en Bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam).

2. WETTELIJK KADER

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de wettelijke basis van de verschillende handhavingsinstrumenten die OPTA ter beschikking staan. Hiervoor dienen in eerste plaats de bevoegdheden van OPTA onderscheiden te worden van de handhavingbevoegdheden die de Minister van Economische Zaken en de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot hun beschikking hebben. Op grond van art. 15.2 lid 1 respectievelijk lid 3 Tw zijn de Minister en de NMa belast met de handhaving van verplichtingen die volgen uit een aantal bepalingen in de Telecommunicatiewet. In art. 15.1 lid 1 respectievelijk lid 2 Tw wordt aangegeven welke bepalingen het hier betreft. Met het toezicht op de naleving van (het bepaalde bij of krachtens) andere bepalingen van de Telecommunicatiewet is OPTA belast (art 15.1 lid 3 Tw):

“3. Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”

Ter handhaving van deze bepalingen mag OPTA op grond van art 15.2 lid 2 Tw bestuursdwang toepassen:

“2. Het college is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen.”

In het onderhavig hoofdstuk zal worden gezien welke instrumenten OPTA ter beschikking staan bij de handhaving van haar bevoegdheden.³

³ Hoofdstuk 5 (handhaving) Awb. Zie voor enkele aspecten van handhaving op grond van de Tw: Ottow 2003, hoofdstuk 5.

Voordat de verschillende handhavingsinstrumenten worden behandeld, dient in eerste plaats te worden gewezen op het verschil tussen handhaving op verzoek en ambtshalve handhaving. Onder “handhaving op verzoek” wordt begrepen dat OPTA overgaat tot handhavend optreden na een expliciet verzoek door één of meer belanghebbenden tot het treffen van handhavende maatregelen. Van ambtshalve handhaving is sprake indien een dergelijk handhavingsverzoek niet is ingediend. Het college besluit dan op eigen initiatief tot handhaving over te gaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn naar aanleiding van eigen onderzoek of als klachten het college hebben bereikt. Deze ambtshalve bevoegdheid is nu expliciet in de Tw opgenomen in artikel 3:13. Deze regeling is ingevoerd naar aanleiding van het Amendement Atsma⁴, waarbij de bevoegdheid van OPTA om op eigen initiatief in concrete gevallen maatregelen te nemen, expliciet is vastgelegd. Het nieuwe artikel 3.13 luidt als volgt:⁵

“Onverminderd artikel 3.12 is het college bevoegd op eigen initiatief in concrete gevallen maatregelen te nemen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in artikel 8, tweede, derde of vierde lid, van Richtlijn 2002/21/EG genoemde doelstellingen. (...)”

De handhavingsbevoegdheden zijn in algemene zin geregeld in Afdeling 5.2 Awb. Voor OPTA zijn aanvullende bevoegdheden neergelegd in Hoofdstuk 15 en 18 Tw en de OPTA-wet. Op grond van deze bepalingen heeft OPTA de volgende bevoegdheden:

- het betreden van plaatsen (artikel 5:15 Awb);
- het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 Awb, 18.7 Tw en artikel 24 OPTA-wet);
- het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb);
- het verzegelen van bedrijfsruimten en voorwerpen (artikel 15.7 lid 1 Tw);
- het zo nodig met behulp van de sterke arm vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 15.7 lid 2 Tw);

⁴ Gewijzigd amendement van het lid Atsma ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 33, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 28 851, nr. 47.

⁵ In werking getreden met ingang van 19 mei 2004 (*Stb.* 2004, 207).

- opleggen van een last onder dwangsom (artikel 5:32 lid 1 Awb jo. artikel 15.2 lid 2 Tw);
- opleggen van boetes, hierbij geldt een apart regime als oplegging plaatsvindt aan een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (artikel 15.4 lid 2 Tw);
- het verbieden van voortzetting van de bedrijfsactiviteiten (artikel 15.2a lid 2 Tw).

2.2 DOELSTELLINGEN VAN DE NIEUWE TELECOMMUNICATIEWET

De toepassing van de beschikbare handhavingsinstrumenten dient in het licht gezien te worden van de doelstellingen van de (nieuwe) Telecommunicatiewet. Juist bij de implementatie van het nieuwe Europese regelgevend kader is expliciet gemaakt wat deze doelstellingen dienen te zijn:⁶

“Met de implementatie van de nieuwe richtlijnen ontstaat een herziene Telecommunicatiewet waarin de belangen van burgers en bedrijven centraal staan. De overheid benoemt een aantal essentiële belangen van burgers en waarborgt de toegang tot die diensten door middel van de wet. De overheid is daar direct op aanspreekbaar. Voorbeelden van rechtstreekse waarborging van essentiële belangen van burgers zijn de universele dienst en de bescherming van persoonsgegevens.

Het gaat echter ook om bescherming van de collectieve belangen van de burgers en bedrijven. De overheid moet zorgen voor de continuïteit van communicatievoorzieningen en voor een betrouwbare communicatiesector en zal ook de nodige maatregelen nemen met het oog op de bevordering van de veiligheid van de Nederlandse samenleving.”

In de nieuwe Telecommunicatiewet zijn deze doelstellingen in de eerste plaats terug te vinden in het nieuwe art. 1.3. In lid 1 zijn een aantal doelstellingen opgenomen die OPTA in acht dient te nemen bij het nemen van besluiten, dus ook van handhavingsbesluiten:

⁶ Zie onder meer de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr 3, p. 11-12).

“1. Het college draagt er zorg voor dat zijn besluiten bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, tweede, derde en vierde lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG in elk geval door:

- a. het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten, onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen;
- b. de ontwikkeling van de interne markt;
- c. het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.”

Niet alleen dienen de besluiten op grond van het eerste lid bij te dragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen in de Kaderrichtlijn, ook in lid 4 wordt weer verwezen naar deze doelstellingen:

“4. Indien het college een besluit neemt, dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft, onderbouwt het college, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de in het eerste lid genoemde doelstellingen en dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is.”

2.3 RECHT OM INLICHTINGEN TE VORDEREN

Hoofdstuk 15 Tw bevat geen regels over de verplichting tot informatieverstrekking aan OPTA. Dit is te vinden in artikel 18.7 Tw, waarin de algemene inlichtingenplicht is vastgelegd.⁷ Met de invoering van de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002⁸ is de inlichtingenplicht aanmerkelijk verzaamd. Deze uitbreiding van het recht inlichtingen te vorderen zijn terug te vinden in de leden 2 tot en met 5. Met ingang van 19 mei 2004 luidt art. 18.7 Tw als volgt:

⁷ De grondslag voor de bevoegdheid van een toezichthouder om inlichtingen te vorderen is neergelegd in art. 5:16 Awb.

⁸ Dit gewijzigde artikel 18.7 Tw strekt ter implementatie van art. 5 lid 1, 4-5 Kaderrichtlijn 2002/21/EG, PbEG 2002 L 108/33), art. 15 Toegangsrichtlijn (2002/19/EG, PbEG 2002 L 108/7) en art. 11 Machtigingsrichtlijn (2002/20/EG PbEG 2002 L 108/21).

“1 Onze Minister, onderscheidenlijk het college, is bevoegd voor een juiste uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet van een ieder te allen tijde inlichtingen te vorderen voorzover dit redelijkerwijs voor de vervulling van de taak nodig is.

2. Degene van wie krachtens het eerste lid inlichtingen zijn gevorderd, is verplicht deze onverwijld te geven, maar in elk geval binnen de daartoe door Onze Minister, onderscheidenlijk het college, te stellen termijn.

3. In een vordering op grond van het eerste lid kan wat betreft de te geven inlichtingen worden volstaan met:

a. het omschrijven van het onderwerp waarover inlichtingen moeten worden gegeven en

b. de bij het verstrekken van de inlichtingen aan te houden mate van detail.

4. Degene van wie de verstrekking van inlichtingen is gevorderd, is verplicht binnen de door Onze Minister, onderscheidenlijk het college, te bepalen redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden. Artikel 5:20, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van toepassing.

5. Met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector maakt het college informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van deze wet opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur wordt geen mededeling gedaan.”

Uit het eerste lid blijkt al dat het gaat om een ruim geformuleerde bevoegdheid, die haar begrenzing vindt in de termen “redelijkerwijs nodig voor de vervulling van de taak”. Uit de memorie van toelichting blijkt overigens dat de in dit artikel opgenomen vordering tot inlichtingen een op rechtsgevolg gericht besluit is dat op redelijkheid en noodzakelijkheid kan worden getoetst door de rechter.⁹ Opvallend is dat Artikel 5:20 lid 1 Awb alleen de redelijkheid als toetsingscriterium kent, terwijl bij artikel 18.7 Tw tevens het noodzakelijkheidsvereiste geldt.

“Artikel 5:20

1. Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

⁹ Dommering e.a. 1999, p. 693.

2. Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit.”

Des te opmerkelijker is dat bij Tweede nota van wijziging art. 5:20 lid 2 Awb wel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op art. 18.7 lid 4 Tw. Art 5:20 lid 2 Awb bepaalt dat voor zover er een wettelijke plicht tot geheimhouding bestaat, de gevorderde medewerking niet verleend behoeft te worden (het zogenaamde verschoningsrecht).¹⁰

In art. 24 OPTA-wet worden nadere regels gesteld over de wijze waarop OPTA dient om te gaan met verkregen gegevens:

“1. Gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming, welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van de taken, genoemd artikel 15, zijn verkregen, mogen uitsluitend voor de uitvoering van die taken worden gebruikt.

2. In afwijking van het eerste lid is het college bevoegd de in dat lid bedoelde gegevens of inlichtingen te verstrekken aan een instantie die op grond van bepalingen in andere wetten is belast met de uitvoering van toezichthoudende taken, voor zover die gegevens of inlichtingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de taken van die instellingen, mits

a. de geheimhouding van de gegevens of inlichtingen in voldoende mate is gewaarborgd, en

b. voldoende is gewaarborgd dat de gegevens of inlichtingen niet zullen worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze worden verstrekt.

3. Indien de in het tweede lid bedoelde instantie de bedoelde gegevens of inlichtingen ontvangt, onderzoekt zij of er in het onderhavige geval sprake is van een overtreding van de betreffende wettelijke regels.”

Art. 18.7 lid 2 Tw heeft ook een uitbreiding ondergaan, aangezien het van belang werd geacht dat OPTA tijdig over de noodzakelijke informatie kan beschikken. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat indien een gestelde termijn wordt overschreden niet alleen op grond van art. 184 Wetboek van Strafrecht sancties kunnen worden opgelegd, maar dat ook het opleggen van een bestuurlijke boete tot de mogelijkheden behoort.¹¹ Bij Nota van wijziging is in lid 2 “onverwijld” ingevoegd om te het belang van een snelle

¹⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 851, nr. 21, p. 3, 13.

¹¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 171.

afhandeling te benadrukken.¹² Bij deze zelfde nota zijn tevens de nieuwe leden 3 en 4 geïntroduceerd. Hiermee wordt een tweeledig doel beoogd. Ten eerste: het initiatief voor het bepalen wat “relevante informatie” is, meer bij marktpartijen leggen. Ten tweede gaat het om het versterken van de medewerkingsplicht aan het college.¹³

2.4 VERIFICATIES

OPTA heeft de bevoegdheid - vergelijkbaar met die van de NMa - tot het houden van verificaties bij (telecommunicatie)ondernemingen (artikel 5:15 Awb):

1. Een toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.
2. Zo nodig verschaft hij zich toegang met behulp van de sterke arm.
3. Hij is bevoegd zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen.”

De toezichthouder (dus ook OPTA) kan deze bevoegdheid slechts gebruiken “voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de uitoefening van zijn taak” (artikel 5:13 Awb).¹⁴ OPTA heeft (voor zover bekend) incidenteel van deze bevoegdheid gebruik gemaakt, waarbij het aangekondigde bedrijfsbezoeken betrof (bijvoorbeeld een technisch bezoek bij de mobiele telecommunicatieondernemingen over de uitvoering van de verplichting tot nummerportabiliteit). In andere gevallen assisteerden OPTA-ambtenaren

¹² *Kamerstukken II 2003/04*, 28 851, nr 13, p. 9, 23.

¹³ “Met de voorgestelde formulering wordt een striktere implementatie gegeven aan artikel 5, eerste lid, van de Kaderrichtlijn: beoogd wordt om het toezicht op de naleving effectiever te maken. Uiteraard gelden bij de toepassing van de voorgestelde artikelliden wel de algemene eisen van evenredigheid en motivering (zie ook artikel 5, eerste lid, kaderrichtlijn). Deze eisen brengen tevens mee dat het nieuwe derde lid van artikel 18.7 in redelijkheid geïnterpreteerd en toegepast moet worden. Het gaat bijvoorbeeld om een globale omschrijving als «welke tarieven rekent u voor een bepaalde dienst aan uw dochtermaatschappijen en uw concurrenten» of «welke klachten ontvangt u met betrekking tot nummerportabiliteit» (en dus niet om zeer algemeen omschreven onderwerpen als bijvoorbeeld «alle gegevens die u heeft met betrekking tot het aanbieden van de telefoondienst».” (*Kamerstukken II 2003/04*, 28 851, nr 13, p. 23-24).

¹⁴ Zie voor een behandeling van deze bevoegdheid voor de NMa: Dekker 2002, hoofdstuk 9.

(met verlof van de Ministers van Economische Zaken en Verkeer en Waterstaat) ambtenaren van de Europese Commissie en de NMA bij (onverwachte) bedrijfsbezoeken ten aanzien van een mogelijke overtreding van bepalingen van het EG-Verdrag en/of de Mw.¹⁵

2.5 LAST ONDER DWANGSOM

In de Algemene wet bestuursrecht wordt geregeld dat een bestuursorgaan dat bevoegd is tot het toepassen van bestuursdwang, in plaats daarvan een last onder dwangsom kan opleggen (art. 5:32 lid 1 Awb):

“1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.”

Zoals al eerder gezegd is OPTA op grond van art. 15.2 lid 2 Tw bevoegd tot het toepassen van bestuursdwang. De bepalingen van de Awb met betrekking tot dwangsom zijn dan ook van toepassing (Afdeling 5.4). In afwijking van art. 5:33 lid 1 Awb komen verbeurde dwangsommen toe aan de staat (art. 15.15 Tw). Hiernaast volgen uit de bepalingen van § 15.2 Tw nadere regels met betrekking tot onderzoek (art. 15.5 t/m 15.7 Tw).¹⁶ Deze worden gevolgd door regels met betrekking tot de rapportage van dit onderzoek (art. 15.8), de mogelijkheid voor belanghebbenden om hun zienswijzen naar voren te brengen (15.9 Tw), beschikkingen (art. 15.10 lid 2-4 Tw) en scheiding van taken van betrokken personen (art. 15.11 Tw).

Op dit moment is het wetsvoorstel voor de Vierde Tranche van de Awb in behandeling bij de Tweede Kamer. In de Vierde Tranche wordt (onder meer) een uitbreiding van de bepalingen met betrekking tot de last onder

¹⁵ Zie voor de verificatiebevoegdheid van de Europese Commissie (en de assistentie van OPTA-ambtenaren daarbij) onder meer: *ABRvS* 23 juni 2004, Minister van EZ vs. KPN Mobile, LJN. AP3347.

¹⁶ Art. 15.7 Tw stelt nadere regels met betrekking tot de in art. 5:17 Awb neergelegde bevoegdheid voor een toezichthouder om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.

dwangsom voorgesteld. Hier willen vooral wijzen op de nieuwe bepalingen met betrekking tot de daadwerkelijke invordering van opgelegde lasten:¹⁷

Artikel 5:37

1. Alvorens aan te manen tot betaling van de dwangsom, beslist het bestuursorgaan bij beschikking omtrent de invordering van een dwangsom.
2. Het bestuursorgaan geeft voorts een beschikking omtrent de invordering van de dwangsom, indien een belanghebbende daarom verzoekt.
3. Het bestuursorgaan beslist binnen vier weken op het verzoek.

Artikel 5:39

1. Het bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de last onder dwangsom heeft mede betrekking op een beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom, voorzover de belanghebbende deze beschikking betwist.
2. De administratieve rechter kan de beslissing op het beroep of hoger beroep tegen de beschikking tot invordering echter verwijzen naar een ander orgaan, indien behandeling door dit orgaan gewenst is.
3. In beroep of hoger beroep legt de belanghebbende zo mogelijk een afschrift over van de beschikking die hij betwist.
4. Het eerste tot en met het derde lid zijn van overeenkomstige toepassing op een verzoek om voorlopige voorziening.

2.6 BOETES

De bevoegdheid van OPTA om een bestuurlijke boete op te leggen berust rechtstreeks op de Telecommunicatiewet (art 15.4 lid 2):¹⁸

“2. Het college kan aan een onderneming een boete opleggen van ten hoogste € 450 000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland, ingeval van:

- a. overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften, met uitzondering van artikel 6a.20;
- b. overtreding van een op grond van artikel 12.2 genomen besluit, voor zover de overtreding geschiedt door een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke

¹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr 2, p. 14-15, zie ook de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr 3, p. 115-116).

¹⁸ In de Algemene wet bestuursrecht zijn vooralsnog geen algemene bepalingen opgenomen met betrekking tot bestuurlijke boetes. Deze bepalingen worden wel voorgesteld in het kader van het wetsontwerp Vierde Tranche Awb.

marktmacht en betrekking heeft op een bij of krachtens hoofdstuk 6a gesteld voorschrift, met uitzondering van artikel 6a.20.”

Net zoals het geval is voor de last onder dwangsom geven de bepalingen van § 15.2 Tw nadere regels met betrekking tot onder meer onderzoek (art. 15.5 t/m 15.7 Tw), rapportage (art. 15.8 en 15.9 Tw), boetebeschikkingen (art. 15.10 Tw), scheiding van taken van betrokken personen (art. 15.11 Tw). Daarnaast zijn er (uitsluitend) voor het boete-instrument ook een aantal specifieke bepalingen opgenomen met betrekking tot beroep (art. 15.12 Tw), betaling (art. 15.13 en 15.14 Tw) en verjaring (art. 15.16).

Aanvankelijk kon OPTA op grond van artikel 15.4 lid 2 Tw slechts maximaal een boete van 450.000 euro vaststellen. De verzoeken van OPTA een met de NMa¹⁹ vergelijkbare boetemogelijkheid in de Telecommunicatiewet op te nemen werden lange tijd niet gehonoreerd. Een dergelijke verhoging was ook niet opgenomen in het wetsvoorstel om de Telecommunicatiewet te wijzigen in verband met het nieuwe Europese kader, zoals dat in eerste instantie bij de Tweede Kamer was ingediend²⁰:

“Het college bepleit om het boeteregime van de Mededingingswet in de wet op te nemen. Het college is blijkbaar van oordeel dat het maximale boetebedrag van 450 000 euro dat op grond van artikel 15.4 van de wet opgelegd kan worden te laag is. Uit de nieuwe richtlijnen vloeit niet voort dat het boeteregime aangepast moet worden. Zoals bij de algemene kanttekeningen is opgemerkt, is het uitgangspunt bij de implementatie van Europese regelgeving dat geen aanvullende onderwerpen worden geregeld. Derhalve wordt het voorstel van het college niet overgenomen”.²¹

Met betrekking tot partijen met aanmerkelijke marktmacht is de boetebevoegdheid van OPTA uiteindelijk toch aangepast. Bij Nota van wijziging²² werd voorgesteld daarvoor aan te sluiten bij het boeteregime van de

¹⁹ De d-g NMa is op diverse plaatsen in de Mw de bevoegdheid gegeven een boete op te leggen wegens overtreding van een bepaling van de wet: zie o.a. art. 56, lid 1 en 69, lid 1 Mw. Zie Dekker (2002), p. 342-353. Voor een rechterlijke toetsing van een NMa boete zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 26 november 2002, SEP vs. d-g NMa, LJN: AF1111. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat er geen onevenredigheid bestond tussen de overtreding en de daarvoor opgelegde boete.

²⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 1-2.

²¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 86.

²² *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 13, p. 8-9, 23.

Mededingingswet. De Minister beargumenteerde dat: “Effectief toezicht – niet alleen een Nederlandse wens, maar ook een Europeesrechtelijke verplichting – vereist dat de boetes die opgelegd kunnen worden, voldoende afschrikwekkend moeten kunnen werken”. Deze wijzigingen zijn in werking getreden met ingang van 19 mei 2004. Er is nu een hogere maximale boete mogelijk voor de gevallen die genoemd worden onder a en b in artikel 15.4 lid 2 Tw. Voor deze gevallen is de hoogte van de boete nu maximaal € 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland. Zoals blijkt uit de in het begin van deze paragraaf geciteerde wettekst gaat het hierbij om aanbieders met een aanmerkelijke marktmacht. De verhoogde boete kan (op grond van art. 15.4 lid 2 onder a Tw) worden opgelegd aan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht indien deze handelt in strijd met verplichtingen die volgen uit hoofdstuk 6a Tw (met uitzondering van art. 6.20 Tw). Daarnaast kan op grond van art. 15.4 lid 2 sub b Tw een dergelijke boete ook worden opgelegd aan een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht indien deze zich niet houdt aan een geschilbesluit van het college dat betrekking heeft op de hiervoor genoemde verplichtingen. De hoogte van de boete dient in ieder geval te worden afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt (artikel 15.4 lid 5 Tw).

2.7 VERBOD VOORTZETTING ACTIVITEITEN

In het geval dat de handhavinginstrumenten boete en dwangsom falen biedt het nieuwe art. 15.2a lid 2 Tw²³ OPTA de mogelijkheid een marktpartij verdere voortzetting van de activiteiten te verbieden:

“Het college is bevoegd een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten bij ernstig en herhaaldelijk niet-nakomen van de verplichtingen gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen, wanneer de krachtens artikel 15.2 of 15.4 opgelegde maatregelen tot naleving van de bedoelde verplichtingen hebben gefaald, voor een door het college te bepalen redelijke termijn te verbieden nog langer elektronische communicatienetwerken of -diensten aan te bieden.”

Deze handhavingsbevoegdheid vloeit voort uit art. 10 lid 5 Machtigingsrichtlijn:

“5. De nationale regelgevende instanties kunnen, bij ernstige en herhaaldelijke niet-nakoming van de voorwaarden voor de algemene machtiging of de gebruiksrechten of van de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, wanneer de in lid 3 van dit artikel bedoelde maatregelen om naleving van de voorwaarden te verzekeren hebben gefaald, een onderneming beletten verder elektronische-communicatienetwerken of –diensten aan te bieden, of de gebruiksrechten opschorten of intrekken.”

In een brief aan de Tweede Kamer²⁴ heeft de Minister aangegeven dat hij na grondige analyse tot de conclusie is gekomen dat deze bepaling gelezen dient te worden als een “moet”-bepaling. Met de daadwerkelijke toepassing dient echter terughoudendheid betracht te worden blijkt uit overweging 27 van de Machtigingsrichtlijn. De eventuele toepassing van dit sanctiemiddel dient proportioneel zijn. Deze bevoegdheid mag ook alleen worden toegepast in “uitzonderlijke omstandigheden”:

“Dat is bijvoorbeeld het geval als de onderneming de op hem van toepassing zijnde regels bij herhaling overtreedt en alle andere toegepaste beschikbare sanctiemiddelen zoals een last onder dwangsom of een administratieve boete de betrokken onderneming niet op andere gedachte hebben kunnen brengen. Als een voortgaande schending van de regels door de onderneming tot onaanvaardbare nadelige gevolgen voor de veiligheid of de openbare orde, de concurrenten of de gebruikers leiden, kan op een gegeven moment de situatie ontstaan dat toepassing van deze bepaling aan de orde is.”²⁵

²³ In werking getreden met ingang van 19 mei 2004.

²⁴ *Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 11, p. 2.*

²⁵ *Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 13, p. 22.*

3. KWANTITATIEVE ANALYSE

3.1 INLEIDING

Om een goed beeld te krijgen van het handhavingsbeleid van de OPTA is door het IViR in de eerste plaats een inventarisatie gemaakt van de diverse handhavingsbesluiten.²⁶ Hiertoe zijn alle besluiten verzameld waarbij OPTA een last onder dwangsom en/of een boete heeft opgelegd aan een aanbieder. Ook de besluiten zijn meegenomen waarbij een verzoek tot oplegging van een dwangsom of boete is afgewezen. Om het beeld compleet te maken zijn daarnaast ook vooraankondigingen en matigings- en intrekingsbesluiten in de analyse betrokken. In deze laatste categorie was overigens van slechts vier besluiten sprake. Met betrekking tot de vooraankondigingen moet nog opgemerkt worden dat deze slechts in uitzonderlijke gevallen zijn gepubliceerd. In aantal gevallen kon op basis van later gepubliceerde besluiten worden achterhaald wat de inhoud van de vooraankondiging is geweest. Voorts is geïnventariseerd op welke zaken en partijen de verschillende categorieën besluiten betrekking hebben. Aldus is tot en met augustus 2004 sprake van 53 zaken, waarin een handhavingsmaatregel is opgelegd dan wel een verzoek daartoe is afgewezen. Ook de zaken waarin uitsluitend een vooraankondiging is geweest en gepubliceerd, zijn geanalyseerd en meegeteld.

Overigens dient benadrukt te worden dat geen inzicht kon worden verkregen in het aantal aanvragen tot handhaving dat daadwerkelijk is ingediend. Het onderzoek beperkt zich derhalve tot de toewijzingen en afwijzingen die op enigerlei wijze zijn gepubliceerd. Op basis van hetgeen in de bestuursrechtelijke praktijk gebruikelijk is, valt niet uit te sluiten dat er meer aanvragen tot handhaving zijn geweest die niet tot formele

²⁶ Voorzover de auteurs konden nagaan bevat de inventarisatie (alsook de beide bijlagen bij deze studie) alle relevante uitspraken.

besluitvorming door OPTA hebben geleid en die om die reden niet zijn meegenomen in het onderzoek.

Ten einde de transparantie te verhogen, zou het wenselijk zijn dat in het jaarverslag van OPTA op een vergelijkbare wijze statistische informatie zou worden opgenomen.

3.2 OPLEGGING LAST ONDER DWANGSOM

Het totaal aantal besluiten in primo waarbij een dwangsom is opgelegd bedraagt 19. Vooral in de eerste jaren was nauwelijks sprake van handhavingsverzoeken die daadwerkelijk tot de oplegging van een dwangsom hebben geleid, zo blijkt uit tabel 1. Aangezien de verzoeken tot handhaving niet gepubliceerd worden, is bij deze telling uitgegaan van de informatie die het handhavingsbesluit op dit punt biedt. Er wordt uitsluitend uitgegaan van het bestaan van een handhavingsverzoek indien dat expliciet uit het besluit blijkt. Indien er uitsluitend sprake is van een klacht ingediend door een (of meer) marktpartij(en), dan wordt dat niet beschouwd als een handhavingsverzoek. In tabel 1 is een besluit slechts gerekend tot de categorie “onbekend” indien het betreffende besluit niet gepubliceerd is. Onder “opgelegde dwangsom zonder handhavingsverzoek” wordt (in tabel 1) aldus verstaan: een gepubliceerd dwangsombesluit zonder dat daarin sprake is van een expliciet handhavingsverzoek.

Tabel 1: Voorgeschiedenis opgelegde dwangsommen

	1999	2000	2001	2002	2003	2004 ²⁷	totaal
handhavingsverzoek na geschilbesluit			1		4 ²⁸	1	6
handhavingsverzoek zonder verzoek geschilbeslechting				2 ²⁹	1 ³⁰		3
handhavingsverzoek als onderdeel van verzoek geschilbeslechting							0
zonder handhavingsverzoek ³¹	1	1	2	1	2		7
onbekend	1	1			1		3
totaal per jaar	2	2	3	3		1	19

De besluiten zonder expliciet handhavingsverzoek zijn nog nader geanalyseerd om te achterhalen wat in deze gevallen voor het college de aanleiding was om tot handhaving over te gaan. Het beeld dat hieruit ontstond, is weergegeven in tabel 2.

Tabel 2: Aanleiding voor handhaving zonder verzoek

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	alle jaren
strijd met wettelijke verplichting	1	1 ³²	1		2 ³³		5
strijd met oordeel OPTA			1	1			2
klacht		1					1

²⁷ Gegevens over het jaar 2004 in dit hoofdstuk hebben betrekking op de periode januari 2004 tot en met augustus 2004.

²⁸ Opmerkelijk is dat aan alle vier deze besluiten een handhavingsverzoek ten grondslag lag dat naar aanleiding was van hetzelfde geschilbesluit van 15 oktober 2002 [A36, A38, A40, A42].

²⁹ [A30, A31].

³⁰ [A46].

³¹ Het betreft hier zaken over nummerportabiliteit, CPS, RIA, universele telefoongids, kostengeoriënteerde interconnectietarieven en spectraalmanagement [A01, A04, A14, A15, A33, A43, A44].

³² In deze zaak had OPTA geconstateerd dat KPN niet voldeed aan haar verplichting om een adequate aanmeldingsprocedure voor CPS beschikbaar te stellen. Daarnaast was er in deze zaak ook een klacht ingediend, maar er was geen sprake van een handhavingsverzoek [A04].

³³ Besluiten A43 en A44. Hoewel in besluit A43 door het college ook gerefereerd wordt aan een eerder geschilbesluit, wordt in besluit A43 een dwangsom opgelegd omdat KPN handelt in strijd met de wettelijke verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor colocatie.

Doorlooptijden

Het blijkt dat er zowel bij handhavingsverzoeken als bij ambtshalve handhaving de tijd die verstrijkt totdat daadwerkelijk een dwangsom wordt opgelegd aanzienlijk varieert. De doorlooptijd varieert tussen 1 maand en zes maanden (zie tabel 3).

Tabel 3: doorlooptijden bij oplegging dwangsom op verzoek (in de tabel wordt het aantal zaken met een bepaalde doorlooptijd weergegeven)³⁴

Verstreken tijd	tussen geschilbesluit en handhavingsverzoek	tussen handhavingsverzoek en oplegging dwangsom
minder dan 1 maand		
1-2 maanden	1	1
2-3 maanden	2	2
3-4 maanden		1
4-5 maanden	2	2
5-6 maanden		1
meer dan 6 maanden		
onbekend	1	1

Gerealiseerd dient te worden dat in veel gevallen aan de handhavingsprocedure nog een traject vooraf is gegaan, zoals de geschilprocedure en/of consultaties en/of de publicatie van beleidsregels. Zie in dit verband bijvoorbeeld zaak A52: op 11 juli 2003 werd het verzoek tot geschilbeslechting ingediend en op 15 december 2003 volgde het geschilbesluit. Op 21 juni 2004 werd vervolgens het handhavingsbesluit genomen. De doorlooptijden in de geschilprocedure vormen echter geen onderwerp van deze studie. In dit kader wordt daar dan ook niet verder op in gegaan. Uit eerder onderzoek van het IViR is echter gebleken dat geschilbeslechtende procedures gemiddeld een lange doorlooptijd kennen.³⁵

Bij zaken waarbij geen verzoek tot handhaving wordt ingediend, is er voor het bepalen van de doorlooptijden uitgegaan van de tijd die verstrijkt tussen het vaststellen van het besluit of oordeel waarin een bepaalde norm wordt

³⁴ De totalen per kolom zijn in deze tabel niet aan elkaar gelijk omdat in deze tabel ook zaken zijn meegenomen waar geen sprake is van een verstreken tijd tussen geschilbesluit en handhavingsverzoek (als gevolg van het ontbreken van een geschil besluit).

³⁵ Dommering e.a. 2003, paragraaf 2.2.

vastgelegd en het nemen van het handhavingsbesluit door OPTA (zie tabel 4).

Tabel 4: doorlooptijden bij primaire besluiten tot oplegging dwangsom niet op verzoek

Verstreken tijd	tussen besluit/oordeel en oplegging dwangsom
minder dan 1 maand	1
1-2 maanden	
2-3 maanden	2
3-4 maanden	
4-5 maanden	2
5-6 maanden	1
meer dan 6 maanden	1
onbekend	

De hiervoor genoemde doorlooptijden hebben steeds betrekking op de handhavingsbesluiten *in primo*. Om het beeld compleet te maken, zijn ook de doorlooptijden bepaald in de bezwaarprocedure (tabel 5).

Tabel 5: doorlooptijden bezwaarprocedure bij oplegging dwangsom

Verstreken tijd	tussen indiening bezwaar en beslissing
minder dan 1 maand	-
1-2 maanden	-
2-3 maanden	3
3-4 maanden	-
4-5 maanden	2
5-6 maanden	2
meer dan 6 maanden	2
onbekend	2

Motivering

In 10 van de 16 bekende gevallen gaat OPTA er van uit dat handhaving het uitgangspunt dient te zijn en dat er geen bijzondere redenen zijn om af te zien van handhavend optreden.

Tabel 6: Motivering oplegging dwangsom

totaal aantal opleggingen	19
geen bijzondere omstandigheden/redden die aan handhaven in de weg staan	10 ³⁶
geen expliciete motivering waarom bevoegdheid tot handhaving wordt gebruikt	4 ³⁷
optreden tegen bestendige overtreding	1 ³⁸
last onder dwangsom meest geëigende middel om overtreding te beëindigen	1 ³⁹
onbekend (niet gepubliceerd)	3

3.3 VOORAANKONDIGINGEN

In ruim de helft van het aantal gevallen van de vooraankondigingen / voornemens tot het opleggen van een dwangsom is daadwerkelijk overgegaan tot het toepassen van een handhavingsmaatregel.

Tabel 7: Vervolg op aankondigingen/voornemen last onder dwangsom

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	totaal
aantal vooraankondigingen	2	1	11	3	8	2	27
aantal opleggingen n.a.v. aankondiging in een bepaald jaar	2	1	2	3	7	-	15
expliciete afwijzing na aankondiging	-	-	-	-	-	1	1

³⁶ Opmerkelijk is dat van de 13 gepubliceerde besluiten van juni 2003 en daarvoor in 10 gevallen deze motivering gehanteerd wordt, na juni 2003 is deze echter niet meer gebruikt.

