

Geschilbeslechting door de OPTA



Geschilbeslechting door de OPTA

Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?

Alexandra Danopoulos

2009

ISBN: 978-90-5850-422-7

Wolf Legal Publishers

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

www.wolflegalpublishers.nl

**Geschilbeslechting door de OPTA.
Een voorbeeld voor geschilbeslechting
in het bestuursrecht?**

**Dispute Resolution by the OPTA.
An example for dispute resolution
in administrative law?**

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam

op gezag van de rector magnificus
Prof.dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 23 april 2009 om 11.00 uur

door

Alexandra Danopoulos

geboren te Rotterdam



Promotiecommissie

Promotoren:

Prof.mr. L.J.J. Rogier

Prof.mr. E. Steyger

Overige leden:

Prof.mr. R. de Lange

Prof.mr. A.T. Ottow

Prof.mr. M.H. van der Woude

Inhoudsopgave

Gebruikte afkortingen	viii
------------------------------	------

Voorwoord	ix
------------------	----

Hoofdstuk 1

Inleiding en probleemstelling	1
1.1 Liberalisering	2
1.2 Marktoezicht	4
1.3 Marktautoriteiten	6
1.3.1 De OPTA	7
1.3.2 De Energiekamer en de Vervoerkamer	10
1.3.3 Bescherming van de mededinging: de NMa	12
1.4 Bevoegdheden, verplichtingen en technische begrippen	14
1.5 De geschilbeslechtende bevoegdheid	16
1.6 Aanpak	24
1.7 Probleemstelling en onderzoeksvragen	26
1.8 Samenvatting	30

Hoofdstuk 2

Geschiedenis van het telecommunicatiebeleid en de regelgeving	33
2.1 Geschiedenis en ontwikkeling van het Europese telecommunicatiebeleid	33
2.1.1 Het Groenboek Telecommunicatie 1987	33
2.2 Regelgeving	36
2.2.1 Liberalisering	37
2.2.2 Harmonisatie	39
2.2.3 Algemene mededingingsregels	41
2.3 Toezicht, eis van onafhankelijkheid	43
2.4 De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit	47
2.5 Huidig Europees telecommunicatierecht	52
2.5.1 ONP-review	52
2.5.2 De Kaderrichtlijn	54
2.5.3 De Toegangsrichtlijn	58
2.5.4 De Universeledienstrichtlijn	61
2.5.5 De Machtigingsrichtlijn	62
2.5.6 De Richtlijn inzake privacy en elektronische communicatie	63
2.5.7 De rol van de Europese Commissie	64
2.5.8 De voorstellen tot nieuwe regelgeving	64
2.6 De Telecommunicatiewet	65
2.6.1 Inhoudsopgave	65
2.6.2 Interoperabiliteit en marktanalysebesluiten	67
2.6.3 Europese consultatie: Notificaties	74

2.6.4	Het rechtskarakter van marktanalysebesluiten	75
2.6.5	Handhavingsbevoegdheden	81
2.7	Samenvatting	86

Hoofdstuk 3

De geschilbeslechtende bevoegdheid	89
3.1 De oorsprong van de geschilbeslechtende bevoegdheid in de telecommunicatiesector	89
3.2 De implementatie van de geschilbeslechtende bevoegdheid in de Telecommunicatiewet 1998	92
3.3 De huidige Europese regeling	97
3.4 De implementatie in de Telecommunicatiewet 2004	98
3.4.1 De ontwerprichtlijnen 2007	103
3.5 De procedureregeling geschillen en handhaving	104
3.6 De geschilbeslechtende bevoegdheid in de overige sectoren	108
3.6.1 De Postsector	108
3.6.2 De Energiesector	111
3.6.3 De Zorgsector	115
3.6.4 De Spoorwegwet	119
3.7 Samenvatting en conclusies	122

Hoofdstuk 4

Drie Kaders; onderzoek naar het rechtskarakter van de geschilbeslechtende bevoegdheid	125
4.1 Inleiding	125
4.2 Rechtsstaat	127
4.3 Rechtspraak	130
4.3.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid	138
4.4 Arbitrage	141
4.4.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid	144
4.5 Besluitvorming	145
4.5.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid	152
4.6 Vormen van toezicht	155
4.6.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid	163
4.7 Samenvatting en conclusies	164

Hoofdstuk 5

Een unieke bevoegdheid: de rol van de OPTA	167
5.1 Een bevoegdheid met een bijzonder karakter	167
5.1.1 Een civielrechtelijke verbintenis	167
5.2 Het legaliteitsbeginsel	172
5.3 Een discretionaire bevoegdheid: beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid	176
5.4 De invulling van open normen; beleidsregels	187

5.5	Toe te passen rechtsregels en rechtsnormen; de redelijkheid en billijkheid	196
5.6	Het geschilbesluit in verhouding tot de overeenkomst	199
5.7	Alsnog overeenstemming na geschilbesluit	201
5.8	Geschilbeslechting naast handhaving	205
5.9	Geschilbeslechting naast rechtspraak door de burgerlijke rechter; artikel 112 Grondwet	207
5.10	Samenvatting en conclusies	213

Hoofdstuk 6

De rol van de rechter	217
6.1 Inleiding	217
6.2 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen geschilbesluiten	217
6.3 De rechterlijke toetsing van marktanalysebesluiten	222
6.4 Een reëel geschil	224
6.5 Andere belanghebbenden	227
6.6 Procesbelang	232
6.7 De rechterlijke toetsing van geschilbesluiten; marginale toetsing	234
6.8 Beroep bij de civiele rechter in plaats van bij de bestuursrechter	235
6.8.1 Twee benaderingen	238
6.9 Terugwerkende kracht	242
6.10 Handhaving van geschilbesluiten	245
6.11 Aanbevelingen; De Algemene wet Bestuursrecht en geschilbesluiten	247
6.12 Samenvatting en conclusies	249

Hoofdstuk 7

Griekenland	253
--------------------	-----

Hoofdstuk 8

Conclusies en aanbevelingen	263
------------------------------------	-----

Hoofdstuk 9

Samenvatting	277
---------------------	-----

Summary	283
----------------	-----

Geraadpleegde literatuur	289
---------------------------------	-----

Jurisprudentieregister	305
-------------------------------	-----

Gebruikte afkortingen:

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Amm	Aanmerkelijke marktmacht
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Commissie	Commissie van de Europese Gemeenschappen
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NRA	National Regulatory Authority
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
ONP	Open Network Provision
PbEG	Publicatieblad Europese Gemeenschappen
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Tw	Telecommunicatiewet
Wmg	Wet Marktordening gezondheidszorg
Zbo	Zelfstandig bestuursorgaan

Voorwoord

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om op deze plaats mijn dank uit te spreken aan een aantal personen die mij gedurende het proces van het schrijven van dit proefschrift hebben gesteund en bijgestaan. Allereerst uit ik mijn dank aan mijn promotor Lodewijk Rogier voor zijn fantastische begeleiding. Lodewijk stond altijd open voor vragen en interessante discussies. Hij heeft mij tijdens het gehele proces van het schrijven van dit proefschrift bijgestaan. Mijn dank gaat tevens uit naar mijn tweede promotor, Elies Steyger. Haar commentaar was scherp en inspirerend. Onze ontmoetingen waren zeer interessant, en tegelijkertijd ook altijd erg gezellig. Aan mijn collega's van de sectie Staats- en bestuursrecht van de Erasmus Universiteit ben ik tevens dank verschuldigd. Ook zij hebben mij enorm gesteund in het proces van de totstandkoming van dit boek. Ik dank hen tegelijkertijd voor de onvergetelijke en leerzame tijd die ik op de Erasmus Universiteit heb mogen meemaken. In het bijzonder een dankwoord aan Suzan Stoter voor haar goede adviezen en haar luisterend oor. Ook dank ik Cees Bax voor zijn opmerkingen over het manuscript. Een dankwoord aan mijn collega promovendus Aleksander Momirov is tevens op zijn plaats voor de correctie van de Engelse samenvatting. Ook ben ik Peter Schnetzler en overige juristen van de OPTA dankbaar voor de kans die ik heb gekregen om mij een aantal maanden bij de OPTA in de wereld van het telecommunicatierecht te verdiepen. Het was zeer inspirerend en nuttig om praktijkervaring op te doen met het onderwerp van dit onderzoek. Giorgos Dellis en Chara Vlachou ben ik mijn dank verschuldigd voor de tijd en moeite die zij hebben vrijgemaakt om mijn vragen inzake het Griekse telecommunicatierecht te beantwoorden en het mij overhandigen van de relevante literatuur inzake de ontwikkelingen in Griekenland op mijn onderzoeksgebied. Deze rechtsvergelijking is mede mogelijk gemaakt via Flora Goudappel, de heer Flogaitis en het European Public Law Center. Onmisbaar in dit proces zijn geweest Giorgos en de rest van mijn familie, die altijd geïnteresseerd waren naar het verloop van mijn onderzoek en mij alle kansen hebben gegund dit onderzoek af te ronden. Christos vroeg regelmatig of mama's boek al af was. Tenslotte bedank ik de twee student-assistenten Maria en Merel voor hun behulpzaamheid in de afrondende fase van het onderzoek.

Rotterdam, Najaar 2008,

Alexandra Danopoulos

Hoofdstuk 1

Inleiding en probleemstelling

Het woord telecommunicatie bestaat uit het Griekse woord *tèle*, dat ver betekent, en uit het Latijnse woord *communicare*, dat mededelen betekent. Het houdt volgens de dikke van Dale in: het overbrengen van informatie over een grote afstand door middel van telegrafie, telefonie, radar, televisie en andere middelen.¹ Het gaat om communicatie op afstand zonder dat iemand zich daartoe fysiek verplaatst.

Al vanouds werd door mensen getracht om over grote afstanden met elkaar te communiceren zonder fysieke verplaatsing. Te denken valt aan communicatie door middel van rooksignalen en via postduiven. De moderne telecommunicatiemiddelen bestaan uit elektronische communicatiemiddelen. De laatste jaren vormen met name de mobiele telefoon en het internet populaire middelen van communicatie.

Tegenwoordig is bijna iedereen in het bezit van een mobiele telefoon. Er zijn verschillende telecommunicatieondernemingen waarbij men zich kan aansluiten voor een abonnement of een prepaid kaart om op het mobiele netwerk te worden aangesloten. Deze keuzevrijheid van de consument brengt met zich mee dat niet iedereen bij dezelfde telecomprovider is aangesloten. Het is daarom zeer belangrijk dat ook personen die bij verschillende ondernemingen zijn aangesloten met elkaar kunnen communiceren. Om die reden dienen deze telecommunicatieondernemingen met elkaar afspraken te maken. Zij moeten elkaar toegang verlenen tot elkaars netwerken om deze gesprekken tussen hun klanten mogelijk te maken.

De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) is de toezichthouder op de telecommunicatiemarkt. Eén van haar taken is erop toezien dat de prijzen van mobiel bellen niet te hoog worden doorberekend aan de consument. Over de tarieven voor mobiel bellen en het versturen van sms-berichten is met grote regelmaat een artikel in de krant te lezen.² Telecommunicatie is dan ook een actueel onderwerp dat vrijwel iedereen direct raakt.

Het kan voorkomen dat telecommunicatieondernemingen het onderling niet eens worden over de prijs die zij voor het verlenen van toegang tot elkaars netwerken in rekening brengen of over andere voorwaarden die met deze toegang samenhangen. Het is dan belangrijk voor de bellers dat deze telecombedrijven samen snel tot

¹ Van Dale woordenboek, veertiende herziene uitgave, 2005.

² Zie o.a.: 'Opta: Nederlanders betalen te veel voor sms', volkskrant 9 juni 2008 (www.volkskrant.nl), 'Opta komt KPN tegemoet', telegraaf 19 september 2008 (www.telegraaf.nl).

een oplossing komen. Wat gebeurt er indien er sprake is van een dergelijk conflict? In een dergelijk geval kan het geschil worden voorgelegd aan de OPTA.

Dit onderzoek gaat over geschilbeslechting door de OPTA tussen twee telecomunicatieondernemingen. Daartoe wordt in dit hoofdstuk eerst ingegaan op een aantal kernbegrippen die in dit verband van belang zijn.

Er is vanuit Europa een liberaliseringsproces in de telecommunicatiesector tot stand gebracht. In de eerste paragraaf wordt gedefinieerd wat er onder liberalisering wordt verstaan. Er is in de Europese regelgeving bepaald dat, om dit proces van liberalisering in goede banen te leiden, er door de Lidstaten nationale instanties dienden te worden ingesteld die zouden worden belast met het toezicht op de markt.

In Nederland wordt deze functie uitgeoefend door de OPTA. De OPTA houdt toezicht op de telecommunicatiemarkt, ook aangeduid als markttoezicht. In paragraaf 2 wordt het begrip markttoezicht nader gedefinieerd. In paragraaf 3 worden de structuur en de taken van de OPTA nader toegelicht. Tevens wordt in deze paragraaf aangegeven welke marktautoriteiten in een aantal andere geliberaliseerde sectoren als sectorspecifieke toezichthouders zijn aangewezen. Ook wordt de toezichthouder op het algemene mededingingsrecht besproken. Aan deze toezichthouders is ook een bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen particulieren toegekend.

In de Telecommunicatiewet komen veel technische begrippen voor waarvan een aantal in paragraaf 4 worden gedefinieerd. Ook komt het economische begrip aanmerkelijke marktmacht aan de orde. Dit zijn begrippen die van belang zijn voor dit onderzoek naar de bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA. Uiteindelijk wordt in paragraaf 5 de bevoegdheid tot geschilbeslechting, die in dit onderzoek centraal staat, nader weergegeven. Aan het einde van deze inleiding volgen de probleemstelling en de aanpak van dit onderzoek.

1.1 Liberalisering

Sinds de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw wordt er in Nederland in verschillende sectoren een beleid gevoerd waarin liberalisering en privatisering van markten centraal staan. Liberalisering houdt in dat monopoliestructuren worden opgebroken en staatsbedrijven worden opgeheven. Concurrentie door andere bedrijven dient op deze manier mogelijk gemaakt te worden. Privatisering is het proces waarbij overheidstaken worden overgeheveld naar de particuliere sector.

De telecommunicatiesector vormt een voorbeeld van een dergelijke sector. Andere sectoren die met liberalisering te maken kregen zijn: de zorgsector, de energiesector en de postsector. Op grond van het liberaliseringsbeleid diende de overheid zich uit deze markten terug te trekken en een omgeving te creëren waarin vrije concurrentie mogelijk werd gemaakt.

In de meeste gevallen geschieden deze liberaliseringsprocessen en privatiseringsprocessen op grond van Europese regelgeving.³ De argumenten om over te gaan tot liberalisering van markten waarop een bepaald bedrijf een machtspositie bekleedde zijn te vinden in verschillende economische rapporten en EU-documenten. Hieruit blijkt dat de keuze voor het voeren van dit liberaliseringsbeleid mede gebaseerd is op economische inzichten, die aangeven dat de private sector goedkoper produceert dan de overheid, private productie beter aansluit bij de wensen van afnemers en er in de private sector meer innovatie is.⁴ Deze inzichten zijn dan ook als doelstellingen opgenomen in het nieuwe beleid.

Centraal voor het realiseren van deze doelstellingen is het creëren en het in stand houden van marktwerking. De markt dient gekenmerkt te worden door voldoende concurrentie, het ontbreken van toetredingsbelemmeringen, en prikkels voor technologische vernieuwing. Het uiteindelijke doel van marktwerking is een ruimer aanbod bieden aan de consument, zodat deze kan vergelijken en kiezen bij welke aanbieder het voor hem het meest gunstig is om zijn producten of diensten af te nemen.

Ook in de telecommunicatiesector zijn deze ontwikkelingen door de Europese Unie doorgevoerd. In dit Europese telecommunicatiebeleid staat een verbetering van de marktwerking voorop. Hiermee diende de positie van Europa op de internationale telecommunicatiemarkt versterkt te worden.

In de telecommunicatiesector is te zien dat een liberaliseringsproces gepaard gaat met een enorme hoeveelheid aan regelgeving. De EU heeft in dit kader een groot aantal richtlijnen uitgevaardigd.⁵ Deze regels zijn noodzakelijk om het hele overgangsproces in goede banen te leiden. Het gevolg van het beleid is dat er een grotere hoeveelheid regels is ontstaan dan vóór de liberalisering, toen er nog sprake was van een monopoliepositie van de overheid op de telecommunicatiemarkt. In

³ In de telecommunicatiesector, de postsector en de energiesector, niet in de zorgsector.

⁴ Stichting voor Economisch onderzoek, Nederland toezichtland: een economisch perspectief, 2005, p. 1, (www.seo.nl).

⁵ Artikel 249 EG-verdrag bepaalt dat richtlijnen verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lidstaat waarvoor zij bestemd is. Er wordt echter aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.

Nederland werd deze positie tot 1989 bekleed door het staatsbedrijf ‘de PTT’.⁶ Dit bedrijf was tot die tijd de enige aanbieder in Nederland van diensten op het gebied van telecommunicatie.

Liberalisering is, zoals gezegd, gericht op het opheffen van staatsbedrijven en op minder interventie in de markt door de overheid. Er dient een concurrerende markt te ontstaan en de overheid dient zich terug te trekken uit de markt. Het uiteindelijke gevolg echter van het uit Europa afkomstige beleid is meer regels vanuit diezelfde overheid. In hoofdstuk 2 wordt een overzicht gegeven van de ontwikkeling van het Europese beleid in de telecommunicatiesector en de daarbij behorende regelgeving. Uit dit overzicht zal de omvang van de regelgeving duidelijk worden.

1.2 Markttoezicht

Marktwerving komt niet altijd vanzelf tot stand. In bestaande markten is een tendens tot monopolievorming vaak onvermijdelijk. Dit geldt met name in sectoren waarin sprake is van markten waarin netwerken centraal staan en waarin marktpartijen afhankelijk zijn van elkaar, aangezien onderling toegang verleend moet worden om diensten te kunnen aanbieden.⁷

Deze markten zijn netwerkgebonden, en partijen zullen niet geneigd zijn om in strijd met hun eigen belang toegang aan andere partijen te verlenen. Vandaar dat toezicht op marktwerving door de overheid noodzakelijk is. Deze vorm van toezicht wordt aangeduid met de term ‘markttoezicht’. Hier zien we de overheidsbemoeienis in een andere vorm terug.⁸ In dit onderzoek wordt als definitie van markttoezicht gehanteerd: *Markttoezicht kan worden omschreven als de uitvoering van wet en regelgeving die specifiek tot doel heeft marktwerving te bewaken, te bevorderen of te corrigeren, alsmede de handhaving van die wet en regelgeving door het sanctioneren van overtredingen.*⁹

Hier is van belang op te merken dat er verschillende vormen van toezicht bestaan. Deze paragraaf richt zich slechts op het markttoezicht. In de Algemene wet Bestuursrecht komen de termen toezicht en handhaving voor. De termen handhaving en toezicht overlappen elkaar niet, het gaat om twee verschillende begrippen. In paragraaf 4.6 wordt breder op het onderwerp toezicht ingegaan en worden de

⁶ PTT was de afkorting voor Posterijen, Telegrafie en Telefonie.

⁷ Stichting voor Economisch onderzoek, Nederland toezichtland: een economisch perspectief, 2005, p. 1, (www.seo.nl).

⁸ De Ru en Peters 2000, p. 3; Schueler 2004, p. 14.

⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 4.

verschillende toezichtvormen nader uitgewerkt. Tevens wordt in de genoemde paragraaf het onderscheid tussen de termen handhaving en toezicht aangegeven.

Er bestaat een onderscheid tussen sectorspecifiek markttoezicht en algemeen mededingingstoezicht. Onder sectorspecifiek toezicht wordt verstaan toezicht dat specifiek gericht is op één markt, namelijk de markt die dient te worden opengemaakt, oftewel de markt die concurrerend gemaakt dient te worden. Dit proces van openbreken dient door middel van toezicht in de juiste banen te worden geleid met behulp van regelgeving die specifiek op dit proces is gericht. Er wordt ook gezegd dat de sectorspecifieke toezichthouder optreedt als marktmeester die de overgang van monopolie naar marktwerking regelt. De sectorspecifieke toezichthouders worden in de Europese richtlijnen aangeduid met de term 'regulators'. Zij hebben als taak het liberaliseringsproces in goede banen te leiden. Er is van deze vorm van toezicht momenteel nog sprake op de telecommunicatiemarkt, de energiemarkt en in de zorgsector.

Bij sectorspecifiek toezicht wordt diep in de bedrijfsvoering van ondernemingen ingegrepen. Om deze reden dient terughoudendheid te worden betracht in het stellen van sectorspecifieke regels.¹⁰ Sectorspecifieke regelgeving is volgens de visie van de Minister van Economische Zaken alleen dan te verantwoorden, indien imperfecte marktwerking leidt tot een groter welvaartsverlies dan het welvaartsverlies dat optreedt door inefficiënties als gevolg van onvolkomen regulering.¹¹ Dit is vaak het geval bij een markt in transitie en een markt waarop bij de huidige stand van kennis nooit vanzelf marktwerking kan ontstaan en de marktwerking gestimuleerd dient te worden.

Naast sectorspecifiek toezicht kennen we algemeen mededingingstoezicht. Dit betreft algemene regels die gelden voor verschillende sectoren, waarin geen apart toezicht is vereist. De bestaande markten worden door middel van algemene mededingingsregels in stand gehouden en beschermd, aangezien op bepaalde 'bevrijde' markten de neiging bestaat dat ondernemingen elkaar wegconcurreren. De spelers op de markt neigen er toe de concurrenten zoveel mogelijk uit te schakelen door monopolisering of kartelvorming¹². De markt dient om die reden tegen zichzelf beschermd te worden. Dit markttoezicht wordt gezien als overheids-taak.¹³ Deze vorm van toezicht is dus gericht op het competitief houden van de markt. Dit noemen we algemeen mededingingstoezicht of generiek toezicht.

¹⁰ *Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 7.*

¹¹ *Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 7.*

¹² Schueler 2004, p. 14.

¹³ *Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 6.*

Met het onderscheid tussen sectorspecifiek toezicht en algemeen mededingings-toezicht hangt samen het onderscheid tussen *ex ante* en *ex post* toezicht. In het sectorspecifieke toezicht speelt *ex ante* toezicht een belangrijke rol. *Ex ante* toezicht is toezicht vooraf. Vaak vindt dit plaats in de vorm van regulering. Er worden op voorhand regels en voorwaarden gesteld waaronder toegang tot de markt kan plaatsvinden.

Deze vorm van toezicht wordt gebruikt om de concurrentie te stimuleren. Er is sprake van preventief optreden, er wordt ingegrepen alvorens een overtreding van de regels heeft plaatsgevonden. De sectorspecifieke toezichthouder kan op deze manier het ondernemingsgedrag direct beïnvloeden en veranderingen in de markt tot stand brengen. Voorbeelden zijn: het al dan niet verlenen van vergunningen, toelatingen, ontheffingen en het goedkeuren van tarieven die ondernemingen hanteren voor het verlenen van toegang tot elkanders netwerk. Het zijn instrumenten die nieuwe toetreders kunnen beschermen tegen de marktmacht van een dominante marktpartij.

Ex post toezicht betekent toezicht achteraf. Voorbeelden van instrumenten voor *ex post* toezicht zijn: boetes en intrekkingen van vergunningen. Deze vorm van toezicht wordt met name in het algemene mededingingsrecht gehanteerd en wordt tevens door de regulators toegepast. Er wordt reactief opgetreden naar aanleiding van een overtreding van de wettelijke regels.

1.3 Marktautoriteiten

Op de meeste terreinen is het toezicht neergelegd bij de Lidstaten. Een nationale toezichthouder is belast met het toezicht op de markt. In hoofdstuk 2 wordt hierop nader ingegaan. Als definitie van een toezichthouder wordt in dit onderzoek gehanteerd: *een organisatie die in opdracht van de overheid optreedt als marktmeester, rechter of waakhond die het motief heeft het bewaken van de mededinging en/of bevorderen van mededinging*.¹⁴ Het gaat om een orgaan dat als taak heeft marktwerking in te stellen en te stimuleren.

Dit toezicht op markten is grotendeels op nationaal niveau geregeld. Markttoezicht geschiedt door middel van het bestuursrecht. Het toezicht vindt plaats door de overheid. De rechtsverhouding tussen de overheid (toezichthouder/bestuursorgaan) en een bedrijf staat centraal. Dit in tegenstelling tot het privaatrecht waarbij de rechtsverhouding tussen twee private partijen centraal staat.

¹⁴ Nederland toezichtland, p. 5.

Dit onderdeel van het bestuursrecht waarin markttoezicht wordt uitgeoefend wordt ook aangeduid als het economisch bestuursrecht.¹⁵

Als Nederlandse regulators worden hier de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie-Autoriteit (OPTA) en de Energiekamer (voorheen: Dienst uitvoering en toezicht energie, Dte) genoemd; deze regulators beschikken over de bevoegdheid tot geschilbeslechting die in deze studie wordt onderzocht. Zij hebben als taak er op toe te zien dat een daadwerkelijk concurrerende markt tot stand komt. Om deze taak te kunnen vervullen hebben zij verschillende specifieke bevoegdheden toegekend gekregen. Het algemene mededingingstoezicht wordt in Nederland uitgeoefend door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Deze heeft als taak het uitoefenen van toezicht op markten die reeds concurrerend zijn.

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat het liberaliseren van sectoren gepaard gaat met specifiek op dit proces gerichte regelgeving. Er is sprake van een toename van bestuursrechtelijke regelgeving bij het openbreken van een markt en het tot stand brengen van marktwerking. Een nationale toezichthouder is daarbij belast met het toezicht op de markt. Er is vaak sprake van gedeeld toezicht waarbij zowel de Lidstaten als de Europese Commissie belast zijn met het toezicht in de sector.

Hierna volgt eerst een beschrijving van de twee genoemde regulators, die sector-specifiek toezicht houden in respectievelijk de telecommunicatie- en de postsector (OPTA), en de energiesector (Energiekamer). Vervolgens komt de toezichthouder die is ingesteld voor het algemene mededingingstoezicht ter sprake (Nma).

1.3.1 De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)

Door de communautaire wetgever is bepaald dat er voor de telecommunicatiemarkt een van de marktpartijen onafhankelijke regulator moet worden ingesteld die belast is met het nalevingstoezicht van de uitgevaardigde Telecommunicatieregelgeving. Deze regulators worden in richtlijnen aangeduid met de term National Regulatory Authorities (NRA's).¹⁶ In de Nederlandse vertaling is de term Nationaal Regelgevende Instanties (NRI's) gebruikt. Dit is een onjuiste vertaling, aangezien de NRI geen regelgevende bevoegdheden toegekend heeft gekregen. In de tweede paragraaf van hoofdstuk 3 wordt nader op dit punt ingegaan.

Met de term onafhankelijkheid wordt in dit verband bedoeld dat er juridisch een daadwerkelijke structurele scheiding dient te bestaan tussen regelgevende taken

¹⁵ Rogier, Hartmann en van der Hulst 2002b, p. 17.

¹⁶ Directive 2002/21/EC of the European Parliament and the Council of 7 march 2002 on a common regulatory framework for electronic communications network and services, (OJ 2002, L 108/33), article 3.

van een lidstaat en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten met betrekking tot telecommunicatiebedrijven. De reden voor de gewenste structurele scheiding is, dat het aandeelhouderschap in een onderneming tot belangenverstrengeling kan leiden. Dit kan relevant zijn in het geval dat bepaalde regelgeving niet in het belang of zelfs ten nadele zou zijn van een onderneming waarin de staat eigendom of zeggenschap heeft.¹⁷

In Nederland is de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie autoriteit (OPTA) ingesteld als onafhankelijke regulator, om aan de eisen uit de richtlijnen te voldoen. De OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan, in de wandelgangen aangeduid als zbo. Het kenmerk van een zbo is dat het niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. De minister kan het bestuursorgaan slechts algemene aanwijzingen geven en geen aanwijzingen in concrete gevallen. Er is sprake van kritiek op zbo's vanwege het gebrek aan transparantie, de gebrekkige ministeriële verantwoordelijkheid en de geringe sturingsmogelijkheid op de taakuitoefening. In paragraaf 3.2 wordt nader ingegaan op het begrip zelfstandige bestuursorganen en op de kritiek die ten opzichte van deze organen wordt geuit.

Het college van de OPTA is ingesteld door middel van de Wet OPTA.¹⁸ Het college bestaat uit drie onafhankelijke leden. De taken van dit college worden genoemd in hoofdstuk 3 van deze wet. Deze bestaan onder andere uit het houden van toezicht op grond van de Telecommunicatiewet.¹⁹ De Telecommunicatiewet is van 19 mei 2004, en is gebaseerd op een pakket Europese richtlijnen.²⁰ De Europese

¹⁷ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p.13 (MvT Telecommunicatiewet).

¹⁸ Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt, (Wet OPTA), *Stb.* 1997, 320, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2007, 274.

¹⁹ Telecommunicatiewet (oud): Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie, *Stb.* 1998, 610. Deze wet is in 2004 herzien: Telecommunicatiewet: Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2007, 158, inwerkingtreding *Stb.* 2008, 93.

²⁰ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische- communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/7), Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/21), Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische- communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/33), Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische- communicatienetwerken en -diensten (Universeledienst-

telecommunicatieregelgeving en de nationale regelgeving worden in hoofdstuk 2 van dit onderzoek behandeld.

In hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet is bepaald dat het college de toezichthoudende taken kan opdragen aan ambtenaren. Dit is gebeurd door middel van het Besluit 'Aanwijzing toezichthouders Telecommunicatiewet' van november 1998.²¹ De OPTA is tevens toezichthouder in de postsector. Artikel 1 g van de Postwet vermeldt dat in deze wet met 'het college' wordt bedoeld het college van de OPTA.²² In artikel 14b Postwet wordt bepaald dat de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren belast zijn met het toezicht op de naleving van bepalingen uit deze wet.

De taken van de OPTA zijn veelomvattend en onderling zeer uiteenlopend van aard. De OPTA heeft als toezichthouder op de telecommunicatiemarkt de specifieke deskundigheid om deze taken uit te voeren. De OPTA geeft het volgende overzicht van haar taken²³:

De OPTA houdt toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving op het gebied van post en elektronische communicatiediensten. Het gaat daarbij met name om de Postwet, de Telecommunicatiewet, de op deze wet gebaseerde lagere regelgeving en Europese regelgeving. OPTA definieert markten, maakt marktanalyses, stelt vast welke partijen op een markt over Aanmerkelijke marktmacht beschikken en stelt vast welke verplichtingen aan deze partijen dienen te worden opgelegd. Hiernaast zijn de belangrijkste taken van de OPTA:

- Het beslechten van geschillen tussen aanbieders over toegang tot- en interconnectie van netwerken;
- Het monitoren en toetsen van de tarieven van KPN volgens het zogenaamde 'stoplichtmodel'²⁴;

richtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/51), Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (*PbEG* 2002, L 201/37).

²¹ Besluit aanwijzing toezichthouders Telecommunicatiewet van 25 november 1998, *Stcrt.* 1998, 230, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2008, 162.

²² Wet van 26 oktober 1988, houdende herziening van de wetgeving met betrekking tot de uitvoering van de postdienst, *Stb.* 1988, 522, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 1999, 484.

²³ (www.opta.nl).

²⁴ Het belangrijkste kenmerk van het stoplichtmodel is dat KPN niet meer voor iedere tariefwijziging of nieuwe dienst de voorafgaande goedkeuring van OPTA nodig heeft zoals tot 1 januari 2006 het geval was. Of voorafgaand goedkeuring is vereist is afhankelijk van in welke categorie de dienst is ingedeeld, te weten groen, oranje of rood.

- De uitgifte van telefoonnummers;
- De bescherming van de privacy van de consument op het gebied van post en Telecommunicatie;
- Het toezien op de certificatie dienstverleners van de elektronische handtekening;
- Het waarborgen van wettelijk minimale dienstverlening op het gebied van post en vaste Telefoon²⁵.

Dit onderzoek richt zich op de eerstgenoemde taak van de OPTA: het beslechten van geschillen tussen aanbieders over toegang tot- en interconnectie van netwerken. De OPTA krijgt op basis van deze taak een rol als geschilbeslechter toebedeeld. De OPTA beslecht geschillen tussen bedrijven die met elkaar een geschil hebben over een (mogelijke) overeenkomst. Het gaat met name over geschillen op het gebied van interconnectie en bijzondere toegang en op het gebied van voorwaarden en tarieven die partijen moeten overeenkomen. De overige taken van de markttoezichthouder komen in dit onderzoek niet aan de orde. In paragraaf 1.4 zullen de begrippen uit de Telecommunicatieregelgeving die voor dit onderzoek relevant zijn, zoals het begrip interconnectie, nader worden uitgewerkt. Eerst wordt in paragraaf 1.3.2 ingegaan op de overige Nederlandse regulators die voor dit onderzoek van belang zijn. Dit belang is gelegen in het feit dat aan hen ook de bevoegdheid tot geschilbeslechting door de wetgever is toegekend.

1.3.2 De Energiekamer en de Vervoerkamer

In de Europese richtlijn betreffende regels voor de interne markt voor elektriciteit wordt bepaald dat er een of meer bevoegde organen met de functie van regelgevende instanties dienen te worden aangewezen door de Lidstaten²⁶. De richtlijn vermeldt dat deze instanties geheel onafhankelijk van de belangen van de elektriciteitssector moeten zijn. Zij zijn verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en doeltreffende marktwerking. De gewijzigde Elektriciteitswet 1998 is op 14 juli 2004 in werking getreden, en heeft als doelstelling het bewerkstelligen van concurrentie.²⁷ In de wet is de Europese regelgeving geïmplementeerd.

²⁵ (www.opta.nl).

²⁶ Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (*PbEU* 2003, L 176/37).

²⁷ Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/54/EG, (*PbEG* L 176), verordening nr. 1228/2003 (*PbEG* L 176) en richtlijn nr. 2003/55/EG (*PbEG* L 176) alsmede in verband met de aanscherping van het toezicht op het netbeheer, (Wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie een aanscherping toezicht netbeheer), *Stb.* 2004, 328.

De huidige Gaswet is ook in werking getreden op 14 juli 2004.²⁸ Deze is eveneens gebaseerd op Europese regelgeving.²⁹ Hierin is tevens opgenomen dat er één of meer bevoegde instanties met de functie van regelgevende instantie dienen te worden aangewezen door de Lidstaten. Deze instanties zijn geheel onafhankelijk van de belangen van de gassector. Net als in de Elektriciteitsrichtlijn wordt bepaald dat de toezichthouders ten minste verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en doeltreffende marktwerking.

Om aan de eis van het instellen van een regelgevende instantie in de elektriciteitssector en de gassector te voldoen, heeft Nederland de Directie Toezicht Energie (DTe) ingesteld. De DTe is als kamer ondergebracht bij de NMa en is belast met de uitvoering van en het toezicht op de naleving van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Een kamer is een organisatorische eenheid binnen de NMa, die belast is met werkzaamheden in verband met de uitvoering van wettelijke sectorspecifieke taken.³⁰ Sinds 1 juni 2008 is de naam DTe vervangen door de naam Energiekamer.³¹ Er wordt op deze manier één lijn getrokken in de benaming van sector-specifiek toezicht. Uit de naamstelling wordt tevens duidelijk dat de Energiekamer onderdeel uitmaakt van een grotere organisatie, de NMa. Ook zou de naamstelling meer duidelijkheid verschaffen voor de consument.³²

Ook de vraag of de OPTA als kamer van de NMa zou moeten worden opgenomen is aan de orde geweest. In een gezamenlijk persbericht van de OPTA en de NMa uit 2002 komt naar voren dat de twee toezichthouders vragen om een versnelde fusie.³³ Destijds is aan de hand van dit verzoek door de minister aangegeven, dat deze fusie voorlopig van de baan was.³⁴ Sindsdien is er over dit punt geen berichtgeving geweest. Zeer recent is dit punt in de Tweede Kamer weer aan de orde geweest aan de hand van een ingediende motie. Er wordt gewezen op de (financiële)

²⁸ Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (Gaswet), *Stb.* 2000, 305, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2004, 328.

²⁹ Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas *PbEG* 1998, L 204 en Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, (*PbEG* 2003, L 176).

³⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 8.

³¹ Wijziging Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2005, *Stcrt.* 2008, 97.

³² Persbericht 30 mei 2008, 'Directie Toezicht Energie wordt Energiekamer', (www.energiekamer.nl).

³³ Persbericht 10 juli 2002: OPTA en NMa vragen om versnelde fusie, (www.opta.nl).

³⁴ Zie o.a.: FEM Business 24 januari 2004: Telecom: Fusie Opta en NMa in de ijskast, (www.fembusiness.nl).

voordelen van een fusie tussen de twee toezichthouders. Heemskerk stelt als reactie op deze motie dat hij nog niet zo ver is om de OPTA als kamer in de NMa te voegen. Hij ziet niet in dat het toezicht er direct beter van wordt.³⁵

In artikel 5 van de Elektriciteitswet 1998 is bepaald dat de Raad van bestuur van de mededingingsautoriteit belast is met taken ter uitvoering van deze wet, alsmede met het toezicht op de naleving van de wet. Tevens is de Raad van bestuur belast met het toezicht op de naleving op een Verordening van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie, betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit.³⁶

De Vervoerkamer is opgericht op 1 januari 2004 en is, net als de Energiekamer, een onderdeel van de NMa. De kamer houdt sectorspecifiek toezicht op de spoorwegsector, de openbaar vervoersector (tram, metro en busvervoer) en de luchtvaartsector. Deze taak zal worden uitgebreid met toezicht op het loodswezens.³⁷ Het toezicht wordt uitgeoefend in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. De Vervoerkamer houdt toezicht op de naleving van de Spoorwegwet, de wet personenvervoer 2000 en de wet Luchtvaart.³⁸ In deze sectoren is tevens een liberalisering van de markt in gang gezet.

1.3.3 Bescherming van de mededinging: de NMa

In de vorige paragraaf is gesteld dat markten zichzelf bedreigen doordat er bij de partijen op de markt een neiging bestaat concurrenten zoveel mogelijk ‘weg’ te concurreren (door monopolisering of kartelvorming). Toezicht op concurrerende markten blijft dan ook noodzakelijk. Dit toezicht vindt plaats door de overheid. Op verschillende terreinen zou echter ook gekozen kunnen worden voor een constructie van (gedeeltelijke) zelfregulering.³⁹ Volgens de Minister van Economische

³⁵ *Handelingen II*, 2008/09, 15, p. 1096.

³⁶ Verordening (EG) nr. 1228/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit, (*PbEU* 2003, L 176/1) en artikel 1d Elektriciteitswet.

³⁷ (www.nmanet.nl).

³⁸ Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (Spoorwegwet), *Stb.* 2003, 264, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2007, 530; Wet van 6 juli 2000, houdende regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer, *Stb.* 2000, 564, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2006, 642 (wet personenvervoer 2000); Wet van 18 juni 1992 houdende algemene regeling met betrekking tot luchtvaart, *Stb.* 1992, 368, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2008, 112 (wet Luchtvaart).

³⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 6. Zie ook: het rapport *Vreemde ogen- Naar een andere kijk op toezichtsarrangementen*, 2004 waar alternatieven voor overheidstoezicht zijn onderzocht (www.rekenkamer.nl).

Zaken is dit echter op het gebied van de mededinging geen voldoende alternatief.⁴⁰ Hij stelt dat zelfregulering in het kader van het mededingingsbeleid niet echt voor de hand ligt, aangezien het doel van rivaliteit en concurrentie zich slecht verhouden met zelfregulering. Overheidsregulering en publiek toezicht zijn daarom noodzakelijk.

Deze vorm van markttoezicht is gericht op de bescherming van de mededinging op een markt waarin reeds vrije concurrentie plaatsvindt. Het orgaan dat in Nederland met deze algemene toezichtstaak is belast is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De NMa is ingesteld op grond van artikel 2 lid 1 van de Mededingingswet.⁴¹ Op grond van lid 2 vormt de Raad van bestuur het bestuur van de NMa.

De NMa ziet *ex post* toe op het gedrag van marktpelers. De uitvoering van de Mededingingswet is aan haar opgedragen.⁴² De NMa ziet toe op eerlijke concurrentie in Nederland.⁴³ Zij bestrijdt partijen die kartels vormen en daarbij bijvoorbeeld prijsafspraken maken en partijen die misbruik maken van een economische machtspositie. Tevens toetst zij fusies en overnames. De NMa houdt toezicht op alle sectoren. De Energiekamer en de Vervoerkamer zijn onderdelen van de NMa die taken vervullen voor een specifieke sector.

De NMa is nog niet zo lang geleden bij wet omgevormd tot een zelfstandig bestuursorgaan.⁴⁴ In een brief van de minister van Economische zaken aan de Eerste Kamer ter begeleiding bij het wetsvoorstel houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de NMa tot zbo, geeft de minister aan dat het in het streven naar een daadkrachtige handhaving van het mededingingsbeleid past, de NMa om te vormen tot zbo.⁴⁵ Het wetsvoorstel strekt ertoe om de uitvoering onafhankelijk te maken door het wegnemen van de bevoegdheid van de minister om individuele aanwijzingen te geven.

Daarbij is volgens de minister met name van belang dat het bedrijfsleven vooraf dient te weten welke regels van toepassing zijn. De wetgever bepaalt wat het

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 6. Zie ook: Schueler 2004, p. 16.

⁴¹ Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet), *Stb.* 1997, 242, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2008, 95.

⁴² Artikel 5 Mededingingswet.

⁴³ (www.nmanet.nl).

⁴⁴ Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, *Stb.* 2005, 172.

⁴⁵ *Kamerstukken I*, 2003/04, 27 639 nr. 1.

speelveld voor de NMa is en wat de spelregels zijn waaraan de NMa zich dient te houden. Het is in zijn visie ongewenst dat de minister zich gaat bemoeien met deze spelregels door middel van individuele aanwijzingen. Marktpartijen en consumenten moeten erop kunnen vertrouwen dat alleen toezicht wordt gehouden op basis van de wet en niet op grond van politieke voorkeuren.

1.4 Bevoegdheden, verplichtingen en technische begrippen

Door markttoezichthouders wordt toezicht gehouden op de marktwerking in de geliberaliseerde sectoren. Toezichthouders bestaan er in verschillende soorten en maten.⁴⁶ De toezichthouders hebben als gemeenschappelijke doel het bevorderen van de marktwerking. Zij zien er op toe dat partijen overeenkomstig de wettelijke regels handelen. Nog niet op alle deelmarkten in de telecommunicatiesector is er sprake van daadwerkelijke concurrentie. Om dit te bewerkstelligen dienen nieuwkomers toegang te krijgen tot de markt en dienen toetredingsbelemmeringen te worden weggenomen

Sommige marktpartijen, vaak de voormalige monopolist, hebben machtsposities op de markt, die verstorend kunnen werken voor de concurrentie. Aan die partijen kunnen extra verplichtingen worden opgelegd, zodat een *level playing field* kan worden bereikt. Er is in de Telecommunicatiewet sprake van een stelsel van asymmetrische verplichtingen. Aan partijen met een dominante positie op de markt kunnen strengere regels worden opgelegd, ter bevordering van de concurrentie.