³⁷ Besluit 25-03-1999, Ben e.a. (nummerportabiliteit) [A01]; Besluit 06-06-2001, KPN Telecom (collocatie RIA) [A14]; Besluit 19-12-2002, KPN Telecom (toeslag spectraalmanagement) [A33]; Besluit 03-12-2003, KPN Telecom (kostengeoriënteerde tarieven) [A44].

³⁸ Besluit 10-11-2003, KPN Mobile (nummerportabiliteit) [A46].

³⁹ Besluit 21-06-2004, KPN Telecom (ILL) [A52].

3.4 AFWIJZING VORDERING LAST ONDER DWANGSOM

Ook de handhavingsbesluiten waarbij een verzoek tot oplegging van dwangsom is afgewezen, zijn geanalyseerd. In tabel 8 wordt aangegeven welke relatie deze afwijzingen hebben met een eventuele geschilbeslechtsprocedure. In 18 van de 23 afwijzingsbesluiten is er sprake van een handhavingsverzoek dat tegelijk is ingediend met het verzoek tot geschilbeslechting. Uit tabel 1 van dit hoofdstuk was al gebleken dat in geen enkel geval een besluit tot oplegging van een dwangsom is genomen naar aanleiding van een handhavingsverzoek dat was ingediend als onderdeel van het verzoek tot geschilbeslechting. Daarnaast blijkt uit tabel 8 dat er ook nog sprake is van drie afgewezen handhavingsverzoeken die zijn ingediend zonder dat er sprake was van een geschilprocedure.

Tabel 8: Voorgeschiedenis afgewezen verzoeken tot oplegging last onder dwangsom

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	totaal
handhavingsverzoek na geschilbesluit							0
handhavingsverzoek zonder verzoek geschilbeslechting			1			2	3
handhavingsverzoek als onderdeel van verzoek tot geschilbeslechting	1	5	5	4	2	1	18
onbekend					1	1	2
totaal per jaar	1	5	6	4	3	4	23

Motivering

Om te voorkomen dat er het beeld ontstaat dat het hier gaat om handhavingsverzoeken die worden afgewezen uitsluitend omdat er (nog) geen geschilbesluit is genomen, is er ook een analyse gemaakt van de motivering van deze afwijzingen (tabel 9).

Tabel 9: motivering/ gronden voor afwijzing verzoek oplegging last onder dwangsom.

totaal aantal	23
niet gepubliceerd	2
vooralnog/in dit stadium/op dit moment geen aanleiding voor handhaving	14 ⁴⁰
onbevoegdheid OPTA	1 ⁴¹
geen redelijk verzoek	1 ⁴²
inhoudelijke gronden (hoofdvordering)	1 ⁴³
verwijzing naar civiele rechter	3 ⁴⁴
geen grond voor spoedbeslissing	1 ⁴⁵

Opmerking: slecht in één geval dat OPTA meende dat er vooralnog geen reden was voor handhavende maatregelen, is er later alsnog door OPTA ambtshalve handhavend opgetreden. Het betrof hier de Denda-zaak⁴⁶. In geen enkele andere zaak die later is gevolgd, is OPTA na een afwijzing later alsnog ambtshalve tot oplegging van een dwangsom overgegaan. Het uiteindelijke opleggingsbesluit is door OPTA niet gepubliceerd. Wel wordt in het persbericht van 8 november 1999 ingegaan op de redenen om alsnog een last onder dwangsom op te leggen:

“KPN kreeg twee weken de tijd om de gevraagde gegevens aan Denda te verstrekken. KPN heeft dit niet gedaan, waarop Denda een klacht bij OPTA heeft ingediend. OPTA wil nu door het opleggen van een last onder dwangsom KPN ertoe verplichten de gegevens alsnog aan Denda af te staan.”

⁴⁰ Inclusief de volgende zaken: Besluit 29-09-1999, Denda vs. KPN Telecom [D02] (verzoek Denda tot geven bindende aanwijzing aan KPN Telecom); Besluit 18-05-2001, Handhavingsverzoek XOIP [D16] (grond voor afwijzing: parallel lopend geschilverzoek); Besluit 12-05-2004, MCI vs. KPN Telecom (afwikkeltarieven) [D50] (grond voor afwijzing: partijen zelf de gelegenheid gegeven te conformeren aan geschilbesluit); in de overige 11 zaken was de grond voor afwijzing het feit dat het handhavingsverzoek was ingediend als onderdeel van het verzoek tot geschilbeslechting.

⁴¹ Besluit 21-12-2000, Canal+ - UPC (digitale doorgifte) [D09].

⁴² Besluit 17-01-2002, Infotel vs. KPN (third party billing) [D27].

⁴³ Besluit 04-02-2002, BT vs. KPN (payphones) [D28].

⁴⁴ Besluit 15-10-2001, Energis vs. KPN [D25]; Besluit 13-04-2004, MCI vs. KPN Telecom (spectraalmanagement) [D49]; Besluit 28-07-2004, BT vs. KPN Telecom (NIT testen) [D51].

⁴⁵ Besluit 20-03-2002, Canal+ - UPC (bindende aanwijzing ex art. 8.7 Tw) [D29].

⁴⁶ Besluit 29-09-1999, Denda vs. KPN Telecom [D02], gepubliceerd: OPTA/EGM/99/7593. Overigens is het handhavingsverzoek dat de aanleiding was voor dit besluit ingediend op 11 december 1997, dus nog voor de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet.

3.5 BOETES

OPTA heeft in de onderzochte periode weinig gebruik gemaakt van het boete-instrument. Tot en met juli 2004 is er in slechts vier zaken een boete opgelegd (waarvan drie in de laatste anderhalf jaar). De hoogste opgelegde boete bedroeg € 375.000,-.⁴⁷ Het onder de oude Telecommunicatiewet geldende maximumbedrag van € 450.000, - is overigens nimmer opgelegd. Wel werd in een aantal gevallen bij de bepaling van de hoogte van de boete uitgegaan van het maximumbedrag, dat vervolgens naar omstandigheden gematigd werd.⁴⁸ In alle gevallen was hier sprake van ambtshalve oplegging. Verzoeken van marktpartijen tot oplegging van een boete worden door OPTA stelselmatig afgewezen (tabel 10).

Tabel 10: Voorgeschiedenis boetebesluiten

Totaal aantal	
Ambtshalve oplegging	6 ⁴⁹
Oplegging na handhavingsverzoek	0
Afwijzing handhavingsverzoek	4 ⁵⁰

In tabel 11 worden de doorlooptijden weergegeven van zowel de boetebesluiten op bezwaar als ook de boetebesluiten *in primo* die op verzoek zijn genomen. De boetebesluiten *in primo* die ambtshalve genomen zijn door OPTA,⁵¹ zijn niet opgenomen in deze tabel. In de drie gepubliceerde besluiten in deze laatste categorie is steeds sprake van een doorlooptijd van 2-3 maanden tussen het opmaken van het boeterapport en de boetebeslissing. Met betrekking tot het niet-gepubliceerde boetebesluit inzake nummerportabiliteit⁵² zijn geen gegevens over de doorlooptijd beschikbaar.

⁴⁷ Besluit 11-03-2003, KPN Telecom (Informatievoorziening RA ULL) [F37].

⁴⁸ Zie de samenvattingen van de besluiten in de bijlagen (met name besluiten [B48], [F37] en [F53]).

⁴⁹ In twee gevallen betreft het een beslissing op bezwaar [F37, F48].

⁵⁰ In één geval was er sprake van een beslissing op bezwaar [F50].

⁵¹ Besluiten F37 (RA ULL), F48 (ontbundelde toegang) en F53 (WPS).

⁵² Besluit F01.

Tabel 11: Doorlooptijden boetebesluiten

Verstreken tijd	tussen indiening handhavingsverzoek/ bezwaar en beslissing
minder dan 1 maand	-
1-2 maanden	-
2-3 maanden	2 ⁵³
3-4 maanden	1
4-5 maanden	-
5-6 maanden	1
meer dan 6 maanden	2 ⁵⁴

⁵³ Beide: Besluit op bezwaar [F48] en [F49].

⁵⁴ Waarvan één besluit op bezwaar [F37].

4. KWALITATIEVE ANALYSE

4.1 INLEIDING

In de eerste jaren van haar bestaan, lag de nadruk bij OPTA op het beslechten van geschillen. Uit het in de bijlage B gepubliceerde overzicht blijkt dat OPTA pas in een later stadium haar werk mede heeft gericht op handhaving. De prioriteit voor het beslechten van geschillen kan gedeeltelijk worden verklaard door de instructie van de wetgever in de parlementaire geschiedenis, waarin wordt aangegeven dat de belangrijkste taak van OPTA geschilbeslechting betreft, en mede door de begroting van OPTA (met name gericht op geschilbeslechting). Deze keuzes laten evenwel onverlet dat OPTA tevens is belast met het controleren van de naleving van de wettelijke regelingen. Achteraf bezien kan worden gesteld dat OPTA pas in een laat stadium zich actief met handhaving heeft beziggehouden.

In de volgende paragrafen worden de meest relevante kwalitatieve aspecten van de handhaving besproken. Telkens wordt afgesloten met concrete aanbevelingen tot verdere optimalisering.

4.2 EEN BEGINSSELPLICHT TOT HANDHAVING?

Een belangrijke vraag die voorligt, is of op OPTA een beginselplicht tot handhaving rust. Of anders gezegd: is OPTA gehouden (ambtshalve of op verzoek) tot handhaving over te gaan in het geval van een vermeende overtreding van een wettelijke verplichting? In de volgende alinea zal het antwoord op deze vraag worden onderzocht. Het traditionele antwoord op deze vraag was lange tijd dat een *bevoegdheid* tot toepassing van bestuursdwang bij of krachtens de wet wordt toegekend, hetgeen geen verplichting inhoudt doch een discretionaire bevoegdheid met beleidsvrijheid. Ook indien vaststaat dat een overtreding is gepleegd, de

daadwerkelijke toepassing van sancties vergt op grond van artikel 3:4, lid 1 Awb een zorgvuldige afweging van alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen, voor zover niet uit een wettelijke voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.⁵⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak is in de jaren negentig evenwel een andere koers ingeslagen (op het terrein van het ruimtelijk ordeningsrecht en het milieurecht), waaruit nu in de praktijk en wetenschap wordt afgeleid dat er voor een bestuursorgaan een beginselplicht tot handhaven bestaat. Het moge duidelijk zijn dat een spanningsveld bestaat tussen de wet, die uitgaat van een bevoegdheid, en de jurisprudentie die de zogenaamde beginselplicht heeft geïntroduceerd. Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat op het betrokken bestuursorgaan een zware verantwoordingsplicht rust indien een overtreding niet wordt gehandhaafd. Een bestuursorgaan mag slechts in bijzondere omstandigheden van het opleggen van een (herstel)sanctie afzien. Als bijzondere omstandigheden worden gehonoreerd een concreet zicht op legalisatie, een overmachts- of overgangssituatie of een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel en in bijzondere gevallen het gelijkheidsbeginsel.⁵⁶ Deze jurisprudentie heeft zich vooral doorgezet in het ruimtelijk ordeningsrecht en het milieurecht. Recentelijk heeft de Afdeling deze beginselplicht echter weer wat versoepeld.⁵⁷ In deze uitspraken hanteert de Afdeling de volgende - nieuwe - (standaard)overweging:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich onder andere voordoen indien handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in een concrete situatie behoort te worden afgezien.”

Het bestuursorgaan heeft hierdoor iets meer mogelijkheden verkregen om een beroep op bijzondere omstandigheden te doen om af te kunnen zien van

⁵⁵ Zie voor een mooi overzicht van de ontwikkelingen zich ten aanzien van de beginselplicht tot handhaving: Vermeer 2001.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld ABRs 22 februari 2001, *Gst.* 7171.

⁵⁷ ABRs 28 juli 2004, *appellant vs. College van B&W van Eersel*, LJN: AQ5759 en ABRs 28 juli 2004, *appellant vs. College van B&W van Schijndel*, LJN: AQ5776.

handhaving. Deze overweging biedt bijvoorbeeld een uitkomst waar er geen uitzicht bestaat op een mogelijke legalisering van de situatie doch er zwaarwegende belangen kunnen zijn om geen gebruik te maken van de handhavende bevoegdheden. Hiertoe moet het betrokken bestuursorgaan een belangenafweging maken, die wel aan strenge normen (lijkt) te worden getoetst.

De vraag rijst of ook in het economisch bestuursrecht een dergelijke beginselplicht tot handhaving bestaat. In de literatuur worden tegengestelde standpunten ingenomen. Vermeer wijst er bijvoorbeeld op dat de Mededingingswet een voorbeeld is, waar in de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat de beleidsvrijheid met betrekking tot het toezicht ertoe kan leiden dat handhaving achterwege blijft. Uit de memorie van toelichting op de Mededingingswet blijkt dat de directeur-generaal NMa beschikt over beleidsvrijheid ten aanzien van het doen van onderzoek omtrent een vermeende overtreding van de wet. Van deze bevoegdheid maakt de NMa geregeld gebruik om een klacht van een derde ex artikel 24 Mw af te wijzen op grond van een prioriteitsstelling, gebaseerd op beschikbaarheid van arbeidskrachten, middelen en te verwachten effecten van een diepgravend economisch en juridisch onderzoek.⁵⁸ Rogier daarentegen leidt zonder meer uit de jurisprudentie af dat “de beginselplicht tot handhaven zich mede uitstrekt tot de handhaving van het financieel-economisch recht.”⁵⁹

De jurisprudentie van het CBB en de Rechtbank Rotterdam is op dit terrein schaars en niet eenduidig te noemen. Deze jurisprudentie zal hier kort worden besproken. De rechtbank Rotterdam heeft meerdere malen aansluiting gezocht bij de standaardjurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Zo oordeelde de rechtbank aangaande een besluit van de Pensioen- en Verzekeringskamer als volgt:

“Vooropgesteld moet worden dat in een geval als dit de Pensioen- en Verzekeringskamer niet slechts bevoegd is om met bestuursdwang op te treden, maar ook in beginsel – behoudens eventuele bijzondere omstandigheden – daartoe gehouden is, aangezien de algemene belangen die worden gediend met de handhaving van wettelijke voorschriften en met het voorkomen van ongewenste precedentwerking dit vorderen. Wel dient een belangenafweging plaats te vinden, waarbij in algemene zin gezegd kan worden dat niet opgetreden mag worden

⁵⁸ Zie Vermeer 2001, a.w., p. 80 en de verwijzingen aldaar.

⁵⁹ Rogier 2004.

indien er belangen zijn die zwaarder wegen dan het belang dat door de wettelijke normen wordt gehandhaafd en het belang van precedentwerking wordt voorkomen. Het door het bestuursorgaan gevormde oordeel is discretionair en mag derhalve slechts aan juridische normen worden getoetst.”⁶⁰

Uit de enkele uitspraken van het CBB ten aanzien van handhaving is af te leiden dat het CBB kennelijk ook uitgaat van een beginselplicht.⁶¹ Nuyten en Affourit wijzen er in hun bijdrage op dat het CBB in een zaak over de naleving van de Wet Personenvervoer 2000 niet zozeer een beginselplicht voor het bestuursorgaan, maar een beginselrecht van het bestuursorgaan formuleerde.⁶² Beide auteurs geven aan dat nog zal dienen te worden gezien of dit onderscheid principieel is dan wel of het CBB zich aansluit bij de standaardjurisprudentie van de Afdeling en de rechtbank Rotterdam.

Tot op heden heeft de rechtbank Rotterdam zich nog slechts in twee voorlopige voorzieningenprocedures uitgelaten over handhavingsbesluiten van OPTA. In twee voorlopige voorzieningenprocedures in de zaak Yarosa versus KPN Mobile heeft de voorzieningrechter als volgt overwogen:

"Yarosa heeft verzocht om last onder dwangsom op te leggen aan KPN Mobile. De voorzieningrechter wijst dit verzoek af. Er rust op OPTA geen wettelijke plicht tot opleggen van last onder dwangsom, wel is OPTA in bepaalde gevallen daartoe bevoegd. Het is de voorzieningrechter niet gebleken dat OPTA onredelijk of onjuist heeft gehandeld door last onder dwangsom achterwege te laten. Voorts heeft de voorzieningrechter zelf niet de bevoegdheid om KPN Mobile een dwangsom op te leggen.”⁶³

Deze uitspraak lijkt ervan uit te gaan dat op OPTA geen handhavingsverplichting rust doch slechts een bevoegdheid. Tot op heden heeft de rechtbank Rotterdam zich nog slechts in een bodemprocedure over een besluit van OPTA, waarbij de handhavingsproblematiek zijdelings aan de orde kwam, uitgelaten. In de recente uitspraak van 12 augustus 2004⁶⁴

⁶⁰ Rb. Rotterdam 12 december 2002, *AB* 2003, 398, m.nt. O. Jansen. Zie tevens Rb. Rotterdam 25 januari 2002, *AB* 2003, 270, m.nt. O.J. en Rb. Rotterdam 21 maart 2003, *AB* 2003, 253, m.nt. O.J.

⁶¹ CBB 26 februari 2004, *JB* 2004, 167.

⁶² Nuyten en Affourit 2004.

⁶³ V.zr. Rb. Rotterdam 9 juli 2004, Yarosa vs. KPN Mobile (niet gepubliceerd) en 3 oktober 2003, Yarosa vs. KPN Mobile, *TJ* 196.

⁶⁴ Rb. Rotterdam 12 augustus 2004, KPN Telecom vs. OPTA, *LJN*: AR5163.

betrof het de publicatie door OPTA van diverse brieven betreffende de transittarieven van KPN Telecom. OPTA meende dat hier slechts sprake was van zogenaamde rechtsoordelen, waartegen geen bezwaar of beroep openstond. Weliswaar had OPTA aangeven dat zij alsnog handhavend zou optreden, doch zij had hier uiteindelijk van af gezien. OPTA had aangeven dat een en ander via de civielrechtelijke weg kon worden opgelost. De bestuursrechter oordeel echter dat gezien deze “zeer bijzondere omstandigheden” KPN Telecom ten onrechte van bestuursrechtelijke rechtsbescherming verstoken bleef. Daarbij overweegt de rechtbank:

“Daarbij is van belang dat eiseres [KPN] (...) is blijven volharden in de het toerekenen van de gewraakte tarieven, terwijl verweerder, *in weerwil van de op hem rustende rechtsplicht om tegen dit – naar zijn mening – met de Tw strijdige gedrag handhavend op te treden*, en ondanks de (...) aangekondigde handhavingsmaatregelen, op dat moment nog geen begin had gemaakt met het treffen van handhavende maatregelen.” (cursivering toegevoegd)

De rechtsbank wijst hier dus op de rechtsplicht van OPTA tot handhaving. Uit deze uitspraak zou kunnen worden afgeleid dat de rechtbank Rotterdam wel uitgaat van een beginselplicht tot handhaving. Slechts in één andere uitspraak van de rechtbank Rotterdam kwam de handhavingsbevoegdheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat op grond van de Telecommunicatiewet (zijdelings) aan de orde.⁶⁵ Dit betrof een handhavingsbesluit over het gebruik van radiofrequenties. De rechtbank diende in deze kwestie te oordelen of de *wijze* waarop de Minister gebruik had gemaakt van zijn bevoegdheid tot opleggen van de boete en een last onder dwangsom, correct was. De handhavingsplicht als zodanig kwam in deze uitspraak evenwel niet aan de orde.

Vooralsnog zijn er in de jurisprudentie onvoldoende aanknopingspunten te vinden om aan te nemen dat op dit terrein een beginselplicht tot handhaven algemeen wordt aanvaard. Een onderscheid lijkt te moeten worden gemaakt tussen de ambtshalve handhaving aan de ene kant en de handhaving op verzoek aan de andere kant. Ten aanzien van de eerste categorie lijken voor het economisch bestuursrecht goede gronden te bestaan een prioriteringsbeleid te volgen en duidelijke (vooraf kenbare) keuzes als bestuursorgaan te maken. Betreft het echter uitdrukkelijke verzoeken tot

⁶⁵ JB 2002, 289, m.nt. C.L.G.F.H. A. en TJ 106.

handhaving, dan lijkt – in het licht van de jurisprudentie van de Afdeling – op OPTA een zwaardere plicht te rusten het verzoek in overweging te nemen en een duidelijke belangenafweging te maken. Indien OPTA niet wil handhaven, zal OPTA in een dergelijk geval op goede gronden dienen te betogen waarom zij dit niet noodzakelijk acht. Het enkel afwijzen van een dergelijk verzoek met als argument dat hier geen sprake is van een plicht doch slechts van een bevoegdheid, lijkt niet afdoende. Bij een uitdrukkelijk verzoek om handhaving dienen de belangen van de betrokken belanghebbende(n) te worden meegewogen, hetgeen onder omstandigheden kan leiden tot een plicht tot handhaven.⁶⁶

Het is opvallend dat OPTA in diverse handhavingsbesluiten zelf veel nadruk legt op het belang van handhaving. Zo geeft OPTA bijvoorbeeld in het besluit van 19 juni 2001 betreffende de verplichting tot het aanbieden van een universele telefoongids het volgende aan:

“Rechtsnormen dienen in een rechtsstaat te worden nageleefd. Overtreding van deze normen geeft dan ook in beginsel aanleiding tot handhavend optreden. Slechts in die gevallen waarin er bijzondere omstandigheden zijn die afzien van handhavend optreden rechtvaardigen, dient het college, als bevoegd bestuursorgaan, hiervan af te zien.”⁶⁷

Geconstateerd moet worden dat OPTA na juni 2003 dergelijke overwegingen niet meer hanteert. OPTA geeft nog wel aan dat zij de bevoegdheid heeft om tot handhaving over te gaan, doch legt niet meer de nadruk op het feit dat handhaven het uitgangspunt dient te zijn. Niet duidelijk is of hier een omslag in het denken over handhaving bij OPTA heeft plaatsgevonden. Hoewel OPTA kennelijk groot belang aan handhaving hecht, is evenwel niet duidelijk waarom OPTA in het ene geval wel en in het andere geval niet (al dan niet op verzoek) tot handhaving overgaat.

Indien juist zou zijn dat op OPTA geen verplichting tot ambtshalve handhaving rust, ligt op marktpartijen een grotere, eigen verantwoordelijkheid om te bezien of wettelijke verplichtingen en/of besluiten van OPTA daadwerkelijk worden nageleefd. Indien sprake is van geen of onvoldoende naleving, doen marktpartijen er verstandig aan zelf

⁶⁶ Afd. RvS 13 juli 1987, AB 1987, 249.

⁶⁷ Besluit A 15. Vgl. bijvoorbeeld de besluiten A 22, A30, A 31, A 38 en A 43.

OPTA hierop attent te maken en een verzoek om handhaving bij OPTA in te dienen.

Indien in een bestuursrechtelijke procedure komt vast te staan dat het betrokken bestuursorgaan – gezien de concrete omstandigheden van het geval – de overtreding ten onrechte heeft gedoogd (het bestuursorgaan heeft ten onrechte besloten niet handhavend op te treden), kan via een civiele of bestuurlijke procedure worden gepoogd het betrokken bestuursorgaan aansprakelijk te houden voor de geleden schade.⁶⁸ Indien het betrokken gedoogbesluit (tot niet handhaven) door de bestuursrechter is vernietigd, staat hiermee de onrechtmatigheid in beginsel vast. Dan is aan een van de belangrijkste voorwaarden voor aansprakelijkheid voor schade voldaan. Is zo'n gedoogbesluit niet (of niet met succes) in bezwaar of beroep aangevochten, dan wordt juist de rechtmatigheid ervan aangenomen. De kans op schadevergoeding is daarmee vrijwel altijd verspeeld.

Aanbeveling

OPTA dient verzoeken tot handhaving in overweging te nemen en een duidelijke belangenafweging te maken. In alle gevallen – ook bij afwijzing – dient een deugdelijke motivering te worden gegeven.

4.3 TERMIJNEN EN DOORLOOPTIJDEN

OPTA is in het algemeen niet in staat gebleken binnen de wettelijke termijnen een handhavingsbesluit te nemen. Indien daarbij mede in ogenschouw wordt genomen dat aan de meeste handhavingsprocedures reeds andere procedures vooraf zijn gegaan, dan is de totale doorlooptijd als lang te kwalificeren. Dit is ook door de betrokken marktpartijen als een belangrijk knelpunt aangeduid. Voor de handhavingsprocedures gelden in de Tw geen specifieke termijnvoorschriften. In dat geval geldt de algemene regeling van artikel 4.13 en 4: 14 Awb. De hoofdregel is dat het college

⁶⁸ Van Rossum 2001 en Albers 2004.

binnen 8 weken dient te beslissen na ontvangst van het verzoek (om handhaving), tenzij binnen die termijn wordt aangegeven op welke redelijke termijn wel kan worden beslist. In het concept Procedureregeling⁶⁹ wordt deze regeling ook overgenomen (zie artikel 30).

Deze (wettelijke) termijnstelling is voor betrokken marktpartijen een belangrijk gegeven bij bijvoorbeeld de tenuitvoerlegging van geschilbesluiten. Indien wordt constateert dat de betrokken onderneming geen of een onjuist gevolg geeft aan een geschilbesluit, kan de procedure aanzienlijk worden versneld door zo spoedig mogelijk een formele aanvraag tot handhaving bij OPTA in te dienen. Een dergelijke aanvraag verplicht OPTA op de aanvraag te beslissen binnen (in beginsel) acht weken. Indien partijen een dergelijk verzoek niet indienen, gaat kostbare tijd verloren en is OPTA – wegens het ontbreken van een verzoek - in beginsel niet verplicht actie te ondernemen.

De betrokken belanghebbenden staan diverse procedurele instrumenten ter beschikking indien OPTA niet binnen de termijn van 8 weken beslist. Zij kunnen zelf een gerechtelijke voorziening vragen om OPTA alsnog te dwingen een handhavingsbesluit te nemen. Deze procedurele weg wordt opengesteld in artikel 6:2 juncto 8:81 Awb. Daarbij kan de bestuursrechter worden verzocht een (korte) termijn te stellen voor het nemen van het besluit, al dan niet gekoppeld aan een dwangsom op te leggen aan het bestuursorgaan. Voor zover bekend zijn door marktpartijen niet dergelijke procedures geïnitieerd (voor zover het betrekking heeft om handhavingsbesluiten).⁷⁰

Indien OPTA binnen de termijn van 8 weken aangeeft dat zij een langere beslistermijn nodig heeft en de besluitvorming (al dan niet verschillende malen) uitstelt, staat in beginsel eenzelfde procedurele voorziening open, doch dan zal op goede gronden moeten kunnen worden betoogd waarom een besluit dringend vereist is. De bestuursrechter gaat ervan uit dat een

⁶⁹ De auteurs hebben kennis genomen van een concept-procedureregeling (rondgezonden per brief dd. 19/08/2004, kenmerk OPTA/JUZ/2004/202803. Artikel 30 luidt: ‘Artikel 30; 1. Het college hanteert een beslistermijn van 8 weken. 2. Indien het college geen besluit kan nemen binnen 8 weken, deelt het college dit aan de aanvrager mede en noemt hij daarbij een redelijke termijn waarbinnen het besluit wordt genomen.’

⁷⁰ Zie bijv. wel de zaken Tele2 (TJ 175, TJ 176 en TJ 177), waar het de door OPTA te laat genomen beslissingen op bezwaar betrof.

bestuursorgaan gebruik mag maken van wettelijke bevoegdheden tot verlenging van de beslistermijn (zoals neergelegd in art. 4:14 Awb). Indien de verlenging onder de omstandigheden van een concreet geval als onredelijk wordt ervaren, kan worden gepoogd via de weg van de artikelen 6:2 en 8:81 Awb versnelling de besluitvorming af te dwingen.

Aanbeveling

OPTA beslist binnen 8 weken op een verzoek tot handhaving, tenzij OPTA binnen deze termijn aangeeft op welke redelijke termijn zij wel tot besluitvorming kan overgaan.

4.4 GEEN GEPUBLICEERD BELEID OPTA

Tot op heden heeft OPTA geen beleid met betrekking tot haar handhavingspraktijk gepubliceerd. Terugkijkend kan worden gesteld dat OPTA zich wat de beleidsvorming betreft, wel erg passief heeft opgesteld. Andere toezichthouders kennen bijvoorbeeld wel een in beleidsregels neergelegd handhavingsbeleid.⁷¹ Dit gebrek aan transparantie leidt er in de praktijk toe dat marktpartijen niet bij voorbaat kunnen vaststellen of en op welke wijze OPTA tot handhaving over zal gaan en op welke wijze handhavingsverzoeken zullen worden beoordeeld. Beleid van OPTA kan slechts worden afgeleid uit de gepubliceerde besluiten, zij het dat deze besluiten in de meeste gevallen slechts summier - ten aanzien van handhavingsaspecten - worden gemotiveerd. Bijvoorbeeld:

“Het college is bevoegd op grond van artikel 15.1, lid 3 juncto 15. 2, lid 1 Tw juncto artikel 5.23, lid 1 Awb KPN een last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt een einde aan de overtreding te maken.”⁷²

⁷¹ In dit verband kan onder meer worden gewezen op: NMa, ‘Richtsnoeren boetetoemeting’ en ‘Richtsnoeren Remedies’; DTe, ‘Beleidsregels uitvoering opleggen van een last onder dwangsom’ en ‘Handhavingsplan DTe’; Commissariaat voor de Media, ‘Beleidslijn sanctiemaatregelen 1999.

⁷² Zie het besluit A33.

In het concept Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA geeft het college aan dat het uit een oogpunt van transparantie wenselijk is dat ook voor de behandeling van verzoeken om handhaving een procedureregeling wordt vastgesteld. Deze transparantie dient niet alleen te zien op de procedurele voorschriften doch ook op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder OPTA haar handhavinginstrumenten zal inzetten.

In de reeds genoemde zaak van de rechtbank Rotterdam betreffende de handhavingsbevoegdheid van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat op grond van de Telecommunicatiewet constateerde de rechtbank dat de Staatssecretaris met betrekking tot de wijze waarop hij gebruik had gemaakt van zijn bevoegdheid tot het opleggen van een boete en een last onder dwangsom niet vooraf een beleid had ontwikkeld dat op schrift was gesteld.⁷³ Zo was bijvoorbeeld niet duidelijk op grond van welke bijkomende omstandigheden in het ene geval wel en het andere geval niet tot opleggen van een boete en/of last onder dwangsom zou worden overgegaan. Volgens de rechtbank was in deze zaak het rechtszekerheidsbeginsel (lex certa-beginsel) daardoor geschonden.

Uit deze zaak kan de conclusie worden getrokken dat OPTA er verstandig aan doet beleidsregels ten aanzien van haar handhavingsbevoegdheden op te stellen en te publiceren, zoals reeds gebruikelijk is bij andere toezichthouders (NMa, DTe en het Commissariaat voor de Media).⁷⁴ Dit vergroot de transparantie van haar huidige beleid en maakt het voor OPTA mogelijk voor de motivering van haar besluiten naar het gepubliceerde beleid te verwijzen (artikel 4:82 Awb). Indien OPTA geen beleid heeft gepubliceerd, zal zij per concreet geval haar besluit dienen te motiveren. Bovendien zal de rechter zich bij de toetsing van de handhavingsbesluiten terughoudender opstellen indien reeds beleidsregels door het betrokken bestuursorgaan zijn geformuleerd.

⁷³ *JB 2002*, 289, m.nt. C.L.G.F.H. A. en TJ 106.

⁷⁴ In het rapport 'Handhaven op niveau' van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998) wordt een aantal aanbevelingen gedaan, waaronder de aanbeveling aan bestuursorganen, een handhavingsbeleidsnota op te stellen met streefniveaus voor naleving en handhaving (p. 179 en paragrafen 4.5.2 en 4.5.3). Zie tevens Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede kamer van 29 juni 2004, *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29200 XIII, nr. 5, Rapport 'Visie op markttoezicht', p. 10.

Aanbeveling

Beleidsregels ten aanzien van het handhavingsbeleid worden opgesteld en gepubliceerd.

Handhavingsbesluiten (en vooraankondigingen daartoe) worden gepubliceerd.

4.5 BELEID OPTA?

Een andere vraag is wat nu het beleid van OPTA is ten aanzien van handhaving. Dit is moeilijk vast te stellen, aangezien OPTA geen beleidsregels op dit terrein heeft gepubliceerd. Uit de door OPTA gepubliceerde handhavingsbesluiten, *lijken* de volgende, algemene uitgangspunten te kunnen worden afgeleid.

Handhaving vs. geschilbeslechting

Uit de gepubliceerde besluiten kan worden afgeleid dat OPTA haar prioriteit lijkt te leggen bij de beslechting van geschillen en niet bij zelfstandige handhaving van wettelijke verplichtingen. In het concept Procedureregeling overweegt het college (paragraaf 7) dat voor een verzoek om handhaving in plaats van een verzoek om geschilbeslechting aanleiding kan zijn, indien het betrokken wettelijk voorschrift een duidelijke, goed objectiveerbare verplichting betreft:

Daarbij hanteert OPTA als voorbeeld: de verplichting om eind-tot-eind-verbindingen tot stand te brengen als bedoeld in artikel 6. 2, eerste lid, TW of de verplichting om te voldoen aan redelijk verzoek tot het medegebruik van antenne-opstelpunten, als bedoeld in artikel 3. 11, vierde lid, Tw. het college geeft daarbij aan dat in deze gevallen twijfel mogelijk is over de handhaafbaarheid van deze voorschriften. In die gevallen zou de verzoeker - in de visie van OPTA -dus om geschilbeslechting dienen te verzoeken.

Dit is het enige document, waarin OPTA met zoveel woorden aangeeft wat haar visie is betreffende de afbakening tussen geschilbeslechting en handhaving. Uit de praktijk kan worden afgeleid dat indien een marktpartij zowel een geschil aan OPTA voorlegt, als een verzoek om handhaving

indient, OPTA haar prioriteit lijkt te leggen bij de behandeling van het geschil en kiest zij er niet voor de problematiek via de handhaving van wettelijke normen aan te pakken. Tot op heden heeft OPTA geen richtsnoeren aangedragen, die aangeven op welke wijze OPTA de terreinen van geschilbeslechting en handhaving wenst af te bakenen.