Een moeilijkheid in het economische bestuursrecht is dat er vaak (voor die specifieke sector) economische en technische begrippen in de bestuursrechtelijke regelgeving zijn opgenomen. Zo staan in de Telecommunicatiewet een aantal begrippen van technische en economische aard centraal. Het is van belang in dit inleidende hoofdstuk deze begrippen uit te leggen om een goed beeld te krijgen van het wetgevingskader en het onderzoeksgebied. In dit onderzoek is echter getracht het hanteren van dez

e technische begrippen tot het strikt noodzakelijke te beperken en het jargon zoveel mogelijk te vermijden. Getracht wordt om in het gehele onderzoek de bevoegdheid die wordt onderzocht zo technologie-neutraal mogelijk weer te geven, en in het algemene bestuursrecht te plaatsen. De belangrijkste begrippen worden in deze paragraaf gedefinieerd.

⁴⁶ Van Rossum 2001, p. 6; Van der Meulen 2003, p. 19.

Eén van de meest centrale begrippen in de Telecommunicatiewet is het begrip *interconnectie*. Onder interconnectie wordt verstaan: het koppelen van communicatienetwerken zodat gebruikers van verschillende netwerken met elkaar kunnen communiceren. Aanbieders leveren hun telefoonverkeer bij elkaar af en verwerken het inkomende belverkeer. Interconnectie is een specifieke vorm van toegang.⁴⁷

Door middel van het verlenen van toegang tot elkanders netwerk kan concurrentie tussen partijen tot stand komen. De (algemene) onderhandelingsverplichting met betrekking tot interconnectie is opgenomen in artikel 6.1 Tw. Op basis van dit artikel worden aanbieders verplicht te onderhandelen omtrent het koppelen van hun netwerken, opdat eind- tot eindverbindingen tot stand worden gebracht. In de telecommunicatiesector is sprake van een Infrastructurele markt, waarbij tussen ondernemingen sprake is van wederzijdse afhankelijkheid om hun diensten te kunnen aanbieden.

Een andere term die centraal staat in de sectorspecifieke wetgeving is het begrip *aanmerkelijke marktmacht (Amm)*. Dit begrip is van grote betekenis in het telecommunicatierecht. Indien een onderneming beschikt over een machtspositie op een bepaalde markt, kunnen aan deze onderneming op grond van de Telecommunicatiewet extra verplichtingen worden opgelegd aan de desbetreffende onderneming.⁴⁸ Deze verplichtingen gelden dan alleen voor die onderneming aan wie ze zijn opgelegd. Ze gelden niet voor de overige marktpartijen.

Er bestaat op basis van artikel 6.1 reeds een onderhandelingsplicht voor alle ondernemingen, en op basis van een Amm- aanwijzing kan een verzwaarde onderhandelingsplicht worden opgelegd aan een dominante partij. De Telecommunicatiewet kent een stelsel van asymmetrische verplichtingen. Er kunnen extra maatregelen aan dominante partijen worden opgelegd om marktwerking te stimuleren.

De grote ondernemingen met machtsposities zouden niet vrijwillig hun eigen positie ondermijnen door nieuwe ondernemingen een kans te geven. De toezichthouder heeft als taak erop toe te zien dat alle verplichtingen uit de wet worden nageleefd.

Om vast te stellen of een partij beschikt over Amm op een bepaalde markt dient de OPTA een specifieke procedure te volgen. Deze is door Europa aan de Lidstaten opgelegd. Allereerst dient de OPTA een marktanalyse uit te voeren waarin zij de

⁴⁷ Woordenboek OPTA, (www.opta.nl); Interconnectie wordt tevens in artikel 1.1*m* van de Telecommunicatiewet gedefinieerd. In dit onderzoek is de definitie die de OPTA hanteert in haar woordenboek aangehaald vanwege de heldere formulering.

⁴⁸ Hoofdstuk 6a Telecommunicatiewet.

verschillende deelmarkten in de telecommunicatiesector in kaart brengt. De OPTA doet dit aan de hand van twee documenten die zij als leidraad hierbij van de Europese Commissie heeft gekregen.

Als deze fase is afgerond, dient de OPTA vervolgens een dominantie-analyse op de verschillende deelmarkten uit te voeren. Aan de hand van deze analyse kunnen de ondernemingen worden aangewezen die over aanmerkelijke marktmacht beschikken op een bepaalde deelmarkt. De OPTA wijst een aanbieder met Amm aan, indien deze op de desbetreffende markt beschikt over een aandeel van meer dan 25%. De besluiten die de OPTA neemt aan de hand van deze onderzoeken dienen aan de Europese Commissie te worden voorgelegd. De Commissie is bevoegd om over deze besluiten een advies te geven. Een nog verdergaande bevoegdheid die de Commissie toekomt, is het uitspreken van een veto met betrekking tot de besluiten. Deze procedure wordt in hoofdstuk 2 nader behandeld.

Bij bestudering van de Telecommunicatiewet wordt duidelijk dat het gaat om een wet die gekenmerkt wordt door ingewikkelde technische begrippen. Dit maakt het telecommunicatierecht een zeer specifiek en minder toegankelijk rechtsgebied. De juridische problemen hangen samen met de technische begrippen en er is een specifieke deskundigheid vereist om deze begrippen juridisch te formuleren. Dit is voor alle partijen een lastige kwestie. En dat geldt ook voor de rechter. Vandaar dat besloten is de beroepen tegen besluiten van de OPTA te concentreren bij de rechtbank Rotterdam, die in het telecommunicatierecht en andere gebieden van het economische bestuursrecht exclusief bevoegd is om van geschillen kennis te nemen.⁴⁹

1.5 De geschilbeslechtende bevoegdheid

De toezichthouders zijn om hun doelen te bereiken met uiteenlopende bevoegdheden uitgerust. Zo worden er in hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet verschillende handhavingsbevoegdheden aan de ambtenaren van de OPTA toegedeeld. Tevens stelt de OPTA beleidsregels op en verricht zij overige bestuurlijke taken bij onder andere de verdeling van nummers.

De OPTA beschikt tevens over de bevoegdheid om geschillen te beslechten, waaronder geschillen tussen marktpartijen.⁵⁰ Deze geschillen die marktpartijen met elkaar hebben gaan over de vraag of een marktpartij toegang dient te krijgen tot

⁴⁹ De rechtsbeschermingsprocedure in de Telecommunicatiewet komt in hoofdstuk 6 aan de orde.

⁵⁰ De OPTA beschikt op basis van artikel 12.9 Telecommunicatiewet over de bevoegdheid geschillen te beslechten tussen een consument en een aanbieder of onderneming, op aanvraag van een consument. Deze bevoegdheid blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

het netwerk van een andere marktpartij, zodat zij haar elektronische diensten aan kan bieden. Tevens kan een geschil gaan over het tarief dat deze marktpartij aan de toegangverlenende marktpartij dient te betalen, indien deze partij toegang verleent. Zoals in de vorige paragraaf is weergegeven beschouwt de OPTA geschilbeslechting als één van haar belangrijkste taken. De geschilbeslechtende bevoegdheid is opgenomen in de artikelen 6.2 en 12.2 van de Telecommunicatiewet. Tevens is deze bevoegdheid opgenomen in artikel 5.3 van de Telecommunicatiewet, inzake geschillen omtrent de aanleg en instandhouding van kabels. De focus in dit onderzoek ligt echter op de eerstgenoemde artikelen.

Geschilbeslechting is een atypische taak voor een (zelfstandig) bestuursorgaan.⁵¹ De reden van deze constructie, die door de Europese wetgever is ingegeven, is, dat de procedure van geschilbeslechting door de toezichthouder als een snel en effectief alternatief werd gezien voor de procedure bij de rechter. Er wordt een snelle interventie door een onafhankelijk college mogelijk gemaakt.⁵² Tevens speelde de deskundigheid van de toezichthouder een belangrijke rol bij het toekennen van deze bevoegdheid. *Daalder* stelt dat trefwoorden bij deze procedure zouden moeten zijn: informeel, snel, deskundig en finaal. Indien aan deze punten wordt voldaan heeft geschilbeslechting door een economische toezichthouder toegevoegde waarde ten opzichte van andere mogelijkheden van geschilbeslechting tussen marktpartijen.⁵³

Geschilbeslechting lijkt binnen het kader van de Awb niet direct als taak van bestuursorganen te passen. Ze is atypisch omdat een bestuursorgaan doorgaans niet als geschilbeslechter tussen twee partijen optreedt, die op grond van een wettelijke bepaling een (privaatrechtelijke) overeenkomst dienen te sluiten. Een bestuursorgaan neemt in het algemeen op aanvraag en ambtshalve besluiten. Vervolgens kan tegen het besluit dat het bestuursorgaan neemt bezwaar worden gemaakt door de aanvrager of door een andere belanghebbende.

Er bestaat doorgaans echter geen onderhandelingsplicht om tot een contract te komen tussen de aanvrager van een vergunning en de andere belanghebbende. Hiervan is wel sprake in de Telecommunicatiewet. Op basis van de Tw dienen partijen tot overeenstemming te komen over het verlenen van toegang tot elkaars netwerken. Daarbij dient overeenstemming te worden bereikt over de voorwaarden waaronder de toegang wordt verleend. De Europese wetgever heeft deze bepaling opgenomen om een concurrerende telecommunicatiemarkt tot stand te laten komen.

⁵¹ Zie ook: Ottow 2003, p. 211; Verhey & Verheij 2005 p. 170; Steyger 2007, p. 15.

⁵² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 97 (MvT Telecommunicatiewet).

⁵³ *Daalder* 2004, p. 26.

Op grond van de idee van de rechtsstaat bestaat er een scheiding van machten. Verschillende organen voeren verschillende overheidstaken uit. Deze organen houden elkaar in evenwicht en controleren elkaar. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de rechterlijke, de wetgevende en de uitvoerende macht. Geschilbeslechtende taken (tussen civiele partijen) worden in de regel opgedragen aan de (onafhankelijke) rechterlijke macht en niet aan bestuursorganen.⁵⁴

De geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA vindt zijn oorsprong in het Europese telecommunicatierecht.⁵⁵ De OPTA heeft zowel een taak tot geschilbeslechting toebedeeld gekregen in de Telecommunicatiewet (Tw) als in de Postwet. De NMa beschikt eveneens over de bevoegdheid om geschillen tussen ondernemingen te beslechten. Deze bevoegdheid is aan de NMa toegekend in de Gaswet en de in de Elektriciteitswet. De regeling in de Telecommunicatiewet wijkt af van de regelingen die zijn opgenomen in de Gaswet en de Elektriciteitswet. Daarnaast is zowel in de Spoorwegwet als in de Zorgsector een dergelijke bevoegdheid opgenomen. In hoofdstuk 2 zijn de regelingen opgenomen en worden de onderlinge verschillen besproken.

Door *Dommering e.a.* wordt gesteld dat de toezichthouder in een geschil over toegang tot, en interconnectie van, netwerken optreedt als een soort arbiter om een geschil tussen twee ondernemingen die onderling niet tot overeenstemming kunnen komen bindend te beslechten.⁵⁶ Door de bestuursrechter is deze bevoegdheid tot geschilbeslechting door de OPTA aangeduid als zijnde ‘publiekrechtelijke arbitrage’.⁵⁷

De OPTA beschrijft haar rol als geschilbeslechter als die van een ‘scheidsrechter’.⁵⁸ Ook wordt de taak van de OPTA in de literatuur als rechtspraak aangeduid. Zo merkt *Lavrijssen* op dat de OPTA als een soort rechter optreedt.⁵⁹ *Duijkersloot en Michiels* stellen dat het gaat om een tamelijk unieke bevoegdheid die een kruising vormt tussen rechtspraak en administratief beroep. Volgens hen kan de inhoud van de taak als rechtspraak kan worden aangemerkt en is de gelijkenis met administratief beroep gelegen in het feit dat een bestuursorgaan een geschil beslecht.⁶⁰ *Verhey en Verheij* merken op dat de OPTA in geschilprocedures voor rech-

⁵⁴ Artikel 112 Grondwet.

⁵⁵ Kaderrichtlijn nr. 2002/21/EG (*PbEG* 2002, L 108/33).

⁵⁶ E.J. Dommering e.a. 2003, p. 38.

⁵⁷ Rechtbank Rotterdam 14 september 1999, *LJN* AA3679.

⁵⁸ OPTA jaarverslag 2003, p. 96. (www.opta.nl).

⁵⁹ Lavrijssen 2006, p. 121.

⁶⁰ Zie o.a.: Duijkersloot en Michiels 2000, p. 29.

ter speelt.⁶¹ Ook wordt door de rechter vastgesteld dat het gaat om besluitvorming in de zin van de Awb.⁶²

In haar preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht over markttoezicht stelt *Ottow* met betrekking tot de geschilbeslechtende bevoegdheid dat het procedurele- en materiële kader voor geschilprocedures door de telecomunicatiewetgever niet is geregeld en de bevoegdheden en toetsingsnormen slechts marginaal zijn vastgelegd.⁶³ Bij geschilbeslechting gaat het volgens *Ottow* om een rechtsvorm waarbij bestuursrecht en privaatrecht door elkaar heenlopen. Dit zou het toezicht door de OPTA hebben bemoeilijkt.⁶⁴

Steyger stelt dat het gaat om een hoofdzakelijk privaatrechtelijk geschil dat in een bestuursrechtelijk kader wordt beslist en waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Er zijn om die reden fricties ontstaan in het telecomunicatierecht over de vraag in hoeverre publieke belangen in dit geschil mogen meewegen en hoe ver de bevoegdheid van het bestuursorgaan gaat. Een geschil tussen private partijen wordt binnen een bestuursrechtelijk kader beslist.⁶⁵

Partijen hebben een onderhandelingsplicht, en dienen tot overeenstemming te komen met elkaar over het verlenen van toegang tot elkanders netwerk en de tarieven die daarvoor worden gehanteerd. Het uitgangspunt van de wetgever is dat partijen met elkaar een privaatrechtelijke overeenkomst dienen te sluiten waarin de afspraken worden opgenomen die ze met elkaar maken met betrekking tot die toegang en de tarieven die gehanteerd zullen worden. Er gelden op basis van de Telecommunicatiewet verplichtingen die strekken tot het competitief maken van de markt en het tegengaan van monopolieposities.

Indien marktpartijen niet met elkaar tot afspraken komen, kan de OPTA desgevraagd het geschil beslechten. Partijen dienen de beslissing die de OPTA vervolgens neemt in het voorgelegde geschil in hun overeenkomst op te nemen. Hier zou kunnen worden gesteld dat er sprake is van een vermenging van het publiekrecht met het privaatrecht. De OPTA is een bestuursorgaan en neemt besluiten. De overeenkomst die partijen sluiten is privaatrechtelijk van aard.

⁶¹ Verhey & Verheij 2005, p. 297-298.

⁶² CBB 3 december 2003, *UPC en Canal+ t. OPTA*, LJN AO1112; Van Breugel & Daalder 1999, p. 291-292.

⁶³ Ottow 2003, p. 31.

⁶⁴ Ottow 2003, p. 31.

⁶⁵ Steyger 2007, p. 15.

Het publieke telecommunicatierecht doorbreekt hier de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen. De OPTA heeft op basis van haar taak tot geschilbeslechting vergaande bevoegdheden om in contractuele relaties in te grijpen. Deze bevoegdheid van een bestuursorgaan om in te grijpen in relaties tussen civiele partijen is in het Nederlandse recht een uitzonderlijke situatie.⁶⁶ Hoe ruim de bevoegdheid van de OPTA is, is niet altijd even duidelijk, mede vanwege de vage termen die in de wet worden gehanteerd. Er is sprake van een onduidelijke rechtsvorm waar geen duidelijk wettelijk kader voor is gecreëerd.

Door *De Ru* is de vraag aan de orde gesteld of de bevoegdheid tot geschilbeslechting die in de Tw voorkomt wel voldoet aan de eis van het legaliteitsbeginsel. De OPTA zou te veel beoordelings- en beleidsvrijheid hebben, hetgeen staatsrechtelijk niet past bij de status die een zbo heeft. Zolang de wet de toezichthouder onvoldoende specifieke normen biedt aan de hand waarvan deze bevoegdheid dient te worden uitgeoefend, zou deze onbevoegd zijn.⁶⁷

In de jurisprudentie is deze vraag of de OPTA wel een bevoegdheid heeft tot geschillenbeslechting niet aan de orde geweest. De rechter is ervan uitgegaan dat deze bevoegdheid bestaat. De discussie in de jurisprudentie heeft zich steeds toegespitst op de vraag hoe ruim deze bevoegdheden zijn, dus welke bevoegdheden OPTA precies heeft. De keuze is of hierbij een restrictieve dan wel een extensieve interpretatie dient te worden aangehouden.

De OPTA vervult verschillende rollen bij de totstandkoming van geschilbesluiten. Indien de OPTA een geschil beslecht, vervult ze de rol van onafhankelijke arbiter tussen twee ondernemingen. Bij deze rol komt de vraag op of de OPTA, gezien de doelstellingen en het publieke belang dat zij nastreeft, wel als onafhankelijk arbiter in een geschil kan functioneren. De vraag is of de onafhankelijkheid niet in de knel komt door de algemene taak van OPTA om de concurrentie te bevorderen. De eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de toezichthouder in een geschilprocedure in verhouding tot het na te streven publieke belang lijkt een knelpunt.

In de Telecommunicatiewet 1998 diende de toezichthouder, indien er door de ondernemingen bezwaar werd gemaakt tegen een geschilbesluit, het besluit te heroverwegen.⁶⁸ Dat is een bestuurlijke rol waarin de toezichthouder alle aspecten van de beslissing nog eens kan onderzoeken en mogelijk tot een ander oordeel kan komen. Vervolgens, indien er beroep tegen de beslissing op bezwaar werd ingesteld, was de OPTA partij geworden voor de rechter. In de nieuwe Tw, die in 2004

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 851, nr. 22, p. 5.

⁶⁷ *De Ru* 2001, p. 347.

⁶⁸ Artikel 7:11 Awb.

in werking is getreden, is de mogelijkheid bezwaar in te dienen vervallen. Er is nog slechts beroep bij één rechterlijke instantie mogelijk. Met deze nieuwe regeling wordt beoogd een eind te maken aan de lange doorlooptijden van procedures in de elektronische communicatiesector.⁶⁹

Deze lange doorlooptijden kwamen de concurrentie niet ten goede. In een markt waarin technische ontwikkelingen elkaar zeer snel opvolgen dient snel te kunnen worden ingespeeld op deze ontwikkelingen door partijen op de markt en is het belangrijk dat er snel een definitieve uitspraak is, opdat partijen op basis daarvan kunnen handelen. Het rechtszekerheidsbeginsel is van groot belang voor de nieuwkomers en de concurrenten in de markt, aangezien het tevens draait om zeer grote financiële belangen. Er is dus een wijziging opgetreden met betrekking tot de rechtsbescherming in het nieuwe regelgevingskader. Eerder stelde de regering zich op het standpunt dat afzien van de bezwaarfase niet wenselijk werd geacht. Er zou dan onvoldoende rechtsbescherming worden geboden aan marktpartijen.⁷⁰ Er is echter toch de keuze gemaakt voor een verkorte procedure.

Verhey en Verheij wijzen erop dat er in sommige gevallen goede redenen kunnen bestaan om een uitzondering te maken op het beginsel van rechtspraak in twee instanties. Als voorbeeld noemen zij geschilbesluiten van de OPTA. Zij stellen dat de OPTA daar –door Europese regelgeving gedwongen- zelf al voor rechtertje speelt. De OPTA beslecht in een contradictoire procedure geschillen tussen telecomaanbieders. Er is volgens de auteurs dan iets voor te zeggen om daarna één rechterlijke instantie voldoende te vinden.⁷¹ Hier kan worden opgemerkt dat de OPTA niet door de Europese wetgever is gedwongen om deze bevoegdheid in alle gevallen uit te oefenen. De Nederlandse wetgever heeft de keuze gemaakt om deze bevoegdheid op deze wijze toe te kennen aan de OPTA. De Europese regelgeving biedt lidstaten ook de mogelijkheid om toezichthouders te laten kiezen uit andere mogelijkheden van geschilbeslechting.⁷²

Zij stellen verder dat het argument van de behoefte aan een snelle definitieve beslissing in het algemeen niet overtuigt. Iedereen heeft altijd behoefte aan een snelle beslissing. Als men wil volstaan met een instantie om de reden van snelheid, dan zal moeten worden aangetoond dat die behoefte in dat concrete geval groter is dan gemiddeld. Dat zou in een markt waarin een ex-monopolist actief is mogelijk het geval kunnen zijn, dit dient echter wel te worden aangetoond.⁷³ Bovendien wijzen

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 851, Toelichting p. 4, onderdeel B (inleiding).

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 26.

⁷¹ Verhey & Verheij 2005, p. 297-298.

⁷² Artikel 20 lid 2 Kaderrichtlijn; zie ook: paragrafen 3.3 en 3.4 en hoofdstuk 7.