OPTA kampt met de moeilijkheid dat zij – in veel gevallen - dient te zien op de naleving van algemene normen, die in de Telecommunicatiewet(oud en nieuw) niet zijn geconcretiseerd (zogenaamde vage normen). De invulling van deze normen geschiedt door OPTA via beleid (oordelen) en/of geschilbesluiten. Slechts na deze concretisering van de wettelijke norm (waarmee enige tijd is gemoeid: zie de doorlooptijden in hoofdstuk 3) kiest OPTA er voor tot handhaving over te gegaan. Het rechtszekerheidsbeginsel (ook aangeduid als het *lex certa*-beginsel) brengt, in het kader van de oplegging van sancties, onder meer met zich mee dat voor de burger vooraf voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn welke gedragingen niet zijn toegestaan en welke sanctie opgelegd kan worden.⁷⁵ Ook in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb⁷⁶ wordt ervan uitgegaan dat het *lex certa*-beginsel zowel van toepassing is op punitieve bestuursrechtelijke sancties als op herstelsancties. Dit uitgangspunt zijn brengt met zich mee dat zowel voor wat betreft de bevoegdheid tot opleggen van een bestuurlijke boete als voor de bevoegdheid tot opleggen van een last onder dwangsom aan genoemd beginsel moet worden voldaan. De Rotterdamse rechtbank neemt in de aangehaalde zaak van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat eveneens voor beide sancties hetzelfde standpunt in. De annotator bij deze zaak wijst er op dat, indien een wettelijke sanctiebevoegdheid (veel) ruimte laat, waardoor voor een burger moeilijk is in te schatten onder welke omstandigheden een bepaalde handeling (of nalaten) tot een overtreding leidt, een en ander in beleidsregels nader moeten worden uitgewerkt.

OPTA heeft ervoor gekozen deze concretisering van de wettelijke normen (met name) via de geschilbesluiten te doen plaatsvinden. Geconstateerd dient te worden dat deze route tot gevolg heeft gehad dat de handhaving van de wettelijke verplichtingen in feite op de tweede plaats werd gesteld. Doordat de nakoming van geschilbesluiten in de praktijk moeizaam verliep en met de

⁷⁵ Zie de annotator onder de aangehaalde zaak *JB 2002*, 289.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 2.

diverse procedures veel tijd was gemoed, heeft dit negatieve gevolgen voor de ontwikkeling van concurrentie gehad.

Strikt genomen had OPTA voor twee alternatieve routes kunnen kiezen.

Alternatief 1

In de eerste plaats had OPTA het uitwerken van de wettelijke (vage) normen – al dan niet ondersteund door beleidsregels – via handhavingsbesluiten kunnen laten plaatsvinden. In deze besluiten had OPTA de betrokken marktpartij een ruime (redelijke) begunstigingstermijn moeten bieden om deze nieuwe normen te kunnen implementeren. Na het verstrijken van deze termijn had zij de sancties kunnen effectueren bij niet-naleving (het innen van de dwangsom) Deze route heeft als voordeel dat minder tijd verloren gaat dan in de door OPTA gevolgde route (eerst geschilbeslechting, dan handhaving).

Alternatief 2

In de tweede plaats staat OPTA nog een ander alternatief ter beschikking: het beslechten van het geschil combineren met de oplegging van de sanctie in hetzelfde besluit. Indien binnen de gestelde begunstigingstermijn de betrokken marktpartij de opgelegde verplichting niet nakomt, treedt de sanctie in werking. Het dictum van het geschilbesluit valt als het ware samen met de last.

Voor beide routes is noodzakelijk, dat OPTA in het besluit reeds moet constateren dat sprake is van een overtreding van een wettelijke verplichting. Indien pas bij het geschilbeslechtingsbesluit de norm zodanig wordt geconcretiseerd, dat de betrokken onderneming de gelegenheid wordt geboden aan deze norm te voldoen, zal in veel gevallen nog niet ten tijde van het geschilbeslechtingsbesluit tot sanctionering kunnen worden overgegaan. In dat geval zou sprake zijn van een situatie die zeer dicht aanligt tegen een zogenaamde *preventieve aanzegging*, hetgeen in de jurisprudentie slechts in zeer bijzondere omstandigheden aanvaardbaar wordt geacht.⁷⁷ Indien echter de overtreden norm reeds in een handhaafbare regel is vastgelegd in de Tw, behoeft de oplegging van een dwangsom niet te worden uitgesteld tot een

⁷⁷ Zie hierover Verweij 1997, paragraaf 55 (preventieve dwangsomoplegging), p. 119 e.v.

tijdstip waarop de overtreder van de normschending op de hoogte is. Ook in gevallen waarin de wettelijke norm nog redelijk vaag is, en OPTA deze vage norm concreetiseert, lijkt het verdedigbaar – gezien de specifieke kenmerken van het betrokken rechtsgebied en de dynamiek van de telecommunicatiemarkt – dat OPTA kiest voor de handhavingsroute (alternatief 1) dan wel het combineren van het geschil- en handhavingsbesluit (alternatief 2).

Enige voorzichtigheid is hierbij wel geboden in gevallen, waarin de overtreden norm in de wet nog heel vaag en open is gehouden en de concretisering ervan aan OPTA is overgelaten. De alternatieve routes komen dan de preventieve aanzegging nabij. Voor de toekomst kan verder worden gewezen op artikel 5.0.7 Wetsontwerp Vierde Tranche, waarin is bepaald dat het betrokken bestuursorgaan een herstelsanctie kan opleggen “zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt.”. In de toelichting op dit artikel wordt aangegeven dat het hier een codificatie van de huidige jurisprudentie betreft en derhalve met een grote mate van waarschijnlijkheid moet vaststaan dat de overtreding zal plaatsvinden.⁷⁸ Daaraan wordt (onder verwijzing naar bestaande jurisprudentie) evenwel toegevoegd dat niet in alle gevallen van de overheid kan worden verwacht dat zij lijdzaam toeziet totdat de overtreding is gepleegd. OPTA dient op dergelijke situaties gespitt te zijn. Het nieuwe artikel 12.6 Tw biedt OPTA hiertoe meer mogelijkheden. In dit artikel is nu uitdrukkelijk bepaald dat de bij het geschil betrokken partij het geschilbesluit van OPTA opvolgt. Indien nodig kan OPTA hiervoor termijnen stellen. OPTA dient actief van dit instrument gebruik te maken om de naleving van geschilbesluiten te vergroten.

Onder de nieuwe Tw ziet het beeld er mogelijk anders uit. De wettelijke verplichtingen ontstaan (in de meeste gevallen) slechts ná de aanwijzing van de onderneming met aanmerkelijke marktmacht en het vaststellen van de voor deze onderneming geldende verplichtingen (de ‘remedies’). Zodra deze verplichtingen door OPTA zijn opgelegd, kan OPTA deze verplichtingen direct handhaven en is in beginsel geen separate geschilbeslechting meer nodig. Dit zou slechts anders kunnen zijn indien OPTA slechts algemene, nog niet nader gespecificeerde verplichtingen zou opleggen, hetgeen echter moeilijk valt te rijmen met de strenge eisen die het nieuwe regiem stelt door

⁷⁸ *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 89.*

middel van het noodzakelijkheids-, evenredigheids- en motiveringsbeginsel⁷⁹. Onder het nieuwe regiem heeft OPTA derhalve meer juridische mogelijkheden haar aandachtsgebied te verleggen naar de handhaving van wettelijke verplichtingen.

Handhaving in geschilprocedure

In een geschilprocedure, waarbij de betrokken marktpartij tevens verzoekt om de oplegging van sancties (last onder dwangsom en/of boetes), wijst OPTA het verzoek om handhaving stelselmatig af, zonder een uitgebreide motivering. In de meeste besluiten geeft OPTA aan dat handhaving niet nodig is om de naleving van de door OPTA (aan KPN) opgelegde verplichtingen te verzekeren. OPTA gaat er daarbij van uit dat de in het besluit gestelde regels zullen worden nageleefd. Daarbij geeft OPTA in sommige gevallen aan dat “indien het tegendeel mocht blijken, dan kan het college alsnog in overweging nemen handhavende maatregelen te treffen”.⁸⁰ Slechts in een enkel geval heeft OPTA dit als zodanig aangegeven.⁸¹ In de beslissing op bezwaar in de zaak BabyXL⁸² geeft OPTA met zoveel woorden aan dat het opleggen van een dergelijke last met een preventief oogmerk, gelet op de jurisprudentie, slechts geoorloofd is indien een klaarblijkelijk gevaar dan wel gegronde vrees voor overtreding bestaat. Daarbij merkt zij op dat hiervoor dan wel concrete aanwijzingen dienen te bestaan. In de onderhavige zaak is OPTA van oordeel dat van dergelijke aanwijzingen ten tijde van het nemen van het bestreden besluit geen sprake was:

⁷⁹ Zie artikel 6a.2.Tw Overigens moet worden opgemerkt dat OPTA hier te maken zal krijgen met een nieuw dilemma: indien zij de verplichtingen te gedetailleerd omschrijft, loopt zij het risico dat nieuwe situaties niet onder haar remedies-besluit zijn te vangen en zal een nieuwe procedure moeten worden opgestart. Formuleert OPTA daarentegen de verplichtingen te ruim, dan valt niet uit te sluiten dat het remedies-besluit niet voldoet aan de genoemde vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid. Geschillen kunnen overigens tussen betrokken marktpartijen ontstaan over de reikwijdte van de door OPTA opgelegde verplichtingen. Hierover kunnen zij een geschil bij OPTA aanhangig maken. In dat geval zal de concretisering van de norm alsnog weer via geschilbeslechting plaatsvinden.

⁸⁰ Zie besluit D24 (Inovara), vgl. bijvoorbeeld besluit D06 (MIACO) en D50 (MCI).

⁸¹ Zie besluit D50 (MCI). In dit besluit aan geeft OPTA expliciet aan dat de verzochte boete niet kan worden opgelegd aangezien niet is voldaan aan de voorwaarden “dat de overtreden norm voor de betrokken partijen tevoren kenbaar is”. Ten aanzien van de verzochte belast onder dwangsom wijst het college dit verzoek af, aangezien “pas in dit besluit het niveau van de vaste FTA tarieven van MCI immers worden beoordeeld”. In feite wordt hiermee tevens door het college gewezen op het feit dat pas na handhaving kan worden overgegaan nadat eerst de betrokken norm is geconcretiseerd.

“Dat KPN, zoals BabyXL stelt, ook in een andere, vergelijkbare, geschilprocedure al dan niet zou hebben voldaan aan de haar opgelegde verplichtingen tot het verstrekken van informatie, acht het college niet een omstandigheid die van belang is voor het al dan niet opleggen van een last onder dwangsom in de onderhavige geschilprocedure.”

Kennelijk doelt OPTA hier op de jurisprudentie ten aanzien van de preventieve aanzegging. Deze jurisprudentie is evenwel slechts van toepassing indien nog geen sprake is van een overtreding van een wettelijke norm. Indien deze overtreding evenwel al heeft plaatsgevonden (hetgeen in het geschilbesluit wordt geconstateerd), lijken er gronden te bestaan reeds in het geschilbesluit een last onder dwangsom, met een redelijke begunstigings-termijn, op te nemen (het eerder genoemde alternatief 2)

Handhaving na geschilprocedure

Indien blijkt dat KPN (als de belangrijkste geadresseerde van de besluiten van OPTA) het geschilbesluit niet nakomt, komt OPTA (voor zover dit is na te gaan uit de gepubliceerde bronnen) slechts in actie na een expliciet handhavingsverzoek van belanghebbende(n). Hoewel OPTA overweegt dat het “algemeen belang is gediend met de naleving van geschilbesluiten” en “een andere lijn zou leiden tot uitholling van de effectiviteit van het besluit”⁸³, gaat zij hiertoe kennelijk slechts over nadat hiertoe een concreet verzoek door een van de betrokken belanghebbende(en) bij haar is ingediend. Niet is gebleken dat OPTA stelselmatig de door haar genomen geschilbesluiten op naleving controleert.

Indien de concrete norm reeds is vastgelegd in een geschilbesluit, is OPTA in een enkel geval direct tot handhaving overgegaan op verzoek van andere, niet bij het geschil betrokken belanghebbenden.⁸⁴ Hoewel een geschilbesluit slechts werking heeft tussen de bij het geschil betrokken partijen, neemt OPTA aan (inmiddels gesanctioneerd door de voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam)⁸⁵ dat zij de in het geschilbesluit neergelegde verplichting jegens andere belanghebbenden via handhaving kan dwingen. Niet duidelijk is evenwel in welke gevallen OPTA bereid is langs deze route

⁸² Besluit B23.

⁸³ Zie het niet gepubliceerde besluit A22 (COIN).

⁸⁴ Zie de besluiten A36 (MCI), A38 (Versatel), A40 (MCI) en A42 (Versatel).

⁸⁵ Zie TJ 190.

eerdere geschilbesluiten te handhaven. Vooralsnog is OPTA slechts in vier gevallen hiertoe overgegaan.

Overigens dient in dit verband te worden opgemerkt dat uit de gepubliceerde bronnen blijkt dat marktpartijen slechts in enkele gevallen een formeel verzoek tot handhaving bij OPTA hebben ingediend na een geschilbesluit.⁸⁶ Deze verzoeken zijn door OPTA alle toegewezen. Het valt echter niet uit te sluiten dat meerdere verzoeken tot handhaving door marktpartijen bij OPTA zijn ingediend, die echter niet hebben geresulteerd in een formeel besluit van OPTA. Dit valt op basis van het beschikbare materiaal niet na te gaan. Duidelijk is evenwel wel dat indien een dergelijke situatie zich zou voordoen, de betrokken marktpartijen OPTA kunnen dwingen tot besluitvorming welke vervolgens aan een rechter ter toetsing kan worden voorgelegd of, indien OPTA niet dan wel niet tijdig beslist, via een gerechtelijke procedure OPTA tot het nemen van een besluit kan worden verplicht.⁸⁷

Geschilbeslechting vs. civiele procedure

OPTA acht het afdwingen van nakoming van civielrechtelijke verbintenissen (lees: de nakoming van interconnectieovereenkomsten) in beginsel niet tot haar taak behoren. Zij wijst verzoeken om nakoming van civielrechtelijke verplichtingen stelselmatig af.⁸⁸ In drie besluiten heeft OPTA zich kennelijk wel bevoegd geacht, althans beschouwde zij dit wel tot haar taak, KPN tot nakoming van de teveel betaalde gelden te dwingen via het opleggen van de verplichting een creditnota te verzenden.⁸⁹ In deze zaken - na het volgen van een geschilprocedure - legt de OPTA een last aan KPN op, inhoudende dat KPN een creditnota diende te verzenden voor de verrekening van de teveel betaalde tarieven. Daarbij geeft OPTA aan dat een last onder dwangsom "het meest geëigende middel is om de geconstateerde overtreding te beëindigen. Het heeft tot doel dat MCI krijgt waar zij recht op heeft"⁹⁰. Kennelijk is OPTA nadien weer op dit beleid ten aanzien van creditnota's

⁸⁶ Besluiten A22 (COIN), A36 (MCI), A38 (Versatel), A40 (MCI), A42 (Versatel) en A52 (ILL).

⁸⁷ Zie CBB uitspraak en Tele2.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld: D25 (Energis), D49 (Spectraalmanagement) en D51 (NIT testen).

⁸⁹ Besluiten A38 (Versatel), A40 (MCI) en A52 (ILL).

⁹⁰ Besluit A52 (ILL).

teruggekomen, aangezien zij een verzoek daartoe van BT heeft afgewezen.⁹¹ OPTA overweegt hiertoe als volgt:

“BT verzoekt (...) KPN te verplichten op straffe van een last onder dwangsom de teveel in rekening gebrachte kosten te restitueren. In onderdeel (...) verzoekt BT het college aan KPN tevens een boete op te leggen voor het niet naleven van het oordeel. (...) Dit betekent dat partijen dit financieel in overeenstemming met dit besluit dienen af te wikkelen. Mochten hierover geschillen ontstaan, dan kunnen partijen deze bij de civiele rechter aanhangig maken. Het college ziet geen rol voor zichzelf ten aanzien van het crediteren van onterecht in rekening gebrachte bedragen.”

Niet duidelijk is waarom OPTA op dit punt (kennelijk) haar koers heeft gewijzigd. Opmerkelijk is overigens wel dat in - op één na⁹² - alle gevallen dat er een last onder dwangsom is opgelegd naar aanleiding van een verzoek volgend op een geschilbesluit, OPTA het instrument van een creditnota heeft ingezet om de overtreding te doen eindigen. Zie verder paragraaf 4.9 over geschilbeslechting versus civiele rechter.

Ambtsbalve handhaving

Slechts in uitzonderlijke gevallen gaat OPTA over tot *ambtsbalve* handhaving. OPTA heeft (tijdens het onderhavige onderzoek) aangegeven dat zij in de meeste gevallen slechts tot actie overgaat na een concreet verzoek daartoe, aangezien zij in veel gevallen kampt met een duidelijke informatieachterstand. Slechts na een tip of klacht, gaat zij in de meeste gevallen concreet tot nader (markt) onderzoek over. In een incidenteel geval stuit OPTA in het kader van een meer algemeen marktonderzoek op concrete problemen, die mogelijk om handhaving vragen. OPTA lijkt⁹³ haar prioriteiten te leggen bij zaken die meer het algemene belang regarderden, bijvoorbeeld de algemene belangen van eindgebruikers of consumenten (bijvoorbeeld de universele telefoongids⁹⁴) of de concurrentiepositie van velen (het referentieaanbod⁹⁵ en CPS⁹⁶).

⁹¹ Besluit D51 (NIT testen).

⁹² Besluit A22 (handhavingsverzoek COIN).

⁹³ Uit de door OPTA gepubliceerde jaarverslagen kunnen prioriteiten in haar beleid worden afgeleid. Incidenteel geeft OPTA daarbij aan dat hierbij het beleid wordt gericht op de handhaving van de betrokken norm.

⁹⁴ Besluit A15.

⁹⁵ Besluit A14 en A43.

⁹⁶ Besluit A04.

Aanbeveling

OPTA maakt richtsnoeren bekend die de afbakening tussen de behandeling van geschillen en handhavingsverzoeken verduidelijken.

4.6 MOTIVERINGSPLICHT

In het rapport ‘Zes jaar bestuur en rechtspraak in de telecommunicatiemarkt van het Instituut voor Informatierecht’⁹⁷ is reeds gewezen op het feit dat de motivering van besluiten door OPTA nadere aandacht behoeft. Nadien heeft het CBB wederom op het belang van een deugdelijke motivering van de besluiten door OPTA gewezen.⁹⁸ Bij de analyse van de besluiten van OPTA ten aanzien van handhaving, valt tevens op dat de handhaving, de keuze voor de modaliteiten, als tevens de hoogte van de dwangsom of boete, over het algemeen slechts in beperkte mate worden gemotiveerd. In de reeds genoemde zaak betreffende een sanctiebesluit van de PVK⁹⁹ heeft de rechtbank Rotterdam op het belang van een deugdelijke motivering door het bestuursorgaan gewezen:

“De rechtbank stelt vast dat verweerder de vaststelling van de modaliteit en de hoogte van de opgelegde dwangsom in het primaire besluit en in het bestreden besluit niet heeft gemotiveerd, maar heeft volstaan met het noemen van bedragen. Evenmin heeft verweerder beleid terzake vastgesteld en dat beleid d.m.v. nieuwsbrieven/circulaires aan de pensioenfondsen kenbaar gemaakt. (...) Aldus wordt naar het oordeel van de rechtbank geen of onvoldoende inzicht gegeven in de criteria die verweerder hanteert om te komen tot een bedrag dat een redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het door overtreding van het wettelijke voorschrift geschonden belang en de beoogde effectieve werking van de dwangsom oplegging. Weliswaar komt verweerder terzake een ruime beleidsvrijheid toe en dient de vaststelling van de hoogte van de opgelegde dwangsom door de rechter met terughoudendheid te worden getoetst, doch dit mag het ontbreken van motivering op een wezenlijk onderdeel van het bestreden besluit niet tot gevolg hebben.”

⁹⁷ Dommering e.a. 2003, paragraaf 4.5.

⁹⁸ Zie CBB 3 december 2003, UPC vs. OPTA, TJ 201 en CBB 8 september 2004, KPN vs. OPTA, LJN: AR1296.

⁹⁹ AB 2003/398.

Hoewel derhalve sprake is van een terughoudende toetsing door de rechter, ontnemt dit het bestuursorgaan niet van zijn verplichting de oplegging van sancties deugdelijk te motiveren. Ook voor OPTA dient dit een belangrijk punt van aandacht te zijn. In de besluiten voor eind 2003 geeft OPTA slechts een zeer summiere motivering voor de keuze van het sanctiemiddel en de hoogte van de last en boete. Het belang van een deugdelijke motivering volgt ook uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van 28 juli 2000¹⁰⁰:

“Uit voorafgaande moet nog worden toegevoegd dat het naar het voorlopig oordeel van de president zeer de vraag is of de keuze van verweerder om te meten in absolute aantallen - in plaats van het meten van foutmeldingen als percentage van het aantal geslaagde oproepen - in het bestreden besluit wel voldoende wordt gemotiveerd. Deze heel wezenlijke keuze – die naar verzoekster met enig recht heeft gesteld in kan houden dat bij een aantal oproep in van 100.000 per dag de dwangsom van fl. 500.000,00 per dag al wordt verbeurd bij een percentage van 0,1 % foutmeldingen - is door verweerder in feite (slechts) gemotiveerd met de stelling dat het hier gaat om een middel van massacommunicatie, waarbij "iedere individuele eindgebruiker" op elk gewenst moment van de dag met succes van het CPS-systeem gebruik moet kunnen maken.”

Vanaf eind 2003 besteedt OPTA meer zorg aan de motivering, doch de motivering kan nog steeds duidelijk worden verbeterd. In het geval OPTA overgaat tot publicatie van haar sanctiebeleid, zal OPTA in haar besluiten voor de motivering kunnen aanhaken bij het betrokken beleid in kwestie. Vooralsnog is dit niet het geval. In de hierna volgende paragraaf zal worden gezien welke criteria OPTA hanteert bij de oplegging van de last onder dwangsom en de boetes.

Aanbeveling

OPTA besteedt met name meer zorg aan de verantwoording van de keuze voor een bepaald handhavingsinstrument en de hoogte van de dwangsom c.q. boete.

¹⁰⁰ V.zr. Rb. Rotterdam 28 juli 2000, KPN Telecom vs. OPTA, TJ 33, LJN: AA7314 [G04].

4.7 LAST ONDER DWANGSOM

OPTA heeft weinig gebruik gemaakt van de last onder dwangsom. Wellicht is dit mede te verklaren vanwege de schorsing van de voorzieningenrechter van de beslissing tot oplegging van een dwangsom door OPTA aan KPN Telecom in de zaak van de carrier preselect aanbieders.¹⁰¹ In deze zaak kwam vast te staan dat de bestuursrechter de nodige eisen stelt aan het opleggen van de dwangsom.¹⁰² Minder kritisch toonde de bestuursrechter zich overigens in de uitspraak van 29 januari van dit jaar, waar de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam diende te oordelen over een door OPTA opgelegde dwangsom ten aanzien de door KPN Telecom te hanteren kostengeoriënteerde interconnectietarieven.¹⁰³ Het verweer van KPN Telecom dat OPTA de bevoegdheid ontbeerde een last onder dwangsom op te leggen werd door de voorzieningenrechter verworpen. Hoewel OPTA niet bevoegd was de hoogte van de tarieven vast te stellen en slechts een (rechts)oordeel kon vormen over de vraag of KPN Telecom kostengeoriënteerde tarieven hanteert, was OPTA bevoegd handhavend op te treden om te bewerkstelligen dat wordt voldaan aan de wettelijke plicht om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Het feit dat hier sprake is van handhaving van een open norm, doet naar het oordeel van de rechtbank niet aan deze handhavingsbevoegdheid af. Daarbij is van belang dat hierbij geen sprake is van “aanscherping of aanvulling van het wettelijk voorschrift zonder dat dit voorschrift daarvoor de mogelijkheid geeft” doch slechts “van de uitleg en concretisering daarvan”, aldus de voorzieningenrechter.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Zie in dit verband ook Gundelach en Michiels 2003.

¹⁰³ Rb. Rotterdam 29 januari 2004, KPN Telecom vs. OPTA, Tj 207, LJN: AO2740 [onder dwangsom inzake nummerportabiliteit onder meer de volgende publicaties op de website van OPTA: ‘Besluit op de bezwaren van ANWB Travelcom, Ben, Debitel, Dutchtone, IMC, KPN, Libertel, Talkline en Telfort gericht tegen de last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit dd. 21/12/1999’ (besluit dd. 6 juli 2000); ‘Oordeel van OPTA omtrent het verzoek van Debitel de verbeurde dwangsommen inzake nummerportabiliteit te matigen’ (besluit dd. 1/2/2001); ‘Brief dd. 29 juni 2001 aan alle aanbieders van mobiele telefonie, inhoudende kennisgeving van opheffing last onder dwangsom nummerportabiliteit en introductie beleidsregels’ (kenmerk OPTA/EGM/2001/201639). Aan deze implementatie van nummerportabiliteit ging een eerdere vooraf waarbij ook een last werd opgelegd die later weer kon worden ingetrokken (zie oa op de website van OPTA: ‘Besluit tot intrekking van de last onder dwangsom van 25 maart 1999, gericht aan Ben, Debitel, Dutchtone, KPN, Libertel, Talkline en Telfort’ (besluit dd. 1/10/1999)). Wegens het naar de inzichten van de rechtbank Rotterdam ontbreken van een wettelijke grondslag strandde een derde traject waarbij met name de termijnen voor en contractuele inkadering van nummerportabiliteit aan de orde was (LJN: AO7010).

Een en ander neemt niet weg dat de inzet van het instrument van de last onder dwangsom wel het beoogde effect heeft gehad. Dit blijkt uit de procedures die OPTA startte in het kader van nummerportabiliteit. Zo werd bijvoorbeeld bij de invoering van nummerportabiliteit in oktober 1999 een voornemen tot het opleggen van een dwangsom kenbaar gemaakt aan alle betrokken aanbieders, waarna in december werd overgegaan tot het opleggen ervan. Handhaving leidde er toe dat er medio 2000 dwangsommen werden verbeurd. In een geval werd gehoor gegeven aan een matigingsverzoek. Tenslotte werd de last medio 2001 weer ingetrokken omdat partijen hun gedrag hadden verbeterd¹⁰⁴.

Voor aankondigingen

Voor aankondigingen tot het opleggen van een last onder dwangsom blijken uit de gehouden gesprekken onderdeel van de standaardprocedure. Een dergelijke praktijk laat zich ook indirect afleiden uit de gemaakte kwantitatieve analyse. Een duidelijk zicht - zowel in kwantitatieve als kwalitatieve/inhoudelijk zin - ontbreekt, omdat voor aankondigingen tot het opleggen van een dwangsom in de regel niet worden gepubliceerd. Sommige gevallen wordt hierop een uitzondering gemaakt¹⁰⁵ Waarom in deze cases wel tot publicatie is overgegaan, is evenwel onduidelijk.

De last

De opgedragen last dient duidelijk en concreet te zijn geformuleerd. In de reeds aangehaalde uitspraak van 28 juli 2000¹⁰⁶ heeft de voorzieningenrechter op het belang hiervan gewezen:

“Het moge wellicht zo zijn dat zoals verweerder [OPTA] heeft gesteld, indien het gaat om maatregelen van complex technische aard, niet elke te nemen maatregel in detail in de op te leggen last behoeft worden omschreven, wel dient de norm waaraan wordt getoetst of de dwangsom wordt verbeurd helder en duidelijk te zijn. Elke burger, maar evenzeer een onderneming als die van verzoekster, heeft er recht op dat de bestuursrechtelijke sanctieoplegging zodanig scherp is dat duidelijk is onder welke grens c.q. boven welke grens - in casu - de dwangsom niet danwel juist wel, wordt verbeurd (...)

¹⁰⁵ Bijvoorbeeld: Voor aankondiging van een last onder dwangsom aan KPN voor het factureren van een toeslag voor spectraalmanagement, d.d. 13/09/02 [C33]; Handhaving EDC-VI en BULRIC III tarieven dd. 26/11/2003 [C47].

¹⁰⁶ TJ 33.

Gelet op het voorgaande is het naar het voorlopig oordeel van de president in hoge mate waarschijnlijk dat het bestreden besluit in elk geval op het punt van rechtszekerheid voor vernietiging in aanmerking zou komen.¹⁰⁷

De hoogte van de dwangsom

In de onderzochte besluiten is moeilijk te achterhalen welke factoren de hoogte van de dwangsom bepalen. In veel gevallen wordt de hoogte niet gemotiveerd of de hoogte van de dwangsom niet openbaar gemaakt. De volgende criteria heeft OPTA wel aangegeven ter onderbouwing van de dwangsom:

- voor het bepalen van de hoogte van de dwangsom heeft het college overwogen dat hij met deze last onder dwangsom niet beoogt handhavend op te treden tegen incidentele overtredingen van de Tw en beleidsregels, maar tegen de bestendige overtreding hiervan door KPN en de weigering van KPN zich aan de beleidsregels te conformeren. Gelet hierop staat de dwangsom naar het oordeel van het college in redelijke verhouding tot de beoogde werking van de dwangsomoplegging¹⁰⁸;
- daarnaast leidt het berekenen van tarieven die hoger zijn dan kostengeoriënteerd tot onaanvaardbare marktverstoringen alsmede tot de hoge eindgebruikerstarieven, welke nauwelijks of in het geheel niet restitueerbaar zijn. Een en ander rechtvaardigt naar het college een substantiële dwangsom, die vooralsnog wordt bepaald op € 2.000.000,00 per maand, zijnde, zoals gezegd, een conservatieve schatting van het door KPN behaalde voordeel. Een cijfermatige onderbouwing wordt gegeven in een (vertrouwelijke) bijlage¹⁰⁹,
- bij bepalen van de hoogte van de dwangsom heeft het college rekening gehouden met het feit dat het college reeds in zijn oordeel heeft aangegeven dat het niet als redelijk kan worden beschouwd dat KPN de toeslag in rekening brengt. Voorts heeft het college in aanmerking genomen dat KPN door het deels afwentelen op haar concurrenten van de kosten die ten behoeve van de dienstverlening van KPN huurlijnen moet worden gemaakt, het totstandkomen van

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Besluit A46.

¹⁰⁹ Besluit A44.

- een eerlijke en duurzame concurrentie op de markt voor breedbanddiensten belemmert¹¹⁰,
- de hoogte van de dwangsom is direct gerelateerd aan het betrokken belang¹¹¹.

In de eerder genoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 29 januari 2004¹¹² had OPTA aan KPN Telecom een dwangsom van € 2.000.000,- per kalendermaand met een maximum van € 12.000.000,- opgelegd. De voorzieningenrechter geeft aan dat de wijze waarop het betrokken bestuursorgaan de dwangsom heeft vastgesteld (conform artikel 5:32, lid 4 Awb) terughoudend dient te worden getoetst. Vervolgens overweegt de rechtbank als volgt:

“De voorzieningenrechter is met KPN van oordeel dat de opgelegde dwangsom fors is. Het verschil tussen de door KPN en de in het voorliggende besluit vastgestelde kostengeoriënteerde tarieven is echter eveneens fors te noemen. De verklaring van verveerder [OPTA] dat voor het vaststellen van de hoogte van de dwangsom als uitgangspunt is genomen dat van de op te leggen dwangsom een voldoende prikkel behoort uit te gaan dat KPN alle noodzakelijke inspanningen verricht om zijn overtreding daadwerkelijk te beëindigen, acht de voorzieningenrechter niet onaanvaardbaar. Op grond van de uit artikel 5: 32, lid 4 Awb voortvloeiende maatstaven geldt al beperking dat het bedrag van de dwangsom niet disproportioneel hoog mag zijn in verhouding tot de ernst van de overtreding. Laatstgenoemde beperking is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende in acht genomen. Gelet op de prikkel die van een last onder dwangsom moet uitgaan om te doen of te laten waartoe men rechtens verplicht is kan in dit geval, in het licht van de door verveerder berekende schatting van het door KPN te behalen voordeel, de hoogte van de dwangsommen niet als onevenredig worden aangemerkt.”

Deze uitspraak vormt een belangrijke indicatie voor OPTA op welke wijze zij gebruik kan maken van het instrument van de last onder dwangsom. In het geval van ernstige overtredingen en grote voordelen aan de zijde van de overtreder met ingrijpende gevolgen voor de concurrentiepositie voor andere ondernemingen, behoeft OPTA (in beginsel) niet te zuinig met dit instrument om te springen.

¹¹⁰ Besluit A33.

¹¹¹ Besluit A52.

¹¹² Rb. Rotterdam 29 januari 2004, KPN Telecom vs. OPTA, TJ 207, LJN: AO2740 [G44].

De 'nazorg'

Niet veel zicht bestaat er op het traject ná de oplegging van de last onder dwangsom. Of sprake is van niet nakoming van de last en/of het verbeuren van de dwangsom, kan in de praktijk door derde-belanghebbenden lastig worden vastgesteld. Slechts in een enkel geval is OPTA tot intrekking van de last of matiging van de dwangsom overgegaan althans heeft zij hierover besluiten gepubliceerd.

Daarnaast dient te worden geconstateerd dat in het huidige recht een korte verjaringstermijn geldt. De bevoegdheid tot invordering van verbeurde bedragen verjaart reeds na zes maanden na de dag waarop zij zijn verbeurd (artikel 5:35 Awb). Dit heeft tot gevolg dat indien OPTA niet tijdig de besluiten op naleving zou controleren, het risico aanwezig is dat de dwangsommen niet meer kunnen worden geïncasseerd.

In het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb¹¹³ is een noviteit opgenomen die de positie van derde-belanghebbenden aanzienlijk verbetert. In artikel 5:37, lid 2 wordt bepaald dat het bestuursorgaan op verzoek van een belanghebbende binnen vier weken moet beslissen omtrent de invordering van een dwangsom. Er is daarmee een bestuursrechtelijke mogelijkheid om de invordering van de dwangsom aan de orde stellen. Daarover behoeft niet altijd een afzonderlijke procedure aanhangig te worden gemaakt, want indien er reeds een procedure aanhangig is, gaat het geschil over de invordering daarvan vanzelf deel uitmaken (artikel 5:39). Deze nieuwe regeling zal de positie van degene die om handhaving heeft verzocht aanzienlijk versterken. De invoering van dit nieuwe wettelijke systeem laat (zoals het zich nu laat aanzien) echter nog wel enige tijd op zich wachten.