⁷³ Verhey & Verheij 2005, p. 298.

zij op het feit dat rechtspraak bij één instantie alleen zinvol is als het selectief wordt toegepast. Anders zou dit leiden tot overbelasting van de hoogste rechter en juist tot vertraging.⁷⁴

Deze situatie waarin door de OPTA verschillende rollen worden vervuld schept onduidelijkheid. Dit geldt zowel voor de OPTA zelf, als voor ondernemingen en de rechter. Dat onduidelijkheid bestaat bij de rechterlijke macht over de rol van de OPTA blijkt uit de jurisprudentie. Soms heeft de rechter de rol van de OPTA gezien als die van een arbiter in civielrechtelijke relaties. Er is in een aantal zaken door de rechter bepaald dat er bij geschilbeslechting rekening dient te worden gehouden het privaatrechtelijke beginsel van de redelijkheid en de billijkheid.⁷⁵ Echter, de OPTA dient ook rekening te houden met de bestuursrechtelijke algemene beginselen, in het bijzonder het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, en het vertrouwensbeginsel.⁷⁶

In een aantal uitspraken worden besluiten van de OPTA niet terughoudend getoetst.⁷⁷ In overige zaken is deze lijn niet gevolgd. In deze zaken gaat de rechter ervan uit dat de OPTA een volwaardig bestuursorgaan is. De rechter toetst in deze gevallen meer afstandelijk. De beslissing van de OPTA wordt door de rechter slechts marginaal getoetst.⁷⁸

De OPTA kan geschillen alleen behandelen op basis van een aanvraag.⁷⁹ De partij die de aanvraag indient om een geschil te beslechten, moet kunnen bewijzen dat er sprake is van een geschil. Die partij moet tevens kunnen bewijzen dat er onderhandelingen hebben plaatsgevonden en dat men niet tot overeenstemming is gekomen. In principe ligt de bewijslast bij de partij die het geschil aanhangig maakt. Deze partij zal moeten aantonen dat er sprake is van een situatie waarbij men niet tot onderlinge overeenstemming komt over een verplichting uit de telecommunicatieregelgeving.

De huidige Telecommunicatiewet is in werking getreden op 19 mei 2004. Deze is gebaseerd op een vijftal nieuwe richtlijnen uit Brussel, ook bekend als de ONP-review richtlijnen. Hierin wordt de geschilbeslechtende bevoegdheid gehandhaafd. Er zijn geen aparte procedurele regels met betrekking tot geschillenbeslech-

⁷⁴ Verhey & Verheij 2005, p. 298.

⁷⁵ Rb. Rotterdam 31 januari 2003, KPN t. OPTA, Mediaforum 2003-4, m.nt. Ottow); paragraaf 5.5.

⁷⁶ Dommering e.a. 2003, p. 164; paragraaf 4.5.

⁷⁷ CBB 16 april 2004, *Tiscali en OPTA t. KPN Telecom*, LJN AO8356; paragraaf 5.3.

⁷⁸ CBB 25 april 2001, *KPN t. OPTA en Dutchtone*, LJN AB1647; paragraaf 5.3.

⁷⁹ Artikel 6.2 en artikel 12.2 Telecommunicatiewet.

ting, bijvoorbeeld omtrent het inschakelen van experts of over het horen van getuigen, in de telecomunicatieregelgeving opgenomen. Er wordt in de richtlijnen echter ook de mogelijkheid geboden aan de lidstaten om te bepalen dat de NRI de keuze heeft om een geschil niet op te lossen door middel van geschilbeslechting, maar via alternatieve methoden, zoals bemiddeling door een niet-bestuursorgaan.

Om het proces van de geschillenprocedure te regelen heeft de OPTA de Procedureregeling geschillen opgesteld.⁸⁰ Deze regeling is in maart 2005 vervangen door de Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA.⁸¹ In het aantal geschillen dat bij de OPTA is ingediend is een dalende lijn te constateren. Dit blijkt uit het volgende schema, dat is gebaseerd op de officiële cijfers uit de jaarverslagen van de OPTA:⁸²

Jaar	Ingediende geschillen
2002	87
2003	31
2004	23
2005	17
2006	13
2007	36

In 2002 zijn bij de OPTA 87 geschillen ingediend.⁸³ Het grootste deel van de geschillen had betrekking op interconnectie en bijzondere toegang op de deelmarkt mobiele communicatie. Er zijn dat jaar 53 definitieve geschilbesluiten genomen en 8 geschillen zijn ingetrokken. Het overige deel van de geschillen was eind 2002 nog in behandeling.

In 2003 zijn er door ondernemingen 31 verzoeken ingediend om een geschil te beslechten. Deze geschillen hadden betrekking op bijzondere toegang, interconnectie, gedogen en site-sharing.⁸⁴ In 2004 was er sprake van 16 ingediende geschillen met betrekking tot dezelfde onderwerpen als in 2003 en 1 geschil met betrekking tot toegang tot de kabel.⁸⁵

⁸⁰ Procedureregeling geschillen OPTA, *Stcrt.* 2001, 138.

⁸¹ Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA, *Stcrt.* 2005, 54.

⁸² (www.opta.nl).

⁸³ OPTA jaarverslag 2002, p. 92, (www.opta.nl).

⁸⁴ OPTA jaarverslag 2003, p. 100, (www.opta.nl).

⁸⁵ OPTA jaarverslag 2004, p. 78, (www.opta.nl).

In 2005 zijn 14 geschillen bij de OPTA aanhangig gemaakt, inzake interconnectie, sitiesharing, graven en gedogen en kabeltoegang.⁸⁶ In 2006 zijn 12 geschillen aan de OPTA voorgelegd. Het gaat om 2 geschillen op de markt toegang van diensten, 3 geschillen op de markt kabelverleggingen, 1 geschil omtrent kabeldoorgifte (gedogen) en 6 geschillen inzake nummerportabiliteit.⁸⁷ In 2007 zijn er 36 geschillen bij de toezichthouder ingediend.⁸⁸

Naast een taak tot geschilbeslechting heeft de OPTA tevens de mogelijkheid om bestuurlijke sancties op te leggen. Als alternatief voor het indienen van een geschil heeft een onderneming de mogelijkheid om een verzoek tot handhaving in te dienen. Tevens kan een verzoek tot handhaving als onderdeel van een verzoek tot geschilbeslechting worden ingediend. Over handhaving als alternatief voor geschilbeslechting wordt in paragraaf 5.8 nader ingegaan.

Er blijkt niet duidelijk uit de jaarverslagen van de OPTA hoeveel handhavingsverzoeken er zijn ingediend. Ook is niet in elk jaarverslag opgenomen welke handhavings-maatregelen er dat jaar zijn opgelegd. Er is in 2004 een onderzoek gepubliceerd waarin onder andere een kwantitatieve analyse is gemaakt van het aantal handhavings-verzoeken en aantal genomen handhavingsbesluiten. Er is daarbij een inventarisatie gemaakt tot en met augustus 2004.⁸⁹

Op basis van de informatie uit de jaarverslagen van de OPTA kan worden gesteld dat het aantal handhavingsverzoeken in 2002 zeven was. Er zijn daarop drie handhavingsacties gevolgd, die niet nader zijn gespecificeerd. In het jaarverslag over 2003 is niets opgenomen over handhaving door de OPTA. In het verslag over het jaar 2004 gaat het om vier opgelegde boetes en twee lasten onder dwangsom. In 2005 heeft de Marktoezichthouder acht boetes en twee lasten onder dwangsom opgelegd. Er zijn drie boetes en vijf lasten onder dwangsom opgelegd in 2006. Hier is een stijgende lijn te constateren. In de vorige paragrafen is een beeld geschetst van het toezicht in de telecommunicatiesector, waarbij de nadruk is gelegd op de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA. In de volgende paragraaf worden de vragen die in dit onderzoek centraal staan weergegeven.

1.6 Aanpak

Dit proefschrift is een onderzoek binnen het bestuursrecht naar de bevoegdheid tot geschilbeslechting door een bestuursorgaan. Deze bevoegdheid is in verschil-

⁸⁶ OPTA, jaarverslag 2005, p. 98, (www.opta.nl).

⁸⁷ OPTA jaarverslag 2006, p. 102, (www.opta.nl).

⁸⁸ OPTA jaarverslag 2007, p. 91, (www.opta.nl).

⁸⁹ Ottow e.a. 2004, p. 31 e.v.

lende wettelijke regelingen toegekend aan bestuursorganen. In dit onderzoek staat geschilbeslechting door de OPTA op basis van de Telecommunicatiewet centraal. Geschilbeslechting is zoals eerder vermeld een atypische zaak voor een toezichthoudend bestuursorgaan. Geschilbeslechting tussen private partijen is een taak die in de regel aan de rechterlijke macht toekomt, en niet aan bestuursorganen. De geschilbeslechtende bevoegdheid past niet bij ons 'normale' bestuursrecht. Er duiken zowel in de literatuur als in de rechtspraak allerlei vragen op omtrent deze bevoegdheid. Er wordt gesteld dat het gaat om een onduidelijke rechtsfiguur. Publiekrecht en privaatrecht lopen bij deze bevoegdheid door elkaar.

Het is wenselijk en zinvol de verschillende onduidelijkheden die zich voordoen omtrent deze bevoegdheid nader te onderzoeken. Dit is de aanleiding voor dit proefschrift. Er zal worden onderzocht wat de motieven van de (Europese) wetgever waren om de keuze te maken voor deze constructie. Vervolgens wordt onderzocht wat het rechtskarakter van deze bevoegdheid is. Nadat is vastgesteld om wat voor soort rechtsfiguur het gaat, wordt aandacht besteed aan de bijzondere kenmerken van de bevoegdheid. In de literatuur is gesteld dat er een duidelijke regeling ontbreekt. Aangezien de bevoegdheid is gebaseerd op Europees recht, is deze bevoegdheid tevens in andere EU lidstaten in de nationale wetgeving opgenomen. Daar wordt gekampt met dezelfde onduidelijkheden omtrent deze (vage) rechtsvorm.

Dit onderzoek bevat om die reden tevens rechtsvergelijkende elementen met een andere EU lidstaat, Griekenland. Er is vanwege taalbarrières niet veel over dit land en de andere zuid- Europese landen bekend. Dit maakt dat een rechtsvergelijking interessant is en een toegevoegde waarde heeft. Het gaat bij het Nederlandse en het Griekse systeem om twee vergelijkbare rechtssystemen. Het zijn beide *civil law* systemen en de indeling in rechtsgebieden loopt gelijk.

Het rechtssysteem in de Griekse telecommunicatiesector is vrij nieuw en met name gebaseerd op het Franse systeem. De OPTA is vergelijkbaar met de Griekse telecomregulator qua plaats die beiden innemen in het systeem en qua functie die zij uitoefenen. Tevens zijn de aan hen toegekende bevoegdheden vergelijkbaar, deze zijn geïmplementeerd vanuit Europese regelgeving. Naast de weergegeven inhoudelijke argumenten voor de keuze voor deze rechtsvergelijking, speelt het praktische element van talenkennis een rol.⁹⁰

Aangezien het gaat om een bevoegdheid die nog niet zo lang geleden pas in ons rechtssysteem is geïntroduceerd en die specifiek is voor het economisch bestuurs-

⁹⁰ Vgl. Koopmans 2003, p. 7.

recht, is er in de bestuursrechtelijke handboeken (nog) niet over geschreven en wordt er niet naar verwezen. Er bestaat dan ook niet veel literatuur omtrent deze bevoegdheid. In dit onderzoek is met name gebruik gemaakt van andere monografieën op het gebied van telecommunicatierecht waarbij de geschilbeslechtende bevoegdheid als onderdeel is opgenomen. Daarnaast is veel gebruik gemaakt van artikelen. Ook is bepaalde informatie gebaseerd op interviews met specialisten op het gebied van telecommunicatierecht in Nederland en in Griekenland. Andere gehanteerde bronnen bestaan uit economische rapporten, EU documenten, kamerstukken, verslagen van de OPTA, beleidsregels, en zowel Europese als nationale jurisprudentie. Enkele aangehaalde uitspraken zijn niet gepubliceerd. Het manuscript is op 30 september 2008 afgesloten. Ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden na deze datum zijn niet meer verwerkt.

1.7 Probleemstelling en onderzoeksvragen

In deze paragraaf wordt de probleemstelling weergegeven. Tevens wordt per onderzoeksvraag aangegeven in welk deel van het onderzoek deze aan de orde komt.

De probleemstelling luidt als volgt:

- Wat zijn de gevolgen voor het algemene bestuursrecht (de Awb) van de toekenning door de (Europese) wetgever van geschilbeslechtende bevoegdheden aan bestuursorganen?**

De hoofdvraag is wat de gevolgen van het toekennen van een bevoegdheid tot geschilbeslechting aan bestuursorganen zijn voor het Nederlandse bestuursrecht. Het gaat om een voor het bestuursrecht nieuwe bevoegdheid, een bevoegdheid die een mengeling is tussen publiekrecht en privaatrecht. Past deze nieuwe bevoegdheid zonder meer in het stelsel van de Awb, of vergt deze nieuwe bevoegdheid enige aanpassingen in onze bestuursrechtelijke regelgeving? Om tot een antwoord op deze hoofdvraag te komen dienen eerst een aantal deelvragen te worden beantwoord.

Deelvragen:

1) Wat is de achtergrond van deze bevoegdheid?

Zoals gezegd gaat het om een voor een bestuursorgaan nieuwe bevoegdheid. Deze bevoegdheid is aan de OPTA toegekend in het kader van de toezichthoudende taak die zij uitoefent. Allereerst zal naar de achtergrond van de bevoegdheid worden gezocht. Daarbij is een weergave van de relevante regelgeving noodzakelijk, in

samenhang met de historische ontwikkeling van de regelgeving, om een duidelijk beeld te krijgen van het achterliggende beleid in de telecommunicatiesector. Deze weergave zal zich met name toespitsen op de regels die betrekking hebben op toezicht en de geschilbeslechtende bevoegdheid. In het kader van toezicht wordt de nadruk gelegd op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de OPTA. Dit overzicht is van belang bij de interpretatie van de regelgeving door de OPTA bij de uitoefening van haar bevoegdheden en de toetsing door de rechterlijke macht.

Onderzocht zal worden wat de achterliggende gedachte is geweest van de (Europese) wetgever tot toekenning van deze bevoegdheid aan de OPTA. Dit aangezien de bevoegdheid tot geschilbeslechting niet een gebruikelijke bevoegdheid is van een bestuursorgaan. Er worden in de richtlijnen alternatieven geboden, zoals een rechterlijke procedure of arbitrage. In Nederland is echter niet gekozen voor een alternatief. Deze deelvraag zal in de hoofdstukken 2 en 3 aan de orde komen.

2) In welke overige sectoren bestaat er een soortgelijke bevoegdheid?

Deze bevoegdheid komt niet alleen voor in de Telecommunicatiewet, maar ook in de Postwet, de Gaswet en de Elektriciteitswet. Er zal worden onderzocht of er in andere wetgeving een soortgelijke bevoegdheid aan bestuursorganen is toegekend. Er volgt in hoofdstuk 3 een weergave van de regelingen tot geschilbeslechting in de verschillende sectoren. Aan de hand daarvan wordt duidelijk welke verschillen er bestaan tussen de verschillende regelingen van geschillenbeslechting.

3) Hoe dient de bevoegdheid te worden gekwalificeerd?

De volgende vraag is hoe deze bevoegdheid te kwalificeren is. Deze bevoegdheid wordt in de literatuur en jurisprudentie verschillend gekwalificeerd. De bevoegdheid wordt door sommigen aangemerkt als zijnde een rechtsprekende bevoegdheid en door anderen als 'publiekrechtelijke' arbitrage. Onderzocht wordt of deze bevoegdheid inderdaad binnen een van deze kaders valt, of dat we te maken hebben met een bestuursbevoegdheid. Een omschrijving van het begrip rechtsstaat is daarbij van belang, aangezien de spreiding van bevoegdheden over verschillende organen in ons land op deze gedachte is gebaseerd. In hoofdstuk 4 staat de vraag centraal of het bij geschilbeslechting door de OPTA gaat om een bevoegdheid die te kwalificeren is als rechtspraak, arbitrage of om een bevoegdheid tot besluitvorming van een bestuursorgaan.

De theoretische modellen van rechtspraak, arbitrage, besluitvorming en toezicht zullen worden omschreven en geanalyseerd. Vervolgens zal worden onderzocht binnen welk van deze drie denkbare kaders deze bevoegdheid kan worden geplaatst.

Mogelijk gaat het om een bevoegdheid die niet binnen deze kaders is in te passen (sui generis). Aan de hand hiervan kan de rol van OPTA als geschilbeslechter worden geplaatst binnen een juridisch kader. Meer specifiek zal binnen het kader van de bestuursbevoegdheid worden onderzocht of deze bevoegdheid een (markt)toezichtsbevoegdheid is.

Tevens worden in dit verband de onderwerpen administratief beroep en tuchtrechtspraak behandeld. Zodra duidelijk is binnen welk van de genoemde kaders deze bevoegdheid geplaatst kan worden, kan worden onderzocht welke nadere regels van toepassing zijn met betrekking tot de uitoefening van deze bevoegdheid.

4) Wat zijn de specifieke kenmerken van deze bevoegdheid?

Nadat het rechtskarakter is vastgesteld wordt gezien wat de specifieke kenmerken van deze bevoegdheid zijn. Is deze driehoeksverhouding tussen partijen ook in het algemene bestuursrecht terug te vinden? Als een beschikking wordt gegeven door een bestuursorgaan, is er vaak een derde belanghebbende bij betrokken. Ook daar gaat het om een driehoeksverhouding, zijn deze vergelijkbaar? Aan de hand hiervan kan een interne vergelijking plaatsvinden en kunnen mogelijke antwoorden op problemen gevonden worden, aangezien omtrent de invulling van de bevoegdheid door de wetgever niets is geregeld.

In hoofdstuk 5 staat de vraag centraal naar de rol van de OPTA in het kader van de geschillenbeslechting tussen ondernemingen. Wat is de rol van de OPTA en in hoeverre is deze rol afwijkend? Hier is van belang wat de grenzen van de bevoegdheid zijn. Hoe ruim zijn deze bevoegdheden? Onderzocht worden de beoordelings- en beleidsvrijheid in het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid. De uitspraken van de rechtbank en het CBB zijn hier van belang. Onderzocht zal worden hoe deze bevoegdheid nader dient te worden ingevuld. De vraag hoe ruim deze bevoegdheid is, is van groot belang. Op grond van het legaliteitsbeginsel dient de OPTA namelijk binnen de grenzen van een aan haar toegekende bevoegdheid te blijven.

De vraag of de bevoegdheid van OPTA tot geschillenbeslechting niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel komt in dit kader aan bod. Deze vraag is van belang, aangezien de OPTA, net als alle overheidsorganen, alleen kan handelen op grond van een aan de wet ontleende bevoegdheid. *De Ru* stelt dat de OPTA te veel beoordelingsvrijheid heeft inzake haar bevoegdheid tot geschillenbeslechting in in-

terconnectiegeschillen tussen ondernemingen, wat in strijd zou zijn met de status van een zelfstandig bestuursorgaan.⁹¹

De verhouding tussen bestuursrecht en privaatrecht komt tevens aan bod. Hoe geeft een toezichthoudend bestuursorgaan invulling aan de privaatrechtelijke beginselen van de redelijkheid en billijkheid? Tussen partijen bestaat een onderhandelingsplicht. Zij dienen onderling tot overeenstemming te komen met betrekking tot toegang, en de voorwaarden die daaraan verbonden zijn, waaronder het tarief dat voor de toegang geldt. De vraag is of publiekrechtelijke belangen kunnen worden meegewogen door OPTA als zij de rol van geschilbeslechter vervult, of dat slechts ruimte is voor privaatrechtelijke belangen.

Verder komt in hoofdstuk 5 de vraag aan de orde hoe het besluit dat de OPTA neemt als geschilbeslechter in verhouding staat tot de overeenkomst die partijen hebben gesloten of dienen te sluiten. Tevens wordt de vraag beantwoord wat er gebeurt indien partijen nadat door de OPTA een beslissing is genomen alsnog overeenstemming bereiken. Afsluitend komt de mogelijkheid van handhaving in plaats van geschilbeslechting aan de orde.

5) Wat is de rol van de rechter bij geschilbesluiten?

In het laatste hoofdstuk komen de procedurele aspecten omtrent deze bevoegdheid aan de orde. De rechtsbeschermingsprocedure inzake geschilbesluiten in de telecommunicatiewetgeving zal worden onderzocht. De bezwaarprocedure inzake geschilbesluiten is afgeschaft, vanwege de lange doorlooptijden. Bovendien is in de Telecommunicatiewet gekozen voor rechtspraak in één instantie bij het CBB.

Ook de rechterlijke toetsing zal worden onderzocht. De wijze waarop de rechter de beslissingen die de OPTA in zijn rol als geschilbeslechter toetst wordt onderzocht aan de hand van jurisprudentie. Er is door de wetgever geen materieel en procedureel toetsingskader gegeven. Dat de rechter moeite heeft met deze vraag is te zien in de jurisprudentie. Moet er meer marginaal of inhoudelijk worden getoetst? Daarnaast wordt de vraag wie belanghebbende zijn bij een geschilbesluit onderzocht.

Ook komt de vraag aan de orde die in de literatuur is opgeworpen of het beter is om na het nemen van een geschilbesluit de weg naar de burgerlijke rechter open te stellen voor partijen. Er wordt gesteld dat er op die manier meer recht zou worden

⁹¹ De Ru 2001, p. 347.

gedaan aan de verhouding tussen civiele partijen. In de Griekse literatuur spitst de discussie omtrent geschilbeslechting zich tevens hierop toe.

Na de beantwoording van de bovenstaande deelvragen komt uiteindelijk in paragraaf 6.11 de (hoofd) vraag aan de orde, of de geschillenregeling zoals die is opgenomen in de Telecommunicatiewet, zonder enige verdere aanpassing past in ons rechtssysteem, met name het stelsel van de Awb, of dat aanpassingen in de wetgeving noodzakelijk zijn. Indien afwijkende regels van toepassing zijn bij geschilbeslechting kan geconcludeerd worden dat een en ander nader dient te worden geregeld in de Telecommunicatiewet of in een algemene regeling. Geeft de introductie van de bevoegdheid tot geschilbeslechting aanleiding voor aanpassing van de bestuursrechtelijke regelgeving?

De vraag is of deze figuur van geschilbeslechting in meer wetten zal worden geïntroduceerd. Indien dit namelijk het geval is zal hiervoor door de wetgever duidelijk kader moeten geven voor deze bevoegdheid in de vorm van een algemene regeling. Te denken valt aan een regeling in de Awb in de afdeling Toezicht. Indien deze bevoegdheid aan meer bestuursorganen zal worden toebedeeld, kan worden gepleit voor een algemene regeling.