¹¹³ *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nrs. 1-4.

Aanbeveling

De last onder dwangsom wordt helder en concreet geformuleerd.

Op te stellen beleidsregels geven aan welke factoren de hoogte van de dwangsom bepalen en welke dwangsommen (globaal) voor welke gedragingen zullen worden opgelegd.

De “nazorg” van genomen handbavingsbesluiten krijgt meer aandacht. OPTA geeft aan of en op welke wijze een handbavingstraject is afgerond.

4.8 BOETES

Tot op heden heeft OPTA slechts een beperkt aantal boetes opgelegd. In het totaal betreft het 4 boetebesluiten.¹¹⁴ In deze besluiten variëren de boetes (voor zover kan worden nagegaan) van tot € 90.000,00 tot € 375.000,00. Onder de oude Tw kon OPTA slechts boetes opleggen tot een maximum van € 450.000,00. In de nieuwe Tw is de bevoegdheid van OPTA tot boeteoplegging aanzienlijk gewijzigd: De vraag doet zich voor of OPTA - nu het instrumentarium van boeteoplegging aanzienlijk is verbeterd - meer gebruik zal gaan maken van haar bevoegdheid tot de oplegging van boetes. In tegenstelling tot de NMa, DTe en het Commissariaat voor de Media heeft OPTA geen beleidsregels ten aanzien van boetes vastgesteld. OPTA heeft evenwel aangegeven dat zij binnen afzienbare tijd beleidsregels voor boetes zal publiceren.

Gezien het feit dat OPTA zo weinig gebruik maakt van haar boetebevoegdheid is het de vraag of de wettelijke verhoging van de boetes zal leiden tot een strengere handhaving door OPTA aan de hand van hogere boetes.

De hoogte van de boete

Artikel 15.4, lid 3 Tw bepaald dat de hoogte van de boete in ieder geval wordt afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt. De

¹¹⁴ Besluiten F01, F37, F48 en F53.

hoogte van de door het betrokken bestuursorgaan opgelegde boete wordt door de bestuursrechter *volledig* getoetst.¹¹⁵ Aangezien de boeteoplegging een punitieve sanctie is, waaraan de eisen van artikel 6 EVRM zijn verbonden, dient de rechter vol te toetsen op evenredigheid tussen de ernst van de verweten gedraging, de mate van verwijtbaarheid van de gedraging en financiële draagkracht enerzijds, en de zwaarte van de opgelegde sanctie anderzijds. Bij de toetsing zal dus tot uitdrukking moeten komen of ook de rechtbank, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, vindt dat de opgelegde boete voor de overtreding evenredig is. Zelfs indien de wet uitgaat van de gefixeerde boetes met slechts de mogelijkheid om in uitzonderlijke omstandigheden hiervan af te wijken, dient het betrokken bestuursorgaan zelfstandig de opgelegde boete aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen.

Welke criteria hanteert OPTA nu bij de vaststelling van de hoogte van boetes? Uit de enkele besluiten zijn de volgende criteria af te leiden:

- Alleen de oplegging van een boete kan worden ingezet om behaalde voordeel te ontnemen¹¹⁶;
- door de overtreding is het belang van het bevorderen van concurrentie geschaad;
- voor de vaststelling van de ernst van de overtreding neemt het college mede in overweging dat het bestaan van een discriminatoire situatie met name in de beginfase van een dienst grote gevolgen heeft, aangezien die periode zeer bepalend is voor het verwerven van marktaandeel¹¹⁷;
- het college overweegt dat de boete zo hoog zou moeten zijn dat zij KPN Telecom van volgende overtreding weerhoudt en potentiële overtreders afschrikt (speciale en generale preventie)¹¹⁸;
- de ernst en de duur van de overtreding vragen naar het oordeel van het college om de oplegging van een boete, waarvan de hoogte dicht bij het wettelijk maximum ligt¹¹⁹;

¹¹⁵ CBB 29 april 2004, Fin Result B.V. vs. AFM, *JOR* 2004,173, m.nt. J.F. de Groot.

¹¹⁶ F37.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Idem.

- bij bepalen van de ernst van de overtreding neemt het college de doelstellingen van de Tw, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers tot uitgangspunt¹²⁰;
- het concurrentienadeel dat CPS-aanbieders hebben gehad ten opzichte van KPN, valt niet te repareren¹²¹;
- het college vastgesteld dat een wettelijke norm is overtreden en dat met deze overtreding de concurrentie is belemmerd en de belangen van eindgebruikers zijn geschaad. Op basis hiervan bestaat er naar de mening van het college aanleiding om een substantiële boete op te leggen, waarbij de hoogte van de boete is georiënteerd op het niveau van het op grond van artikel 15. 4, lid 4 TW geldende boetemaximum van € 450.000,00. De omstandigheid dat de CPS-dienstverlening ondanks de overtreding niet geheel onmogelijk is gemaakt, geeft het college echter aanleiding de boete te matigen tot € 225.000,00¹²².

Na afronding van deze studie is nog kennis genomen van de door OPTA aangekondigde *Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet* (Boetebeleidsregels OPTA). In deze regels, die hier niet nader worden besproken, wordt een wegingskader geschetst voor het opleggen van boetes en de hoogte ervan. Daarmee wordt in belangrijke mate tegemoet gekomen aan de navolgende aanbeveling.

Aanbeveling

OPTA publiceert boeterichtsnoeren, die duidelijkheid over haar beleid ten aanzien van het opleggen van boetes verschaffen.

4.9 GESCHILBESLECHTING VERSUS CIVIELE RECHTER

Dit betreft een lastig onderwerp. De figuur van geschilbeslechting betreft een hybride rechtsvorm, waarbij OPTA zich als het ware “boven partijen”

¹²⁰ F53.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

plaatst en een bindend oordeel over het geschil tussen de betrokken partijen dient te vellen.¹²³ Bij geschilbeslechting verwijderd de uitoefening van bevoegdheden door de toezichthouder zich van de traditionele handhavinginstrumenten. De Telecommunicatiewet geeft OPTA expliciet de bevoegdheid de regels die tussen partijen dienen te gelden, vast te stellen. Het telecommunicatierecht doorbreekt hier de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen: OPTA heeft op basis van deze wettelijke bepalingen vergaande bevoegdheden om vooraf of achteraf in een contractuele relatie in te grijpen. Aspecten van bestuurs(proces)recht en het civiele (proces)recht lopen geheel door elkaar heen. Dit is onvoldoende door de wetgever erkend. De bevoegdheden en toetsingsnormen zijn slechts marginaal in de wet vastgelegd. Dit heeft het toezicht de OPTA aanzienlijk bemoeilijkt. Dit aspect is in versterkte mate aanwezig geweest doordat OPTA ervoor had gekozen het toezicht met name via geschilbeslechting te laten verlopen.

Marktpartijen hebben tijdens het onderzoek aangegeven dat zij in de praktijk de tenuitvoerlegging van geschilbesluiten van OPTA als een heikel punt ervaren. Dit heeft verschillende oorzaken.

Met deze tenuitvoerlegging is in de praktijk lange tijd gemoeid en komt in veel gevallen slechts tot stand na interventie (op verzoek) van OPTA of na het doorlopen van een handavingsprocedure. Uit het termijnen overzicht (zie tabel 3 in paragraaf 3.2) blijkt dat tussen het moment van het aanhangig maken van het geschil en het uiteindelijke handavingsbesluit de nodige tijd is gemoeid. Daarnaast wordt de tenuitvoerlegging c.q. de handhaving in sommige gevallen bemoeilijkt vanwege het feit dat in het dictum van het geschilbesluit niet geheel duidelijk is omschreven wat precies de door OPTA opgelegde verplichting is. OPTA dient hier meer zorg aan te besteden. In het dictum dient voldoende nauwkeurig en duidelijk te zijn omschreven wat precies en binnen welke termijn van de betrokken marktpartijen wordt verwacht. Indien hier over onduidelijkheid bestaat, compliceert dit de uitvoering van het geschilbesluit dan wel de handhaving daarvan aanzienlijk.

¹²³ Zie voor een uitgebreide behandeling van de bevoegdheden van OPTA ten aanzien van geschilbeslechting: Ottow 2003, p. 211-231. Zie tevens: Ottow 2002, p. 316-319.

Ook de inning van teveel betaalde gelden (na de vaststelling van OPTA in het geschilbesluit dat KPN te hoge tarieven in rekening heeft gebracht) is in de visie van marktpartijen een gecompliceerde aangelegenheid. Gezien het standpunt van OPTA in de meeste geschilbesluiten, dienen marktpartijen voor de inning van onverschuldigd betaalde bedragen, een separate civiele procedure te starten na het doorlopen van de geschilprocedure. OPTA meent dat haar geen instrumenten ter beschikking staan om dit te voorkomen. Overigens dient evenwel te worden gewezen op de recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 augustus 2004¹²⁴, waaruit kan worden afgeleid dat de weg naar de bestuursrechter niet zomaar wordt afgesneden doordat een weg naar de civiele rechter openstaat.

Het is inderdaad juist dat de bestuursrechtelijke geschilprocedure niet voorziet in een regeling voor de inning van de teveel betaalde gelden. In beginsel is hiervoor een civiele procedure vereist. De bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en OPTA is in de praktijk een lastige. De rechtbank Rotterdam heeft dit als volgt samengevat¹²⁵:

“Genoemd artikel 6.9 juncto artikel 6.3, lid 2, Tw geeft OPTA niet de bevoegdheid om ter beslechting van de aangeduide geschillen meer te doen dan regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden. Tot die bevoegdheid behoort niet de veroordeling van een der partijen wegens onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad als thans door BabyXL wordt gevorderd. (In de executie van dergelijke besluiten van OPTA is ook niet in de wet voorzien.)”

De Rechtbank raakt hier de kern van het probleem: in de Telecommunicatiewet is geen regeling opgenomen voor de executie van besluiten van OPTA. De uitspraak van het zelfstandig bestuursorgaan verschaft de winnende partij geen titel tot executie. Zoals aangegeven door de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 19 februari 2002¹²⁶, kan de andere partij slechts tot betaling worden gedwongen na tussenkomst van de civiele rechter. De civiele rechter dient eerst zelf de verschuldigdheid van de vordering vast te stellen, alvorens een verplichting tot betaling bestaat. Het moge duidelijk zijn dat deze situatie afbreuk doet aan de effectiviteit van

¹²⁴ Rb. Rotterdam 12 augustus 2004, KPN Telecom vs. OPTA, LJN: AR5163.

¹²⁵ Rb. Rotterdam 29 november 2001, CLEC Netherlands B.V. en BabyXL Broadband DSL vs. KPN Telecom BV, zaak-rolnr. 156783/HAZA 01-1308, niet gepubliceerd.

¹²⁶ Vz. Rb. Rotterdam 19 februari 2002 (datum publicatie 22 mei 2002), KPN Telecom vs. OPTA, TJ 75, LJN: AE2874.

geschilbesluiten van OPTA. Bovendien betekent dit - in de context van interconnectieovereenkomsten - dat marktpartijen een lange weg hebben te gaan voordat zij tot incasso van de aan hen toekomende gelden kunnen overgaan. Dit probleem zou op diverse wijzen kunnen worden opgelost. Nu er door de wetgever voor gekozen is, dergelijke geschillen te laten beslechten door een zelfstandig bestuursorgaan in plaats van de civiele rechter, zou het voor de hand liggen dat de uitspraak van OPTA een executoriale titel oplevert, hetgeen het eisen van de nakoming van deze besluiten aanzienlijk zou vereenvoudigen. In navolging van het civiele procesrecht, zou de wederpartij in geval van executie een executiegeschil aanhangig kunnen maken, indien hij meent dat ten onrechte niet tot tenuitvoerlegging van het geschilbesluit wordt overgegaan. De Tw zou op dit punt dan dienen te worden gewijzigd.

Of de wetgever daartoe bereid zal zijn, valt nog niet te voorzien. De toekenning van een executoriale titel aan een bestuursrechtelijk besluit, onttrekt het geschil over de nakoming van de verplichting aan de competentie van de civiele rechter.¹²⁷ In art. 112 lid 1 van de Grondwet is de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen aan de rechterlijke macht opgedragen. Het tweede lid van deze bepaling maakt het mogelijk dat “geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan” worden opgedragen aan gerechten die niet behoren tot de rechterlijke macht. Tot die gerechten rekent men onder andere het CBB. Onttrekking aan de civiele rechter is dus alleen mogelijk als het gaat om geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen ontstaan. De vraag die kan worden gesteld is of deze verplichtingen (zoals geldschulden) voortvloeien uit het geschilbesluit (ontstaan uit een bestuurlijk besluit) danwel voortvloeien uit de overeenkomst, waarvan het geschilbesluit bindend de inhoud vaststelt (ontstaan uit een burgerlijke rechtsbetrekking). In de nieuwe Telecommunicatiewet is een nieuw artikel 12.6 opgenomen, waarin nu is vastgelegd dat de bij het geschil betrokken partij het besluit van OPTA dient op te volgen en dat OPTA hiervoor termijnen kan stellen. Hiermee lijkt buiten twijfel te worden gesteld dat de via het besluit van OPTA vastgestelde civielrechtelijke verplichtingen *ook* via de publiekrechtelijke route kunnen worden gehandhaafd. Beide routes kunnen derhalve naast elkaar bestaan en kan in elk geval niet worden gesteld dat de

¹²⁷ Zie hierover Hins 2003.

verplichtingen uitsluitend uit een burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan. In het verlengde daarvan kan worden betoogd dat aan het besluit van OPTA ook een executoriale titel dient te worden verleend.

Een ander alternatief zou de last onder dwangsom kunnen zijn. Het inzetten van het instrument van een last onder dwangsom, waarbij OPTA de in het ongelijk gestelde partij tot betaling van de onverschuldigde bedragen aan de wederpartij verplicht, lijkt evenwel de grenzen van het gebruik van een bestuurlijk instrument en de bevoegdheden in het kader van geschillenbeslechting te buiten te gaan. Hoewel OPTA, zoals aangegeven in een drietal besluiten, aan KPN een last in de vorm van een creditnota heeft opgelegd, lijkt zij momenteel de mening te zijn toegedaan (gezien de afwijzing van een dergelijk verzoek in de BT-zaak)¹²⁸ dat dit instrument in het kader van een handhavingstraject niet kan worden gebruikt.

Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt is het inderdaad de vraag of hiervoor een bestuurlijk handavingsinstrument kan worden ingezet. Het door OPTA te beoordelen civielrechtelijke geschil is immers reeds door een bindend (bestuurlijk) besluit beslecht. De executie van bestuurlijke besluiten, voorzover die strekken tot een betalingsverplichting, vindt op grond van het huidige recht nu eenmaal plaats via de civiele rechter. Dit is voor het telecommunicatierecht niet anders. Het bestuurlijke instrument wordt in de genoemde besluiten door OPTA ingezet voor de oplossing van een nieuwe ontstane civielrechtelijke aangelegenheid, nl. de terugvordering van te veel betaalde bedragen. Wel dient te worden geconstateerd dat dit instrument een zeer effectief en efficiënt middel vormt en nog geen jurisprudentie voorhanden is, die deze werkwijze van OPTA heeft getoetst. Wellicht dat op grond van het nieuwe artikel 12.6 Tw kan worden betoogd dat deze bevoegdheid aan OPTA toekomt.

Het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb Introduceert de figuur van de bestuursrechtelijke geldschuld.¹²⁹ In dit wetsvoorstel is een regeling opgenomen voor de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden (Titel 4.4), waarin is bepaald dat de verplichting tot de betaling van een geldsom

¹²⁸ Besluit D51.

¹²⁹ Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 2.

bij beschikking kan worden vastgesteld (artikel 4.4.1.2). Deze regeling is volgens de tekst van artikel 4.4.1.1, lid 1 van toepassing op geldschulden die voortvloeien uit

- “a. een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt, of
- b.”een besluit dat vatbaar is voor bezwaar of beroep.”

Hoewel uit de memorie van toelichting valt af te leiden dat niet is gedacht aan een situatie als de onderhavige, valt de invordering van teveel betaalde gelden naar aanleiding van geschilbesluiten van OPTA strikt genomen onder de definitie van bestuursrechtelijke geldschuld, zoals neergelegd in sub b van artikel 4.4.1.1, lid 1. Het moge evenwel duidelijk zijn dat de wettelijke regeling bedoeld is voor het geldelijk verkeer tussen een bestuursorgaan en de betrokken belanghebbende en niet voor het geldelijk verkeer tussen twee belanghebbenden.

Zou een regeling als die van de Vierde Tranche Awb ook van toepassing zijn op geldschulden die voortvloeien uit een geschilbesluit van OPTA, dan zou dit de effectiviteit van de (ten uitvoerlegging van) geschilbesluiten kunnen vergroten. Voor de toepasselijkheid voor deze regeling is eveneens van belang dat kan worden vastgesteld dat de verplichtingen (tevens) voortvloeien uit het geschilbesluit en niet slechts voortvloeien uit de overeenkomst (waarvan het geschilbesluit bindend de inhoud vaststelt). Het verdient aanbeveling dit aspect onder de aandacht van de wetgever c.q. de Tweede kamer te brengen.

Een beroep op de civiele rechter kan een alternatieve route zijn voor het involveren van OPTA. Immers, een rechtstreeks beroep op de rechter ter handhaving van bepalingen uit de Telecommunicatiewet is niet verboden en lijkt in specifieke gevallen sneller en daarmee meer efficiënt te zijn. Zoals hiervoor beschreven pookde in 2000 Energis al – zonder succes - vaststelling van tarieven te bewerkstellingen via een beroep op de Rechtbank Rotterdam. Meer recent bleek de civiele rechter wel te willen beslissen over een verzoek waarbij een informatieplicht aan KPN werd opgelegd.¹³⁰ De betreffende informatieplicht had ook onder de Telecommunicatiewet kunnen worden

¹³⁰ Pretium vs. KPN, Jurisprudentie *Mediaforum* 2004/9, nr. 31. m.nt. N.A.N.M. van Eijk.

geregeld door OPTA. In voorkomende gevallen zouden partijen zich dan ook de vraag moeten stellen of er niet een civiel alternatief aanwezig is.

Aanbeveling

OPTA maakt haar beleid kenbaar inzake de behandeling van civielrechtelijke aspecten van geschilbeslechting (taakafbakening tussen OPTA en de civiele rechter).

In het kader van het Wetsvoorstel Vierde Tranche Awb wordt (bij de regering of de Tweede kamer) onder de aandacht gebracht dat artikel 4.4.1.2 tevens van toepassing dient te zijn op geldschulden die ontstaan als gevolg van een besluit van OPTA.

OPTA besteedt meer zorg te besteden aan het formuleren van de in het geschilbesluit opgelegde concrete verplichtingen teneinde de handbaafbaarheid van deze besluiten te vergroten. De nakoming van geschilbesluiten wordt stelselmatig gecontroleerd, waarbij actief gebruik wordt gemaakt van het nieuwe instrument van artikel 12.6 Tw.

4.10 HANDHAVING EN DE GEWIJZIGDE TELECOMMUNICATIEWET

De recente wijziging van de Telecommunicatiewet, waarbij het nieuwe Europese kader voor de communicatiesector is geïmplementeerd, heeft diverse effecten voor de handhaving. In de eerste plaats is in artikel 1.3 Tw voor OPTA de mogelijkheid gecreëerd om bij haar werkzaamheden – dus ook in het kader van de handhaving – rekening te houden met de normatieve uitgangspunten van het nieuwe kader (zoals deze met name zijn terug te vinden in de Kaderrichtlijn). Verder heeft de aanpassing geleid tot de introductie van een nieuw artikel 3.13 Tw geleid. In dit artikel is nu expliciet vastgelegd dat OPTA de bevoegdheid heeft “op eigen initiatief in concrete gevallen maatregelen te nemen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in artikel 8, tweede, derde of vierde lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG genoemde doelstellingen”. Het artikel bepaalt verder dat op de voorbereiding van een besluit van het college en op het besluit van het college de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is. Ook dient het

college bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid te handelen met inachtneming van bij ministeriële regeling te geven voorschriften. Met de invoering van artikel 3.13 Tw is aldus een versterking van de ambtshalve bevoegdheid tot handhaving aangebracht, die deels haar spiegelbeeld vindt in het nieuwe artikel 12.6 Tw dat bij een geschil betrokken partijen verplicht tot het - binnen een al dan niet nader aangegeven termijn - opvolgen van een besluit van OPTA. De wetswijziging geeft verder een versterking van de positie van de consument (hoofdstuk 7), waarvoor de handhaving bij OPTA is gelegd. Evenmin kunnen de aanpassingen in hoofdstuk 15 onvermeld blijven die de mogelijkheid bieden om strikter toe te zien op onder meer de informatievervalsing door marktpartijen en waarin de maximaal op te leggen boete is verhoogd. Tenslotte is relevant dat het nieuwe Europese Kader voorziet in de instelling van een European Regulators Group (ERG), die adviseert over toezichtsvraagstukken en daarmee bijvoorbeeld normen inzake handhaving nader concretiseert. Zo publiceerde de ERG op 23 april 2004 “de Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework”.¹³¹ In dit document wordt voor een aantal situaties aangegeven welke instrumenten het meest geschikt zijn om toe te passen.

Met de recente wijzigingen van Telecommunicatiewet heeft er aldus een accentverlegging plaatsgevonden van de oorspronkelijke nadruk op geschilbeslechting naar een meer pro-actieve benadering. Deze wordt het duidelijkst verwoord in het nieuwe artikel 3.13 Tw. OPTA zal zich hiervan bewust dienen te zijn en een concrete invulling dienen te geven aan deze nieuwe positie.

Aanbeveling

Toezicht en de handhaving dienen aan te sluiten bij de gewijzigde regelgeving waarin een accentverschuiving naar en versterking van de mogelijkheden tot zelfstandige handhaving is te constateren.

¹³¹ http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf

4.11 POSITIE MARKTPARTIJEN

Beziet men de kwantitatieve gegevens, dan vallen ten aanzien van de positie van marktpartijen een aantal zaken op. Slechts in een paar gevallen is formeel om handhaving verzocht na een geschilbesluit van OPTA (voorzover dit uit de beschikbare bronnen is na te gaan). In die gevallen waarin dit is gebeurd, is de nodige tijd verstreken tussen het geschilbesluit en het indienen van een verzoek om handhaving. Hieruit volgt dat ook marktpartijen zelf het nodige kunnen ondernemen om de besluitvorming door OPTA te bespoedigen. Zo zouden zij sneller verzoeken om handhaving bij OPTA kunnen indienen en daarbij zelf duidelijk de vinger aan de pols kunnen houden. Met name kunnen zij daarbij OPTA dwingen de wettelijke termijn voor het nemen van handhavingsbesluiten in acht te nemen. In het concept voor de Procedureregeling geschillen en handhaving, geeft OPTA zelf aan dat zij - conform artikel 4:14, lid 3 Awb - in beginsel binnen acht weken zal beslissen (artikel 30 lid 1 concept Procedureregeling). Indien OPTA niet binnen deze termijn beslist althans niet binnen deze termijn aangeeft op welke redelijke termijn zij wel zal beslissen, kunnen de betrokken marktpartijen de voorzieningenrechter in Rotterdam verzoeken OPTA te gelasten alsnog binnen korte termijn te beslissen.¹³² Uit de reeds aangehaalde uitspraak van het CBB inzake de huurlijnen aanwijzing van KPN, volgt dat marktpartijen zelf dergelijke initiatieven dienen te nemen.

Daarnaast kan worden geconstateerd dat marktpartijen voor wat betreft de beslechting van civielrechtelijke aangelegenheden hoge verwachtingen koesteren ten aanzien van de mogelijke bevoegdheden van OPTA. Marktpartijen dienen keer op keer na te gaan in hoeverre het realistisch is civielrechtelijke geschillen via de route bij OPTA te laten beslechten. In veel gevallen ligt de civielrechtelijke handhaving meer voorhand en kan via een civielrechtelijke (kortgeding) procedure op korte termijn wellicht meer worden bereikt. Hoewel moet worden erkend dat OPTA zelf voor de nodige verwarring heeft gezorgd door het nemen van tegenstrijdige besluiten, heeft de bestuursrechtelijke geschilprocedure nu eenmaal de genoemde inherente beperkingen.

¹³² Vgl. Tele2 (TJ 175, TJ 176 en TJ 177).

Aanbeveling

Marktpartijen dienen alert te zijn op de naleving van handhavingsbesluiten en verzoeken tot handhaving hiertoe (tijdig) bij OPTA indienen. Daarbij dienen zij (naast OPTA) ook zelf de beslistermijnen voor handhavingsbesluiten te bewaken en OPTA op deze termijnen te wijzen en zonedig de tussenkomst van de bestuursrechter in te roepen.

5. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

5.1 CONCLUSIES

In dit onderzoek is een analyse gemaakt van de handhaving door OPTA op grond van de Telecommunicatiewet en de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Wanneer gekeken wordt naar het wettelijk kader blijkt dat OPTA over een ruime toolkit beschikt die bij de handhaving kan worden ingezet. Naast een bevoegdheid om geschillen te beslechten, kan OPTA op grond van hoofdstuk 15 Tw ook ex officio optreden en tot ambtshalve handhaving overgaan. Marktpartijen zijn gehouden medewerking te verlenen door informatie ter beschikking te stellen en eventueel toegang te verschaffen voor verdere verificatie. Sinds de recente aanpassing van de Telecommunicatiewet is de informatieverplichting bovendien versterkt en kan OPTA voor bepaalde categorieën van gevallen hogere boetes opleggen. De op te leggen maatregelen strekken zich uit tot het toepassen van bestuursdwang door middel van het opleggen van een last onder dwangsom of een boete. Ook is de mogelijkheid tot het verbod op voorzetting van activiteiten opgenomen.

Uit de kwantitatieve analyse in hoofdstuk 3, die op een vergelijkbare wijze opgenomen zou moeten zijn in jaarlijkse OPTA-verslaglegging, blijkt dat er door OPTA in beperkte mate gebruik wordt gemaakt van beschikbare handhavingsinstrumenten en eigen voornamelijk zich heeft gericht op geschilbeslechting. Het valt buiten de omvang van dit onderzoek om na te gaan of dit in overeenstemming is met de situatie dan wel moet worden gezien als terughoudendheid aan de zijde van de toezichthouder of als een teken dat marktpartijen weinig vertrouwen hebben in de effectiviteit van handhaving. De doorlooptijden van handhavingsprocedures zijn - ondanks het bijzondere karakter van handhaving - lang. De doorlooptijd van

handhaving, ambtshalve en op verzoek, varieert tussen één maand en zes maanden. Daar komt bij dat alvorens een formeel handhavingstraject wordt opgestart, er vaak al een lange periode aan vooraf is gegaan waarin partijen gepoogd hebben om onderling tot overeenstemming te komen, een geschilprocedure heeft gespeeld, OPTA een consultatieronde heeft gehouden en/of een oordeel heeft gepubliceerd. Een vergelijkbare constatering werd ook al gedaan in het kader van het eerdere onderzoek naar de jurisprudentie. Weliswaar kent de aangepaste Telecommunicatiewet een meer dwingend regime ten aanzien van de doorlooptijden van geschilbeslechting, een vergelijkbare regeling voor ambtshalve handhaving ontbreekt en maakt ook geen deel uit van de concept procedureregels. Niet alleen kan worden geconstateerd dat door OPTA de nodige tijd wordt genomen om te besluiten, ook marktpartijen nemen de tijd om handhavingsverzoeken in te dienen. Even zozeer laten zich geen duidelijke conclusies trekken ten aanzien van de effectiviteit van de gehanteerde handhavingsinstrumenten. De boete is zelden toegepast, terwijl aan het opleggen van een dwangsom als mogelijk bezwaar kleeft dat daar maar in beperkte mate preventieve werking vanuit gaat.

Verder geeft de kwantitatieve analyse onder meer weer dat handhavingsverzoeken die tegelijkertijd worden ingediend bij een verzoek tot geschilbeslechting systematisch worden afgewezen. Verder wordt bij de afwijzing van een verzoek tot oplegging van een last onder dwangsom veelal zonder verdere motivering geen aanleiding gezien tot handhaving. Ten aanzien van het opleggen van boetes wordt nog geconstateerd dat het boete-instrument maar in beperkte mate is ingezet.

Bij de beoordeling van het gevoerde beleid in hoofdstuk 4 kan in de eerste plaats worden geconstateerd dat OPTA geen transparant beleid kent dat neergelegd is in beleidsregels. Dit neemt niet weg dat door nadere analyse enige contouren van een beleidsmatige benadering (of juist niet) zijn te onderkennen.

OPTA gaat er vanuit dat er geen beginselplicht tot handhaving is. Werd in het begin nog een negatieve formulering gekozen (handhaven tenzij), uit de meer recentere standpuntbepalingen blijkt dat OPTA zich opstelt, zoals ook andere toezichthouders. Handhaving is primair onderhevig aan een

opportuïteitsbeginsel. Echter, de hierbij gehanteerde uitgangspunten blijven vaag bij het ontbreken van een geformuleerd beleid.

Ten aanzien van handhaving kan een onderscheid worden gemaakt tussen handhaving in geschilprocedures en na geschilprocedures. OPTA wijst de mogelijkheid om in geschilprocedures tevens in te gaan op handhavingsverzoeken stelselmatig van de hand. Bij handhaving na een geschilprocedure blijkt dat OPTA eerst in actie komt na een verzoek van een marktpartij. Een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot handhaving van geschilbesluiten wordt als zodanig niet onderkend. Handhaving wordt eveneens bemoeilijkt wanneer het dictum van een eerdere geschilbeslechting onvoldoende duidelijk/concreet is. Ook de ambtshalve handhaving door OPTA is beperkt; in het kader van het onderzoek is slechts één geval gevonden. Voorts kan worden geconstateerd dat er geen eenduidig traceerbaar beleid is met betrekking tot de verhouding tussen handhaving door OPTA en een eventueel beroep op de civiele rechter.

Bij besluiten met betrekking tot handhaving hebben – zo wijst de analyse uit – doen zich deels vergelijkbare problemen voor als eerder bleek bij besluiten die onderwerp waren van het jurisprudentie-onderzoek. Ook ten aanzien van de handhaving is van belang dat besluiten afdoende en consistent worden gemotiveerd. Alleen daardoor wordt voldoende transparantie verkregen en het draagvlak van het besluit vergroot. Afdoende motivering is niet alleen relevant in algemene zin, maar is in het bijzonder van belang – mede gezien het ingrijpende karakter van handhaving – voor de op te leggen remedie in de vorm van een last onder dwangsom of een boete.

5.2 AANBEVELINGEN

Ook ten aanzien van de handhaving kan een cesuur worden aangebracht tussen de achterliggende periode, die samenvalt met de ‘oude’ Telecommunicatiewet en de recent aangepaste ‘nieuwe’ Telecommunicatiewet. Onder het oude regime lag een sterk accent op geschilbeslechting en minder op handhaving. Het toezicht had dan ook meer een ‘passief’ dan actief karakter. Inmiddels is in de regelgeving een accentverlegging te constateren. In het nieuwe Europese kader is een meer pro-actieve houding ten aanzien van handhaving te bespeuren, die ook haar

neerslag heeft gevonden in de aangepaste Telecommunicatiewet. Zo stelt artikel 3.13 de ambtshalve handhaving door OPTA buiten kijf, kent de wet een beduidend sterker systeem van – pro actieve – consumentenbescherming, instrumenten voor handhaving zijn verbeterd en de sanctiemogelijkheden meer op de situatie in de telecommunicatiesector aangepast.

OPTA als toezichthouder dient haar verantwoordelijkheden als toezichthouder op overeenkomstige wijze te herpositioneren. Een meer beleidsmatige en pro-actieve benadering van de handhaving is overigens op zich geen uniek fenomeen, diverse toezichthouders zijn OPTA al voorgegaan.

De gewijzigde omstandigheden dienen zich mede te vertalen in de vorm van prioriteitstelling en budgettering. Beide hangen vanzelfsprekend ook onderling samen. Dit kan een reden zijn waarom aanpassing van het bekostigingsmodel in absolute dan wel in relatieve zin nodig is.

In de studie zijn verschillende aanbevelingen gedaan, die primair toekomstgericht zijn en aansluiten bij de veranderde lijn in de regulering. Deze aanbevelingen richten zich vooral op het verhogen van de transparantie en verbetering van de besluitvormingsprocessen (in kwalitatieve zin, maar ook in doorlooptijd):

1. Beleidsregels ten aanzien van het handhavingsbeleid worden opgesteld en gepubliceerd.
2. Toezicht en de handhaving dienen aan te sluiten bij de gewijzigde regelgeving waarin een accentverschuiving naar en versterking van de mogelijkheden tot zelfstandige handhaving is te constateren.
3. OPTA dient verzoeken tot handhaving in overweging te nemen en een duidelijke belangenafweging te maken. In alle gevallen – ook bij afwijzing – dient een deugdelijk motivering te worden gegeven. OPTA besteedt met name meer zorg aan de verantwoording van de keuze voor een bepaald handhavingsinstrument en de hoogte van de dwangsom c.q. boete.

4. OPTA beslist binnen 8 weken op een verzoek tot handhaving, tenzij OPTA binnen deze termijn aangeeft op welke redelijke termijn zij wel tot besluitvorming kan overgaan.
5. Handhavingsbesluiten (en vooraankondigingen daartoe) worden gepubliceerd.
6. De last onder dwangsom wordt helder en concreet geformuleerd. Op te stellen beleidsregels geven aan welke factoren de hoogte van de dwangsom bepalen en welke dwangsommen (globaal) voor welke gedragingen zullen worden opgelegd. De “nazorg” van genomen handhavingsbesluiten krijgt meer aandacht. OPTA geeft aan of en op welke wijze een handhavingstraject is afgerond.
7. OPTA publiceert boeterichtsnoeren, die duidelijkheid over haar beleid ten aanzien van het opleggen van boetes verschaffen.¹³³
8. OPTA maakt richtsnoeren bekend die de afbakening tussen de behandeling van geschillen en handhavingsverzoeken verduidelijken.
9. OPTA besteedt meer zorg aan het formuleren van de in het geschilbesluit opgelegde concrete verplichtingen teneinde de handhaafbaarheid van deze besluiten te vergroten. De nakoming van geschilbesluiten wordt stelselmatig gecontroleerd, waarbij actief gebruik wordt gemaakt van het nieuwe instrument van artikel 12.6 Tw.
10. OPTA maakt haar beleid kenbaar inzake de behandeling van civielrechtelijke aspecten van geschilbeslechting (taakafbakening tussen OPTA en de civiele rechter). In het kader van het Wetsvoorstel Vierde Tranche Awb wordt (bij de regering of de Tweede kamer) onder de aandacht gebracht dat artikel 4.4.1.2 tevens van toepassing dient te zijn op geldschulden die ontstaan als gevolg van een besluit van OPTA.

¹³³ Bij afronding van deze studie is kennis genomen van de *Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet* (Boetebeleidsregels OPTA). Hiermee wordt in belangrijke mate invulling gegeven aan deze aanbeveling.

11. Marktpartijen dienen alert te zijn op de naleving van handhavingsbesluiten en verzoeken tot handhaving hiertoe (tijdig) bij OPTA indienen. Daarbij dienen zij (naast OPTA) ook zelf de beslistermijnen voor handhavingsbesluiten te bewaken en OPTA op deze termijnen te wijzen en zonodig de tussenkomst van de bestuursrechter in te roepen.

BIJLAGEN

A. LIJST MET AANGEHAALDE WERKEN

C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004-6, p. 201-211. (Albers 2004)

P.J.J. van Buuren e.a., *Bestuursdwang en dwangsom*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer: 1999. (Van Buuren 1999)

C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht. Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2002 (Dekker 2002)

E.J. Dommering, N.A.N.M. Van Eijk, A.T. Ottow en O.L. van Daalen, *Zes jaar bestuur en rechtspraak in de telecommunicatiemarkt*, IViR, Universiteit van Amsterdam: 2003. (Dommering e.a. 2003)

E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie.*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999. (Dommering e.a. 1999)

J. Gundelach en F.C.M.A. Michiels, *Ongegronde vrees: een onderzoek naar de rechtspraak inzake handhavingsbesluiten*, Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Justitie, Deventer: Kluwer 2003. (Gundelach en Michiels 2003)

W. Hins, 'Geschillen over geschillen', *Mediaforum* 2003-6, p. 185. (Hins 2003)

S.M.C. Nuyten en V.H. Affourit, 'Over boetes, bestuursdwang en dwangsommen; bestuursrechtelijke sanctioneren door toezichthouders', In: F.B. Falkena, M.E. Koppenol-Laforce & A.T. Ottow (red.), *Markten onder Toezicht*, Den Haag: Kluwer 2004, p.47-61. (Nuyten en Affourit 2004)

A.T. Ottow, 'De bevoegdheidsafbakening tussen OPTA en de civiele rechter', *Mediaforum* 2002-10, p. 316-319. (Ottow 2002)

A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuursrechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', In: B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, preadviezen voor de VAR 2003, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003 (Ottow 2003)

L.J.J. Rogier, Kroniek Handhaving van bestuursrecht, *NTB* 2004, p. 68-69. (Rogier 2004)

A. van Rossum, *Falend toezicht. De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2001. (Van Rossum 2001)

F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *JB Plus*, 2001, p. 76-85. (Vermeer 2001)

J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer: 1997. (Verweij 1997)

B. OVERZICHT HANDHAVINGSBESLUITEN OPTA

Leeswijzer

De tabel in deze bijlage geeft een overzicht van de cases waarin sprake is van (een voornemen tot) oplegging door OPTA van een last onder dwangsom en/of een boete.

De kolommen A-G geven een onderverdeling weer van de verschillende categorieën besluiten, aankondigingen en uitspraken:

- A. besluit tot oplegging last onder dwangsom;
- B. beslissing op bezwaar;
- C. aankondiging/voornemen last onder dwangsom;
- D. besluit afwijzing vordering last onder dwangsom;
- E. besluit tot matiging/intrekking/opschorting last onder dwangsom;
- F. boetebesluit;
- G. uitspraak Rechtbank Rotterdam / College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Besluiten, aankondigingen en uitspraken zijn in de tabel per zaak naast elkaar geplaatst op één rij. Voor de chronologische ordening van de verschillende zaken is uitgegaan van het eerste besluit of vooraankondiging in een zaak.

In bijlage C wordt van ieder besluit, aankondiging en uitspraak een korte samenvatting gegeven (voorzover deze zijn gepubliceerd). De nummering in bijlage C correspondeert met de tabel in deze bijlage. In bijlage C zijn de handhavingsbesluiten per categorie (A-G) chronologisch geordend. Voor het zoeken van een bepaald besluit in een bepaalde categorie is het gebruik van bijlage C daarom het meest geëigend.

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
1. 11-02-1999	[25-03-1999] Besluit tot opleggen van een last onder dwangsom inzake het verschaffen van Nummerportabili teit aan Ben, Debitel/Cellway, Dutchtone, KPN, Libertel, Talkline, Telfort en UniqueAir (OPTA/E/99/1788)		[11-02-1999] Aankondiging tot opleggen van een last onder dwangsom inzake het verschaffen van Nummerportabilitei t aan Ben, Debitel/Cellway, Dutchtone, KPN, Libertel, Talkline, Telfort en UniqueAir (Niet gepubliceerd, van deze brief wordt melding gemaakt in besluit van 25-03- 1999)		[01-10-1999] Besluit tot intrekken van de last onder dwangsom van 25 maart 1999, gericht aan Ben, Debitel, Dutchtone, KPN, Libertel, Talkline en Telfort	[oktober 1999] OPTA heeft aanbieders boetes opgelegd inzake nummerporta bilititeit (niet gepubliceerd op OPTA site, in besluit OPTA van 10-11-2003 (OPTA/EGM/ 2003/204172) wordt van deze boetes melding gemaakt)	
2. 29-09-1999	[08-11-1999] Persbericht OPTA waarin wordt aangegeven dat			[29-09-1999] Besluit van het college van OPTA inzake Denda Multimedia B.V.			

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d. - A -	beslissing op bezwaar - B -	aankondiging/ voornemen i.o.d. - C -	vordering i.o.d. wordt afgewezen - D -	matiging/ intrekking/ opsporing i.o.d. - E -	boete - F -	rechtbank/ CBB - G -
	OPTA aan KPN een i.o.d. oplegt inzake Denda. Besluit is niet gepubliceerd.	[06-07-2000] i. Besluit op de bezwaren van ANWB Travelcom, Ben, Debitel, Dutchtone, IMC, KPN, Libertel, Talkline en Telfort, gericht tegen de last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit d.d. 21 december 1999 (i.o.d. blijft gehandhaafd)	[28-10-1999] Voornemen last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit ANWB Travelcom, Ben, Debitel, Dutchtone, IMC, KPN, Libertel, Talkline en Telfort,	en Topware CD- service A.G. versus KPN Telecom B.V. (OPTA/EGM/99/7 593)	[01-02-2001] Oordeel van OPTA omtrent het verzoel van Debitel de verbeurde dwangsomme n inzake nummerporta biliteit te <u>matigen</u>		[inzake 06- 07-2000] Rb Rotterdam 10 oktober 2000 Debitel
3. 28-10-1999	[21-12-1999] Last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit ANWB Travelcom, Ben, Debitel, Dutchtone, IMC, KPN, Libertel, Talkline en Telfort, (besluit is niet gepubliceerd maar wel persbericht www.opta.nl , 01- 01-2000) (o.a. OPTA/EGM/99/8 376)						

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
4.	13-04-2000 [1-05-2000 (publicatiedatum)] Collegebesluit dwangsom KPN aanmeldingssyste em carrière preselectie		[13-04-2000] Vooraankondiging I.o.d. inzake KPN aanmeldingssysteem carrière preselectie (OPTA/EGM/2000/ 201207) Vooraankondiging is niet gepubliceerd.		gericht tot alle aanbieders van mobiele telefonie (bijlage bij brief kenmerk: OPTA/EGM/ 2001/201639)		[inzake I - 05-2000] Rb Rotterdam 28 juli 2000, KPN/OPTA, TJ 33 (LJN: AA7314)
5.	13-10-2000			[13-10-2000] Besluit inzake geschil VersaTel - KPN inzake CPS(OPTA/IBT/2 000/202565)			

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
6. 03-11-2000				[03-11-2000] Besluit inzake geschil MCI WorldCom – KPN Telecom inzake MIACO (OPTA/IBT/2000/ 202749)			
7. 03-11-2000				[03-11-2000] Voorlopig besluit inzake geschil Eager Telecom - KPN Telecom inzake MDF access OPTA/IBT/2000/ 202922)			
8. 17-11-2000				[17-11-2000] Besluit inzake geschil Holland Advertising Nieuwe Media BV en Media Groep West BV – UPC inzake toegang tv programma's			

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
9.	21-12-2000			(OPTA/IBT/2000/ 203144) [21-12-2000] Besluit Canal+ - UPC inzake digitale doorgifte. (OPTA niet bevoegd tot het geven van een bindende aanwijzing) (OPTA/IBT/2000/ 203522)			
10.	09-03-2001			[09-03-2001] Besluit inzake geschil Versapoint - KPN (Collocatie)			
11.	15-03-2001		[15-03-2001] Vooraankondiging i.o.d. KPN inzake het opnemen van interconnecterende huurlijnen in RIA (niet gepubliceerd wel te traceren via				

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
12.	15-03-2001		tussenstand document OPTA van 07-12-2001) (OPTA/IBT/2001/2 00698) [15-03-2001] vooraankondiging last onder dwangsom "interconnectie op het niveau van nummercentrales (OPTA/IBT/2001/2 00693) Niet gepubliceerd op OPTA site, zie wel brief van 28-03-2001 met zienswijze KPN, www.opta.nl				
13.	15-03-2001		[15-03-2001] vooraankondiging I.o.d. KPN (Collocatie in samenhang met interconnectie)				

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
			niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/2 00699; referentie in bijlage I, nadere invulling van het r/a oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002)				
14. 20-03-2001	[06-06-2001] Besluit last onder dwangsom collocatie in het kader van de R/A van KPN (OPTA/IBT/2001/ 201294)		2.Vooraankondiging last onder dwangsom KPN inzake R/A-oordeel (OPTA/IBT/2001/2 00722) (zie ook Brief aan Fist d.d. 12-07-2001 m.b.t. vooraankondiging last onder dwangsom inzake de referentie- interconnectie-				

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
15. 03-04-2001	[19-06-2001] Last onder dwangsom universele telefoon-gids en abonnee- informatiedienst	[06-03-2002] Beslissing op bezwaar KPN last onder dwangsom telefoon-gids en abonnee- informatiedienst (i.o.d. blijft gehandhaafd)	<i>aanbieding van (KPN)</i> [03-04-2001] Vooraankondiging last onder dwangsom universele telefoon-gids en abonnee- informatiedienst (OPTA/IBT/2001/2 00877)		[24-09-2001] last onder dwangsom abonnee- informatie dienst (OPTA/EGM/ 2001/202708) <u>Opschorting</u>		
16. 18-05-2001				[18-05-2001] Besluit inzake handhavingsverzo ek XOJP			
17. 23-05-2001		[12-02-2002] Beslissing op bezwaar KPN Transittarieven (OPTA/JUZ/2001/2 03624) inzake aankondiging i.o.d.	[23-05-2001] Brief met aankondiging last onder dwangsom voor het doen beeindigen van het rekenen van transittarieven door KPN voor de afhandeling van verkeer naar KPN				[inzake 12- 02-2002] Rb. Rotterdam 12-08-2004 (KPN Telecom - Transittarieve n) (LJN):

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen I.o.d.	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
			Broadband Networks (OPTA/IBT/2001/2 01398) [10-08-2001] Brief met aankondiging last onder dwangsom voor het doen beëindigen van het rekenen van transittarieven door KPN voor de afhandeling van verkeer naar KPN Broadband Networks (OPTA/IBT/2001/2 02281)				AR5136)
18. 22-06-2001			Voor aankondiging I.o.d. KPN inzake bidirectionele verbindingen in RIA (OPTA/IBT/2001/2				

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
			01343) Vooraankondiging niet op www.opta.nl , wel brief KPN van 06- 07-2001 met zienswijze (zie ook Brief aan Fist d.d. 12-07-2001 m.b.t. vooraankondiging last onder dwangsom inzake de referentie- interconnectie- aanbieding van KPN)				
19.	22-06-2001		[22-06-2001] Vooraankondiging I.o.d. KPN inzake zeekabeltoegang (OPTA/IBT/2001/2 01347) Vooraankondiging niet op www.opta.nl , wel brief KPN van 06-				

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
20. 22-06-2001			07-2001 met zienswijze [22-06-2001] vooraankondiging I.o.d. Diverse operators (nummerportabilitei t) niet gepubliceerd (OPTA/IBT/201348; referentie in bijlage I, nadere invulling van het rfa oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002)				
21. 09-07-2001			[09-07-2001] vooraankondiging I.o.d. KPN (interconnectie op het niveau van nummercentrales I) niet gepubliceerd				

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -	
22. 27-07-2001	[27-07-2001] Last onder dwangsom inzake handhavingsverzo ek COIN; Versatel vs. KPN (niet gepubliceerd)		(OPTA/IBT/2001/2 01246; referentie in Zienswijze KPN op vooraankondiging last onder dwangsom, CS&R/01/U/395 dd 1 augustus 2001)				
23. 15-08-2001		[11-02-2002] Besluit op de bezwaren van KPN Telecom B.V. en BaByXL Broadband DSL B.V., gericht tegen het besluit van het college d.d. 15 augustus 2001 inzake		[15-08-2001] Besluit inzake het geschil BaBy XL - KPN (OPTA/IBT/2001/ 201893)			

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
		collocatietarieven OPTA//Z/2002/220 0392 (geen i.o.d.)					
24. 15-10-2001				[15-10-2001] Besluit inzake geschil Inovara - KPN (collocatie), OPTA/IBT/2001/ 203095			
25. 15-10-2001				[15-10-2001] Besluit inzake geschil Energis – KPN, OPTA/IBT/2001/ 203129			
26. 12-11-2001				[12-11-2001] Besluit BaByXL- KPN inzake linesharing (OPTA/IBT/2001/ 202834).			
27. 17-01-2002				[17-01-2002] Besluit in geschil Inforel/KPN inzake third party biling			

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
28.	04-02-2002			(OPTA/IBT/2001/ 203789) [04-02-2002] Besluit BT Payphones / KPN (OPTA/IBT/2002/ 200028)			
29.	20-03-2002			[20-03-2002] Besluit Canal+ vs. UPC (OPTA/IBT/2002/ 200696) (Bindende aanwijzing o.g.v.art. 8.7 Tw)			CBB 3-12- 2003 (Awb 03/406) Aanwijzing niet gebruiken voor opleggen sancties TJ 201 (LJN: AO1112)
30.	09-04-2002	[01-05-2002] 6. Last onder dwangsom Stichting Pré Woondiensten (H.4.01), Het	[09-04-2002] Vooraankondiging i.o.d. Stichting Pré Woondiensten (OPTA/INT/2002/2 00469)				

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaa	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
	opleggen van de gedoogplicht inzake kabels en netwerkaansluitp unten in wooncomplex Westerduin o.v.b. artikel 5.5, eerste lid, onder b, T.w.						
31. 31-05-2002	[20-09-2002] Besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN Telecom B.V. inzake Bitstroomtoegang (OPTA/IBT/2002/ 202894)	[publicatiedatum 04-03-2003] Beslissing op bezwaa inzake last onder dwangsom bitstroom KPN	[31-05-2002] Vooraankondiging I.o.d. KPN Telecom inzake bitstroomtoegang (OPTA/IBT/2002/2 01388)				
32. 22-07-2002				[22-07-2002] Besluit Plex - KPN (OPTA/IBT/2002/ 201777) KPN moet overgaan tot			

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
33. 13-09-2002	[19-12-2002] Last onder dwangsom tegen het in rekening brengen door KPN van een toeslag voor spectraalmanage ment aan andere aanbieders van XDSL diensten over het aansluitnet van KPN (OPTA/IBT/2002/ 204441)		[13-09-2002] Vooraankondiging van een last onder dwangsom aan KPN voor het factureren van een toeslag voor spectraalmanage ment (OPTA/IBT/2002/2 01449).	nummerportering ook al is Plex geen lid van het COIN			
34. 13-01-2003	[13-01-2003 (niet gepubliceerd op OPTA site)] Besluit inzake het niet aansluiten bij de Stichting	[04-06-2003] Beslissing op bezwaar Low Cost Linking (Beslissing op het bezaarschrift van					

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
	Informatiediensten Code (Stic) en het niet voldoen aan de registratieplicht (Low Cost Linking) (OPTA/N&R/200 2/204207)	Low Cost Linking in verband met het opleggen van een last onder dwangsom vanwege het niet aansluiten bij de Stichting Informatiediensten Code (Stic) en het niet voldoen aan de registratieplicht.) OPTA/JUZ/2003/20 1738 (I.o.d. blijft gehandhaafd)					
35. 14-02-2003				[14-02-2003] Besluit inzake geschil Versatel en KPN met betrekking tot collocatie Aalsmeer (OPTA/IBT/2003/200393)			
36. 25-02-2003	[07-04-2003] I BESLUIT inzake aanvraag		[25-02-2003] Vooraankondiging I.o.d. inzake				

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
	handhaving van MCI WorldCom B.V. (H.01.03) (OPTA/IBT/2003/ 201399)		aanvraag handhaving van MCI Worldcom B.V. (OPTA/IBT/2003/2 00673)				
37. 11-03-2003		[12-11-2003] Beslissing op bezwaar JB03033, bezwaar KPN inzake boetebesluit informatievoorziening RA ULL (OPTA/JUZ/2003/2 04112)				[11-03-2003] I. Besluit inzake rapport informatievo orziening RA ULL (Besluit tot oplegging van een boete ter hoogte van 375.000 Euro aan KPN Telecom B.V. wegens overtreding van het non- discriminatieb eginsel gedurende de periode 23	

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
38. 10-03-2003	[07-04-2003] 10. BESLUIT inzake aanvraag handhaving van Versatel Nederland B.V. (H.03.03) OPTA/IBT/2003/ 201398		[10-03-2003] Vooraankondiging I.o.d. inzake aanvraag handhaving van Versatel Nederland B.V. (OPTA/IBT/2003/2 00931)			juni 2000 tot 1 december 2002). OPTA/IBT/20 03/201837 (375.000 Euro) [12-11-2003] boete van € 375.000 blijft gehandhaafd	
40. 17-04-2003	[05-06-2003] Besluit inzake aanvraag handhaving van MCI WorldCom		[17-04-2003] Vooraankondiging I.o.d. inzake aanvraag handhaving van MCI				Vz. Rb. R'Dam 29 juli 2003 handhaving tarieven

datum (eerste besluit /aankondiging	I.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen I.o.d.	vordering I.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting I.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
	B.V. (H.05.03) OPTA/IBT/2003/ 202082		WorldCom B.V. (OPTA/IBT/2003/2 01517)				vastgesteld in ander geschil is geoorloofd
41. 01-05-2003				[01-05-2003] Besluit inzake geschil Tiscali B.V. en KPN Telecom B.V. OPTA/IBT/2003/ 201727 (KPN wordt verplicht een aanbod te doen aan Tiscali voor de dienst bitstroomtoegang , welke zij zichzelf ook ter beschikking stelt voor de dienst ADSL van KPN. De tarieven hiervoor zijn tijdelijk op basis van retail-minus		[01-05-2003] verzoek handhavend op te treden wordt afgewezen	TJ 90

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar			aankondiging/ voornemen i.o.d.			vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
		- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -				
42. 17-04-2003	[05-06-2003] Besluit handhaving collocatietarieven ten opzichte van Versatel Nederland B.V. (H.06.03) OPTA/IBT/2003/ 202083			[17-04-2003] Vooraankondiging i.o.d. inzake aanvraag handhaving van Versatel Nederland B.V. (OPTA/IBT/2003/2 01518)	vastgesteld).					Vz. Rb. R'Dam 29 juli 2003 handhaving tarieven vastgesteld in ander geschil is geoorloofd TJ 90	
43. 17-04-2003	[05-06-2003] Besluit handhaving aanpassing referentie aanbod aangaande collocatietarieven (H.09.03) OPTA/IBT/2003/ 202084			[17-04-2003] Vooraankondiging i.o.d. inzake handhaving aanpassing referentieaanbod (H.09.03); KPN- Tiscali							
44. 26-06-2003	[03-12-2003] Besluit last onder dwangsom KPN, betreffende interconnectie en			[26-06-2003] Vooraankondiging last onder dwangsom indien KPN zich niet						[inzake 03- 12-2003] Rb. Rotterdam 29-01-2004	

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ inbrenging/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
	bijzondere toegang waar het gaat om het hanteren van kostengeoriënte erde tarieven voor de periode 1-9- 2003 tot 1-9- 2004 respectievelijk 1- 7-2003 tot 1-7- 2004 (OPTA/IBT/2003/ 204680)		houdt aan de, betreffende interconnectie en bijzondere toegang waar het gaat om het hanteren van kostengeoriënteerd e tarieven voor de periode 1-9-2003 tot 1-9-2004 respectievelijk 1-7- 2003 tot 1-7-2004 (OPTA/IBT/2003/2 04271)				Afwijzing verzoek voorlopige voorziening TJ 207 (LJN: AO2740)
45. 23-07-2003		[28-11-2003] beslissing op bezwaar van Yarosa. KPN inzake besluit OPTA 23- 07-2003 (toegang tot het netwerk van KPN voor SMS- diensten Yarosa); niet gepubliceerd; referentie in uitspraak		[23-07-2003] Besluit OPTA inzake geschil Yarosa/KPN over verzoek Yarosa om toegang tot het netwerk van KPN voor haar sms-diensten (OPTA/IBT/2003/ 202380)			[inzake 23- 07-2003] Rb Rotterdam 3- 10-2003, KPN Mobile/OPTA , Verzoek yarosa tot het opleggen van i.o.d. wordt

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
		voorzieningenrecht er rechtbank Rotterdam van 09- 07-2004.		[26-04-2004] Besluit, Yarosa vs. KPN (SMS- diensten) geschil G.31.03 (niet gepubliceerd) kenmerk: OPTA/IBT/2004/ 201323			afgewezen. Er rust op OPTA geen wettelijke plicht tot het opleggen van een i.o.d., wel is OPTA in bepaalde gevallen daartoe bevoegd. In casus is niet gebleken dat OPTA onredelijk of onjuist heeft gehandeld. TJ 196 (VTELEC 03/2259 HRK) [inzake 28- 11-2003 en 26-04-2004]

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaa	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
							Rb. Rotterdam 9 juli 2004 (voorlopige voorziening) (Yarosa – KPN Mobile) (VTELEC 04/1288, 1289, 1875, 1876, 1887- HRK)
46.	[10-11-2003] Last onder dwangsom jegens KPN Mobile inzake nummerportabiliteit eit (OPTA/EGM/200 3/204172)	[13-02-2004] Beslissing op bezwaa KPN Mobile inzake beleidsregels nummerportabiliteit	[15-10-2003] Voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom KPN Mobile inzake nummerportabiliteit				[inzake 10- 11-2003] Rb Rotterdam 18 december 2003 Voorlopige voorziening TJ 203 (LJN: AO0581) [inzake 13- 02-2004]Rb

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -	
47. 26-11-2003			[26-11-2003] Vooraankondiging Last onder dwangsom, handhaving EDC-VI en BULRIC III tarieven (OPTA/IBT/2003/2 04271)				Rotterdam 24 maart 2004 voorlopige voorziening (LJN: AO7010)
48. 19-12-2003	[29-04-2004] Beslissing op bezwaar van KPN Telecom B.V. inzake oplegging van twee boetes voor ontbundeide toegang (OPTA/JUZ/2004/2					[19-12-2003] Boetebesluit van het college van de Onafhankelijk e Post en Telecommuni catie Autoriteit,	

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -	
	01288)					inhoudende de oplegging van twee boetes aan KPN inzake ontbundelde toegang. (OPTA/IBT/2 003/204596) € 90.000 en €180.000	
49. 13-04-2004	[28-07-2004] Beslissing op bezwaar van MCI inzake restitutie toeslag spectraalmanagement door KPN OPTA/JUZ/2004/20 2628		[13-04-2004] Besluit op het handhavingsverzoek van MCI inzake restitutie toeslag spectraalmanagement door KPN (MCI heeft het			[29-04-2004] OPTA gaat over tot matiging van de boetes	
						[13-04-2004] Vordering tot het opleggen van een boete wordt afgewezen	
						[28-07-2004] Ook in	

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
				college verzocht om te bepalen dat KPN moet overgaan tot volledige restitutie van vergoedingen die MCI in het verleden aan KPN heeft betaald voor de toeslag voor de spectraalmanagemt, Het college heeft besloten niet tot handhaving over te gaan.) OPTA/IBT/2003/204241		beslissing op bezwaar wordt vordering tot opleggen van een boete afgewezen	
50. 12-05-2004				[12-05-2004] Besluit 12-05-2004, MCI vs. KPN Telecom (afwikkelarieven) Zowel afwijzing		[12-05-2004] Besluit 12-05-2004, MCI vs. KPN Telecom (afwikkelararie	

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
				verzoek oplegging i.o.d. alsmede afwijzing verzoek oplegging boete niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2004/ 201554)		ven) Zowel afwijzing verzoek oplegging i.o.d. alsmede afwijzing verzoek oplegging boete niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2 004/201554)	
51. 17-06-2004			[17-06-2004] Vooraankondiging Iod NIT testen OPTA/IBT/2004/20 2017	[28-07-2004] Afwijzing i.o.d. NIT testen OPTA/IBT/2004/ 202496			
52. 21-06-2004	[21-06-2004] Besluit last onder dwangsom KPN inzake ILL (H.01.04)						

datum (eerste besluit /aankondiging	i.o.d.	beslissing op bezwaar	aankondiging/ voornemen i.o.d.	vordering i.o.d. wordt afgewezen i.o.d.	matiging/ intrekking/ opschorting i.o.d.	boete	rechtbank/ CBB
	- A -	- B -	- C -	- D -	- E -	- F -	- G -
53. 16-07-2004	(nog niet gepubliceerd)		[09-08-2004] Voor aankondiging i.o.d. WPS nummerinformatie dienst. (OPTA/IBT/2004/2 02759			[16-07-2004] Besluit boeteoplegging WPS nummerinfor matiedienst. (OPTA/JUZ/2 004/202800) boete van € 225.000	

C. SAMENVATTING

HANDHAVINGSBESLUITEN OPTA

I. OPGELEGDE LASTEN ONDER DWANGSOM

A01. Besluit 25-03-1999, Ben e.a. (nummerportabiliteit)

gepubliceerd: OPTA/E/99/1788

Het college besluit bij deze (...) de last op te leggen uiterlijk vanaf 1 april 1999 daadwerkelijk nummerportabiliteit te verschaffen. Het college koppelt aan deze last een dwangsom voor elke dag vanaf die datum waarop uw onderneming geen nummerportabiliteit verschaft. De dwangsom bedraagt fl. 10.000,- per dag met een voorlopig maximum van fl. 250.000,-. De begunstigingstermijn is in dit geval gelegen tussen de datum van het onderhavige besluit en 1 april 1999. Deze termijn is niet onredelijk, aangezien aanbieders van telecommunicatiediensten reeds lange tijd op de hoogte zijn van de datum waarop nummerportabiliteit verschaft dient te worden. Die datum, te weten 1 januari 1999, is reeds ruimschoots verstreken. Het college is voornemens actief toezicht te houden op de naleving van dit besluit. Hiertoe zal op of (kort) na 1 april 1999 bij uw onderneming een controlebezoek worden afgelegd. Indien tijdens het controlebezoek blijkt dat het verschaffen van nummerportabiliteit feitelijk (nog) niet mogelijk is, is het denkbaar dat het nog langer handhaven van de last onder dwangsom niet voor de hand ligt. Indien die feitelijke onmogelijkheid toerekenbaar is, acht het college zich in die gevallen bevoegd om, al dan niet onder intrekking van de last onder dwangsom, die onderneming een boete op te leggen.

Oplegging l.o.d. (fl. 10.000,- per dag / voorlopig maximum fl. 250.000,-)

A03. Besluit 21-12-1999, ANWB Travelcom e.a. (nummerportabiliteit)

niet gepubliceerd (o.a. OPTA/EGM/99/8376)

A04. Besluit 11-05-2000 [publicatiedatum], KPN Telecom
(aanmeldingssysteem carrier preselectie)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Aangezien het een nieuwe dienst betreft, dient CPS vanaf het moment van introductie feitelijk toegankelijk te zijn voor eindgebruikers. Nu dit niet, althans niet voldoende, het geval is, komt de dienst cps feitelijk niet (goed) van de grond. Voor het college is het niet acceptabel dat KPN, door het niet (goed) functioneren van de aanmeldingsprocedure, een dergelijke invloed zou kunnen hebben op de positie van haar concurrenten. Het college constateert dat er van een overtreding sprake is ten aanzien waarvan zij tot handhaving bevoegd gezag is. In een dergelijke situatie is het college bevoegd op te treden ter behartiging van de (algemene) belangen die worden gediend met handhaving van het overtreeden voorschrift. Van bijzondere omstandigheden die in de weg zouden kunnen staan aan handhavend optreden is het college niet gebleken. KPN draagt er zorg voor dat een adequate aanmeldingsprocedure beschikbaar is die het mogelijk maakt dat KPN-abonnees, zowel zakelijk als particuliere, die dat wensen en ongeacht het aantal telefoonnummers die bij hun klant nummers horen, daadwerkelijk gebruik kunnen maken van de dienst cps. Indien KPN, na de inwerkingtreding van dit besluit en de afloop van de begunstigingstermijn, niet voldoet aan bovengenoemde last, verbeurt KPN een dwangsom van fl. 100.000,- per dag met een maximum van fl. 1.000.000,-. [zie Vz. Rb. Rotterdam 28 juli 2000, TJ 33].

Oplegging l.o.d. (fl. 100.000,- per dag / maximum fl. 1.000.000,-)

A02. Besluit [onbekende datum; 8-11-2000?], Denda vs. KPN Telecom

niet gepubliceerd.

A14. Besluit 06-06-2001, KPN Telecom (collocatie RIA)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2001/201294

Aan het besluit gaan vooraf een concept-besluit RIA d.d. 22 maart 2000 en het definitieve oordeel RIA d.d. 28 juli 2000. KPN dient alle collocatiediensten die KPN levert ten behoeve van interconnectiediensten van KPN in een referentie-interconnectie-aanbieding op te nemen. KPN heeft aan deze verplichting niet voldaan. Dit klemt temeer daar KPN thans wel dergelijke collocatiediensten aanbiedt. Het college is van mening dat de RIA van groot belang is voor het goed functioneren van de telecommunicatiemarkt die zich nog aan het ontwikkelen is. De transparantie wordt door de bekendmaking van de RIA bevorderd, waardoor de verschillende aanbieders beter geïnformeerd kunnen onderhandelen over de totstandkoming van de voor hun klanten noodzakelijke interconnectie. De bekendmaking van de RIA is voorts van belang voor een goede uitvoering van de aan het college opgedragen wettelijke taak om het bepaalde bij of krachtens de Tw te handhaven. KPN dient binnen vier weken na dagtekening van het besluit een referentie-interconnectie-aanbieding bekend te maken en aan het college voor te leggen waarin is opgenomen een aanbod met betrekking tot die collocatiediensten die KPN levert ten behoeve van interconnectie ter verbeuring van een dwangsom van fl. 50.000,-- per dag met een maximum van fl. 1.250.000,--.

Oplegging l.o.d. (fl. 50.000,-- per dag / maximum fl. 1.250.000,--)

A15. Besluit 19.06.2001, KPN Telecom (universele telefoongids)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Het college stelt vast dat KPN thans geen volledige universele telefoongids en abonnee-informatiedienst ter beschikking stelt. De telefoongids en abonnee-informatiedienst die KPN op dit moment beschikbaar stelt, bevatten niet de gegevens van alle aanbieders van vaste en mobiele openbare telefoondiensten. Rechtsnormen dienen in een rechtsstaat te worden nageleefd. Overtreding van deze normen geeft dan ook in beginsel aanleiding tot handhavend optreden. Slechts in die gevallen waarin er bijzondere omstandigheden zijn die afzien van handhavend optreden rechtvaardigen, dient het college, als bevoegd bestuursorgaan, hiervan af te

zien. Het college merkt op dat de UD in het algemeen maatschappelijk belang moet worden uitgevoerd. Ingeval niet alle gegevens van alle aanbieders worden opgenomen, beperkt dit de keuzemogelijkheid van de consument. Dit acht het college ongewenst. Dwangsommen van fl. 50.000,-- per week, met maximum van fl. 2.500.000,-- resp. 2.600.000,--.

Oplegging l.o.d. (fl. 50.000,-- per week / maximum fl. 2.500.000,-- resp. 2.600.000,--)

A22. Besluit 27.07.2001, Versatel vs. KPN (handhavingsverzoek COIN)

niet gepubliceerd

Geschilbesluit d.d. 25 april 2001, waarin is bepaald dat KPN een tijdelijke voorziening ter beschikking dient te stellen totdat een geautomatiseerd operator controlled aanmeldingssysteem ("COIN") voor de zakelijke klanten van Versatel beschikbaar is. Het college betreft in zijn afwegingen in de eerste plaats het algemeen belang dat is gediend met de naleving van geschilbesluiten van het college. Daarbij merkt het college op dat KPN weliswaar bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit, maar niet om schorsing van de verplichting heeft verzocht. KPN heeft zich derhalve neergelegd bij de werking van het besluit tot in ieder geval de beslissing op bezwaar. "Een andere lijn zou in dit geval leiden tot uitholling van de effectiviteit van het besluit, doordat aan de bezwaarfase in feite schorsende werking wordt toegekend.". Bovendien geldt een extra zwaarwegend belang bij naleving, aangezien door het overleg tussen partijen reeds aanzienlijke tijd is verstreken. Dit doet de noodzaak tot het op korte termijn handhavend optreden aanzienlijk toenemen. Het college ziet geen omstandigheden om in dit geval van handhaving af te zien. Deze zijn niet expliciet door KPN aangevoerd. Het college gaat niet over tot het opleggen van een boete. Daarbij neemt het college in overweging dat het primaire doel bij handhaving in dit geval is alsnog naleving van het besluit af te dwingen. KPN dient een e-mail procedure beschikbaar te hebben onder verbeuren van een dwangsom van fl. 100.000,-- per week, tot een maximum van fl. 400.000,--.