Op grond van de richtlijnen zijn er ook andere mogelijkheden dan geschillenbeslechting door een bestuursorgaan toegestaan. Is dit een beter alternatief in het kader van geschikt toezicht om de doelstellingen te bereiken? Onderzocht wordt de mogelijkheid geschillen te laten beslechten door anderen dan de OPTA. Bijvoorbeeld door de civiele rechter, of andere alternatieve methoden zoals bemiddeling. Er zal een vergelijking plaatsvinden met het Griekse systeem, waarin naast geschilbeslechting de mogelijkheid bestaat voor partijen hun geschil voor te leggen aan een arbiter.

1.8 Samenvatting

Dit onderzoek behandelt de bevoegdheid van de OPTA en andere bestuursorganen tot geschilbeslechting tussen twee particuliere partijen, en de juridische problemen die zich omtrent deze bevoegdheid voordoen. Het is in Nederland niet gebruikelijk dat een bestuursorgaan een geschil tussen twee civiele partijen beslecht. De vraag die allereerst opkomt is de vraag waarom voor deze constructie is gekozen. De Europese wetgever heeft tevens andere mogelijkheden opengelaten voor de lidstaten als alternatief voor de geschilbeslechtingsprocedure bij de OPTA, zoals bemiddeling of een rechterlijke procedure.

De hoofdvraag in deze dissertatie is wat de gevolgen van de invoering van deze nieuwe bevoegdheid in het bestuursrecht zijn voor ons algemene bestuursrecht. Om hierop een antwoord te geven dienen eerst een aantal tussenstappen te worden genomen.

In hoofdstuk 2 wordt allereerst naar de oorsprong van de bevoegdheid gezocht. Er is een historisch overzicht van het Europese beleid in de Telecommunicatiesector opgenomen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 2 de implementatie van het Europese recht weergegeven, en daarmee de huidige regelgeving. In hoofdstuk 3 volgt een beschrijving van de bevoegdheid zoals die in de wet is opgenomen. Ook worden de wettelijke bepalingen die van belang zijn uit de andere sectoren weergegeven.

In hoofdstuk 4 zal het rechtskarakter van de geschilbeslechtende bevoegdheid worden vastgesteld. Er wordt onderzocht of geschilbeslechting door de OPTA als rechtspraak, als arbitrage of als besluitvorming te kwalificeren valt. Vervolgens wordt onderzocht wat onder markttoezicht wordt verstaan, en of deze vorm van toezicht overeenkomt met het begrip ‘toezicht’ dat in de Awb wordt gehanteerd. In paragraaf 5.1 komen de specifieke kenmerken van geschilbeslechting aan de orde.

In hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op de rol van de OPTA bij geschilbeslechting. Onderzocht wordt binnen welke grenzen de OPTA dient te handelen bij de uitoefening van haar rol als geschilbeslechter, en of de OPTA bevoegd is om beleidsregels vast te stellen om deze bevoegdheid in te kaderen.

In hoofdstuk 6 worden de rechterlijke procedure en de rol van de rechter behandeld. De vraag wie belanghebbenden zijn bij een geschilbesluit komt aan de orde, en het begrip procesbelang wordt besproken. In paragraaf 6.8 van dit hoofdstuk wordt uiteengezet of het bij geschilbeslechting gaat om een privaatrechtelijke of een publiekrechtelijke bevoegdheid, en bij welke rechter rechtsbescherming zou moeten ontstaan.

Uiteindelijk kan de laatste paragraaf van dit hoofdstuk de hoofdvraag van dit onderzoek, namelijk wat de gevolgen zijn voor het bestuursrecht van de introductie van deze bevoegdheid, worden beantwoord. De vraag is of er bijzondere kenmerken aan deze bevoegdheid zijn verbonden die nadere regeling in het bestuursrecht vereisen.

Hoofdstuk 7 bestaat uit een rechtsvergelijking met het Griekse telecommunicatierecht. Tot slot volgen in hoofdstuk 8 de eindconclusies van het onderzoek, en in hoofdstuk 9 een Nederlandse en Engelse samenvatting.

Hoofdstuk 2

Geschiedenis van het telecommunicatiebeleid en de regelgeving

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk komt de geschiedenis van het Europese telecommunicatierecht aan de orde. De ontwikkeling van het beleid en de regelgeving worden geschetst, om een duidelijker beeld te krijgen van de huidige regelgeving die op de voorgaande is gebaseerd. In paragraaf 2.2 wordt meer specifiek ingegaan op de bepalingen inzake de vormgeving van het toezicht in de oude wetgeving. Het onderwerp toezicht is van belang in het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid tussen ondernemingen, aangezien deze bevoegdheid onderdeel uitmaakt van het markttoezicht dat door de OPTA wordt uitgeoefend.

De oprichting van de OPTA, welke gebaseerd is op de oude wetgeving, komt in paragraaf 2.3 aan bod. In paragraaf 2.4 wordt het huidige Europese recht in de telecommunicatiesector weergegeven, en in 2.5 de daarop gebaseerde huidige Telecommunicatiewet. De aspecten uit deze regelgeving die voor dit onderzoek van belang zijn worden behandeld en de overeenkomsten en verschillen met het oude recht komen naar voren. Er wordt uiteindelijk kort aandacht besteed aan toekomstige Europese richtlijnen waarin een belangrijke wijziging in het kader van het toezicht in de telecomsector wordt voorgesteld door de Europese Commissie. Ter afsluiting is een korte paragraaf omtrent het Griekse telecommunicatierecht opgenomen, aangezien er verderop in dit onderzoek naar dit systeem wordt verwezen.

2.1 Geschiedenis en ontwikkeling van het Europese Telecommunicatiebeleid

2.1.1 *Het Groenboek Telecommunicatie 1987*

Tot aan het eind van de jaren zeventig waren de lidstaten niet bereid om te onderhandelen over een gemeenschappelijk telecommunicatiebeleid. De reden hiervoor was mede gelegen in de angst bestaande nationale structuren en daarbij de monopolieposities van de nationale openbare telecommunicatieaanbieders te moeten opgeven en een heel nieuwe systeem te ontwikkelen.⁹²

Om verschillende redenen wilden de Lidstaten op Europees niveau de telecomcommunicatiemarkten openbreken, en tot een vrije concurrentie komen. In het

⁹² Huisjes & Parren 2002, p. 4.

Groenboek Telecommunicatie 1987⁹³ worden de Europese beleidsvoornemens met betrekking tot de telecommunicatiemarkt voor het eerst door de Commissie uiteengezet. Dit Groenboek kan worden gezien als de basis voor het huidige Europese beleid in de telecommunicatiesector.

Groenboeken (green papers) zijn reflectiedocumenten die de Commissie over een bepaald beleidsterrein publiceert.⁹⁴ Deze documenten zijn vooral bestemd voor belanghebbende organisaties en personen, die worden verzocht deel te nemen aan een raadplegings- en discussieprocedure. In sommige gevallen liggen zij aan de basis van verdere ontwikkelingen op het gebied van wetgeving.⁹⁵ Bij belangenorganisaties kan bij het Groenboek Telecommunicatie worden gedacht aan gebruikers, fabrikanten van apparatuur, en personeel van de telecommunicatie-administraties. In het groenboek Telecommunicatie wordt aangegeven, dat er ruimte dient te zijn voor commentaar vanuit deze organisaties.⁹⁶

Het Groenboek Telecommunicatie heeft ten doel gehad een debat te openen en zoveel mogelijk opmerkingen en opinies in te winnen, met name die van de Raad, het Europese Parlement, het Economisch en Sociaal Comité, en de (nationale) overheidsdiensten voor telecommunicatie. Het Groenboek staat vol met allerlei doelstellingen en beleidsvoornemens. Men wil een gemeenschappelijke telecommunicatiemarkt creëren door middel van harmonisatie en liberalisering van de nationale markten. Als datum waarop de gemeenschappelijke markt gerealiseerd moet zijn wordt genoemd 1 januari 1998.

Als motieven om een gemeenschappelijke markt tot stand te brengen kunnen worden genoemd: de verzwakking van de Europese aanbieders, het dereguleringsproces in een aantal Europese landen, en de vertraging met betrekking tot de vooruitgang in nieuwe telecommunicatiediensten. In het Groenboek zijn deze verschillende redenen voor het tot stand brengen van een gemeenschappelijke telecommunicatiemarkt aangegeven. Allereerst vindt men als reden de versterking van de economische concurrentiepositie van Europa. In het voorwoord van het Groenboek vindt men daaromtrent de volgende passages:

⁹³ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een dynamische Europese economie- Groenboek over de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt voor telecommunicatiediensten en –apparatuur, COM (87) 290, Brussel, 26 november 1987, (Groenboek 1987).

⁹⁴ (www.europa.eu.int/documents/comm/index_en.htm).

⁹⁵ Een overzicht van de verschillende raadplegingsprocedures staat op de website van de Europese Unie (europa.eu).

⁹⁶ Overzichtsrapport betreffende het Groenboek 1987, p. 3.

“Tegenover een wereldmarkt voor telecommunicatie en informatietechnologie die een zeer snelle ontwikkeling doormaakt, dient de gemeenschap de structuren voor een concurrerende markt tot stand te brengen die het haar mogelijk maakt het dynamisme te evenaren dat de Verenigde Staten en Japan op dit gebied aan de dag leggen”.

“Geen enkele lidstaat heeft in de wereldmarkt voor telecommunicatie een aandeel dat groter is dan 6 %. Het aandeel van de Verenigde Staten bedraagt meer dan 35 % en dat van Japan 11 %. Een nationale hervorming van de telecommunicatiesector in Europa kan alleen met economisch succes worden bekroond indien zij in de bredere context van de gemeenschap is ingepast”.⁹⁷

Uit deze passages is af te leiden dat de Commissie samenwerking als noodzaak ziet om door middel daarvan de positie van Europa te versterken ten opzichte van de grote concurrenten, met name de Verenigde Staten en Japan. Het gaat om het bereiken van een dynamische Europese economie, die concurrentie kan bieden aan de rest van de wereld.

De tweede reden die wordt genoemd is de positieve invloed die de harmonisatie en liberalisering van de telecommunicatiesector op de samenhang binnen Europa en de voltooiing van de volledige gemeenschappelijke markt zouden hebben.⁹⁸ Dit is conform de doelstelling van de Europese Unie, namelijk de totstandbrenging van een interne markt binnen de lidstaten.⁹⁹

In het Groenboek leest men hieromtrent de volgende passage:

De Europese integratie zal vooruitgang kunnen boeken voorzover kan worden beschikt over netwerken en informatiediensten die hoge prestaties leveren en tegen zo laag mogelijke kosten toegankelijk zijn. Deze zullen immers een beslissende bijdrage moeten leveren aan de totstandbrenging van de interne markt.¹⁰⁰

De Commissie erkent in het Groenboek dat het lastig is om regelgeving tot stand te brengen in een zich zo snel ontwikkelende dynamische sector als die van de telecommunicatie.¹⁰¹ Er vinden snelle technologische ontwikkelingen plaats binnen deze markt. Dit mag echter volgens de vertegenwoordigers van de EU Lidstaten geen reden zijn om af te zien van de uitvoering van de in het Groenboek vermelde

⁹⁷ Groenboek 1987, Woord vooraf, p./2.

⁹⁸ Huisjes & Parren 2002, p. 4.

⁹⁹ Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG- Verdrag), Trb. 1957, 91. De doelstellingen van de EG zijn opgenomen in artikel 2 van het EG-verdrag.

¹⁰⁰ Groenboek 1987, p. 6.

¹⁰¹ Groenboek 1987, p. 6.

beleidsvoornemens. Het telecommunicatiebeleid dient soepel te zijn en moet snel kunnen worden ingepast. Liberalisering en harmonisatie zijn de begrippen waar het om draait in het voorgenen beleid dat door de Commissie in samenwerking met de verschillende lidstaten is opgesteld.

Er was echter een belangrijk punt waar de Lidstaten rekening mee dienden te houden bij het ontwikkelen van het nieuwe beleid. Er diende namelijk voorkomen te worden dat, door alle ingrijpende maatregelen die genomen werden om een gemeenschappelijke markt tot stand te brengen, de openbare dienstverlening in de Lidstaten in gevaar zou worden gebracht. Om dit te bewerkstelligen werd er besloten dat de monopolisten exclusieve of speciale rechten behielden ten aanzien van de aanleg en exploitatie van publieke telecommunicatie-infrastructuur en de levering van openbare spraaktelefonie. Deze rechten behielden zij tot de eerder genoemde datum 1 januari 1998, de datum waarop de beleidsvoornemens dienden te zijn gerealiseerd.

2.2 Regelgeving

Het Europese telecommunicatiebeleid is langs drie lijnen tot stand gebracht. Er is regelgeving tot stand gebracht in het kader van liberalisering, harmonisatie en aan de hand van algemene mededingingsregels. Deze algemene mededingingsregels vormen de derde lijn waarop het beleid in de telecommunicatiesector rust.¹⁰²

Vanaf 1990 wordt het beleid in het kader van de liberalisering en de harmonisatie gevoerd op basis van een tweetal richtlijnen die tegelijkertijd werden vastgesteld en waarin de beleidsvoornemens officieel zijn opgenomen en als wetgeving zijn vastgelegd. Het gaat hier om richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990, betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (Dienstenrichtlijn oud)¹⁰³ en richtlijn 90/387/EEG van de Raad van de EG van 28 juni 1990, betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van de beginselen van Open Network Provision (ONP- Kaderrichtlijn).¹⁰⁴

Onder de term ONP wordt verstaan: het streven naar open netwerktoegang. Er wordt met deze term bedoeld het waarborgen van gelijke concurrentievoorwaarden op de telecommunicatiemarkt. Met andere woorden: het staatsmonopolie

¹⁰² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

¹⁰³ (*PbEG* 1990 L 192/10).

¹⁰⁴ ONP- Kaderrichtlijn (*PbEG* 1990, L 192/1); Zie ook: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 9 (MvT).

dient te worden doorbroken. Meerdere ondernemingen dienen toegang te krijgen tot de (vrije) markt.

Vanaf 1990 zijn deze twee kaders van regelgeving in verschillende richtlijnen en wijzigingen van bestaande richtlijnen nader uitgewerkt. Het onderscheid tussen liberalisering enerzijds en harmonisatie anderzijds komt tot uitdrukking in het onderscheid tussen richtlijnen van de Commissie, die worden gebaseerd op artikel 86 lid 3 (art. 90 derde lid-oud) van het EG-verdrag enerzijds (liberalisering), en richtlijnen van de Raad, respectievelijk het Europees Parlement en de Raad, die worden gebaseerd op artikel 95 (art. 100A-oud) van het EG-verdrag anderzijds, waarin de Raad de bevoegdheid is toegekend om, op voorstel van de Commissie, maatregelen te treffen inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen (harmonisatie).

2.2.1 Liberalisering

Onder de term liberalisering werd in de eerste instantie verstaan het afschaffen van bijzondere en exclusieve rechten van monopolisten in de telecommunicatie-sector. Later werd deze doelstelling uitgebreid tot het bereiken van volledige mededinging in deze sector.¹⁰⁵ Deze volledige liberalisering, met handhaving van het aanbod van de universele dienst, diende op 1 januari 1998 een feit te zijn. Door de Commissie zijn in het kader van de liberalisering de volgende richtlijnen uitgevaardigd¹⁰⁶:

– 1988: Richtlijn 88/301/EEG betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur. (Randapparatuurrichtlijn).¹⁰⁷ Deze richtlijn is door de Commissie uitgevaardigd op 16 mei 1988. Op grond van deze richtlijn waren de lidstaten verplicht om te zorgen voor de afschaffing van de bijzondere en/of exclusieve rechten ten aanzien van de handel, de keuring en de afzet van telecommunicatie-eindapparatuur (zoals telefoontoestellen). Het doel van de richtlijn was de randapparatuurmarkt geleidelijk volledig te onderwerpen aan vrije concurrentie. Als datum waarop dit gerealiseerd zou moeten zijn werd genoemd 1 januari 2008.

¹⁰⁵ Huisjes & Parren 2002, p. 4.

¹⁰⁶ De lijst is niet limitatief. Deze is opgenomen om een indicatie te geven van de uitgebreide regelgeving in de telecommunicatiesector.

¹⁰⁷ Richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur, (*PbEG* 1988, L 131/73) (Randapparatuurrichtlijn).

–1990: In het jaar 1990 werd, zoals reeds vermeld, de richtlijn betreffende mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (de Dienstenrichtlijn) uitgevaardigd. De Dienstenrichtlijn ziet op de liberalisering van het aanbod van datacommunicatie, huurlijnen (wederverhuur), en toegevoegde-waardediensten over het openbare telecommunicatienetwerk.¹⁰⁸ Onder het begrip huurlijn wordt verstaan: Een transparante telecommunicatieverbinding tussen twee punten. Een huurlijn wordt bijvoorbeeld gebruikt door bedrijven om vestigingen met elkaar te verbinden.¹⁰⁹

De lidstaten hebben op grond van de Dienstenrichtlijn de plicht om alle beperkingen op de vrijheid van telecommunicatiediensten op te heffen. Uit de richtlijn blijkt dat de uitzondering op deze verplichting wordt gevormd door het begrip ‘essentiële eisen’. Dit zijn eisen op grond waarvan van de bepalingen inzake de vrijheid van diensten van deze richtlijn mag worden afgeweken. De enige eisen die kunnen worden aangevoerd om beperkingen op het gebruik van het openbare netwerk te rechtvaardigen zijn, het behoud van netwerkintegriteit, de operationele veiligheid van netwerken, en in gerechtvaardigde gevallen de interoperabiliteit van diensten en de bescherming van gegevens. De opgelegde beperkingen dienen echter in verhouding te staan tot het doel dat met deze eisen wordt beoogd. De lidstaten moesten deze beperkingen openbaar maken en aan de Commissie melden.¹¹⁰

De lidstaten zijn op grond van de Dienstenrichtlijn verplicht om maatregelen te nemen die nodig zijn om het recht van alle marktdeelnemers tot het aanbieden van telecommunicatiediensten te waarborgen.

Het werkingsgebied van de Randapparatuur- en Dienstenrichtlijn is sinds 1990 achtereenvolgens door middel van verschillende richtlijnen geleidelijk uitgebreid.

– 1994: Richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994 liberaliseerde de markt met betrekking tot satellietcommunicatie.¹¹¹

– 1996: Richtlijn 95/51/EG van 18 oktober 1995 (Kabeltelevisierichtlijn).¹¹² Deze richtlijn zag op de liberalisering op het gebied van het aanbod van kabeltelevisiediensten.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, p. 10.

¹⁰⁹ OPTA jaarverslag 2003. In artikel 1 sub u van de Telecommunicatiewet is tevens een definitie van het begrip huurlijn opgenomen. Deze is meer technisch en ingewikkelder van aard, vandaar hier de keuze voor de definitie die de OPTA hanteert.

¹¹⁰ Overweging 8 Dienstenrichtlijn.

¹¹¹ Richtlijn 94/46/EG van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG met name met betrekking tot satellietcommunicatie (*PbEG* 1994, L 268/15).

¹¹² Richtlijn 95/51/EG van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie inzake de opheffing van de beperkingen op het gebruik van kabeltelevisienetten voor het verrichten van reeds geliberaliseerde telecommunicatiediensten, (Kabeltelevisierichtlijn) (*PbEG* 1995, L 256/49).

– 1996: Richtlijn 96/2/EG van 16 januari 1996.¹¹³ De Richtlijn Mobiele Communicatie zorgde voor verdere liberalisering op de deelmarkt mobiele communicatie. Zowel het aanbod van diensten en de infrastructuur vielen onder deze richtlijn.

– 1996: Richtlijn 1996/19/EG.¹¹⁴ Deze richtlijn vormt de laatste wijziging op de dienstenrichtlijn. Op basis van deze richtlijn wordt voorzien in de volledige liberalisering van de infrastructuur en diensten door de introductie van concurrentie op het aanbod van de spraaktelefoniedienst en infrastructuur per 1 januari 1998.

In de aangepaste Dienstenrichtlijn wordt aangegeven op welke manier de liberalisering in de Lidstaten vorm dient te worden gegeven. De noodzaak tot regulering van interconnectie is benadrukt, de universele dienst wordt besproken en het stellen van billijke procedures indien er sprake is van een vergunningvereiste is in de richtlijn opgenomen. Er worden voorwaarden geschapen die de overgang van een beperkte naar een volledige concurrentie realiseren. Deze voorwaarden zijn nader uitgewerkt in de richtlijnen in het kader van de harmonisatie van de regelgeving.

2.2.2 Harmonisatie

Met de term harmonisatie wordt bedoeld het creëren van een gemeenschappelijk juridisch kader in de telecommunicatiesector voor de verschillende lidstaten.

Aan de basis van de ONP-regelgeving is de ONP-Kaderrichtlijn van 1990 gelegen.¹¹⁵ Deze richtlijn heeft tot doel te komen tot de harmonisering van de voorwaarden voor open en efficiënte toegang tot en gebruik van openbare telecommunicatiewerken en openbare telecommunicatiediensten.¹¹⁶ Om dit doel te bereiken zijn een drietal algemene beginselen in de richtlijn geformuleerd. Alle regels dienen gebaseerd te zijn op objectieve criteria, transparant en niet discriminerend te zijn.¹¹⁷ Toegang mag slechts beperkt worden op grond van de zogenaamde essentiële eisen.

De huidige ONP regels moeten worden gezien als overgangsregels. Deze regels dienen ervoor een volledige mededinging te realiseren. Zij zullen niet langer nodig zijn als deze situatie is bereikt. Het doel is het creëren van een *'level playing field'*: *een situatie op de markt waarin de concurrentie tot ontwikkeling kan komen door de*

¹¹³ Richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (*PbEG* 1996, L 20/59).

¹¹⁴ Richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie, (*PbEG* 1996, L 74/13).

¹¹⁵ ONP- Kaderrichtlijn (*PbEG* 1990, L 192/1).

¹¹⁶ Artikel 1 ONP-Kaderrichtlijn.

¹¹⁷ Artikel 3 ONP-Kaderrichtlijn.

*reeds op de markt aanwezige partijen, die hun positie hebben opgebouwd op basis van bijzondere en exclusieve rechten, de plicht te geven toegang tot en gebruik van die voorzieningen en diensten aan te bieden waarvoor zij over een positie van aanmerkelijke macht op de markt beschikken.*¹¹⁸

De ONP-Kaderrichtlijn is tot stand gekomen ter uitvoering van het in het Groenboek 1987 neergezette beleid en vormt de basis voor meer specifieke, op bepaalde openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten toegespitste, ONP-richtlijnen. Hier worden genoemd de ONP-huurlijnenrichtlijn¹¹⁹, de ONP-spraaktelefonierichtlijn¹²⁰, de Vergunningenrichtlijn¹²¹ en de ONP-interconnectierichtlijn.¹²²

Uit het eerste artikel van de ONP-huurlijnenrichtlijn blijkt dat deze richtlijn betrekking heeft op de harmonisatie van de voorwaarden voor een open en efficiënte toegang tot aan gebruikers aangeboden huurlijnen. De tarieven voor huurlijnen dienen aan de basisbeginselen van doorzichtige en op de kostprijs gebaseerde tarieven te voldoen.

In de ONP-spraaktelefonierichtlijn worden regels omtrent de universele dienst vastgesteld. Er wordt in de richtlijn een basispakket van telecommunicatiediensten en voorzieningen vastgesteld. Dit pakket dient te worden gewaarborgd.

Het doel van de Vergunningenrichtlijn is komen tot een geharmoniseerd stelsel waarbij het instrument van de vergunning, een individuele toestemming, slechts wordt gebruikt voor een aantal vooraf specifiek vastgestelde situaties. In beginsel

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 5333, nr. 3, p. 11.

¹¹⁹ Richtlijn 92/44/EG van de Raad van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van ONP op huurlijnen, (ONP- huurlijnenrichtlijn), (*PbEG* 1992, L 165/27).

¹²⁰ Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van ONP op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (ONP- spraaktelefonierichtlijn), (*PbEG* 1998, L 101/24).

¹²¹ Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (Vergunningenrichtlijn), (*PbEG* 1997, L 117/15).

¹²² Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van ONP (ONP-interconnectierichtlijn), (*PbEG* 1997, L 199/32).

dient er zoveel mogelijk gebruik te worden gemaakt van algemene machtigingen in plaats van van vergunningen. Eventueel kan een registratie worden verlangd.¹²³

De Interconnectierichtlijn betreft de harmonisatie van de voorwaarden voor open en efficiënte interconnectie van, en toegang tot, openbare telecommunicatienetwerken en algemeen beschikbare telecommunicatiediensten. Er wordt een regelgevingskader vastgesteld om de interoperabiliteit van telecommunicatiediensten te waarborgen.

2.2.3 *Algemene mededingingsregels:*

Naast de sectorspecifieke regelgeving gericht op enerzijds liberalisering en anderzijds harmonisatie van de Europese telecommunicatiemarkt, vormt het algemene mededingingsrecht de derde pijler onder het Europese recht op het gebied van telecommunicatie. Het specifieke kader in de telecommunicatiesector geeft de mogelijkheden om *ex ante* in te grijpen, en niet af te wachten tot er een overtreding plaatsvindt.

Het begrip Aanmerkelijke marktmacht dat in de telecommunicatieregelgeving wordt gehanteerd kan worden gezien als een verbijzondering van het begrip economische machtspositie van het mededingingsrecht.¹²⁴ Onder de Telecommunicatiewet 1998 (oud) was er sprake van een afwijkende definitie.¹²⁵ Deze is later, onder de huidige Telecommunicatiewet, gelijk getrokken met de definitie uit het algemene mededingingsrecht. In artikel 1s Telecommunicatiewet is bepaald dat een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht alleen of tezamen met andere ondernemingen beschikt die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.

De NMa houdt toezicht op de naleving van de mededingings-, energie-, en vervoerswetten. De NMa is in 1998 opgericht als toezichthouder op de mededinging en heeft sinds 2005 de status van zelfstandig bestuursorgaan. De Energiekamer is

¹²³ Voor een volledig en schematisch overzicht van de ontwikkeling van de Europese Regelgeving in de telecommunicatiesector, de (richtlijnen die in dit kader zijn uitgebracht), inzake de liberalisering en de harmonisering van de telecommunicatiemarkt tot 1999 zie: Dommering e.a. 1999.

¹²⁴ Artikel 24 jo. artikel 1 lid i Mededingingswet: economische machtspositie: positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen;

¹²⁵ In artikel 6.4 lid 3 Tw 1998 was bepaald dat aanmerkelijke marktmacht wordt vastgesteld bij een marktaandeel van meer dan 25 procent.

ondergebracht als kamer bij de NMa en is belast met de uitvoering van het toezicht op de Elektriciteitswet en de Gaswet. De Vervoerkamer is tevens een onderdeel van de NMa en heeft als taak het houden van toezicht op de spoorsector, de luchtvaartsector en de openbaarvervoer sector. Dit zal uitgebreid worden met het toezicht op het loodswezen.¹²⁶

In de Mededingingswet is opgenomen dat het vormen van kartels tussen ondernemingen, zoals het maken van prijsafspraken verboden is. Tevens zijn er bepalingen opgenomen over het misbruik van machtsposities, en over fusies en overnames. De kern van het Europese mededingingsrecht wordt gevormd door de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag.

In artikel 81 is bepaald dat overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. In deze bepaling is het kartelverbod opgenomen, en tevens een aantal uitzonderingen op dit verbod. Uitzonderingen zijn mogelijk indien de onderlinge afspraken tussen ondernemingen die in principe verboden zijn op grond van het eerste lid leiden tot een verbetering van de productie of de technische en economische vooruitgang.

Het verbod tot misbruik van een economische machtspositie is opgenomen in artikel 82 van het EG-verdrag. Het is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt indien één of meer ondernemingen misbruik maken van hun machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. Dit misbruik kan bestaan uit: het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere contactuele voorwaarden, het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers, het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties en het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

De Europese Commissie waakt naast de Lidstaat voor de toepassing van de in de artikelen 81 en 82 neergelegde beginselen. Het algemene mededingingsrecht is naast het specifieke telecommunicatierecht van toepassing op de telecommunicatiesector. Het kan voorkomen dat in bepaalde situaties de sectorspecifieke toezichthouder en de NMa overlappende bevoegdheden hebben. Om *forum-shopping*

¹²⁶ (www.nmanet.nl); paragraaf 1.3.3.

tegen te gaan is een regeling opgesteld waarin de samenwerking tussen de OPTA en de NMa nader is geregeld.¹²⁷

In deze paragraaf is de ontwikkeling geschetst van de regelgeving in de telecommunicatiesector. In de volgende paragraaf wordt een specifiek onderdeel van deze geschetste regelgeving behandeld, namelijk de regels omtrent het toezicht in deze sector.

2.3 Toezicht, eis van onafhankelijkheid

Bij het liberaliseringsproces is, zoals eerder vermeld, een goede begeleiding nodig door de overheid. Dit gebeurt in de vorm van markttoezicht. In het Europese beleid wordt de eis gesteld dat er sprake dient te zijn van nationaal toezicht op de telecommunicatiemarkt. Elke lidstaat dient een nationaal onafhankelijk orgaan op te richten dat wordt belast met toezicht op de markt en overige taken krijgt opgedragen. In de richtlijn worden deze onafhankelijke toezichthouders aangeduid als 'National Regulatory Authorities'. Het toezicht dient op grond van Europese richtlijnen onafhankelijk te zijn van het voormalige staatsbedrijf.¹²⁸ De eis wordt gesteld dat de instantie die belast is met het toezicht, ofwel de toezichthouder, in geen enkel opzicht een relatie heeft met het voormalige staatsbedrijf.

Met onafhankelijkheid wordt echter niet bedoeld dat deze toezichthouder tevens onafhankelijk dient te zijn van de overheid, ook al heeft deze aandelen of is in een andere vorm betrokken bij de voormalig monopoliehouder. Er dient echter wel een structurele scheiding te zijn tussen regelgevende taken (vooral regelgeving, toezicht en handhaving) en overheid die nog eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten heeft met betrekking tot telecommunicatiebedrijven.

¹²⁷ Afspraken tussen het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, *Stcrt.* 2004, 121 (Herzien Samenwerkingsprotocol).

¹²⁸ Zie ook: richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van de Richtlijnen 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een door concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie, (*PbEG* 1997, L 295/23).

Het bovenstaande is onder andere te vinden in *artikel 5 bis* van Richtlijn 97/51/EG:

Ten einde de onafhankelijkheid van nationale regelgevende instanties te waarborgen, dienen;

- *de nationale regelgevende instanties juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk te zijn van alle organisatie's die telecommunicatienetwerken, -uitrusting of -diensten verschaffen;*
- *Lidstaten die het eigendom behouden van of die in belangrijke mate van zeggenschap hebben over de organisaties die telecommunicatienetwerken en ook diensten verschaffen, ervoor zorg te dragen dat er een daadwerkelijk structurele scheiding bestaat tussen de regelgevende functie en de met het eigendom of de zeggenschap verband houdende activiteiten.*

Het gaat dus niet om onafhankelijkheid van de overheid, maar om een structurele scheiding van toezichtstaken en de met de zeggenschap verband houdende activiteiten. De reden voor de gewenste structurele scheiding is duidelijk. Het aandeelhouderschap kan tot belangenverstrengeling leiden. Dit kan relevant zijn in het geval dat bepaalde regelgeving niet in het belang of zelfs ten nadele zou zijn van de onderneming waarin de staat eigendom of zeggenschap heeft.¹²⁹ Deze belangenverstrengeling zou belemmerend kunnen werken bij het bevorderen van de concurrentie. Van een structurele scheiding is in ieder geval sprake indien de uitoefening van het aandeelhouderschap door een ander departement geschiedt dan de regelgevende functie.

De eis van onafhankelijkheid staat niet alleen vermeld in de Europese richtlijnen¹³⁰, maar is eveneens terug te vinden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Deze is gebaseerd op artikel 90-oud EG verdrag (het huidige artikel 86). In de richtlijnen wordt benadrukt dat deze eis van onafhankelijkheid niets afdoet aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van Lidstaten.¹³¹

De richtlijnen geven aan wat de kenmerken van dit onafhankelijke toezicht moeten zijn. Er wordt echter niet aangegeven op welke wijze aan dit toezicht moet worden vormgegeven. Het is aan de Lidstaten zelf om dit te beslissen. De richtlijnen spreken over National Regulatory Authority's (NRA's). In Nederland spreekt men van Nationale Regelgevende Instanties (NRI's). In paragraaf 1.3.1 is reeds opgemerkt dat het hier gaat om een onjuiste vertaling.

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 13 (MvT).

¹³⁰ Zie ook: Richtlijn 97/51/EG, (*PbEG* 1997, L 295/23) en Richtlijn 97/13/EG, (*PbEG* 1997, 117/15).

¹³¹ Zie ook: Handboek Dommering e.a. 1999, p. 683.

Deze instanties die in vele richtlijnen inzake Telecommunicatie worden genoemd hebben namelijk geen regelgevende bevoegdheden. Tevens is het niet de bedoeling dat deze regelgevende bevoegdheden in de toekomst zullen worden toegekend.¹³² Het is niet wenselijk om organen die niet over regelgevende bevoegdheden beschikken aan te duiden als regelgevers. Deze vertaling kan verwarring opleveren en is misleidend. Er wordt door *Van der Meulen* in zijn preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht over markttoezicht op gewezen dat het woord 'regulation' nagenoeg onvertaalbaar is.¹³³

Meuwese heeft dit in een artikel uiteengezet en uitgewerkt.¹³⁴ Zij geeft allereerst een korte uitleg met betrekking tot de betekenis van het woord 'regulation'. Zij geeft aan dat het vertaalprobleem zijn oorsprong vindt in de contextafhankelijke betekenis van het woord 'regulation'. Wanneer 'regulation' wordt gebruikt om een complex van regelgeving aan te duiden, kan men dit inderdaad met 'regelgeving' vertalen. Een verordening kan om deze reden vertaald worden met 'a regulation'.

De activiteit 'regulation' valt echter niet geheel samen met de activiteit regelgeven. Het woord 'regulation' is meer omvattend dan het woord regelgeven. Met 'regulation' wordt bedoeld een aaneenschakeling van activiteiten met als doel het beheersen van economische entiteiten. Van deze aaneenschakeling van activiteiten vormt regelgeving de basis, echter ook activiteiten als onder andere de oprichting van uitvoeringsinstanties, handhaving en geschilbeslechting maken er deel van uit.

Overheidsinstanties krijgen het woord 'regulatory' toebedeeld omdat zij opgericht zijn als een onderdeel een reguleringsoperatie en daarin een deel van de laatstgenoemde activiteiten voor hun rekening nemen en *niet* omdat zij verantwoordelijk zijn voor het maken van regels aan de basis.

De vraag die vervolgens gesteld kan worden is wat dan wel een juiste vertaling voor het woord 'regulation' is. Een mogelijkheid waarvoor steeds vaker wordt gekozen is de term onvertaald te laten. Dit te vinden in verschillende documenten.¹³⁵ Er zijn echter ook Nederlandse vertalingen mogelijk anders dan regelgeven. Te denken valt aan de term reguleren. *Meuwese* doet de suggestie om de vertaling te wijzigen in 'Nationale Regulerende Instanties'.¹³⁶ Voor 'regulatory Tasks', dat ver-

¹³² Van der Meulen 2003, p. 26; Meuwese 2004, p. 1127.

¹³³ Van der Meulen 2003, p. 26.

¹³⁴ Meuwese 2004.

¹³⁵ Zie ook: *Kamerstukken II* 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 18; *kamerstukken II*, 24 036, 141.

¹³⁶ Meuwese 2004, p. 1128.

taald is met regelgevende taken, doet zij de suggestie dit te wijzigen in regulerende taken. Een andere suggestie is om 'regulation' te vertalen als toezicht.¹³⁷

In de literatuur worden met regulators de bestuursorganen aangeduid die een centrale rol spelen bij het liberaliseren van markten. Onder deze term valt niet de instantie die belast is met de toepassing van de algemene mededingingsregels. Om alle instanties die met een toezichtstaak zijn belast gezamenlijk aan te duiden kan de keuze gemaakt worden om te spreken van marktautoriteiten.¹³⁸ Tevens kan de term marktmeesters worden gehanteerd. Aan de term toezichthouders kleven nadelen, omdat het begrip toezichthouder als in de zin van de Awb een gangbare juridische betekenis heeft gekregen, en marktmeesters daar niet onder vallen. In paragraaf 4.6 wordt nader ingegaan op de Awb- terminologie omtrent de term toezicht.

In dit onderzoek is ervoor gekozen om –om bovengenoemde overwegingen- de term National Regulatory Authorities onvertaald te laten, of aan te duiden met de vertaling NRI, in de zin van Nationale Regulerende Instantie. Daarnaast worden in dit onderzoek de NRI's tevens aangeduid met de term toezichthouders. In paragraaf 4.6 zal worden aangetoond dat het begrip toezichthouder in de Awb een zeer enge betekenis heeft. De term toezichthouder wordt in dit onderzoek niet gebruikt in de zin van de definitie in de Awb. Deze keuze wordt in de genoemde paragraaf nader toegelicht.

De NRI vervult volgens richtlijn 97/51/EG een sleutelrol bij de uitvoering van het in de toepasselijke communautaire regelgeving neergelegde regelgevingskader. De Lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat de nationale regelgevende instanties over de nodige middelen, waaronder personeel, expertise en geldelijke middelen, beschikken om de hun opgedragen taken te kunnen uitvoeren.¹³⁹

Wanneer de aan de NRI uit hoofde van de communautaire wetgeving toebedeelde taken door meer dan één lichaam worden uitgevoerd, waarborgen de Lidstaten dat de taken waarmee elk van die lichamen wordt belast, openbaar worden gemaakt.¹⁴⁰ De Lidstaten dienen er tevens zorg voor te dragen dat er op nationaal niveau geschikte mechanismen bestaan zodat een partij die door een besluit van de nationale regelgevende instantie wordt geschaad, het recht heeft om bij een onafhankelijk lichaam in beroep te gaan.

¹³⁷ Vgl. Meeuwese 2004, p. 1127.

¹³⁸ Van der Meulen 2003, p. 26.

¹³⁹ Richtlijn 97/51/EG, (*PbEG* 1997, L 295/23).

¹⁴⁰ Artikel 5 bis lid 1 van Richtlijn 97/51/EG, (*PbEG* 1997, L 295/23).

De Lidstaten kunnen stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat de nationale regelgevende instanties in staat zijn van organisaties die telecommunicatienetwerken en/of –diensten verschaffen, alle informatie te verkrijgen die nodig is om de communautaire wetgeving toe te passen.¹⁴¹

2.4 De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA).

De Lidstaten dienen op basis van de richtlijnen nationale ‘onafhankelijke’ instanties te belasten met het toezicht op de naleving van de regelgeving in de telecommunicatiesector. In de Europese regelgeving worden deze instanties aangeduid met de term NRA’s.

Met ingang van 1 augustus 1997 is de Wet Onafhankelijke post-en telecommunicatie-autoriteit (OPTA-wet) in werking getreden.¹⁴² Daarmee is een onafhankelijke toezichthouder, het college van de OPTA, tot stand gekomen. In artikel 2 van de wet wordt bepaald dat er een college voor de post en telecommunicatiemarkt is, dat in het maatschappelijke verkeer wordt aangeduid als Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit en dat het college rechtspersoonlijkheid bezit. De eisen die aan de samenstelling van het college worden gesteld en het takenpakket van het college worden in de betreffende wet bekend gemaakt.¹⁴³ Het college bestaat uit minstens drie en ten hoogste vijf leden. De leden worden door de Minister benoemd voor een periode van vier jaar.¹⁴⁴ In paragraaf 1.3.1 is reeds een kort overzicht gegeven van de taken van de OPTA.

Het college van de OPTA is een orgaan van een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht. Op grond van artikel 1:1 sub a Awb is het college een a-orgaan. Het college van de OPTA krijgt in artikel 2 van de wet rechtspersoonlijkheid toegekend, en wordt in overige artikelen van de wet als bestuursorgaan gezien. Het orgaan en de rechtspersoon vallen samen. Er dient echter te worden aangenomen dat het slechts gaat om een ogenschijnlijk samenvallen. De rechtspersoon en het orgaan vallen niet daadwerkelijk samen, de rechtspersoon is niet tevens het bestuursorgaan.¹⁴⁵ Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de rechtspersoon, die als vermogensrechtelijk aanspreekpunt fungeert, en het bestuursor-

¹⁴¹ Artikel 5 bis lid 4 van Richtlijn 97/51/EG, (*PbEG* 1997, L 295/23).

¹⁴² Wet OPTA, *Stb.* 1997, 320.

¹⁴³ Wet OPTA, *Stb.* 1997, 320. Hoofdstuk 2: instelling, samenstelling en werkwijze van het college; Hoofdstuk 3: Taken van het College.

¹⁴⁴ Artikel 3 eerste en vierde lid Wet OPTA.

¹⁴⁵ Zie ook Damen e.a. 2005, p. 113.

gaan dat bevoegdheden toegekend krijgt en deze uitoefent middels de organen van de organisatie.¹⁴⁶

Het college van de OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan, afgekort een zbo. Zelfstandige bestuursorganen zijn organen die in hoge mate van zelfstandigheid ten opzichte van de minister hun bevoegdheden kunnen uitoefenen. Zij hebben taken en bevoegdheden toegekend gekregen en zijn bij het uitoefenen hiervan niet hiërarchisch ondergeschikt aan bestuursorganen van de rijksoverheid. Normaliter worden bevoegdheden toegekend aan bestuursorganen die rechtstreeks zijn gekozen of aan organen die een verantwoordingsplicht hebben ten opzichte van deze rechtstreeks gekozen organen.¹⁴⁷

In artikel 124a van de Aanwijzingen voor de Regelgeving wordt een omschrijving van een zbo gegeven. Onder een zelfstandig bestuursorgaan wordt verstaan: *een bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister en niet is een adviescollege als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges, waarvan de adviestaak de hoofdtak is.*¹⁴⁸

Tevens voorziet de Kaderwet Zelfstandige bestuursorganen die op 1 februari 2007 in werking is getreden in een definitie van het begrip zbo.¹⁴⁹

Artikel 1: In deze wet wordt verstaan onder:

- a. *zelfstandig bestuursorgaan: een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.*
- b. (...)

Het gaat om buiten de gewone, departementale organisatie vallende overheidsinstanties die bij of krachtens de wet in het leven zijn geroepen en waaraan bestuursbevoegdheden zijn toegekend, dat wil zeggen dat ze bevoegd zijn besluiten te nemen. Ze zijn niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister, maar behoren wel tot centrale overheid.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Damen e.a. p. 114.

¹⁴⁷ Zie ook: Damen e.a. p. 161.

¹⁴⁸ Aanwijzingen voor de Regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2008, 183, artikel 124a.

¹⁴⁹ Wet van 2 november 2006, houdende regels betreffende zelfstandige bestuursorganen. (Kaderwet zelfstandige bestuursorganen), *Stb.* 2006, 587.

¹⁵⁰ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 89.