Oplegging l.o.d. (fl. 100.000,-- per week / maximum fl. 400.000,--)

A29. Besluit 01-05-2002, Stichting Pré Woondiensten (gedoogplicht kabels)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Rechtsnormen dienen in een rechtsstaat te worden nageleefd. Overtreding van deze normen geeft dan ook in beginsel aanleiding tot handhavend optreden van een bevoegd bestuursorgaan. Slechts in die gevallen waarin er bijzondere omstandigheden zijn die afzien van handhavend optreden rechtvaardigen, dient het college hiervan af te zien. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat eindgebruikers moeten kunnen worden aangesloten op het aansluitnet van een aanbieder van hun keuze. De bewoners van het wooncomplex hebben in het onderhavige geval echter geen keuze, omdat de Stichting niet toestaat dat KPN kabels en netwerkaansluitpunten aanlegt. Het college acht deze situatie ongewenst, mede gezien de bedoeling van de wetgever en de missie van het college. Het college acht het poortuun handhavend op te treden jegens de Stichting wegens het niet voldoen aan de gedoogplicht, door KPN niet toe te staan de daaruit voortvloeiende werkzaamheden in het wooncomplex uit te voeren. Het college is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die aan handhavend optreden in de weg staan. Dwangsommen zijn niet openbaar gemaakt.

Oplegging l.o.d. (bedragen niet openbaar)

A31. Besluit 20-09-2002, KPN Telecom (bitstroomtoegang)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2002/202894

Aan het handhavingsbesluit ging het Oordeel Interconnecterende Huurlijnen d.d. 26-04-2002 vooraf. MCI e.a. hebben op 26.04.2002 aan OPTA een verzoek tot handhaving ingediend. Onder de titel 'Waarom handhavend optreden?' wordt door OPTA ingegaan op de gronden voor haar handhavend optreden. Het college overweegt hierover: "Het college heeft besloten om handhavend op te treden. Allereerst is het een algemeen uitgangspunt in een democratische rechtsstaat dat normovertreding dient te worden tegengegaan door handhaving. De vraag rijst dan of er in het concrete geval desondanks redenen zijn om van handhaving af te zien. Dat is niet het geval." Het argument van KPN dat zij op deze markt een relatief nieuwe toetredster is en om die reden dient te worden afgezien van

handhaving, wordt door OPTA van de hand gewezen. “Het college is van oordeel dat KPN zijn aanmerkelijke marktmacht op onrechtmatige wijze misbruikt op deze groothandelsmarkt om een positie te veroveren op de eindgebruikersmarkt (...). Deze handelwijze wordt door het college, mede gelet op de doelstellingen van de wet – in het bijzonder de bevordering van duurzame concurrentie – vanzelfsprekend als ontoelaatbaar beschouwd.” KPN verbeurt een dwangsom van 1000,- per iedere nieuw gerealiseerde aansluiting (met en maximum van 5 miljoen euro).

Oplegging l.o.d. (euro 1000, - per nieuwe aansluiting / maximum euro 5.000.000,-)

A33. Besluit 19-12-2002, KPN Telecom (toeslag spectraalmanagement)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2002/204441

Aan het besluit gaan de Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn van 12 maart 1999, de verordening 2887/2000 van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang van het aansluitnetwerk (de “Verordening”) en het oordeel van 19 april 2002 vooraf. Het college constateert dat KPN door het in rekening brengen van de toeslag in strijd handelt met het bepaalde in artikel 3, lid 3 van de Verordening. Het college is bevoegd op grond van art. 15.1, lid 3 jo 15.2, lid 1 Tw jo. Art. 5.23, lid 1 Awb KPN een last onder dwangsom op te leggen die er toe strekt een einde aan de overtreding te maken. Een dwangsom van euro 20.000,- voor iedere factuur waarin de toeslag in rekening wordt gebracht met een maximum van euro 100.000,- per aanbieder. Bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom heeft het college rekening gehouden met het feit dat het college reeds in zijn oordeel van 19 april 2002 heeft aangegeven dat het niet als redelijk kan worden beschouwd dat KPN de toeslag in rekening brengt. Voorts heeft het college in aanmerking genomen dat KPN door het deels afwentelen op haar concurrenten van de kosten die ten behoeve van de dienstverlening van KPN huurlijnen moeten worden gemaakt, het tot stand komen van een eerlijke en duurzame concurrentie op de markt voor breedbanddiensten belemmert.

Oplegging l.o.d. (euro 20.000,- per factuur waarin / maximum per aanbieder euro 100.000,-)

A34. Besluit 13-01-2003, Low Cost Linking (Stic)

niet gepubliceerd op OPTA site (OPTA/NeR/2002/204207).

A38. Besluit 07-04-2003, Versatel (aanvraag handhaving)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/201398

Het college betreft in zijn afwegingen in de eerste plaats het belang dat is gediend met de naleving van de verplichting tot non-discriminatoire behandeling van partijen. (...) in de tweede plaats het belang van Versatel bij het verkrijgen van een non-discriminatoire behandeling. (...) Nu het college in het Besluit voor de periode vanaf 1 januari 2002 de kostengeoriënteerde tarieven tussen KPN en Tiscali heeft vastgesteld en KPN is overgegaan tot verrekening met Tiscali, dient KPN Versatel, om een eerlijke en non-discriminatoire behandeling te waarborgen, voor deze periode eveneens de kostengeoriënteerde tarieven aan te rekenen. (...) niet van belang of Versatel is overgegaan tot daadwerkelijke betaling van de betwiste bedragen. (...) Het college is van oordeel dat van een restitutierisico voor KPN geen sprake kan zijn nu de kostengeoriënteerde tarieven door het college zijn vastgesteld. (...) Het college wijst derhalve onderhavige aanvraag van Versatel tot handhaving van de op KPN rustende nondiscriminatieverplichting toe. Dit betekent dat KPN, voor de vanaf 1 januari 2002 door Versatel afgenomen collocatievoorzieningen, de in het Besluit vastgestelde kostengeoriënteerde periodieke tarieven voor collocatie jegens Versatel dient te hanteren. Feitelijk zal dit dienen te betekenen dat KPN, (...) overgaat tot verrekening van het aan Versatel teveel in rekening gebrachte. Het college is van oordeel dat KPN dit dient te doen door middel van het versturen van een creditnota. Dit is een methode die in het zakelijke verkeer gebruikelijk is en boekhoudkundig gezien eenvoudig te verwerken. (...) Naar het oordeel van het college is er geen aanleiding een vrijere vorm van verrekening te gelasten, aangezien deze wijze maximale duidelijkheid biedt bij het wegnemen van de geconstateerde overtreding.

I. CONCLUSIE

43. Gelet op het feit dat KPN artikel 3, tweede lid, van de Verordening overtreedt door discriminatoir te handelen jegens Versatel, gelet op het feit dat KPN subsidiair artikel 3, derde lid, van de Verordening overtreedt door Versatel geen kostengeoriënteerde tarieven voor de collocatie-

voorzieningen in rekening te brengen, gelet op het feit dat het college bevoegd is daartegen op te treden en gelet op het feit dat er geen bijzondere omstandigheden zijn die ertoe nopen om van handhaving af te zien, gaat het college over tot het opleggen van een dwangsom aan KPN.

Oplegging l.o.d. (€ 25.000,- per dag / maximum € 1.500.000,-)

A36. Besluit 07-04-2003, MCI WorldCom (aanvraag handhaving)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/201399

Overwegingen/belangenafweging overeenkomstig casus A38 (voor zowel casus A36 als ook A38 is van belang dat de door partijen gevorderde bedragen niet openbaar zijn gemaakt).

Oplegging l.o.d. € 5.000,-per dag / maximum van € 125.000,-)

A40. Besluit 05-06-2003, MCI WorldCom (aanvraag handhaving)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/202082

Geschilbesluit d.d. 15-10-2002 (met gelijklopende beslissing op bezwaar 24-03-2003) tussen Tiscali en KPN Telecom voor tarieven collocatieruimten. OPTA merkt op dat de periodieke tarieven per type collocatie gelijk zijn. Hoewel OPTA onderschrijft dat hetgeen in het geschilbesluit is bepaald geen rechtsreeks gelding heeft in relatie met andere partijen, het college wel kan vaststellen dat KPN in relatie met MCI in strijd handelt met de bepalingen uit de Tw en de Verordening Nr. 2887/2000, door niet de door het college vastgestelde kostengeoriënteerde periodieke tarieven voor collocatievoorzieningen jegens MCI te hanteren. Het college is bevoegd tot het opleggen van een last onder dwangsom ter zake. In het kader van de belangenafweging merkt het college op dat thans het liquiditeitsnadeel en het restitutierisico geheel voor rekening van MCI komt. Naar het oordeel van het college kan van een restitutierisico voor KPN geen sprake zijn nu de kostengeoriënteerde tarieven door het college reeds zijn vastgesteld. Daarnaast is het college van oordeel dat ook in geval van een mogelijk restitutierisico van KPN, haar wettelijke verplichtingen tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie, dient te prevaleren. Er zijn aan de kant van KPN aldus geen belangrijke financiële

beletselen aanwezig om tot naleving over te gaan. KPN wordt verplicht de vastgestelde tarieven ook jegens MCI te hanteren en – onder verbeuring van een last onder dwangsom van 10.000,- euro per dag (met een maximum van 250.000,- euro) – aan MCI een creditnota te verzenden.

Oplegging l.o.d. (euro 10.000,- per dag / maximum euro 250.000,-)

A42. Besluit 05-06-2003, Versatel (aanvraag handhaving)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/202083

Idem A40.

A43. Besluit 05-06-2003, KPN Telecom (aanpassing referentieaanbod)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/202084

30. Het college betreft in zijn afwegingen in de eerste plaats het belang dat is gediend met de naleving van de verplichting tot het in rekening brengen van kostengeoriënteerde tarieven. (...) Onder bijbehorende faciliteiten verstaat de Verordening expliciet ook collocatiefaciliteiten.

31. Ten aanzien van de overtreding van KPN om het referentieaanbod bij te werken geldt het navolgende. Het college hecht belang aan het opheffen van de overtreding van KPN om het referentieaanbod aan te passen. Het college ziet geen bijzondere omstandigheden voor KPN om af te wijken van deze verplichting. (...)

32. Gelet op het feit dat KPN in strijd handelt met artikel 3, eerste en derde lid, van de Verordening door de thans geldende kostengeoriënteerde tarieven voor de collocatiedienstverlening niet in haar referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten (waaronder collocatie) op te nemen, gelet op het feit dat het college bevoegd is daartegen op te treden en gelet op het feit dat er geen bijzondere omstandigheden zijn die ertoe nopen om van handhaving af te zien, gaat het college over tot het opleggen van een dwangsom aan KPN.

Oplegging l.o.d. € 500,- per dag / maximum € 10.000,-)

A46. Besluit 10-11-2003, KPN Mobile (nummerportabiliteit)

gepubliceerd: OPTA/EGM/2003/204172

29. Ten aanzien van de wijze van handhaven overweegt het college het volgende. Uit de markt heeft het college signalen ontvangen dat sprake is van een bestendige overtreding van de verplichting tot nummerportabiliteit, zoals daaraan door OPTA uitleg is gegeven in de beleidsregels. Die bestendige overtreding blijkt tevens uit de verzoeken om handhaving van Orange en Telfort. KPN hanteert als uitgangspunt dat verzoeken om nummerportabiliteit niet worden gehonoreerd als er nog verplichtingen bestaan uit hoofde van de contractuele relatie tussen KPN en de klant.

30. Het is deze bestendige gedragslijn, waartegen het college door middel van de onderhavige last beoogt op te treden. Het college heeft in dit licht besloten om een dwangsom op te leggen voor iedere maand of gedeelte daarvan, waarin de last niet is uitgevoerd en KPN derhalve haar bestendige gedragslijn continueert. (...)

31. Voor het bepalen van de hoogte van de dwangsom, € 50.000,00 voor elke kalendermaand dat zij in strijd met de last handelt, tot een maximum van € 300.000,00, heeft het college overwogen dat hij met deze last onder dwangsom niet beoogt handhavend op te treden tegen incidentele overtredingen van de Telecommunicatiewet en beleidsregels, maar tegen de bestendige overtreding hiervan door KPN en de weigering van KPN zich aan de beleidsregels te conformeren. Gelet hierop staat de dwangsom naar het oordeel van het college in redelijke verhouding tot de beoogde werking van de dwangsomoplegging.

Oplegging i.o.d. € 50.000,00 per kalendermaand / maximum € 300.000,00)

A44. Besluit 03-12-2003, KPN Telecom (kostengeoriënteerde interconnectietarieven)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/204680

11. Het college stelt vast dat KPN – blijkens de hierboven aangehaalde brief van 25 november 2003 - vooralsnog tarieven hanteert die voortvloeien uit het EDC-V/BULRIC-II besluit van 27 juni 2002 en dat daarmee de thans door KPN gerekende tarieven voor terminating access en bijzondere toegang niet overeenstemmen met de tarieven die door het

college voor de onderhavige perioden als kostengeoriënteerd worden beschouwd.

12. Het college stelt aldus vast dat KPN in strijd handelt met de plicht tot kostenoriëntatie, (...)

13. De thans door KPN gerekende tarieven voor interconnectie en bijzondere toegang zijn – in sommige gevallen substantieel – hoger dan de tarieven die het college kostengeoriënteerd oordeelt. Het college heeft becijferd dat het verschil tussen de door KPN berekende tarieven en de door het college kostengeoriënteerd geoordeelde tarieven KPN maandelijks ten minste € 2 miljoen extra omzet oplevert. Dat dit een conservatieve schatting is, blijkt onder meer uit het feit dat KPN zelf in de media te kennen heeft gegeven dat het besluit van OPTA haar meer dan € 30 miljoen op jaarbasis kost. Bovendien stelt het college vast dat KPN de hoogte van deze bedragen in haar zienswijze van 1 december 2003 niet bestrijdt. Daarnaast leidt het rekenen van tarieven die hoger zijn dan kostengeoriënteerd tot onaanvaardbare marktverstoringen alsmede tot te hoge eindgebruikerstarieven, welke nauwelijks of in het geheel niet restitueerbaar zijn. Een en ander rechtvaardigt naar het college een substantiële dwangsom, die vooralsnog bepaald wordt op € 2 miljoen per maand, zijnde, zoals gezegd, een conservatieve schatting van het door KPN behaalde voordeel. Een cijfermatige onderbouwing treft u aan als (vertrouwelijke) bijlage bij deze vooraankondiging.

Oplegging i.o.d. (€ 2.000.000,00 per kalendermaand / maximum € 12.000.000,00)

A52. Besluit 21-06-2004, KPN Telecom (ILL)

nog niet gepubliceerd

OPTA heeft een geschilbesluit genomen op 15.12.2003 inzake interconnecterende huurlijnen (ILL). KPN Telecom komt dit besluit op twee punten niet na: de restitutie van tarieven voor elektrisch koppelen en voor collocatie. OPTA overweert dat KPN tarieven heeft gefactureerd die afweken van de door OPTA vastgestelde tarieven. KPN handelt daarmee in strijd met het dictum. KPN is derhalve in overtreding van artikel 6.6, lid 1 Tw. In dit geval acht OPTA handhaving van het geschilbesluit van belang. Door het niet factureren van kostengoeriënteerde tarieven wordt MCI benadeeld. MCI heeft daarom belang bij handhaving en KPN heeft niet aannemelijk kunnen maken door het handhavingsbesluit oneveredig te worden benadeeld. Een last onder dwangsom is het meest geëigende

middel om de geconstateerde overtreding te beeindigen. Het heeft tot doel dat MCI krijgt waar zij recht op heeft. Een boete kent dat resultaat niet. KPN dient een creditnota te verzenden (“de reeds gefactureerde bedragen te verlagen”). Indien KPN dit nalaat, verbeurt zij een dwangsom van 400,- euro per dag (met een maximum van 75.000,- euro). De hoogte van de dwangsom is direct gerelateerd aan het betrokken belang. De hoogte van de dwangsom vormt naar het oordeel van het college voor KPN een voldoende prikkel om de last na te leven. De begunstigingstermijn bedraagt 5 werkdagen.

Oplegging l.o.d. (euro 400,- per dag/maximum euro 75.000,-)

II. BESLISSINGEN OP BEZWAAR

B03. Besluit 06-07-2000, ANWB Travelcom e.a. (nummerportabiliteit)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

De reden voor het hanteren van een ten aanzien van iedere aanbieder van mobiele openbare telecommunicatiediensten gelijkkludend handhavingsmiddel, is gelegen in het feit dat de nakoming van de wettelijke verplichting in grote mate afhankelijk is van de samenwerking (...) Teneinde dit te realiseren en de aanbieders redelijkerwijs in staat te stellen aan de last te kunnen voldoen, heeft het college gekozen voor het opleggen van maandelijks steeds hogere te behalen kwaliteitseisen waaraan de porteringen moeten voldoen. De per maand te behalen percentages, oplopend tot uiteindelijk een maandelijks te behalen percentage van 95%, zijn naar het oordeel van het college door de aanbieders te realiseren. Ten aanzien van dit percentage merkt het college op dat de wettelijke verplichting uitgaat van een percentage van 100%. Echter, het college heeft, uit overwegingen gebaseerd op de door de aanbieders naar voren gebrachte praktijk van het porteringsproces, bij de formulering van de last rekening gehouden met een ruime foutmarge van 5% en deze ingecalculeerd. (...)

Verder acht het college de naleving van de last realiseerbaar, omdat in de formulering van de last is aangesloten bij een gedeelte van de zogenaamde "Standaard-overeenkomst Nummerportabiliteit" (hierna: de Standaard).

Bezwaar ongegrond; l.o.d. blijft gehandhaafd

B23. Besluit 11.02.2002, KPN Telecom, BabyXL (collocatietarieven)

gepubliceerd: OPTA/JZ/2002/2200392

Het college overweegt dienaangaande dat hij bij het nemen van het bestreden besluit op goede gronden heeft overwogen van het opleggen van een dwangsom af te zien. Het bezwaar van BaByXL komt er namelijk op

neer dat het college KPN een preventieve last onder dwangsom had moeten opleggen. Deze zou er immers op zijn gericht om mogelijke overtreding van het bestreden besluit te voorkomen. Het opleggen van een dergelijke last met een preventief oogmerk is, gelet op de jurisprudentie, slechts geoorloofd indien een klaarblijkelijk gevaar dan wel gegronde vrees voor overtreding bestaat. Daarvoor dienen concrete aanwijzingen te bestaan. Het college is van oordeel dat van dergelijke aanwijzingen ten tijde van het nemen van het bestreden besluit geen sprake was. Dat KPN, zoals BaByXL stelt, ook in een andere, vergelijkbare, geschilprocedure al niet zou hebben voldaan aan de haar opgelegde verplichtingen tot het verstrekken van informatie, acht het college niet een omstandigheid die van belang is voor het al dan niet opleggen van een last onder dwangsom in de onderhavige geschilprocedure.

Bezwaar m.b.t. last ongegrond; niet alsnog oplegging l.o.d.

B17. Besluit 12.02.2002, KPN Telecom (transittarieven)

gepubliceerd: OPTA/JUZ/2001/203624

Aan KPN moet worden toegegeven dat de onderhavige brieven - en zeker die van 23 mei 2001 en van 10 augustus 2001, waarin het college kennis heeft gegeven van zijn voornemen de geconstateerde overtredingen door middel van het opleggen van een last onder dwangsom tegen te gaan - een als definitief bedoeld rechtsoordeel bevatten. De door KPN in dit verband vermelde jurisprudentie stelt echter in gevallen als hier aan de orde voor het aanmerken van zodanige rechtsoordelen als rechtshandelingen de voorwaarde dat het voor de betrokkene als onevenredig bezwarend moet worden beschouwd om een handhavingsbesluit af te wachten. Naar het oordeel van het college bevindt KPN die, zoals uit het vorenstaande genoegzaam is gebleken, de met de Telecommunicatiewet strijdige activiteiten al geruime tijd verricht - zich niet in deze situatie. KPN heeft ook geen feiten en omstandigheden gesteld, laat staan aangetoond, die nopen tot het oordeel dat het afwachten van een handhavingsbesluit onevenredig bezwarend zou zijn voor haar. In dit verband is niet van belang dat KPN, zoals zij stelt, geen verwijt gemaakt kan worden van deze overtreding.

Bezwaar niet-ontvankelijk

B15. Besluit 06.03.2002, KPN Telecom (universele telefoongids)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Hoewel KPN al voor een belangrijk deel aan de last heeft voldaan, is nog niet volledig aan de last voldaan, zodat de last niet zonder voorwerp is geraakt.

(...)

Op grond van gewijzigde omstandigheden heeft het college bij besluit van 18 december 2001 nieuwe dwangsommen vastgesteld, die in de plaats komen van de dwangsommen van het besluit van 19 juni 2001. Het belang van KPN bij haar bezwaar tegen de hoogte van de dwangsom in het besluit van 19 juni, zoals weergegeven in paragraaf 3.7, vervalt hiermee. Het college zal daarom dit bezwaar hier niet verder behandelen. Tevens heeft het college hiermee de vraag van KPN, zoals weergegeven in paragraaf 3.6, over de verhouding tussen de dwangsom van het besluit van 19 juni 2001 en het besluit van 18 december 2001 beantwoord.

Bezwaar m.b.t. last ongegrond; l.o.d. blijft gehandhaafd

B31. Besluit 04-03-2003(publicatiedatum), KPN Telecom
(bitstroomtoegang)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Ten slotte is het college van oordeel dat het opleggen van de last opportuun is. Hoewel nog niet met concrete cijfers kan worden gestaafd dat KPN een dominante positie op de markt voor IP-VPN diensten heeft, is het duidelijk dat KPN door haar (toenemende) macht op de toegangsmarkt zich concurrentievoordeel kan bezorgen op de markt voor IP-VPN diensten. Het gebruik van de macht op de toegangsmarkt om een concurrentievoordeel te halen op de eindgebruikersmarkt kan niet worden toegestaan. Hiertegen dient ook in een vroeg stadium te worden opgetreden, voordat de markt verdeeld is. (...) Het lijkt erop dat deze markt op korte termijn bijna geheel zal worden overgenomen door KPN. De andere aanbieders hebben nauwelijks kans om met concurrerende aanbiedingen te komen, waarmee duurzame concurrentie illusoir wordt. Ten slotte is KPN's macht op de - aanverwante - markt voor traditionele huurlijnen met een capaciteit onder de 2 MB al heel groot. Dit alles maakt het opleggen van een last onder dwangsom als de onderhavige niet alleen

opportunity, maar zelfs noodzakelijk uit een oogpunt van duurzame concurrentie.

Bezwaren ongegrond; i.o.d. blijft gehandhaafd

B34. Besluit 04-06-2003, Low Cost Linking (Stic)

gepubliceerd: OPTA/JUZ/2003/201738

De kern van de bezwaren van LCL is dat zij zich niet kan verenigen met de kwalificatie van platformaanbieder in de zin van artikel 1, onder d, Besluit.
(...)

Nu uit de overeenkomsten die LCL ter zake sluit volgt dat zij zich jegens nummerhouders ertoe verbindt om dienstverlening via dat informatienummer toegankelijk te maken, kwalificeert LCL als platformaanbieder in de zin van artikel 1, onder d, Besluit.

Bezwaren ongegrond; i.o.d. blijft gehandhaafd

B37. Besluit 12-11-2003, KPN Telecom (Informatievoorziening RA ULL)

gepubliceerd: OPTA/JUZ/2003/204112

De omvang van het nadeel dat KPN andere aanbieders van xDSL-diensten heeft berokkend kan als zodanig van invloed zijn op de vaststelling van de hoogte van de boete.
(...)

In het bestreden besluit is voorts tot uitdrukking is gebracht, dat de hoogte van de boete dusdanig moet zijn dat zij KPN van een volgende overtreding weerhoudt (speciale preventie) en potentiële overtreders afschrikt (generale preventie).
(...)

Tenslotte is het college van oordeel dat het niet gehouden is de exacte omvang van het concurrentievoordeel van KPN, c.q. het concurrentienadeel van de andere aanbieders “onomstotelijk te bewijzen”, alvorens de hoogte van de boete kan worden vastgesteld.
(...)

Met betrekking tot de evenredigheid van de opgelegde sanctie heeft het college – bij wijze van proef op de som - aansluiting gezocht bij het aantal

ADSL-aansluitingen van KPN, respectievelijk het tarief per validatie van een order dat KPN aan concurrente xDSL-aanbieders in factureert.

Bezwaar ongegrond; boete blijft gehandhaafd

B45. Besluit 28-11-2003, Yarosa vs. KPN (SMS-diensten)

beslissing op bezwaar van Yarosa, KPN inzake besluit OPTA 23-07-2003 (toegang tot het netwerk van KPN voor SMS-diensten Yarosa); niet gepubliceerd; referentie in uitspraak voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam van 09-07-2004.

B46. Besluit 13-02-2004, KPN Mobile (nummerportabiliteit)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Nu KPN Mobile desalniettemin contractuele voorwaarden mede bepalend laat zijn voor de vraag of, en zo ja, wanneer in een concreet geval tot nummerportering zal worden overgegaan, handelt zij in strijd met artikel 4.10 van de Tw. (...) In het geval van een overtreding van de hieruit voortvloeiende norm kan het college gebruik maken van zijn bevoegdheid ex artikel 15.1, derde lid jo artikel 15.2, tweede lid van de Tw jo artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht om een last onder dwangsom op te leggen.

(...)

Op zich zelf is juist, dat het college bij zijn eerdere beleid en bij de in 1999 aan verschillende aanbieders opgelegde last de contractuele verhoudingen tussen aanbieders en afnemers uitdrukkelijk niet als ontoelaatbaar obstakel voor nummerportabiliteit zag. (...) In de eerste plaats zag het eerdere beleid van het college op een andere situatie dan de onderhavige. (...) In de tweede plaats heeft KPN Mobile voldoende gelegenheid gehad haar commerciële beleid aan de Beleidsregels aan te passen.

bezwaren ongegrond, l.o.d. blijft gehandhaafd

B48. Besluit 29-04-2004, KPN Telecom (ontbundelde toegang)

gepubliceerd: OPTA/JUZ/2004/201288

KPN heeft de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders onomkeerbaar

beïnvloed. Naar het oordeel van het college dient de overtreding van de verplichting tot kostenoriëntatie als ernstig te worden gekwalificeerd, hetgeen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag rechtvaardigt.

(...)

Het college heeft in de concrete omstandigheden van de situatie wel aanleiding gezien tot matiging van de boete over te gaan. Deze concrete omstandigheden zijn:

- de hoogte van het door bbned ter zake van de kortingsregeling voor XTL- en ASL-lijnen genoten voordeel (...)
- de hoogte van het door Tiscali ter zake van het [bedrijfsvertrouwelijk] voor het opzeggen van ontbundelde aansluitlijnen genoten voordeel (...)
- het feit dat de kortingsregeling voor XTL- en ASL-lijnen voor Tiscali feitelijk niet tot financieel voordeel van Tiscali heeft gestrekt, (...)
- het feit dat KPN de gevolgen van de overtreding tracht te beperken door alsnog het door het college vastgestelde tarief aan bbned in rekening te brengen, (...)

(...)

De overtreding van de verplichting tot non-discriminatie wordt door het college als ernstig gekwalificeerd, hetgeen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag rechtvaardigt. (...) Wel is reden tot matiging geweest het feit dat KPN de gevolgen van de overtreding tracht te beperken door alsnog het tarief aan bbned in rekening te brengen dat ook voor andere aanbieders heeft gegolden, (...)

bezwaren ongegrond; boete blijft gehandhaafd

B49. Besluit 28-07-2004, MCI (restitutie toeslag spectraalmanagement)

gepubliceerd: OPTA/JUZ/2004/202628

In het besluit van 19 december 2002 is KPN (...) door middel van een last onder dwangsom opgedragen het in rekening brengen van de toeslag per 1 februari 2003 te staken. KPN heeft aan deze last voldaan, waardoor de overtreding per 1 februari is beëindigd. (...) Het college ziet zich echter voor de vraag gesteld of artikel 3, derde lid, van de Verordening voor KPN de verplichting inhoudt dat KPN te veel ontvangen bedragen moet restitueren. Immers wil het college bestuursdwang kunnen toepassen, dan dient er op grond van artikel 5:21 Awb sprake te zijn van een doen, houden of nalaten in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichting. Het college is van mening dat een dergelijke

verplichting niet uit de norm kan worden afgeleid die artikel 3, derde lid, van de Verordening stelt.

(...)

Gelet op het punitieve karakter van de boete en de eenzijdigheid van een boete, kan naar het oordeel van het college MCI bij een boete geen concreet, individueel bepaalbaar, rechtstreeks betrokken belang hebben en is zij daardoor geen belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb.

bezwaar m.b.t. l.o.d. ongegrond; niet alsnog (nog een) l.o.d. opgelegd

bezwaar m.b.t. boete niet-ontvankelijk; niet alsnog een boete opgelegd

III. AANKONDIGING/VOORNEMEN LAST ONDER DWANGSOM

C01. Brief 11-02-1999 diverse mobiele operators (Verschaffen nummerportabiliteit)

niet gepubliceerd (brief 11/2/1999; referentie in besluit tot opleggen van een last onder dwangsom inzake het verschaffen van Nummerportabiliteit aan Ben, Debitel/Cellway, Dutchtone, KPN, Libertel, Talkline, Telfort en UniqueAir, dd. 25/3/1999)

Zoals bij brief d.d. 11 februari 1999 door het college van OPTA aan u en aan andere aanbieders van vaste en mobiele openbare telecommunicatiediensten is medegedeeld, dient uw onderneming nummerportabiliteit te verschaffen. Wanneer u deze niet verschaft, zo luidde de brief, is het college voornemens een last onder dwangsom op te leggen ter grootte van f 10.000,- voor elke dag op of na 1 april 1999 waarop geen nummerportabiliteit verschaft wordt. Bij brief van 25 februari 1999 heeft het college medegedeeld dat het bovengenoemde voornemen tevens geldt voor prepaid mobiele telefonie.

Een ander vereiste dat het college in eerstgenoemde brief aan de betreffende aanbieders heeft gesteld, is dat deze aanbieders hun eindgebruikers wier contract is verlengd in de periode tussen 1 januari 1999 en een latere datum waarop de aanbieder nummerportabiliteit werkelijk verschaft, actief voorlichten over de mogelijkheid om zonder contractuele boete alsnog van nummerportabiliteit gebruik te maken. Dit op straffe van een boete van f 1000,- per eindgebruiker die hierover niet is geïnformeerd.

Vooraankondiging l.o.d. (f 10.000,- per dag)

C03. Brief 28-10-1999 diverse operators (nummerportabiliteit)

niet gepubliceerd (gemeld in: Besluit op de bezwaren van ANWB Travelcom, Ben, Debitel, Dutchtone, IMC, KPN, Libertel, Talkline en Telfort, gericht tegen de last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit d.d. 21 december 1999).

Bij brief van 28 oktober 1999 (kenmerk [...]) heeft het college [...] medegedeeld voornemens te zijn aan [...] een last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit op te leggen (hierna: de vooraankondiging). Bij deze brief heeft het college [...] tevens de mogelijkheid geboden om haar zienswijze omtrent de vooraankondiging naar voren te brengen.

Op 12 november 1999 heeft [...] tijdens een besloten hoorzitting haar zienswijze omtrent de vooraankondiging aan het college medegedeeld. De zienswijze van [...] is daarnaast verwoord in een brief van 10 november 1999 (referentie [...]) aan het college alsmede in een schriftelijke notitie die voorafgaande aan de hoorzitting aan het college is overhandigd.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C04. Brief 13-04-2000

niet gepubliceerd ((kenmerk: OPTA/EGM/2000/201207) referentie in: Collegebesluit dwangsom aanmeldingssysteem carrier preselectie 14-4-2000)

Bij brief van 13 april 2000 (kenmerk: OPTA/EGM/2000/201207) heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) aan KPN meegedeeld voornemens te zijn aan KPN een last onder dwangsom op te leggen inzake het niet (goed) functioneren van het VRS van KPN.

Bij deze vooraankondiging heeft het college KPN de mogelijkheid geboden om, naar keuze, schriftelijk of mondeling haar zienswijze naar voren te brengen. KPN heeft er voor gekozen haar zienswijze mondeling op 21 april 2000 in een hoorzitting aan het college kenbaar te maken. Tevens heeft KPN ter hoorzitting, ter ondersteuning van de mondelinge zienswijze, een schriftelijke zienswijze overhandigd (met het kenmerk CS&R/OO/U/073).