Het Koninklijk Besluit van 22 juli 2002 bepaalt dat de aangelegenheden op het terrein van het telecommunicatiebeleid en het postbeleid met ingang van de genoemde datum onder de verantwoordelijkheid vallen van de minister van Economische zaken. Voor deze datum vielen het telecommunicatie- en het postbeleid onder de verantwoordelijkheid van de minister van Verkeer en Waterstaat.¹⁵¹

In de Wet OPTA zijn bepalingen opgenomen omtrent de onderlinge verhouding tussen de Minister van Economische Zaken en het college van de OPTA. Er wordt bepaald dat het college elk jaar een verslag dient op te stellen van haar werkzaamheden van het afgelopen kalenderjaar. Dit verslag dient aan de minister te worden toegezonden, en bevat tevens een globale beschrijving van de ontwikkeling van de markt in de post- en telecommunicatiesector.¹⁵²

Het college dient desgevraagd aan de minister inlichtingen te verstrekken voor de uitoefening van zijn taak.¹⁵³ De minister kan tevens na overleg met het college algemene aanwijzingen geven met betrekking tot de door het college uit te oefenen taken.¹⁵⁴ De minister kan geen aanwijzingen geven in concrete gevallen. Dit kenmerkt de zelfstandigheid van de OPTA ten opzichte van de minister en de politiek. In artikel 21 van de Kaderwet is bepaald dat de minister beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zelfstandig bestuursorgaan.

De regulerende taken in de telecommunicatiemarkt zijn verdeeld tussen de OPTA en de minister van Economische zaken. Voor het gebruik van frequentieruimte bijvoorbeeld is een vergunning vereist van de minister.¹⁵⁵

Bij de toekenning van bevoegdheden aan zelfstandige bestuursorganen is geen sprake van een hiërarchische verhouding, en kan de minister niet ter verantwoording worden geroepen. De regel is: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid.¹⁵⁶ De minister is weliswaar verantwoordelijk voor de hoofdlijnen van de taakuitoefening, maar van een hiërarchische relatie kan niet worden gesproken.

¹⁵¹ Besluit van 22 juli 2002, houdende de herindeling van de ministeriële taak met betrekking tot het telecommunicatie- en postbeleid alsmede met betrekking tot het beleid ten aanzien van de kabelsector en digitale televisie en radio via de ether, *Stb.* 2002, 419.

¹⁵² Artikel 17 Wet OPTA.

¹⁵³ Artikel 18 Wet OPTA.

¹⁵⁴ Artikel 19 Wet OPTA.

¹⁵⁵ Artikel 3.3 lid 1 Telecommunicatiewet.

¹⁵⁶ Van der Pot 2006, p. 835; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 16; zie meer uitgebreid over dit onderwerp het proefschrift van mr. H.G. Lubberdink: 'De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur', Kluwer, Deventer, 1982.

De minister is verantwoordelijk voor hetgeen hij een bevoegdheid heeft.¹⁵⁷ Omdat er op deze manier sprake is van een gat, zijn er nadere regels gesteld omtrent het oprichten van zbo's. Er dient een afweging gemaakt te worden tussen de voordelen die verzelfstandiging in een bepaald geval met zich meebrengt, en de beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid.

De vraag is wanneer het wenselijk is een zbo op te richten en dit overheidstaken toe te delen. In de aanwijzingen voor de regelgeving zijn criteria te vinden omtrent dit punt. In Aanwijzing 124c worden drie gevallen genoemd waarin een zbo kan worden opgericht.

Een zbo kan uitsluitend worden opgericht indien:

- a) er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid
- b) er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen, of
- c) participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht en bovendien: de voordelen van een vermindering van de bevoegdheden voor de ministeriële bevoegdheden voor de betrokken bestuurstaak opwegen tegen de nadelen van verminderde mogelijkheden van controle door de staten generaal.¹⁵⁸

Deze criteria zijn opgenomen vanwege de geringe mogelijkheden tot parlementaire controle waarvan sprake is bij zbo's. De discussie over zbo's is op dit punt toegespitst. In een democratische rechtsstaat is er een taakverdeling tussen wetgeving, bestuur en rechter, waarbij de gekozen volksvertegenwoordiging het bestuur controleert. Echter, aangezien een zbo niet volledig onder de ministeriële verantwoordelijkheid valt, kan de minister geen verantwoording afleggen aan de Tweede Kamer. Vandaar dat in de wet strikte regels zijn opgenomen met betrekking tot het oprichten van zbo's.

De OPTA is opgericht omdat in de Europese richtlijnen een verplichting voor de lidstaten is opgenomen om een nationale onafhankelijke toezichthouder in te stellen op de telecommunicatiemarkt. De taak van de OPTA bestaat uit het concurreren van de markt. Er dient een *level playing field* te worden gecreëerd, met de mogelijkheid voor ondernemingen tot toetreding tot de markt. Het gaat om een dynamische markt waarin de OPTA snel en onafhankelijk dient te kunnen handelen en beslissingen dient te kunnen nemen op momenten waarop dit noodzakelijk

¹⁵⁷ Rapport Kohnstamm 2003- 2004, p. 6 en p. 23.

¹⁵⁸ Aanwijzingen voor de Regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2008, 183, artikel 124a.

is. De reden voor de constructie van de OPTA als een zelfstandig bestuursorgaan is dat er behoefte bestaat binnen de telecommunicatiemarkt aan onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid, overeenkomstig Aanwijzing 124a.

Ook bij de omvorming van de NMa tot zbo wordt gewezen op de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming. Hier stelt de minister dat het ongewenst is dat er individuele aanwijzingen kunnen worden gegeven aan de algemene mededingingstoezichthouder. Er moet op kunnen worden vertrouwd door partijen dat toezicht wordt gehouden op basis van de wet, en niet op basis van politieke voorkeuren.¹⁵⁹

Het aandeelhouderschap van de Staat was tot 2006 ondergebracht bij het Ministerie van Financiën. In 2006 zijn door de Staat haar laatste aandelen KPN verkocht. In het jaar 2000 werd door de Staat voor het eerst aangegeven, dat zij voornemens was haar aandelen KPN te verkopen. De reden was gelegen in de wijzigingen op de telecommunicatiemarkt. In de telecommunicatieregelgeving zijn het publieke belang en de universele dienstverlening voldoende gewaarborgd waardoor aandeelhouderschap van de Staat overbodig werd geacht.¹⁶⁰

Dommering stelde dat Nederland voor 2006 om een aantal redenen niet aan de criteria genoemd in de Europese richtlijnen voldeed. Volgens hem dienden de regulerende bevoegdheden van de minister, gelegen op het gebied van de richtlijnen (met name voor het nummer en spectrumbeleid), naar de OPTA worden overgebracht. De staat kon namelijk via zijn aandeelhouderschap een commercieel belang en kon ten aanzien van belangrijke beslissingen invloed uitoefenen.¹⁶¹

Ook *Ottow* zette in haar preadvies vraagtekens bij deze structurele scheiding.¹⁶² Zij stelt dat er meer formele waarborgen dienen te worden ingebouwd om te garanderen dat de Staat als aandeelhouder geen invloed kon uitoefenen op het toezicht in de telecommunicatiesector.

Een belangrijk punt dat in deze paragraaf alvast wordt aangestipt is dat met het toekennen van een taak aan een marktautoriteit is nog geen bevoegdheid verleend. Er dient een principiële onderscheid gemaakt te worden tussen taken en bevoegdheden.¹⁶³ Indien er taken door de wetgever aan een bestuursorgaan worden opge-

¹⁵⁹ Zie ook paragraaf 1.3.4.

¹⁶⁰ *Aanhangsel Handelingen II* 2005/06, nr. 780.

¹⁶¹ Dommering 2001, p. 5.

¹⁶² Ottow 2003, p. 158.

¹⁶³ Rogier, Hartmann en Van der Hulst 2002b, p. 42.

dragen, dienen daarbij in beginsel bevoegdheden te worden toebedeeld, teneinde die taken te kunnen uitvoeren.

In de praktijk worden vaak bevoegdheden impliciet verondersteld aanwezig te zijn en worden zij uit de toegekende taak afgeleid. Het afleiden van een bevoegdheid uit een taak staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel en het beginsel van de democratische rechtsstaat van een limitatieve bevoegdheidstoedeling.¹⁶⁴

Er is kritiek in de literatuur op de wijze waarop de wetgever de bevoegdheden aan de OPTA heeft toebedeeld. Deze toedeling zou volgens sommige auteurs te ruim zijn, en om die reden in strijd met het legaliteitsbeginsel. *Zijlstra* is van mening dat het toezicht houden op markten geen taak is die uit de aard der zaak onafhankelijk van de politiek zou moeten plaatsvinden.¹⁶⁵ Volgens andere auteurs is het toekennen van ruime bevoegdheden aan de toezichthouder noodzakelijk voor de ontwikkeling van de markt en dient het legaliteitsbeginsel niet restrictief, maar ruim te worden gehanteerd. Dit punt van discussie komt in paragraaf 2 van hoofdstuk 5 nader aan de orde.

2.5 Huidig Europees Telecommunicatierecht

2.5.1 ONP-review:

In 1999 heeft de Europese Commissie een initiatief genomen voor een grootschalige hervorming van het Europese regelgevingskader in de telecommunicatiesector. De Commissie heeft in dit jaar de Mededeling ‘Naar een nieuw regelgevingskader voor elektronische communicatie- infrastructuur en bijbehorende diensten’ uitgevaardigd. Deze maatregel wordt tevens aangeduid met de term ‘1999 Communications Review’. Het doel van deze maatregel was een evaluatie te maken van de EU-regelgeving op telecommunicatiegebied en het doen van voorstellen voor een nieuw kader voor communicatie-infrastructuur en bijbehorende diensten. Het gaat hier om een voorstel tot een volledige herziening van het telecommunicatiebeleid.¹⁶⁶

Op basis van deze voorstellen is op 14 februari 2002 een nieuw regelgevingskader bestaande uit 5 richtlijnen van het Europees Parlement en de Raad vastgesteld. Dit kader wordt ook ‘het telecompakket’ genoemd. Tevens worden de regels aangeduid met de term ‘ONP-review’ richtlijnen. Het doel van de nieuwe richtlijnen is de mededinging, met name in de sector van de lokale communicatie te versterken door de toetreding van nieuwkomers tot de markt te vergemakkelijken en investeringen in de sector te bevorderen. Op grond van deze wetgeving wordt het be-

¹⁶⁴ Rogier, Hartmann en Van der Hulst 2002b, p. 42; VAR verslag 2003 p. 14 e.v.

¹⁶⁵ Zijlstra 2005, p. 5.

¹⁶⁶ Zie ook: website EU over sector telecommunicatie.

staande kader aangepast aan de groeiende convergentie tussen telecommunicatie, informatie en media. Tevens heeft het pakket tot doel meer soepelheid te creëren zodat sneller kan worden ingespeeld op de snelle technologische en marktontwikkelingen. Er wordt met deze regelgeving ingespeeld op de ontwikkelingen die zich de voorgaande jaren hadden afgespeeld in de telecommunicatiesector.

Het regelgevingskader bestaat uit vijf harmonisatierichtlijnen. Deze richtlijnen zijn reeds in paragraaf 1.3.1 genoemd en zullen hier nader worden toegelicht.¹⁶⁷ Het gaat om een Kaderrichtlijn¹⁶⁸ van algemene strekking en vier specifieke richtlijnen, de Toegangsrichtlijn¹⁶⁹, de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie¹⁷⁰, de Universeledienstrichtlijn¹⁷¹ en de Machtigingsrichtlijn¹⁷². Deze richtlijnen zijn in de plaats getreden voor het onoverzichtelijke geheel van de talloze voorgaande uitgevaardigde richtlijnen.¹⁷³ Met name de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn zijn van belang met betrekking tot dit onderzoek naar de geschilbeslechtende bevoegdheid.¹⁷⁴

De nieuwe regels zijn meer technologieneutraal en kennen een breder toepassingsbereik. Gezien de technologische convergentie en de behoefte aan een horizontale wetgeving voor het geheel van infrastructuur beperkt het nieuwe kader zich niet tot telecommunicatienetwerken en –diensten, maar heeft betrekking op het geheel van elektronische communicatienetwerken- en diensten. De centrale begrippen zijn niet langer telefonie en huurlijnen, maar het begrip ‘elektronische communicatie’ wordt geïntroduceerd.¹⁷⁵ Als gevolg van deze wijziging vallen ook de markten voor datanetwerken, omroepnetwerken en internet binnen het toepassingsbereik van de regelgeving.

De bedoeling van de Europese regelgever is geweest de wetgeving inzake de telecommunicatie meer techniekonafhankelijk te maken. In het verleden deden zich regelmatig problemen voor aangezien sommige bepalingen niet van toepassing

¹⁶⁷ Tevens behoren tot dit pakket: Verordening (EG) nr. 2887/2000 van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (*PbEG* 2000, L 336/4) en Richtlijn 2002/77/EG van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten (*PbEG* L 249/21).

¹⁶⁸ Kaderrichtlijn (*PbEG* 2002, L 108/33).

¹⁶⁹ Toegangsrichtlijn (*PbEG* 2002, L 108/7).

¹⁷⁰ Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie (*PbEG* 2002, L 201/37).

¹⁷¹ Universeledienstrichtlijn, (*PbEG* 2002, L 108/51).

¹⁷² Machtigingsrichtlijn (*PbEG* 2002, L 108/21).

¹⁷³ Zie paragraaf 2.1.

¹⁷⁴ De overige richtlijnen worden om die reden slechts kort besproken.

¹⁷⁵ Zie ook: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 10.

waren op nieuwe technologieën. De richtlijnen dienden voor 25 juli 2003 geïmplementeerd te zijn in de nationale wetgeving van de Lidstaten.¹⁷⁶

Een belangrijk kenmerk van de nieuwe richtlijnen is dat het mededingingsrecht een nog grotere rol speelt dan voorheen het geval was. Het nieuwe regelgevende kader sluit nauwer aan bij de uitgangspunten van de algemene mededingingsregelgeving.¹⁷⁷ Er is echter niet de keuze gemaakt om geheel af te zien van sector-specifieke regels. In de nieuwe regels wordt aansluiting gezocht bij het begrip economische machtspositie, dat afkomstig is uit het mededingingsrecht. De OPTA dient zelf een afbakening te maken van relevante markten en vervolgens aan te geven of op die markten sprake is van een economische machtspositie van een onderneming.

De wijze waarop markten worden afgebakend en de definitie van aanmerkelijke marktmacht komen nu overeen met de werkwijze van de Nma op grond van de Mededingingswet. Er blijven echter verschillen bestaan met betrekking tot het nemen van maatregelen. Op grond van het mededingingsrecht kunnen achteraf maatregelen worden opgelegd aan een onderneming die feitelijk misbruik maakt van een machtspositie (*ex post*). De regelgeving inzake elektronische communicatie is gericht op het voorkomen van misbruik (*ex ante*).

Aan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht kunnen dan ook extra verplichtingen worden opgelegd voordat er sprake is van misbruik. Een specifiek kenmerk van sectorspecifieke regelgeving is dat er sprake is van asymmetrische regels die gericht zijn op het openbreken van monopolistische markten. Er worden aan de incumbents toegangsverplichtingen opgelegd, teneinde nieuwkomers de mogelijkheid te geven toe te treden tot de markt en daarmee een concurrerende markt te bewerkstelligen.

De huidige telecommunicatiewetgeving is op deze richtlijnen gebaseerd. De nationale wetgeving dient richtlijnconform te worden uitgelegd. De nationale wetgeving kan dan ook niet los worden gezien van de Europese regels. Het gaat om een samenhangend geheel. Om die reden wordt een korte beschrijving gegeven van de richtlijnen uit het telecompakket.

2.5.2 De Kaderrichtlijn

De Kaderrichtlijn vormt de basis van de nieuwe Europese regelgeving. In deze richtlijn zijn de doelstellingen vastgesteld van het regelgevingskader met betrekking tot elektronische- communicatienetwerken en diensten in de Gemeen-

¹⁷⁶ (www.europa.eu).

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851 nr. 3, p. 10 (MvT).

schap.¹⁷⁸ In artikel 2 van de Kaderrichtlijn worden de definities van een aantal essentiële begrippen gegeven, waaronder die van de begrippen ‘elektronisch communicatiewerk’, ‘elektronische communicatiediensten’ en ‘nationale regelgevende instantie’.

Onder een elektronisch communicatienetwerk wordt verstaan: de transmissiesystemen, voorzover deze voor de overdracht van signalen worden gebruikt, en onder het tweede begrip: een tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het overbrengen van signalen over deze netwerken. Een NRI wordt gedefinieerd als zijnde, één of meer lichamen die door een Lidstaat zijn belast met één van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijn worden opgelegd.

De lidstaten dienen de onafhankelijkheid van de NRI's te waarborgen. Zij dienen ervoor te zorgen dat de instanties juridisch gezien onderscheiden en onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken, apparatuur of diensten aanbieden. De NRI's dienen hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uit te oefenen.¹⁷⁹ Deze bepalingen komen overeen met hetgeen in de voorgaande richtlijnen is bepaald met betrekking tot de NRI's.¹⁸⁰

In artikel 6 van de Richtlijn is een verplichting opgenomen tot het houden van een nationale consultatieprocedure in het geval dat door de NRI maatregelen die aanzienlijke gevolgen hebben voor de relevante markt worden opgelegd. De belanghebbenden dienen in staat te worden gesteld om binnen een redelijke termijn hun zienswijze naar voren te brengen over een ontwerpmaatregel die door de NRI is genomen. De nationale toezichthouders worden verplicht gesteld hun nationale raadgegingsprocedures te publiceren.

De taken van de regulerende instanties worden zeer uitvoerig beschreven in artikel 8 van de richtlijn. In deze bepaling worden de beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen die de NRI bij de uitvoering van haar regulerende taken in acht moeten nemen uiteengezet. Zij hebben de verplichting om bij de uitoefening van hun bevoegdheden en de beslissingen die zij nemen bij of krachtens de Telecommunicatieregelgeving de concurrentie te bevorderen, bij te dragen aan de concurrentie op de interne markt en de belangen van de burgers van de EU te beschermen. Zij dienen alle redelijke maatregelen te treffen om deze doelstellingen te verwezenlijken, met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel.

¹⁷⁸ Zie artikel 1 en de overwegingen bij de Kaderrichtlijn.

¹⁷⁹ Artikel 3 Kaderrichtlijn.

¹⁸⁰ Zie paragraaf 2.2.

In hoofdstuk 6 van de richtlijn wordt aangegeven wanneer een onderneming geacht wordt over Amm te beschikken. Dit is het geval wanneer een onderneming een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.¹⁸¹ Een dergelijke positie is een belemmering bij het tot stand brengen van een concurrerende markt, aangezien de onderneming onredelijke eisen kan stellen en hoge prijzen kan hanteren ten opzichte van ondernemingen die tot de markt willen toetreden en daarbij afhankelijk zijn van het krijgen van toegang tot netwerken.

Tevens is in de Kaderrichtlijn de procedure voor marktdefinitie bepaald. De NRI's bepalen de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. Vervolgens, zodra de relevante markten door de NRI zijn bepaald, dienen de Lidstaten een analyse van de relevante markten uit te voeren en te bepalen of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.

Indien dit het geval is mag de NRI geen verplichtingen opleggen, en wanneer reeds sectorspecifieke verplichtingen bestaan moeten die worden ingetrokken. Indien uit de analyse blijkt dat een markt niet concurrerend is, dient de NRI na te gaan welke ondernemingen aanmerkelijke marktmacht hebben op die markt, en legt zij passende en specifieke wettelijke verplichtingen op, of handhaaft ze de verplichtingen die al bestaan. Deze maatregelen dienen proportioneel te zijn en in verhouding te staan met de geconstateerde problemen op een markt. De consultatieprocedure van artikel 6 dient te worden gevolgd met betrekking tot deze beslissingen omtrent het opleggen van verplichtingen.

Bij het bepalen van de relevante markten, de uitvoering van de marktanalyse en de vaststelling van Aanmerkelijke marktmacht, moet door de NRI zoveel mogelijk rekening worden gehouden met twee door de Commissie uitgevaardigde documenten.¹⁸² De Europese Commissie neemt een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten in de elektronische communicatiesector.¹⁸³ In deze aanbeveling staan de markten vermeld waarvan de kenmerken zodanig

¹⁸¹ Artikel 14 lid 2 Kaderrichtlijn; zie ook paragraaf 1.4 waar tevens naar de mededingingsrechtelijke definitie is verwezen.

¹⁸² Artikel 15 Kaderrichtlijn.

¹⁸³ Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003, betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (*PbEU* 2003, L 114/45).

kunnen zijn dat het gerechtvaardigd wordt wettelijke verplichtingen, die beschreven zijn in de bijzondere richtlijnen, op te leggen. De Commissie heeft tevens richtsnoeren voor een marktanalyse en de beoordeling van het begrip aanmerkelijke marktmacht uitgevaardigd.¹⁸⁴

De besluiten die de NRI's waaronder de OPTA nemen in het kader van de marktafbakening en de dominantieanalyse dient zij voor te leggen aan de Europese Commissie. De Commissie kan op deze besluiten commentaar leveren en kan zelfs een veto uitspreken.¹⁸⁵ Op grond van de nieuwe regelgeving heeft de Commissie vergaande bevoegdheden gekregen om zich over besluiten van de nationale toezichthouder uit te spreken.