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C11. Brief 15-03-2001 KPN (interconnecterende huurlijnen)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/200698; referentie in bijlage I, nadere invulling van het rra oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002)

Het college heeft d.d. 15 maart 2001 een vooraankondiging last onder dwangsom inzake 'Interconnecterende Huurlijnen' uitgevaardigd (zie brief d.d. 15 maart 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/200698);

Er is overeenstemming over een voor partijen afneembaar aanbod ILL, versie 1.0g., d.d. 1 oktober 2002; een definitief oordeel van het college hierover zal nog komen.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C12. Brief 15-03-2001 KPN (interconnectie op het niveau van nummercentrales)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/200693; referentie in bijlage I, nadere invulling van het ria oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002; referentie in Zienswijze KPN op vooraankondiging last onder dwangsom 'Interconnectie op het niveau van nummercentrales', dd. 28 maart 2001, CS&R/01/u/316)

Het college heeft d.d. 15 maart 2001 een vooraankondiging inzake 'Interconnectie op het niveau van nummercentrales' uitgestuurd (zie brief d.d. 15 maart 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/200693); op 26 maart 2002 heeft het college aan KPN aangegeven dat hij een juridisch handhavingstraject wil ingaan (zie brief d.d. 26 maart 2001, kenmerk OPTA/IBT/2002/200782);

In juli 2002 heeft het college aangegeven dat wat betreft het aanbod voor Lokale Interconnectie het college vooralsnog afziet van handhaving, gelet op de toezeggingen van KPN i.k.v. ITTZ (zie "Verdere stappen handhaving RIA", in "OPTA Connecties", juli 2002, nr. 5);

NB: zie ook C21

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C13. Brief 15-03- 2001, KPN (Collocatie in samenhang met interconnectie)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/200699; referentie in bijlage I, nadere invulling van het via oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002)

Het college heeft d.d. 15 maart 2001 een vooraankondiging last onder dwangsom inzake 'Collocatie in samenhang met interconnectie' uitgestuurd (zie brief d.d. 15 maart 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/200699). Op 6 juni 2001 heeft het college KPN een last onder dwangsom opgelegd (zie brief d.d. 6 juni 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/201294);

Het college stelt vast dat met het voorstel van KPN d.d. 4 juli 2001 KPN aan de in het besluit opgelegde last zal hebben voldaan (zie brief d.d. 4 juli 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/201947);

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C14. Brief 15-03-2001 KPN (Beoordeling RIA)

niet gepubliceerd (15-3-2001, referentie in brief aan fist 'vooraankondigingen last onder dwangsom KPN, dd. 20-3-2001, OPT/IBT/2001/200722)

Hierbij informeert het college u over het feit dat hij op 15 maart 2001 aan Koninklijke KPN N.V. het voornemen heeft geuit een drietal lasten onder dwangsom op te leggen.

De vooraankondigingen hebben tot doel er voor te zorgen dat KPN haar referentie-interconnectieaanbieding op een drietal hieronder genoemde onderdelen van het "Besluit inzake de beoordeling RIA KPN Telecom B.V., Versie 2000.1.1.1" zodanig wijzigt dat de door het college op deze onderwerpen geconstateerde strijdigheid met de wet wordt opgeheven.

NB: hier wordt waarschijnlijk bedoeld op het besluit genoemd als referentie in casus C13

NB: voor vervolg zie brief Fist:

Brief 12-07-2001 KPN (referentie-interconnectie-aanbieding)

gepubliceerd (brief niet voorzien van kenmerk)

Het betreft hier geen vooraankondiging l.o.d. gericht aan KPN, maar een brief gericht aan Fist met betrekking tot de stand van zaken inzake de drietal vooraankondigingen d.d. 15 maart 2001 (casus 14). Daarnaast informeert het college Fist over het feit dat hij op 22 juni 2001 aan KPN het voornemen heeft geuit ten aanzien van een drietal nieuwe onderdelen van het RLA-oordeel lasten onder dwangsom op te leggen (casus 18).

Vooraankondiging (drietal) l.o.d. (bedragen onbekend)

C15. Brief 03-05-2001 KPN (Universele telefoongids)

niet gepubliceerd (OPTA/EGM/2001/201061, 3-5-2001; referentie in Last onder dwangsom universele telefoongids en abonnee-informatiedienst, d. 19/6/2001)

6. Bij brief van 3 mei 2001 (kenmerk: OPTA/EGM/2001/201061) heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) aan KPN medegedeeld voornemens te zijn aan KPN een last onder dwangsom op te leggen wegens het niet beschikbaar stellen van een universele telefoongids en abonnee-informatiedienst. (...)

33. Op basis van informatie die KPN bij brief van 17 april 2001 (kenmerk: CS&R/O1/U/328) aan het college heeft overgelegd stelt het college vast dat de telefoongids en abonnee-informatiedienst die KPN thans beschikbaar stelt, in ieder geval niet de gegevens van de abonnees van Dutchtone mobiel, Ben en Telfort mobiel bevatten. Het college overweegt dat deze drie aanbieders gezamenlijk ongeveer 20% van de mobiele markt in handen hebben. De gehele mobiele markt bestaat uit ongeveer 8.000.000 abonnees. Ongeveer 1.600.000 abonneegegevens worden nu dus niet aan KPN aangeleverd ten behoeve van het beschikbaar stellen van een universele telefoondienst en abonnee-informatiedienst door KPN. Het college stelt vast dat KPN de aanbieders van vaste en mobiele telefonie voor de levering van abonneegegevens f0,85 per jaar betaalt als vergoeding voor het verwerven van deze gegevens. Het college constateert dat het KPN ongeveer f1.400.000,- zou kosten om de abonneegegevens van de genoemde aanbieders te verkrijgen. Naar de mening van het college dient een in dit kader op te leggen dwangsom, om een stimulans te vormen om

de overtreding te beëindigen, in ieder geval hoger te zijn dan bovengenoemd bedrag. Het college neemt hierbij tevens in overweging dat er naast de hier genoemde aanbieders ook andere aanbieders zijn waarvan de abonneegegevens niet beschikbaar zijn gesteld in de telefoongids en abonnee-informatiedienst zoals deze thans door KPN worden geleverd.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C17. Brief 23-05-2001 / 10-08-2001 KPN (Transittarieven)

niet gepubliceerd (23 mei 2001 (kenmerk: OPTA/IBT/2001/201398); 10 augustus 2001 (kenmerk: OPTA/IBT/2001/202281); referentie in Beslissing op bezwaar KPN Transittarieven, OPTA/JUZ/2001/203624, 12-2-2002)

2.2 Brief van 23 mei 2001

In deze brief wordt KPN er onder meer op gewezen dat een aanbieder een afzonderlijke rechtspersoon is die onder eigen naam en onder eigen titel en voor eigen risico een openbaar telecommunicatienetwerk of een openbare telecommunicatiedienst exploiteert. Het college deelt KPN mede dat KPN IND en KPN UDS niet als zodanig zijn aan te merken. Tevens deelt het college mede te overwegen om de geconstateerde overtreding te handhaven door middel van een last onder dwangsom.

2.3 Brief van 10 augustus 2001

Het college deelt mede thans voorbereidingen te treffen om KPN een last onder dwangsom op te leggen, teneinde daarmee te bereiken dat KPN het in rekening brengen van transittarieven staakt.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C18. Brief 22-06-2001 KPN (inzake bidirectionele verbindingen)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/201343; referentie in bijlage I, nadere invulling van het rva oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002; referentie in Zienswijze KPN op vooraankondiging last onder dwangsom bi-directionele verbindingen, dd. 22/6/2001, CS&R/01/U/380)

Het college heeft d.d. 22 juni 2001 een vooraankondiging last onder dwangsom inzake 'Bi-directionele verbindingen' uitgestuurd (zie brief d.d. 22 juni 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/201343);
Er is overeenstemming over de opname in de RIA van de mogelijkheid tot samengevoegde bundels (zie brief d.d. 20 september 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/202770).

N.B. zie ook brief Fist (zie casus C14)

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C19. Brief 22-06-2001 KPN (interconnectie zeekabels)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/201347; referentie in bijlage I, nadere invulling van het rfa oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002; referentie in Zienswijze KPN op vooraankondiging last onder dwangsom zeekabeltoegang, dd 22-6-2001, CS&R/01/U/379)

Het college heeft d.d. 22 juni 2001 een vooraankondiging last onder dwangsom inzake 'Zeekabeltoegang uitgestuurd (zie brief d.d. 22 juni 2001, kenmerk OPTA/IBT/2001/201347); op 26 maart 2002 heeft het college aan KPN aangegeven dat hij een juridisch handhavingstraject wil ingaan (zie brief d.d. 26 maart 2001, kenmerk OPTA/IBT/2002/200782);

In juli 2002 heeft het college aangegeven dat hij voor zeekabeltoegang niet zal overgaan tot handhaving. Het college geeft aan dat in de situatie dat er sprake is van interconnectie, de concrete marktvrage voor het gebruik van capaciteit in een zeekabel niet aanwezig blijkt te zijn. In de praktijk nemen aanbieders de dienst zeekabeltoegang af om uitbreiding van het eigen netwerk te realiseren. Dit kan volgens het college niet tot het interconnectie regime worden gerekend.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C20. Brief 22-06-2001 Diverse operators (nummerportabiliteit)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/201348; referentie in bijlage I, nadere invulling van het rfa oordeel van 28 juli 2000, brief dd. 1/11/2002; datum publicatie website 2/12/2002)

Het college heeft d.d. 22 juni 2001 een vooraankondiging last onder dwangsom inzake 'Nummerportabiliteit' uitgestuurd (zie brief d.d. 22 juni 2001, kenmerk OPTA/IBT/201348);

Gelet op voortschrijdend inzicht is het college thans van oordeel dat de verplichting voor aanbieders tot het aanbieden van nummerportabiliteit aan eindgebruikers, een verplichting is welke niet gebaseerd is op de uit hoofdstuk 6 Tw voortvloeiende interconnectieverplichting. Nummerportabiliteit vloeit voort uit de zelfstandige plicht die op aanbieders rust en die als zodanig is terug te vinden in art 4.10 Tw. Nummerportabiliteit is geen absolute voorwaarde voor operabiliteit, maar vergemakkelijkt deze wel;

Het college zal toezien op de naleving van de verplichting tot nummerportabiliteit op grond van art. 4.10 Tw en zal mede gelet op zijn eigen gewijzigde inzicht dat nummerportabiliteit niet valt onder de reikwijdte van interconnectie, afzien van het opleggen van een last onder dwangsom.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C21. Brief 09-07-2001 KPN (interconnectie op het niveau van nummercentrales I)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2001/201246; referentie in Zienswijze KPN op vooraankondiging last onder dwangsom, CS&R/01/U/395 dd 1 augustus 2001)

C30. Brief 09-04-2002 KPN vs de stichting Pré Woondiensten (toegang woningen)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2002/200469, dd. 9-4-2002; referentie in Last onder dwangsom Stichting Pré Woondiensten, H.4.01, last onder dwangsom "bet opleggen van de gedoogplicht inzake kabels en netwerkaansluitpunten in wooncomplex Westerduin o.b.v. artikel 5.5, eerste lid, onder b, Tw", dd. 01-05-2002)

2. Per faxbericht van 9 april 2002 (ons kenmerk: OPTA/IBT/2002/200469) heeft het college de Stichting een vooraankondiging last onder dwangsom (hierna: "de vooraankondiging")

doen toekomen, waarin het college, kort gezegd, constateert dat de Stichting niet voldoet aan de gedoogplicht die artikel 5.5, eerste lid, onder b, van de Telecommunicatiewet (hierna: “Tw”) aan haar oplegt. Het college gaf aan dat hij overwoog een last onder dwangsom op te leggen aan de Stichting, indien de Stichting vanaf 6 mei 2002, 08.00 uur en gedurende 13 werkdagen daarop volgend, op enigerlei wijze niet zou voldoen aan de haar bij wet opgelegde gedoogplicht.

(...)

43. In casu gaat het om de verplichting die op de Stichting rust om de aanleg van kabels en netwerkaansluitpunten door KPN te gedogen, zoals bepaald in artikel 5.5, eerste lid, onder b, Tw. Het college constateert dat deze plicht in beginsel te allen tijde op de Stichting rust, derhalve ook op het moment dat de Stichting, op 9 april jl., de vooraankondiging heeft ontvangen.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C31. Brief 31-05-2002 KPN (Bitstroomtoegang)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2002/201388, dd. 31/5/2002; referentie in Besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN Telecom B.V. inzake Bitstroomtoegang,

7. Bij brief van 31 mei 2002 (kenmerk: OPTA/IBT/2002/201388) heeft het college een vooraankondiging last onder dwangsom aan KPN verzonden, waarin het voornemen tot het opleggen van de last onder dwangsom wordt aangekondigd. In deze vooraankondiging is aan KPN de mogelijkheid geboden zijn zienswijze te geven.

50. Voor het transport van de bitstroom (waarbij gebruik gemaakt is van xDSL-technologie) wordt gebruik gemaakt van PVC's. In zijn besluit inzake AMM-huurlijnen (OPTA/EGM/2002/200667), paragraaf 199, heeft het college reeds gesteld dat PVC's te beschouwen zijn als huurlijnen zoals bedoeld in de Tw. In dit oordeel wordt uitgebreid ingegaan door het college op de definitie van een PVC (paragraaf 173 t/m 189) en de zienswijze van KPN terzake. (...)

69. Het handhavingsverzoek van de ACT-partijen bevat het verzoek om de dienst Epacity te stoppen, en daarmee het discriminerend gedrag van KPN te stoppen, totdat dezelfde bitstroomtoegangsdienst aan deze partijen ter beschikking is gesteld. Ook in de vooraankondiging van de last onder dwangsom kondigt het college het voornemen aan om de dienst Epacity te stoppen. In algemene zin is het college van oordeel dat het discriminerende

gedrag van KPN dient te worden gestopt. Mede daarom heeft het college besloten de verkoop en levering van de dienst Ecapacity op zichzelf niet te verbieden.(..)

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C33. Brief 13-09-2002 KPN (Spectraalmanagement)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2002/201449

31. Hierboven heeft het college geconstateerd dat KPN in strijd handelt met art. 3 derde lid van de Verordening juncto artikel 6.10 lid 3 Tw. Het college is in verband daarmee voornemens aan KPN een last onder dwangsom op te leggen welke het volgende inhoudt:

- a) KPN dient binnen 10 dagen na dagtekening van de last onder dwangsom het factureren van de Toeslag aan andere aanbieders te staken.
- b) KPN zal een dwangsom van € 20.000,= voor iedere factuur waarin de Toeslag in rekening wordt gebracht verbeuren met een maximum van € 100.000,=, per aanbieder.

32. Het college heeft bij de bepaling van de hoogte van de last rekening gehouden met de volgende omstandigheden:

- Dat het college KPN vroegtijdig heeft aangegeven dat de Toeslag niet als redelijk kon worden beoordeeld.
- Dat KPN door het deels afwentelen van de hoge exploitatiekosten - ten gevolge van het handhaven van de verouderde systemen- op haar concurrenten, het tot stand komen van een eerlijke en duurzame concurrentie op de markt voor breedbanddiensten heeft belemmerd.

Vooraankondiging l.o.d. (euro 20.000,- per dag / maximum euro 100.000,- per aanbieder)

C36/C40 Besluiten 25-02-2003 en 17-04-2003 (Handhaving collocatietarieven ten opzichte van Worldcom (H.01.03/H.05.03))

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2003/200673 en OPTA/IBT/2003/201517. Referentie in Besluit inzake aanvraag handhaving van MCI WorldCom B.V. (H.01.03), dd. 7 april 2003, OPTA/IBT/2003/201399; Referentie in Besluit handhaving collocatietarieven ten opzichte van Worldcom (H.05.03), dd. 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202082)

12. Op 25 februari 2003 heeft het college bij brief KPN op de hoogte gesteld van zijn voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom, door middel van een vooraankondiging (hierna: de Vooraankondiging van 25 februari 2003). (...)

16. Op 17 april 2003 heeft het college bij brief KPN op de hoogte gesteld van zijn voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom, door middel van een Vooraankondiging (hierna: de Vooraankondiging van 17 april 2003). In de Vooraankondiging van 17 april 2003 wordt KPN in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op het voornemen tot oplegging van een last onder dwangsom in te brengen.

(...)

36. In de Vooraankondiging van 25 februari 2003 heeft het college opgemerkt dat KPN artikel 3, derde lid, van de Verordening overtreedt door MCI klaarblijkelijk geen kostengeoriënteerde tarieven in rekening te brengen voor de afgenomen collocatievoorzieningen.

(...)

Op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Tw is het college bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van kort gezegd de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie.

(...)

Het college is van oordeel dat van een restitutierisico voor KPN geen sprake kan zijn nu de kostengeoriënteerde tarieven door het college zijn vastgesteld. Daarnaast is het college van oordeel dat ook in geval van een mogelijk restitutierisico van KPN, haar wettelijke verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie, dient te prevaleren.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C38/C42. Besluiten 10-03-2003 en 17-04-2003 (Handhaving collocatietarieven ten opzichte van Versatel (H.03.03/H.06.03))

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2003/200931 en OPTA/IBT/2003/201518. Referentie in Besluit inzake aanvraag handhaving van Versatel Nederland B.V. (H.03.03), dd. 7 april 2003, OPTA/IBT/2003/201398); Referentie in Besluit handhaving collocatietarieven ten opzichte van Versatel Nederland B.V. (H.06.03), dd. 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202083)

12. Op 10 maart 2003 heeft het college bij brief KPN op de hoogte gesteld van het verzoek van Versatel en tevens van zijn voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom, middels een vooraankondiging (hierna: de Vooraankondiging van 10 maart 2003). (...)

21. Op 17 april 2003 heeft het college bij brief KPN op de hoogte gesteld van zijn voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom, middels een Vooraankondiging (hierna: de Vooraankondiging van 17 april 2003). In de Vooraankondiging van 17 april 2003 wordt KPN in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op het voornemen tot oplegging van een last onder dwangsom in te brengen.

(...)

40. In de Vooraankondiging van 10 maart 2003 heeft het college opgemerkt dat KPN artikel 3, derde lid, van de Verordening overtreedt door Versatel klaarblijkelijk geen kostengeoriënteerde tarieven in rekening te brengen voor de afgenomen collocatievoorzieningen.

(...)

44. (...) Op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Tw is het college bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van kort gezegd de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie.

(...)

52. (...) Het college is van oordeel dat van een restitutierisico voor KPN geen sprake kan zijn nu de kostengeoriënteerde tarieven door het college zijn vastgesteld. Het college acht het dan ook niet redelijk dat KPN in geval van restitutie, een naar oordeel van het college niet bestaand resitutierisico afdekt. Daarnaast is het college van oordeel dat ook in geval van een mogelijk restitutierisico van KPN, haar wettelijke verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie, dient te prevaleren.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C43. Brief 17-04-2003 KPN-Tiscali (BESLUIT inzake handhaving aanpassing referentieaanbod (H.09.03))

niet gepubliceerd (referentie in BESLUIT inzake handhaving aanpassing referentieaanbod (H.09.03), dd. 5 juni 2003 OPTA/IBT/2003/202084)

6. (...) In deze vooraankondiging stelt het college dat KPN in strijd handelt met artikel 3, eerste lid, van de Verordening door de thans

geldende kostengeoriënteerde tarieven voor de collocatiedienstverlening niet in haar referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten (waaronder collocatie) op te nemen.

7. Het college stelt in de Vooraankondiging, dat hij, gelet op het feit dat het college bevoegd is daartegen op te treden en gelet op het feit dat er geen bijzondere omstandigheden zijn die ertoe nopen om van handhaving af te zien, het voornemen heeft om over te gaan tot oplegging van een dwangsom aan KPN.

8. Bij brief van 5 mei 2003 heeft KPN haar zienswijze gegeven op de Vooraankondiging van 17 april 2003 (hierna: de zienswijze van 5 mei 2003). KPN stelt daarin onder meer dat de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven eerst op 5 oktober 2001 in werking is getreden met de invoering van artikel 6.10 van de Tw.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

- C44. Brief 26-06-2003 KPN (Besluit last onder dwangsom KPN betreffende interconnectie en bijzondere toegang waar het gaat om het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor de periode 1-9-2003 tot 1-9-2004 respectievelijk 1-7-2003 tot 1-7-2004).

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2003/204271; referentie in Besluit last onder dwangsom KPN betreffende interconnectie en bijzondere toegang waar het gaat om het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor de periode 1-9-2003 tot 1-9-2004 respectievelijk 1-7-2003 tot 1-7-2004, dd. 3 december 2003, OPTA/IBT/2003/204680 (onderbouwing dwangsom in bijlage 1 is vertrouwelijk)

7. In overeenstemming met het in het besluit van 24 juli 2003 uitgesproken voornemen tot handhavend optreden, heeft het college op 26 juni 2003 de vooraankondiging last onder dwangsom (kenmerk: OPTA/IBT/2003/204271) aan KPN gestuurd, (...)

... Een en ander rechtvaardigt naar het college een substantiële dwangsom, die voorsnog bepaald wordt op € 2 miljoen per maand, zijnde, zoals gezegd, een conservatieve schatting van het door KPN behaalde voordeel. Een cijfermatige onderbouwing treft u aan als (vertrouwelijke) bijlage bij deze vooraankondiging...

Vooraankondiging l.o.d. (euro 2.000.000,- per maand)

C46. Brief 15-10-2003 ambtshalve/Telfort/Orange vs KPN Mobile
(Nummerportabiliteit)

niet gepubliceerd (referentie in Last onder dwangsom jegens KPN Mobile inzake nummerportabiliteit dd. 10-11-2003, OPTA/EGM/2003/204172)

16. Ook hebben verschillende contractuele wederpartijen van KPN geklaagd dat KPN in strijd met de beleidsregels weigert hun nummer te porteren. In verband daarmee heeft het college bij brief van 15 oktober 2003 KPN geïnformeerd over het voornemen van het college om over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom (hierna: het voornemen). KPN is daarbij in de gelegenheid gesteld over dit voornemen haar zienswijze kenbaar te maken.

17. Bij brief van 28 oktober 2003 heeft KPN van deze gelegenheid gebruik gemaakt. KPN geeft hierin aan dat naar haar oordeel een verzoek tot nummerportering moet worden beschouwd als een verzoek tot beëindiging van de aan dit nummer ten grondslag liggende overeenkomst. Met de beleidsregels zou OPTA een inbreuk maken op de contractsvrijheid van KPN met haar klanten. Om die reden dient OPTA af te zien van handhaving van de beleidsregels.

Vooraankondiging i.o.d. (bedragen onbekend)

C47. Brief 26-11-2003 KPN (Handhaving EDC-IV/BULRIC III)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/204271

15. Hierboven heeft het college geconstateerd dat KPN in strijd handelt met de in de artikelen 6.6 en 6.9 jo 6.6 Tw gestelde verplichting tot kostenoriëntatie. Het college heeft tevens vastgesteld dat hij bevoegd is om ter handhaving van de verplichting die voortvloeit uit voornoemde bepaling bestuursdwang toe te passen en daarmee bevoegd is tot het opleggen van een last onder dwangsom. Het college is in verband daarmee voornemens KPN een last onder dwangsom op te leggen met de volgende inhoud:

a) KPN dient uiterlijk vanaf 31 december 2003 voor haar interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten - welke diensten staan opgesomd in de bijlagen 1 en 2 van het besluit van 24 juli 2003 (OPTA/IBT/2003/202395) – de kostengeoriënteerde tarieven te hanteren die in die bijlagen 1 en 2 bij dat besluit staan vermeld.

b) Voor zover KPN over de periode 1 september 2003 tot 1 januari 2004 (voor wat betreft haar interconnectiediensten), dan wel over de periode 1 juli 2003 tot 1 januari 2004 (voor wat betreft haar bijzondere toegangsdiensten) aan marktpartijen tarieven in rekening heeft gebracht, welke tarieven niet in overeenstemming zijn met het bepaalde onder (a) dient KPN er uiterlijk op 31 december 2003 voor hebben zorg gedragen dat over die perioden in het verleden alsnog tarieven in rekening worden gebracht die daarmee wel overeenstemmen.

c) KPN zal een dwangsom van € 2.000.000,00 verbeuren voor elke kalendermaand dat zij in strijd handelt met het onder (a) of (b) bepaalde, zulks tot een maximum van € 12.000.000,00. e wijze waarop KPN aan onderdeel (b) van deze last gevolg geeft, laat het college in beginsel ter beoordeling aan KPN, waarbij het college opmerkt dat KPN aan dit onderdeel van de last zou kunnen voldoen door het verzenden van creditnota's.

Vooraankondiging l.o.d. (€ 2.000.000,- per kalendermaand / maximum € 12.000.000,-)

C51. Brief 17-06-2004 BT vs KPN (NIT Testen en nummerimplementaties)

niet gepubliceerd (referentie in besluit (Vertrouwelijk) OPT/IBT/2004/202496, zaaknummer H.20.03)

18. Aangezien KPN aan BT hogere tarieven voor nummerimplementaties en NIT testen rekent dan volgens het oordeel is toegestaan, zijn deze tarieven in strijd met de op KPN rustende verplichting om aan BT voor deze interconnectiediensten kostengeörienteerde tarieven te berekenen. Het college heeft vastgesteld dat KPN daarmee artikel 6.6 Tw overtreedt. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw is het college aangewezen toezicht te houden op het bepaalde hij of krachtens de Tw. Het college is in dergelijke gevallen bevoegd om bestuursdwang toe te passen of in plaats daarvan een last onder dwangsom op te leggen. In de vooraankondiging heeft het college aangekondigd dat hij voornemens is aan KPN een last onder dwangsom op te leggen. Voorts heeft het college in de vooraankondiging aangegeven dat hij zijn voornemen niet tot uitvoering zal brengen, indien KPN alsnog onvoorwaardelijk kostengeörienteerde

tarieven hanteert ten aanzien van BT voor NIT testen en nummerimplementaties.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

C53. Brief 09-08-2004 Versatel vs KPN (WPS-nummerinformatiedienst)

niet gepubliceerd (OPT/IBT/2004/202759; referentie brief OPTA aan Versatel, dd. 9 augustus 2004, OPT/IBT/2004/202808)

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is voornemens de besloten vennootschap KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) een last onder dwangsom op te leggen wegens twee overtredingen in verband met de WhoLesale Preselection nummerinformatiedienst (hierna: de WPS-nummerinformatiedienst). De eerste overtreding betreft een overtreding inzake de nondiscriminatieverplichting doordat KPN op dit moment geen gelijke voorwaarden hanteert inzake de nummerinformatie die KPN aan zichzelf via haar eigen informatiesystemen en aan CPS-aanbieders via de WPS-nummerinformatiedienst aanbiedt. De tweede overtreding betreft een overtreding inzake het niet uitvoeren van het besluit van het college van 4 november 2003 en de daaropvolgende beslissingen op de bezwaren van Versatel Nederland B.V. (hierna: Versatel) en Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2). KPN is onder meer verplicht om de controle op postcode, huisnummer en telefoonnummer uit te breiden door naast contractant- en vestigingsgegevens ook factuurgegevens op te nemen. De door KPN gebruikte databanken hebben geleid tot onterecht veel afwijzingen van CLI's, waardoor CPS-beschakelingen niet hebben plaatsgevonden. De CPS-aanbieders zijn hierdoor verkeer en inkomsten misgelopen en hebben meer kosten moeten maken om opnieuw CLI's voor CPS-beschakelingen aan KPN te kunnen aanbieden. Bovendien heeft het voor klanten van de CPS-aanbieders Langer geduurd voordat zij daadwerkelijk beschakeld konden worden.

Vooraankondiging l.o.d. (bedragen onbekend)

IV. VORDERING L.O.D. WORDT AFGEWEZEN

(tenzij anders vermeld is er sprake van afwijzing van het verzoek om handhavende maatregelen, terwijl de onderliggende vordering wel wordt toegewezen)

D02. Besluit 29-09-1999, Denda vs. KPN Telecom

gepubliceerd: OPTA/EGM/99/7593

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Voor wat betreft de verzochte last onder dwangsom voor de terbeschikkingstelling van het gehele bestand, merkt het college het volgende op. Het college ziet vooralsnog geen aanleiding KPN onder een dwangsom te gelasten het bestand aan Denda te leveren. Het college is echter wel voornemens, na het verstrijken van een in het navolgende besluit genoemde termijn, toe te zien op de naleving van de wettelijke voorschriften op grond waarvan dit besluit tot stand is gekomen. Hiertoe staan het college verscheidene handhavingsmiddelen ter beschikking.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D05. Besluit 13-10-2000, Versatel vs. KPN Telecom (carrier preselectie)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2000/202565

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college gaat er vooralsnog van uit dat oplegging van een dwangsom niet nodig is om naleving van dit besluit te verzekeren. Het college wijst daarom het verzoek van VersaTel om oplegging van een last onder dwangsom af.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D06. Besluit 03-11-2000, MCI vs. KPN Telecom (MIACO)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2000/202749

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college constateert dat er reeds geruime tijd verstreken is sinds het moment van het indienen door WorldCom op 29 april 1999 bij KPN van een verzoek om de onderhavige dienst. Desondanks ziet het college vooralsnog geen aanleiding de door WorldCom gevorderde last onder dwangsom op te leggen, aangezien hij er vanuit gaat dat de door hem in dit besluit gestelde regels zullen worden nageleefd. Indien hier echter geen sprake van zou blijken te zijn, zal het college alsnog de inzet van het hem ter beschikking staande wettelijk instrumentarium overwegen.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D07. Besluit 03-11-2000, Eager Telecom vs. KPN Telecom (MDF access)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2000/202922

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college gaat er vooralsnog van uit dat oplegging van een dwangsom niet nodig is om naleving van de in dit besluit gestelde regels te verzekeren. Het college wijst daarom de vordering van Eager Telecom om oplegging van een dwangsom vooralsnog af.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D08. Besluit 17-11-2000, HANM/MGW vs. UPC (toegang tv programma's)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2000/203144

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Voor het opleggen van een last onder dwangsom, zoals door verzoeksters gevraagd, ziet het college vooralsnog geen aanleiding.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D09. Besluit 21-12-2000, Canal+ vs. UPC (digitale doorgifte)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2000/203522

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college verklaart zich niet bevoegd tot het geven van de door Canal+ gevraagde bindende aanwijzingen.

Aan beoordeling van het verzoek tot oplegging l.o.d. komt het college niet toe

D10. Besluit 09-03-2001, Versapoint vs. KPN (collocatie)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college gaat er vooralsnog van uit dat oplegging van een dwangsom thans niet nodig is om naleving van dit besluit te verzekeren. Het college wijst daarom het verzoek van Versapoint om oplegging van een last onder dwangsom af.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D16. Besluit 18-05-2001, Handhavingsverzoek XOIP

gepubliceerd:

N.B. Uitsluitend verzoek tot het treffen van handhavingsmaatregelen

Het college komt tot de slotsom dat KPN Telecom niet in strijd handelt met de in artikel 6.9 jo 6.5 Tw vervatte verbod op discriminatie en ziet daarom geen aanleiding om op dit punt handhavend op te treden jegens KPN Telecom.

(...)

Nu sedert 10 mei jl. wel kostengeoriënteerde tarieven worden gehanteerd voor het uitluisteren van voicemail bij het VoiceMail Platform, is thans in ieder geval geen sprake meer van een overtreding van de wet op dit punt. Het college ziet dan ook geen aanleiding aan KPN Telecom een last onder dwangsom op te leggen.

(...)

Het college acht het op dit moment nog niet opportuun om met betrekking tot het doen van een aanbod door KPN Mobile handhavend te gaan optreden jegens KPN Mobile. Daarbij neemt het college in overweging dat XOIP op 4 april 2001 een geschil aan het college heeft voorgelegd, waarin zij het college verzoekt de regels tussen partijen vast te stellen. (...)

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D23. Besluit 15-08-2001, BabyXL vs. KPN

gepubliceerd: OPTA/IBT/2001/201893

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college gaat er van uit dat oplegging van een dwangsom op dit moment niet nodig is om naleving van de door het college in het kader van de vijfde en zesde vordering van BaByXL aan KPN opgelegde verplichtingen te verzekeren. Mocht het tegendeel blijken, dan kan het college alsnog in overweging nemen handhavende maatregelen te treffen

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D24. Besluit 15-10-2001, Inovara vs. KPN (collocatie)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2001/203095

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college gaat er van uit dat oplegging van een dwangsom op dit moment niet nodig is om naleving van de door het college in het voorlopige besluit de aan KPN opgelegde verplichtingen te verzekeren. Mocht het tegendeel blijken, dan kan het college alsnog in overweging nemen handhavende maatregelen te treffen. De vordering tot oplegging van een last onder dwangsom wijst het college derhalve af.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D25. Besluit 15-10-2001, Energis vs. KPN

gepubliceerd: OPTA/IBT/2001/203129

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college wijst erop, met betrekking tot de vordering van Energis inzake betaling van nog niet voldane betalingen, dat het afdwingen van nakoming van civielrechtelijke verbintenissen in beginsel niet tot zijn taak behoort en verwijst Energis terzake naar de civiele rechter. De vordering tot oplegging van een last onder dwangsom wijst het college dan ook af.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D26. Besluit 12-11-2001, BabyXL vs. KPN (linesharing)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2001/202834

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

BaByXL heeft het college tevens verzocht om KPN terzake een last onder

dwangsom op te leggen. Het college gaat er vooralsnog van uit dat oplegging van een dwangsom niet nodig is om naleving van dit besluit te verzekeren. Het college wijst daarom het verzoek van BaByXL om oplegging van een last onder dwangsom af. Echter, indien KPN niet binnen de daartoe gestelde termijn aan het bovenstaande voldoet, zal het college zich genoodzaakt zien nadere (handhavings)maatregelen jegens KPN te treffen

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D27. Besluit 17-01-2002, Infotel vs. KPN (third party billing)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2001/203789

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Nu het college reeds op grond van het vorenstaande heeft geoordeeld dat het voorliggende verzoek van Infotel tot bijzondere toegang in combinatie met third party billing geen redelijk verzoek tot bijzondere toegang betreft, komt het College niet toe aan beoordeling van de overig ingebrachte punten.

Aan beoordeling van het verzoek tot oplegging l.o.d. komt het college niet toe

D28. Besluit 04-02-2002, BT vs. KPN (Payphones)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2002/200028

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Tevens verzoekt BT aan KPN, als last onder dwangsom, de verplichting op te leggen de dienst gesprekskostenindicatie voort te zetten, al dan niet in gewijzigde vorm. Het college is van mening dat voor het honoreren van dit verzoek geen wettelijke basis is. De dienst gesprekskostenindicatie maakt immers geen deel uit van de universele diensten die KPN verplicht is te leveren aan eenieder die daarom verzoekt.

(...)

Op grond van bovenstaande overwegingen komt het college tot het besluit het verzoek van BT om KPN te dwingen een al dan niet alternatieve dienst gesprekskostenindicatie na 1 januari 2002 te continueren, af te wijzen.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d. (op grond van afwijzing onderliggende vordering)

D29. Besluit 20-03-2002, UPC vs. Canal+ (bindende aanwijzing ex art. 8.7 Tw)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2002/200696

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college legt aan UPC verplichtingen op op grond van artikel 8.7 Tw en wijst het handhavingsverzoek af.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D32. Besluit 22-07-2002, Plex vs. KPN (nummerportering)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2002/201777

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college gaat er van uit dat oplegging van een dwangsom op dit moment niet nodig is om naleving van de door het college in het voorlopige besluit de aan KPN opgelegde verplichtingen te verzekeren. Mocht het tegendeel blijken, dan kan het college alsnog in overweging nemen handhavende maatregelen te treffen. De vordering tot oplegging van een last onder dwangsom wijst het college derhalve af.

Afwijzing vordering oplegging l.o.d.

D35. Besluit 14-02-2003, Versatel vs. KPN (collocatie Aalsmeer)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/200393

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

Het college ziet in dit stadium geen aanleiding om een last onder dwangsom op te leggen. Het college wijst daarom het verzoek tot oplegging van een dwangsom af.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

D41. Besluit 01-05-2003, Tiscali vs. KPN Telecom (bitstroomtoegang)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/201727

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

TISCALI heeft het college tevens verzocht handhavende maatregelen te nemen. Het college gaat er voorsnog van uit dat het nemen van handhavende maatregelen niet nodig is om naleving van het besluit te verzekeren. Het college wijst daarom het verzoek van TISCALI af.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

Afwijzing verzoek oplegging boete

D45. Besluit 23-07-2003, Yarosa vs. KPN (SMS-diensten)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2003/202380)

D49. Besluit 13-04-2004, MCI vs. KPN Telecom (spectraalmanagement)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/204241

N.B. Uitsluitend verzoek tot het treffen van handhavingsmaatregelen

24. In geschillen omtrent betalingsverplichtingen kan men een beroep doen op het civiele recht. (...)

25. Indien vervolgens sprake blijkt te zijn van onverschuldigde betaling, kan voor de civiele rechter deze geldsom worden teruggevorderd. Dit wordt door betrokkenen in veel gevallen gedaan, ook naar aanleiding van uitspraken van het college. Het moet bij dergelijke vorderingen gaan om een betaling zonder rechtsgrond (artikel 6: 203, BW). Hiervan is onder meer sprake wanneer onherroepelijk is komen vast te staan dat sprake was van betaling zonder rechtsgrond.

26. Op dit moment loopt het door KPN ingestelde beroep in het door het college ingezette handhavingstraject nog. Er is dan ook nog geen sprake van een onherroepelijke vaststelling door de rechter van onverschuldigde betaling. Zodra hiervan wel sprake is zal via een civiele procedure het betreffende bedrag kunnen worden geïnd.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.

Afwijzing verzoek oplegging boete

(voor beide afwijzingen: op grond van afwijzing van onderliggend restitutieverzoek)

D45. Besluit 26-04-2004, Yarosa vs. KPN (SMS-diensten)

geschil G.31.03 (niet gepubliceerd) kenmerk: OPTA/IBT/2004/201323

D50. Besluit 12-05-2004, MCI vs. KPN Telecom (afwikkeltarieven)

niet gepubliceerd (OPTA/IBT/2004/201554)

N.B. verzoek tot handhaving maakt in deze casus deel uit van het verzoek tot geschilbeslechting

MCI heeft het college verzocht KPN te bepalen dat KPN deze redelijke tarieven elke maand volledig aan MCI moet betalen, op straffe van een dwangsom. Tevens verzocht zij als regel vast te stellen dat KPN de sinds juli 2003 ingehouden betalingen alsnog moet uitbetalen (...). Dit op straffe van een dwangsom. (...) Deze verzoeken wijst het college af. Pas in dit besluit wordt het niveau van de vaste FTA tarieven van MCI immers beoordeeld. Het college acht het niet wenselijk, mede gelet op het feit dat KPN een ander deel van de betreffende tarieven wel betaalt, partijen de

mogelijkheid te ontnemen zich vrijwillig aan dit geschilbesluit te conformeren. Nu het niveau van de FTA tarieven van MCI redelijk is mag van KPN verwacht worden dat zij deze tarieven zal voldoen.

Ten aanzien van de verzochte boete is niet voldaan aan de voorwaarde dat de overtreden norm voor de betrokken partijen tevoren kenbaar is. Juist ten aanzien van deze norm (de door KPN te betalen FTA tarieven) bestond immers geen overeenstemming.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.
Afwijzing verzoek oplegging boete

D51. Besluit 28-07-2004, BT vs. KPN Telecom (NIT testen)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2004/202496

N.B. Uitsluitend verzoek tot het treffen van handhavingsmaatregelen

Nu KPN heeft aangekondigd dat zij vanaf heden kostengeoriënteerde tarieven zal hanteren ten aanzien van BT voor NIT testen en nummerimplementaties, is het college van mening dat er voor hem geen aanleiding meer is om aan KPN een last onder dwangsom op te leggen. Het college zal aan KPN nu ook geen last onder dwangsom opleggen voor het enkele feit dat de kans bestaat dat KPN alsnog in de toekomst hogere tarieven hanteert (...)

BT verzoekt in onderdeel i) en iii) KPN te verplichten op straffe van een last onder dwangsom de door KPN aan BT teveel in rekening gebrachte kosten te restitueren. In onderdeel iv) verzoekt BT het college aan KPN tevens een boete op te leggen voor het niet naleven van het oordeel. (...) Dit betekent dat partijen dit financieel in overeenstemming met dit besluit dienen af te wikkelen. Mochten hierover geschillen ontstaan, dan kunnen partijen deze bij de financiële rechter aanhangig te maken. Het college ziet geen rol voor zichzelf ten aanzien van het crediteren van onterecht in rekening gebrachte bedragen.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d.
Afwijzing verzoek oplegging boete
(voor beide afwijzingen: op grond van afwijzing van onderliggend restitutieverzoek)

V. MATIGING/INTREKKING/OPSCORTING L.O.D.

E01. Besluit 01-10-1999, Ben e.a. (nummerportabiliteit)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

Bij brief van 25 maart 1999, kenmerk OPTA/E/99/1788, heeft het college van OPTA aan u en andere aanbieders van vaste en mobiele openbare telecommunicatiediensten mededeling gedaan van het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom inzake nummerportabiliteit (...)

Op 9 april 1999 heeft bij uw onderneming een controlebezoek plaatsgevonden met het doel toe te zien op de naleving van het dwangsombesluit. Het schriftelijk verslag daarvan heeft u reeds ontvangen als bijlage bij brief d.d. 21 mei 1999. Tijdens dit controlebezoek is niet gebleken dat de voorzieningen die noodzakelijk zijn voor het verschaffen van nummerportabiliteit niet aanwezig waren, c.q. dat uw onderneming niet in staat was nummers te porteren.

Gelet op het bovenstaande concludeert het college dat uw onderneming heeft voldaan aan de last die bij het dwangsombesluit was opgelegd. Het dwangsombesluit heeft daarmee naar het oordeel van het college het beoogde doel bereikt. Derhalve heeft het college besloten het dwangsombesluit in te trekken.

Intrekking l.o.d.

E03. Oordeel 01-02-2001, Matigingsverzoek Debitel (nummerportabiliteit)

gepubliceerd (besluit niet voorzien van kenmerk)

(...) Het feit dat de last onder dwangsom in het geval van Debitel uiteindelijk tot het door het college gewenste gedrag van Debitel heeft geleid, dient naar het oordeel van het college gezien de concrete omstandigheden in dit geval zwaarder te wegen dan de vaststelling dat

Debitel niet aannemelijk heeft kunnen maken dat in de maanden maart en april 2000 onterecht dwangsommen zouden zijn verbeurd.

Op grond van het bovenstaande is het college van oordeel dat de gronden van het verzoek van Debitel, in onderlinge samenhang beschouwd, aanleiding geven het aan verbeurde dwangsommen in te vorderen bedrag te matigen

Hoogte van de matiging

Voor wat betreft de hoogte van de matiging dient naar het oordeel van het college een balans te worden gevonden tussen de slechte prestaties van Debitel in de beginperiode van de last, de stijgende lijn in de maanden daarna, en de goede prestaties van de afgelopen maanden. Daarbij dient naar het oordeel van het college tevens in aanmerking te worden genomen dat veel eindgebruikers die in de beginperiode van de last gebruik wilden maken van nummerportabiliteit, door de slechte prestaties van Debitel zijn gedupeerd.

Op basis van deze omstandigheden acht het college het redelijk de hoogte van de in te vorderen verbeurde dwangsommen te matigen tot een bedrag van fl. 200.000,-. Dit bedrag is proportioneel ten opzichte van de prestaties van Debitel en tevens voldoende robuust om recht te doen aan de belangen van eindgebruikers.

Matiging l.o.d. tot fl. 200.000,-

E03. Besluit 27-06-2001, Intrekking l.o.d. Ben e.a. (nummerportabiliteit)

gepubliceerd (bijlage bij brief met kenmerk: OPTA/EGM/2001/201639)

- In het voorjaar van 2001 is het college een onderzoek gestart naar de noodzaak en de wenselijkheid van continuering van de last onder dwangsom. Aanleiding voor dit onderzoek was de vaststelling van het college dat alle aanbieders voldeden aan de in de last gestelde kwaliteitsnormen en dat de performance van de aanbieders in de achterliggende periode een redelijk constant beeld liet zien. Tevens constateerde het college een duidelijke afname in het aantal klachten dat door eindgebruikers bij OPTA werd ingediend.
- Het onderzoek, waarvan een gedeelte in opdracht van OPTA werd uitgevoerd door het onderzoeksbureau Research voor Beleid, bevestigde het beeld dat de kwaliteit van nummerportabiliteit sterk is verbeterd. Een meerderheid van de geïnterviewde marktpartijen gaf aan de last onder dwangsom niet langer noodzakelijk te achten als kwaliteitswaarborg. Op

grond van deze omstandigheden gaf Research voor Beleid het college in overweging de last onder dwangsom te herzien. Uit dit onderzoek bleek verder dat wel een zekere mate van toezicht in stand diende te worden gehouden.

- (...) Met genoeg stelt het college vast dat het algemene kwaliteitsniveau over het afgelopen half jaar (november 2000 tot en met april 2001) gemiddeld genomen over beide onderdelen van de last onder dwangsom 99% bedraagt. Naar het oordeel van het college is dan ook geen sprake meer van een overtreding door uw onderneming van de wettelijke verplichting om op grond van artikel 4.10, eerste lid onder a en tweede lid, Tw nummerportabiliteit te bieden.
- Op basis van de uitkomsten van het onderzoek meent het college dat de inzet van een zwaar handhavingsinstrument als de last onder dwangsom niet meer proportioneel is ten opzichte van het huidige en te verwachten kwaliteitsniveau van nummerportabiliteit.

Intrekking l.o.d. (besluit van 21 december 1999, alsmede het besluit (op bezwaar) van 6 juli 2000)

E15. Besluit 24-09-2001, Opschorting l.o.d. (universele telefoongids/abonnee-informatiedienst)

gepubliceerd: OPTA/EGM/2001/202708

Het college constateert dat KPN zich in haar verzoekschrift richt op de onmogelijkheid van de drie mobiele aanbieders Ben, Telfort en Dutchtone gegevens ten behoeve van de abonnee-informatiedienst aan te leveren voor de begunstigingstermijn verloopt. (...)

Het college is van mening dat – ondanks het feit dat het niet voldoen aan hetgeen is (...) gesteld (gedeeltelijk) aan KPN is toe te rekenen - het verzoek van KPN in redelijkheid kan worden gehonoreerd. (...)

In het licht van het voorgaande kent het college het verzoek van KPN om het besluit van 19 juni 2001 wegens tijdelijke onmogelijkheid aan de last te voldoen toe voor zover het de beschikbaarstelling van de abonnee-informatiedienst betreft. (...)

Opschorting l.o.d. (alleen met betrekking tot de abonnee-informatiedienst)

VI. BOETE

F01. Besluit oktober 1999, Ben e.a. (nummerportabiliteit)

niet gepubliceerd op OPTA site, in besluit OPTA van 10-11-2003 (OPTA/EGM/2003/204172) wordt van deze boetes melding gemaakt.

Sinds 1 januari 1999 rust op alle aanbieders van mobiele openbare telecommunicatiediensten (hierna: de aanbieders) de wettelijke verplichting tot het verschaffen van nummerportabiliteit. Na deze datum ontving het college veelvuldig klachten van eindgebruikers met betrekking tot de gebrekkige of niet-tijdige verschaffing van nummerportabiliteit door deze aanbieders. Een aantal van deze klachten heeft ertoe geleid dat het college in oktober 1999 aan het merendeel van de aanbieders boetes heeft opgelegd. Vanwege de aanhoudende klachten en met het oog op het verbeteren van de kwaliteit van nummerportabiliteit, heeft het college vervolgens in december 1999 aan alle aanbieders een last onder dwangsom opgelegd.

Oplegging boete

F41. Besluit 01-05-2003, Tiscali vs. KPN Telecom (bitstroomtoegang)

zie de bespreking bij onderdeel IV

F37. Besluit 11-03-2003, KPN Telecom (Informatievoorziening RA ULL)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/201837

(...) Alleen de oplegging van een boete kan worden ingezet om behaald voordeel te ontnemen (...) Het feit dat de andere aanbieders na 1 december

2002 een of meer informatieproducten kunnen afnemen, vormt dit op zichzelf wel een factor die het college meeweegt in de boeteoplegging. Dit is naar zijn oordeel in dit geval onvoldoende reden om van boeteoplegging ten aanzien van de overtreding af te zien. (...) Artikel 15.4, derde lid, van de Tw bepaalt dat de hoogte van de boete in ieder geval wordt afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Het college legt KPN Telecom B.V. in verband met de overtreding een boete op van €375.000. (...) Door de overtreding is het belang van het bevorderen van concurrentie op de lokaaltoegangsmarkt geschaad. (...) De periode van de overtreding valt derhalve samen met de eerste twee en een half jaar dat ADSL-diensten op de Nederlandse markt beschikbaar zijn. Voor de vaststelling van de ernst van de overtreding neemt het college mede in overweging dat het bestaan van een discriminatoire situatie met name in de beginfase van een dienst grote gevolgen heeft, omdat die periode zeer bepalend is voor het verwerven van marktaandeel. Het college neemt tevens in overweging dat KPN Telecom B.V. inmiddels een belangrijke stap heeft gezet in de richting van het beëindigen van de overtreding. (...) 47. De ernst en de duur van de overtreding vragen naar het oordeel van het college om de oplegging van een boete waarvan de hoogte dicht bij het wettelijk maximum ligt. Aangezien het wettelijk maximum €450.000 bedraagt, kiest het college voor een bedrag daaronder waarin tot uitdrukking komt dat er sprake is van een ernstige en langdurige overtreding, maar ook van een omstandigheid om het maximum bedrag te matigen. (...) Het college overweegt dat de boete zo hoog zou moeten zijn dat zij KPN Telecom B.V. van een volgende overtreding weerhoudt en potentiële overtreders afschrikt (speciale en generale preventie). Het college noemt nog twee factoren op grond waarvan hij tot de overtuiging komt dat een boete ter hoogte van €375.000 in dit geval zeker niet te hoog is. Op 1 december 2002 bedroeg het exacte aantal aansluitingen ADSL van KPN Telecom 283.340. KPN Telecom B.V. stelt in de bijlage bij het MIP 15 contract het tarief per validatie van een order, exclusief BTW, op €1,11. De gekozen hoogte van de boete vormt overigens geen vermenigvuldiging van het aantal aansluitingen met het bedrag per validatie.

Oplegging boete (euro 375.000,-)

F37. Besluit (op bezwaar) 12-11-2003, KPN Telecom (Informatievoorziening RA ULL)

zie de bespreking bij onderdeel II

F48. Besluit 19-12-2003, KPN Telecom (ontbundelde toegang)

gepubliceerd: OPTA/IBT/2003/204596

Dit besluit is een reactie op gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden en waardoor een verstoring van de concurrentieverhoudingen op een gereguleerde markt heeft plaatsgevonden. Het gaat om welbewuste overtredingen van de peilers van het toezicht op ontbundelde toegang tot de aansluitlijn. Ongedaanmaking van dergelijke overtredingen is naar hun aard niet mogelijk: KPN heeft de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders op een bepaald moment onomkeerbaar beïnvloed.

(...)

6.1 KPN heeft zich schuldig gemaakt aan drie overtredingen van de eisen van kostenoriëntatie (overtredingen A, B, en C) en twee overtredingen van het non-discriminatiebeginsel (overtredingen D en E). Welbewuste overtredingen van deze peilers van het toezicht op ontbundelde toegang tot de aansluitlijn, zijn naar het oordeel van het college aan te merken als overtredingen van de ernstigste soort en rechtvaardigen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximumbedrag. Ongedaanmaking van dergelijke overtredingen is naar hun aard niet mogelijk, aangezien KPN de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders op een moment positief heeft beïnvloed. Dit dient in de hoogte van de op te leggen boetes tot uitdrukking te komen. In de onderhavige situatie zijn het de concrete omstandigheden van het geval die nopen tot boetes die lager zijn dan het maximumbedrag. Voor de gedragingen zoals hierboven onder A, B en C beschreven zijn dat de geringe betrokken bedragen in samenhang met de geringe duur alsmede de gedeeltelijke beperking van de gevolgen van de overtreding. Voor de gedragingen zoals hierboven onder D en E beschreven is dat de omstandigheid dat KPN alsnog poogt de gevolgen van de overtreding te beperken. Ook dit dient in de hoogte van de op te leggen boetes tot uitdrukking te komen.

6.2 Er bestaan geen redenen om niet tot boeteoplegging over te gaan. Bij de nader op te leggen boetes heeft het college meegewogen in hoeverre het gaat om vergelijkbare overtredingen begaan tijdens dezelfde periode en

binnen twee dezelfde klantrelaties. Gelet op het feit dat kostenoriëntatie en non-discriminatie te onderscheiden normen zijn met ene eigen doelstelling gaat het college over tot de oplegging van twee boetes.

Oplegging boete (€ 90.000,- m.b.t. kostenoriëntatie / € 180.000,- m.b.t. non-discriminatiebeginsel)

- F49. Besluit (afwijzing handhavingsverzoek) 13-04-2004, MCI vs. KPN Telecom (spectraalmanagement)

zie de bespreking bij onderdeel IV

- F48. Besluit (op bezwaar) 29-04-2004, KPN Telecom (ontbundelde toegang)

zie de bespreking bij onderdeel II

- F50. Besluit (afwijzing) 12-05-2004, MCI vs. KPN Telecom (afwikkeltarieven)

zie de bespreking bij onderdeel IV

- F53. Besluit 16-07-2004, Versatel (WPS nummerinformatiedienst)

gepubliceerd: OPTA/JUZ/2004/202800

(...), concludeert het college dat KPN de non-discriminatieverplichting heeft geschonden (hierna: de overtreding).(…)

Het college is van mening dat KPN zich hiervan bewust had moeten en kunnen zijn. (...) KPN heeft naar het oordeel van het college niet aannemelijk gemaakt dat haar van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Ook overigens zijn het college geen omstandigheden gebleken die afdoen aan de verwijtbaarheid van de overtreding of die de verwijtbaarheid wegnemen.(…)

Bij het bepalen van de ernst van de overtreding neemt het college de doelstellingen van de Tw, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers tot uitgangspunt. (...) Daarmee wordt ook de ontwikkeling

van een door duurzame concurrentie gekenmerkte interne markt belemmerd. (...)

Het concurrentienadeel dat CPS-aanbieders hebben gehad ten opzichte van KPN, valt niet te repareren. (...) De nadelen voor CPS-aanbieders in de vorm van een lagere kwaliteit van dienstverlening die aan eindgebruikers kan worden geboden, zijn evident. (...)

45. De ernst en de duur van de overtreding geven het college aanleiding om KPN een boete op te leggen. Het college heeft vastgesteld dat een wettelijke norm is overtreden en dat met deze overtreding de concurrentie is belemmerd en de belangen van eindgebruikers zijn geschaad. Op basis hiervan bestaat er naar de mening van het college aanleiding om een substantiële boete op te leggen, waarbij de hoogte van de boete is georiënteerd op het niveau van het op grond van artikel 15.4, vierde lid, van de Tw geldende boetemaximum van € 450.000,-. De omstandigheid dat de CPS-dienstverlening ondanks de overtreding niet geheel onmogelijk is gemaakt, geeft het college echter aanleiding de boete te matigen tot €225.000,-.

46. In de onderhavige situatie is sprake van een overtreding die alleen KPN kan begaan, aangezien de overtreden norm uitsluitend geldt voor KPN. Voor de bepaling van de hoogte van de boete kan het college derhalve niet aansluiten bij een vaste gedragslijn in vergelijkbare gevallen.

Oplegging boete (€ 225.000,-)

F49. Besluit (op bezwaar) 28-07-2004, MCI vs. KPN Telecom (spectraalmanagement)

zie de bespreking bij onderdeel II

VII. RECHTBANK/CBB

G04. President Rb. Rotterdam 28-07-2000 – TJ 33 (Aanmeldingssysteem carrier preselectie)

VWET 00/1558 - LJN: AA7314

Vindplaats: Mediaforum 2000/9, p. 321-322

Het moge wellicht zo zijn dat zoals verweerder heeft gesteld, indien het gaat om maatregelen van complex technische aard niet elke te nemen maatregel in detail in de op te leggen last behoeft te worden omschreven, wel dient de norm waaraan wordt getoetst of de dwangsom wordt verbeurd helder en duidelijk te zijn. Elke burger, maar evenzeer een onderneming als die van verzoekster heeft er recht op dat de bestuursrechtelijke sanctie-oplegging zodanig scherp is dat duidelijk is onder welke grens c.q. boven welke grens - in casu - de dwangsom niet danwel juist wel, wordt verbeurd. (...)

Gelet op het voorgaande is het naar het voorlopig oordeel van de president in hoge mate waarschijnlijk dat het bestreden besluit in elk geval op het punt van de rechtszekerheid voor vernietiging in aanmerking zal komen. Er is derhalve aanleiding het bestreden besluit te schorsen als in het dictum aangegeven.

Ter voorlichting van partijen merkt de president nog wel op dat het voorgaande niet betekent dat verzoekster niet aan artikel 44, eerste lid, van het BOHT behoeft te voldoen en dat dwangsomoplegging - onder de in deze uitspraak aangegeven voorwaarden - mogelijk blijft.

Toewijzing voorlopige voorziening: schorsing bestreden besluit tot en met 6 weken na de bekendmaking

G03. Rb. Rotterdam 10-10-2000 (nummerportabiliteit)

Niet gepubliceerd

- G40. Rb. Rotterdam 29-7-2003 (voorlopige voorziening) – TJ 190
(Aanvraag handhaving)

VTELEC 03/1803 en VTELEC 03/1804d

Uit het vorenstaande volgt dat het spoedeisend belang van KPN bij de gevraagde voorzieningen uiterst gering is. KPN heeft dit ter zitting ook erkend. Derhalve kan slechts tot toewijzing van het verzoek worden gekomen, indien de onrechtmatigheid van de bestreden besluiten evident is.

De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent als volgt. Partijen zijn met name verdeeld over de vragen (1) of er sprake is van handhaving met terugwerkende kracht, (2) of deze vorm van handhaving, gegeven de gekozen wettelijke grondslag, mogelijk is, (3) of OPTA de juiste wettelijke grondslag heeft gekozen en (4) of handhaving jegens een derde mogelijk is op basis van een geschilbeslechtende uitspraak van OPTA waarbij deze derde geen partij was. Dit zijn alle vragen waarop het antwoord niet eenvoudig te geven is. Van evidente onrechtmatigheid van de bestreden besluiten is dan ook geen sprake.

(...) De voorzieningenrechter, recht doende: wijst de verzoeken af; heft de op 13 juni 2003 telefonisch uitgesproken schorsing op.

Schorsing i.o.d. opgeheven (onvoldoende spoedeisend belang)

- G42. Rb. Rotterdam 29-07-2003 (voorlopige voorziening) – TJ 190
(Aanvraag handhaving)

idem G40.

- G45. Rb. Rotterdam 03-10-2003 (voorlopige voorziening) – TJ 196
(SMS-diensten)

VTELEC 03/2259-HRK, VTELEC 03/2756-HRK, VTELEC 03/2826-HRK

Yarosa heeft verzocht een last onder dwangsom op te leggen aan KPN Mobile. De voorzieningenrechter wijst dit verzoek af. Er rust op OPTA geen wettelijke plicht tot het opleggen van een last onder dwangsom, wel is OPTA in bepaalde gevallen daartoe bevoegd. Het is de

voorzieningenrechter niet gebleken dat OPTA onredelijk of onjuist heeft gehandeld door een last onder dwangsom achterwege te laten. Voorts heeft de voorzieningenrechter zelf niet de bevoegdheid om KPN Mobile een dwangsom op te leggen.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d. (geen wettelijke plicht)

G29. CBB 03-12-2003 – TJ 201 (Bindende aanwijzing ex art. 8.7 Tw)

AWB 03/406, AWB 03/418, AWB 03/425 - LJN: AO1112

Aldus was OPTA, nadat zij had geconstateerd dat de toegang voor Canal+ tot het omroepnetwerk van UPC door het onthouden van de mogelijkheid tot digitale uitzending van haar programma's werd bemoeilijkt, bevoegd terzake een bindende aanwijzing te geven, zoals zij bij haar besluit van 9 juli 1999 heeft gedaan. Daaruit vloeide echter niet tevens voort de bevoegdheid om, toen bleek dat UPC aan die aanwijzing geen gevolg gaf, een maatregel te treffen om de uit die weigering voor Canal+ voortvloeiende kosten, gevolg van het moeten voortgaan met het uitzenden van twee analoge programma's en bestaande uit het om die reden moeten huren van twee kanalen in plaats van één, voor rekening van UPC te brengen. Dat deze maatregel, zoals door OPTA is gesteld, niet het oogmerk had aan UPC een sanctie op te leggen maakt dit niet anders. OPTA had, indien zij had willen bereiken dat UPC aan de aanwijzing gevolg zou geven, van de haar ingevolge artikel 15.2 Tw toekomende handhavingsbevoegdheden gebruik kunnen maken.

OPTA is door het opleggen van een maatregel buiten de haar bij artikel 8.7 Tw gegeven bevoegdheid getreden

G46. Rb. Rotterdam 18-12-2003 (voorlopige voorziening) – TJ 203 (nummerportabiliteit)

VTELEC 03/3349-MESK – LJN: AO0581

Bij besluit van 11 november 2003 (hierna: het bestreden besluit) heeft verweerder met betrekking tot de door verweerder aangenomen niet-naleving van de verplichting van artikel 4:10 van de Telecommunicatiewet (verder: Tw) ambtshalve, alsmede op verzoek van Orange en Telfort, verzoekster een last onder dwangsom opgelegd (...)

Kernvraag in dit geding is of verweerders interpretatie van artikel 4.10, eerste lid, onder a, van de Tw zoals neergelegd in de Aangepaste Beleidsregel en vervolgens in het bestreden besluit, juist is. (...)De Aangepaste Beleidsregels, voor zover deze inhouden dat het recht op nummerportabiliteit los staat van de bepalingen die partijen op grond van het privaatrecht zijn overeengekomen, zijn derhalve in strijd met de wet te achten.

Door bij het bestreden besluit toepassing te geven aan de met de Tw strijdige Aangepaste Beleidsregels heeft verweerder naar het oordeel van de voorzieningenrechter een met de Tw strijdig besluit genomen. Het bestreden besluit kan dus naar verwachting in bezwaar geen stand houden.

Schorsing l.o.d. tot en met zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar (op grond van schorsing onderliggend besluit)

G44. Rb. Rotterdam 29-01-2004 (voorlopige voorziening)
(kostengeoriënteerde interconnectietarieven)

03/3646 VTELEC - LJN: AO2740

De voorzieningenrechter is dan ook met verweerder van oordeel dat KPN in strijd handelt met de wettelijke plicht om ter zake van de interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Verweerder is derhalve bevoegd een last onder dwangsom op te leggen ter handhaving van de wettelijke plicht van KPN om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. (...) Het gaat om een complexe materie en zonder een diepgaand onderzoek kan niet adequaat worden beoordeeld of de door verweerder genoemde tarieven al dan niet als kostengeoriënteerde tarieven kunnen worden aangemerkt. Voor een dergelijk onderzoek leent de voorlopige-voorzieningsprocedure zich niet. In het licht hiervan en gelet op het verhandelde ter zitting kan niet worden geoordeeld dat verweerders standpunt evident onjuist is en reeds hierom een voorlopige voorziening dient te worden getroffen. (...)

(...) Voldoende aannemelijk is dan ook dat KPN een (spoedeisend) belang heeft bij niet-tenuitvoerlegging van de last onder dwangsom.

Daartegenover staat echter dat de derden er juist belang bij hebben dat geen (oneigenlijke) bestendinging van de marktverhoudingen plaatsvindt door hantering van (te) hoge tarieven door KPN. (...)

(...) Gelet op de prikkel die van een last onder dwangsom moet uitgaan om te doen of na te laten waartoe men rechtens verplicht is kan in dit geval, in het licht van de door verweerder berekende schatting van het door KPN te behalen voordeel, de hoogte van de opgelegde dwangsommen niet als onevenredig worden aangemerkt. Dat, zoals KPN heeft verklaard, in het verleden altijd gevolg is gegeven aan besluiten waarin aan haar een last onder dwangsom is opgelegd, zodat ook met een minder hoge last had kunnen worden volstaan, maakt dit niet anders..

Afwijzing verzoek voorlopige voorziening

G46. Rb. Rotterdam 24-03-2004 (voorlopige voorziening en bodemzaak) (nummerportabiliteit)

04/493 VTELEC en 04/494 TELEC - LJN: AO7010

Bij besluit van 11 november 2003 heeft verweerder met betrekking tot de door verweerder aangenomen niet-naleving van de verplichting van artikel 4:10 van de Telecommunicatiewet (verder: Tw) ambtshalve, alsmede op verzoek van Orange en Telfort, verzoekster een last onder dwangsom opgelegd (...)

Ook in de formulering van de last heeft verweerder nummerportering uitdrukkelijk losgekoppeld van de contractuele verhouding.(...)

De Aangepaste Beleidsregels, voor zover deze inhouden dat het recht op nummerportabiliteit geheel los staat van de bepalingen die partijen op grond van het privaatrecht zijn overeengekomen, zijn derhalve in strijd met de wet te achten. (...)

Als hiervoor aangegeven heeft verweerder door bij het bestreden besluit toepassing te geven aan de met de Tw strijdige Aangepaste Beleidsregels een met de Tw strijdig besluit genomen. Het bestreden besluit kan dus geen stand houden.

Het beroep is mitsdien gegrond en het bestreden besluit dient te worden vernietigd.

Vernietiging l.o.d. (op grond van vernietiging onderliggend besluit)

G45. Rb. Rotterdam 09-07-2004 (voorlopige voorziening) (Yarosa – KPN Mobile)

VTELEC 04/1288, 1289, 1875, 1876, 1887-HRK

Yarosa heeft wederom verzocht een last onder dwangsom op te leggen aan KPN Mobile. De voorzieningenrechter wijst dit verzoek af voor zover het ziet op de bestreden besluiten I en II. Er rust op OPTA geen wettelijke plicht tot het opleggen van een last onder dwangsom, wel is OPTA in bepaalde gevallen daartoe bevoegd. Het is de voorzieningenrechter niet gebleken dat OPTA onredelijk of onjuist heeft gehandeld door een last onder dwangsom achterwege te laten. Voorts heeft de voorzieningenrechter zelf niet de bevoegdheid om KPN Mobile een dwangsom op te leggen.

N.B. genoemd bestreden besluit I betreft de beslissing op bezwaar van 28 november 2003; genoemd bestreden besluit II betreft het besluit van 26 april 2004 (geschil G.31.03) kenmerk OPTA/IBT/2004/201323.

Afwijzing verzoek oplegging l.o.d. (geen wettelijke plicht)

G17. Rb. Rotterdam 12-08-2004 (KPN Telecom - Transittarieven)

TELEC 02/751, 2295 - RIP – LJN: AR5136

De rechtbank beperkt zich tot de vraag of, zoals verweerder heeft gedaan, eiseres in de bestreden besluiten I en II op goede gronden niet-ontvankelijk is verklaard omdat er geen sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

Het uitspreken van een als definitief bedoeld rechtsoordeel door een bestuursorgaan kan naar vaste jurisprudentie in zeer bijzondere gevallen worden aangemerkt als het verrichten van een zelfstandige publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, die bij de bevoegde rechter kan worden aangevochten. Hiervoor bestaat grond in die gevallen dat niet kan worden geoordeeld dat het bedoelde rechtsoordeel vooruitloopt op een ten aanzien van betrokkenen te verwachten of door hen uit te lokken besluit tot handhaving van de wettelijke regeling, waartegen betrokkenen alsdan in rechte kunnen

opkomen zonder dat dit afwachten of uitlokken kan worden aangemerkt als een voor hen onevenredig belastende weg naar de rechter.

(...)

De rechtbank stelt vast dat in het algemeen niet snel zal worden aangenomen dat het afwachten van een handhavingsbesluit voor betrokkenen onevenredig belastend is indien de naar het oordeel van het betreffende bestuursorgaan met de wet strijdige handelingen van betrokkene al geruime tijd plaats vinden. Zij ziet echter in de onderhavige zaak bijzondere omstandigheden waardoor het vasthouden aan het algemene uitgangspunt in dit geval tot een onredelijk resultaat zou leiden.

(...)

De rechtbank wijst erop dat in deze jurisprudentie – kennelijk – sprake is van het te bezwaarlijk zijn van het bewandelen van de bestuursrechtelijke weg (naar de rechter). Weliswaar had eiseres de civiele weg kunnen bewandelen doch dit had in moeten houden dat zij elk van haar klanten tot nabetaling had moeten aanspreken en bij weigering voor de civiele rechter had moeten dagen (nog daargelaten dat een en ander niet het uitlokken van een bestuursrechtelijk besluit inhoudt).

Vernietiging vooraankondigingen l.o.d.