Door de Commissie is in 2002 'the European Regulators Group' opgericht.¹⁸⁶ Het gaat om een onafhankelijk orgaan dat is samengesteld uit de voorzitters van de nationale regulators. De taak van het orgaan is om als brug te fungeren tussen de Commissie en de regulators, en om de Commissie te assisteren en adviseren bij haar taak tot het tot stand brengen van een interne markt voor telecommunicatiediensten. Door de ERG is een werkdocument opgesteld inzake het bepalen van aanmerkelijke marktmacht. In dit document zijn criteria opgenomen om te beoordelen of er sprake is van daadwerkelijke concurrentie, dat door de regulators kan worden gehanteerd. De ERG raadpleegt regelmatig de marktpartijen, consumenten en eindgebruikers.¹⁸⁷

De vraag die zou kunnen worden gesteld is hoe het staat met de rechtsbescherming tegen de besluiten van de OPTA waarin wordt bepaald of er sprake is van Amm. Wie zijn bijvoorbeeld de belanghebbenden die tegen deze besluiten in beroep kunnen gaan. In hoofdstuk zes wordt nader op dit punt ingegaan. De procedure van marktanalyses, het vaststellen van Amm en het opleggen van verplichtingen komt in paragraaf 2.5 uitgebreid aan de orde. De taak van de NRI's tot het beslechten van geschillen wordt in artikel 20 van de Kaderrichtlijn genoemd. Dit artikel zal in hoofdstuk drie uitgebreid worden behandeld. Artikel 21 handelt over de beslechting van grensoverschrijdende geschillen. In het geval dat er sprake is

¹⁸⁴ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2002, L 165/03)..

¹⁸⁵ Artikel 7 lid 4 sub b Kaderrichtlijn.

¹⁸⁶ Besluit van de Commissie van 29 juli 2002 tot oprichting van de Europese Groep van regelgevende instanties voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, (*PbEG* 2002, L 200/38).

¹⁸⁷ Artikel 6 (Raadpleging) van het Besluit van de Commissie van 29 juli 2002 tot oprichting van de ERG.

van een grensoverschrijdend geschil dienen de NRI's uit de betreffende lidstaten hun werkzaamheden te coördineren om een oplossing te vinden overeenkomstig de doelstellingen van artikel 8.

Bij het openbreken van markten is sprake van regulering, er worden vooraf regels gesteld voor de marktpartijen in een specifieke sector. In het huidige ONP-kader zijn bepaalde markten aangewezen waarop dominante partijen, partijen met aanmerkelijke marktmacht extra verplichtingen opgelegd krijgen. Er is besloten om het telecommunicatiebeleid sectorspecifiek te houden, en niet algemeen. De reden hiervoor is dat er in sommige segmenten van de markt nog geen volledige concurrentie is ontstaan.

Bepaalde (deel)markten zijn al grotendeels opengebroken, maar andere nog niet. Sectorspecifieke regelgeving blijft dan ook een vereiste. Dit betekent dat de OPTA zowel *ex ante* als *ex post* maatregelen kan opleggen. Naarmate de concurrentie op de telecommunicatiemarkt verder tot stand komt, is het de bedoeling het *ex ante* toezicht steeds meer te verminderen. Er zal dan waar mogelijk meer gebruik worden gemaakt van *ex post* toezicht, het opleggen van maatregelen achteraf, net als dit gebeurt in het algemene mededingingsrecht.

2.5.3 De Toegangsrichtlijn

Tot het pakket van richtlijnen uit 2002 behoort tevens de Toegangsrichtlijn. In de overwegingen bij deze richtlijn is te lezen dat op markten waar tussen ondernemingen grote verschillen in onderhandelingscapaciteit blijven bestaan, en waar sommige ondernemingen gebruik maken van door anderen verschaft infrastructuur voor het aanbieden van hun diensten, dient een kader voor regels te worden vastgesteld om ervoor te zorgen dat de markt efficiënt functioneert.

De NRI's moeten worden uitgerust met de nodige bevoegdheden om in die gevallen waarin commerciële onderhandelingen mislukken te zorgen voor passende toegang en interconnectie en voor de nodige interoperabiliteit tussen diensten in het belang van de eindgebruikers. In het bijzonder dienen de NRI's de eind- tot eind verbindingen te waarborgen door proportionele verplichtingen op te leggen aan ondernemingen die de toegang tot eindgebruikers controleren. Om marktwerking en concurrentie te bewerkstelligen is het essentieel dat toegang tot de markt kan worden verkregen. Toegang is een sleutelbegrip in de telecommunicatieregelgeving. Het is de bedoeling de sectorspecifieke *ex ante* regelgeving geleidelijk in te krimpen naarmate de concurrentie op de markt zich ontwikkelt.

In artikel 1 van de Toegangsrichtlijn is bepaald dat deze richtlijn de wijze waarop de lidstaten de toegang tot en de interconnectie van elektronische communicatie-

netwerken en bijbehorende faciliteiten reguleren harmoniseert. De doelstelling is het tot stand brengen van een regelgevingskader voor de betrekkingen tussen aanbieders van netwerken en diensten, dat leidt tot duurzame concurrentie, interoperabiliteit van elektronische communicatiediensten en voordelen voor de consument.

De richtlijn voorziet in rechten en verplichtingen voor exploitanten en voor ondernemingen die interconnectie en/of toegang tot hun netwerken of bijbehorende faciliteiten wensen. De richtlijn bevat doelstellingen voor de nationale regelgevende instanties met betrekking tot toegang en interconnectie en stelt procedures vast om te garanderen dat de door de NRI's opgelegde verplichtingen worden herzien en waar nodig opgeheven zodra de beoogde doelstellingen zijn gerealiseerd.

In artikel 2 wordt het begrip toegang gedefinieerd. Onder toegang wordt verstaan: het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, onder uitdrukkelijke voorwaarden, hetzij op exclusieve hetzij op niet-exclusieve basis, met het oog op het aanbieden van elektronische communicatiediensten.¹⁸⁸ Toegang in de zin van deze richtlijn bevat geen toegang voor eindgebruikers.¹⁸⁹

In artikel 4 is bepaald dat ondernemingen verplicht zijn om met elkaar in onderhandeling te treden over interconnectie met het doel om algemeen beschikbare communicatiemiddelen aan te bieden. Ondernemingen die het verzoek om toegang of interconnectie krijgen, dienen in beginsel zulke overeenkomsten te sluiten en te goeder trouw te onderhandelen.

In de artikelen 5 tot en met 8 is bepaald dat nationale regelgevende instanties de bevoegdheid moeten hebben om verplichtingen op te kunnen leggen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. De verplichtingen die kunnen worden opgelegd nadat is gebleken uit een marktanalyse dat een partij beschikt over Amm staan vermeld in de artikelen 9 t/m 13.

In artikel 9 is de verplichting tot transparantie opgenomen. De NRI's kunnen verplichtingen inzake transparantie met betrekking tot toegang opleggen op grond waarvan exploitanten nader genoemde informatie, zoals boekhoudkundige informatie, technische specificaties, netwerkkenmerken, eisen en voorwaarden voor levering en gebruik, alsmede tarieven openbaar moeten maken.

¹⁸⁸ In de tweede volzin wordt nader uitgewerkt wat dit onder andere omvat.

¹⁸⁹ Artikel 1 lid 2 Toegangsrichtlijn.

Op grond van artikel 10 kan een NRI verplichtingen inzake non-discriminatie met betrekking tot interconnectie en/of toegang opleggen. Verplichtingen inzake non-discriminatie moeten er in het bijzonder voor zorgen dat de exploitant ten aanzien van andere ondernemingen die gelijkwaardige diensten aanbieden en onder gelijkwaardige omstandigheden gelijkwaardige voorwaarden toepassen, en aan anderen diensten en informatie aanbieden onder dezelfde voorwaarden en van dezelfde kwaliteit als die welke hij zijn eigen diensten of diensten van zijn dochter-ondernemingen of partners biedt.

In artikel 11 is de verplichting tot het voeren van gescheiden boekhoudingen opgenomen. Een nationale toezichthouder kan het voeren van gescheiden boekhoudingen voorschrijven met betrekking tot bepaalde met interconnectie en/of toegang verband houdende activiteiten. De nri's kunnen nader bepalen welk model en welke boekhoudkundige methode moeten worden gehanteerd.

Artikel 12 behelst een bepaling omtrent verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten. Een NRI kan exploitanten de verplichting opleggen in te gaan op redelijke verzoeken om toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen bijbehorende faciliteiten. Dit is met name het geval wanneer de toezichthouder van mening is dat het weigeren van toegang of het hanteren van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gehanteerde detailhandelsmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.

Van exploitanten kan onder meer worden verlangd dat zij derden toegang verlenen tot bepaalde netwerkelementen en/of faciliteiten, te goeder trouw onderhandelen met ondernemingen die verzoeken om toegang, reeds verleende toegang tot faciliteiten niet intrekken, zorgen voor interconnectie van netwerken of faciliteiten.

Tenslotte zijn in artikel 13 verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoerekening nader uitgewerkt. Wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers kan een NRI verplichtingen opleggen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekenings-systemen voor het verlenen van specifieke interconnectie en/of toegangstypes.

Indien een NRI in uitzonderlijke omstandigheden van plan is om aan exploitanten met Amm andere verplichtingen met betrekking tot toegang of interconnectie op

te leggen dan die zijn vermeld in de artikelen 9 t/m 13, dient zij daarvoor toestemming te vragen aan de Commissie. De Commissie neemt vervolgens een besluit waarin dit wordt goedgekeurd of afgewezen.

In de vroegere Interconnectierichtlijn werd ook reeds voorzien in verplichtingen die konden worden opgelegd inzake het verlenen van toegang tot netwerken. In de Toegangsrichtlijn is ervoor gekozen deze verplichtingen een limitatief karakter te geven, teneinde overregulering te voorkomen.

2.5.4 De Universeledienstrichtlijn:

In de Universeledienstrichtlijn staat het waarborgen van de universele dienst centraal. Dit is het tegen een betaalbare prijs voorzien in een vastgesteld minimum aantal diensten voor alle eindgebruikers.¹⁹⁰ Artikel 3 bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de in hoofdstuk II van de richtlijn beschreven diensten van een nader gespecificeerde kwaliteit, en tegen een in het licht van nationale omstandigheden betaalbare prijs, beschikbaar zijn voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie.

De lidstaten bepalen de meest efficiënte en geschikte wijze om te waarborgen dat in de universele dienst wordt voorzien en zij trachten verstoring van de markt, met name het aanbieden van diensten tegen prijzen of onder andere voorwaarden die afwijken van normale commerciële voorwaarden, tot een minimum te beperken. De in dit hoofdstuk II beschreven diensten zijn onder andere: de aanbieding van toegang op een vaste locatie, de beschikbaarheid van telefooninlichtingendiensten en telefoongidsen, openbare betaaltelefoons en bijzondere maatregelen voor gebruikers met een handicap.

Andere begrippen die in de richtlijn worden genoemd zijn, carrierselectie en nummerportabiliteit. Onder het begrip carrierselectie wordt verstaan: Een methode waarmee een telefoonabonnee door middel van het intoetsen van vier cijfers, het gesprek via een alternatieve telecommunicatie-aanbieder kan laten afhandelen. Met carrier-preselectie gebeurt dit automatisch. Met nummerportabiliteit wordt bedoeld; het meenemen van een nummer naar een andere aanbieder, oftewel: het nummer porteren.¹⁹¹

De lidstaten kunnen een of meer ondernemingen aanwijzen teneinde de aanbieder van de universele dienst te waarborgen.¹⁹² De financiering van de universele

¹⁹⁰ Overweging 4 bij de Universeledienstrichtlijn.

¹⁹¹ Zie voor definities het woordenboek van de OPTA (website).

¹⁹² Artikel 8 Universeledienstrichtlijn.

dienstverplichtingen kan plaatsvinden uit de publieke middelen of door verdeling van de kosten onder de aanbieders van elektronische diensten.¹⁹³

In artikel 34 is geregeld dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat er transparante, eenvoudige en goedkope buitengerechtelijke procedures beschikbaar zijn voor het behandelen van niet beslechte geschillen waarbij consumenten betrokken zijn, en die betrekking hebben op aangelegenheden die door deze richtlijn worden bestreken. De procedures dienen een eerlijke en vlotte beslechting van geschillen mogelijk te maken en in gerechtvaardigde gevallen te voorzien in een regeling voor terugbetaling en/ of schadevergoeding.

Dit artikel geldt onverminderd nationaal procesrecht. Deze vorm van geschilbeslechting is een totaal andere dan die genoemd in de kaderrichtlijn, waar het gaat om de beslechting van geschillen tussen ondernemingen, en dient daar niet mee verward te worden. In dit onderzoek wordt deze wijze van geschilbeslechting buiten beschouwing gelaten en ligt de focus op geschilbeslechting tussen ondernemingen gebaseerd op artikel 20 van de Kaderrichtlijn.

2.5.5 De Machtigingsrichtlijn:

Het doel van de Machtigingsrichtlijn is om door middel van harmonisatie en vereenvoudiging van de regels en de voorwaarden inzake machtigingen, een interne markt voor elektronische –communicatienetwerken en diensten te realiseren, teneinde het aanbieden van deze diensten in de Gemeenschap te vereenvoudigen.¹⁹⁴ Er dient een zo licht mogelijk machtigingssysteem te worden gehanteerd om het aanbieden van de genoemde netwerken en diensten mogelijk te maken, teneinde de ontwikkeling van nieuwe diensten en transnationale diensten te bevorderen en dienstenaanbieders en consumenten te laten profiteren van de voordelen van de interne markt. De richtlijn geeft een juridisch kader voor de levering van elektronische communicatienetwerken en diensten.

In artikel 1 is bepaald dat onder een algemene machtiging wordt verstaan: regelgeving door de lidstaten waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronische- communicatienetwerken of diensten. Hierbij kunnen specifieke sectorgebonden verplichtingen worden vastgesteld, die overeenkomstig de richtlijn kunnen gelden voor alle of voor specifieke soorten alle of specifieke soorten netwerken en diensten.

¹⁹³ Artikel 13 Universeledienstrichtlijn.

¹⁹⁴ Artikel 1 Machtigingsrichtlijn.

De lidstaten dienen de vrijheid te waarborgen om, mits aan de door deze richtlijn vastgestelde voorwaarden is voldaan elektronische –communicatienetwerken en diensten aan te bieden. Dit aanbod kan slechts worden onderworpen aan een algemene machtiging. Er kan slechts van de betrokken onderneming worden verlangd dat zij een kennisgeving indient en niet dat zij een expliciet besluit of andere bestuurshandeling van de NRI moet verkrijgen alvorens de uit de machtiging voortvloeiende rechten te kunnen uitoefenen.

Aan ondernemingen met een machtiging komt een aantal rechten toe, waaronder het aanbieden van elektronische- communicatienetwerken en –diensten. Daarnaast hebben ze het recht op behandeling van hun aanvragen voor de nodige rechten voor het installeren van faciliteiten en het is toegestaan aan die ondernemingen om te onderhandelen over interconnectie met, en eventueel toegang te verkrijgen van andere aanbieders van openbare communicatienetwerken en –diensten die tevens onder een algemene machtiging vallen. Zij kunnen op grond van deze machtiging in staat worden gesteld te worden aangewezen om verschillende onderdelen van de universele dienst aan te bieden.

2.5.6 De Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie:

Deze richtlijn strekt tot eerbiediging van de grondrechten en beginselen inzake de privacy en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie. Met richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 15 december 1997, betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, werden de in richtlijn 95/46/EG uiteengezette beginselen omgezet in specifieke regels voor de telecommunicatiesector.

Richtlijn 97/66/EG diende echter te worden aangepast aan de ontwikkelingen op de markten en van nieuwe technologieën om te kunnen blijven voorzien in een adequate bescherming van de privacy. De huidige richtlijn is grotendeels een voortzetting van de oude, met dien verstande dat de bepalingen voortaan gelden voor alle aanbieders van elektronische communicatiewerken- en diensten. Ook deze richtlijn is dus aangepast aan nieuwe technologische ontwikkelingen.¹⁹⁵

De werkingssfeer en de doelstelling van de richtlijn zijn in artikel 1 opgenomen. De richtlijn harmoniseert de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden, met name het recht op een persoonlijke levenssfeer, bij de verwerking van persoonsgegevens in de elektronische communicatiesector te waarborgen.

¹⁹⁵ Overweging 4 Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie.

De regelgeving dient er tevens zorg voor te dragen dat het vrije verkeer van dergelijke gegevens en van elektronische communicatie-apparatuur en –diensten in de Gemeenschap. De bepalingen uit de Richtlijn vormen een specificatie en een aanvulling op Richtlijn 95/46 EG.

In de overige artikelen van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de waarborging van de veiligheid van het openbare communicatienetwerk en het vertrouwelijke karakter van de communicatie. Deze dienen door de Lidstaten gegarandeerd te worden. De nationale wetgeving dient het af luisteren, aftappen, het opslaan of anderszins onderscheppen of controleren van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens, door anderen dan de gebruikers zonder hun toestemming te verbieden, tenzij dit bij de wet is toegestaan. Verkeersgegevens met betrekking tot abonnees en gebruikers dienen wanneer ze niet langer nodig zijn voor het doel van de overdracht van communicatie te worden gewist. De richtlijn bevat kort samengevat een stelsel van waarborgen voor de eindgebruikers van elektronische communicatiediensten. Het is een harmonisering van de eerdere regelgeving op het gebied van privacy in de telecommunicatiesector.

2.5.7 *De rol van de Europese Commissie:*

Uit de huidige regelgeving die zojuist is besproken blijkt dat de Europese Commissie tevens een vinger in de pap heeft in de nationale telecommunicatiemarkten. De Commissie heeft een Aanbeveling inzake relevante markten aangenomen waaraan de NRI's dienen te toetsen en zoveel mogelijk rekening mee dienen te houden. De Commissie is tevens bevoegd om een beschikking te nemen houdende de vaststelling van transnationale markten. Er is sprake van gedeeld toezicht door de Lidstaten en de Commissie. Bij de bespreking van de Telecommunicatiewet in paragraaf 2.6 komt de rol van de Commissie nog eens aan bod.

2.5.8 *Voorstellen tot nieuwe regelgeving:*

Op 13 november 2007 heeft de Commissie voorstellen aangenomen tot herziening van de Europese telecommunicatieregels.¹⁹⁶ In de nieuwe regelgeving zal aandacht besteedt worden aan betere regulering. Er zal een deregulering plaatsvinden op de deelmarkten waar concurrentie is ontstaan. De *ex ante* regelgeving zal worden afgebouwd waar de marktomstandigheden dat toestaan. Tevens zal de procedure voor markanalyses vereenvoudigd worden. Dit geeft de Commissie en de NRI's de mogelijkheid om zich te richten op de knelpunten, zoals de markt voor breedband.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Ook aangeduid als de Telecom Review of de 2007 Reform Proposals.

¹⁹⁷ (www.europa.eu).

De verwachting is dat de regelgeving van kracht zal worden eind 2009. Er is tevens een voorstel om een Europese telecommunicatietoezichthouder op te richten.¹⁹⁸ De reden voor deze plannen is de constatering dat in de verschillende Lidstaten de toepassing van de telecommunicatieregelgeving in te grote mate van elkaar verschilt. De Europese toezichthouder zou moeten toezien op een meer geharmoniseerde toepassing van het Europese telecommunicatierecht in de verschillende Lidstaten.

In het voorstel tot wijziging van de Kader-, Machtigings-, en de Toegangsrichtlijn, wordt beoogd deze richtlijnen te moderniseren.¹⁹⁹ In het nieuwe artikel 20 van de richtlijn is de bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen marktpartijen gehandhaafd. In de literatuur is kritiek geuit op dit voorstel om een Europese telecommunicatietoezichthouder op te stellen. Er wordt door *Landsmeer en Doing* op gewezen dat een structurele analyse en een evaluatie van het huidige regelingskader ontbreken.²⁰⁰

Bovendien wordt door hen de vraag gesteld hoe er in deze voorstellen rekening wordt gehouden met het feit dat de marktomstandigheden per Lidstaat verschillend zijn. Tevens zal er verschil in Lidstaten blijven vanwege de rechterlijke toetsing van besluiten van NRI's. Deze toetsing kan variëren. Auteurs concluderen dat het opstellen van een Euroregulator vereist dat er een meer evenwichtig voorstel met een nadere onderbouwing van zaken als instrumenten, bevoegdheden en verantwoordingsstructuren.²⁰¹ *Sickinghe en Geus* stellen dat met deze voorgenen wijzigingen in de regulering het er in ieder geval niet minder gecompliceerd en gereguleerd op zal worden.²⁰²

2.6 De Telecommunicatiewet (2004)

2.6.1 Inhoudsopgave

De huidige Telecommunicatiewet is in werking getreden op 19 mei 2004.²⁰³ In deze nieuwe wet is de nieuwe Europese regelgeving geïmplementeerd. Tot deze

¹⁹⁸ European Electronic Communications Market Authority (EECMA).

¹⁹⁹ Wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische –communicatienetwerken en –diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische- communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische – communicatienetwerken en –diensten.

²⁰⁰ Landsmeer & Doing 2007, p. 354.

²⁰¹ Landsmeer & Doing 2007, p. 354.

²⁰² Sickinghe & Geus 2008, p. 252.

²⁰³ Telecommunicatiewet, *Stb.* 2004, 308.

datum was de Telecommunicatiewet 1998 van kracht.²⁰⁴ Deze wet was een implementatie van de Europese regelgeving van voor 1998, waarvan in paragraaf 2.1 een overzicht te vinden is. In deze wet stond de ontwikkeling van marktwerking centraal. Voor de Telecommunicatiewet 1998 gold de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen.²⁰⁵ Deze wet was nog gebaseerd op een markt met exclusieve rechten voor een concessiehouder.

De huidige wet is ingedeeld in 20 hoofdstukken. Hieronder volgt een inhoudsopgave waarin kort wordt weergegeven welk onderwerp in welk hoofdstuk van de wet wordt behandeld. Dit om een duidelijk beeld te krijgen van welke onderwerpen deze wet zo al omvat. De hoofdstukken die voor het onderzoek in dit proefschrift met name van belang zijn, zijn vetgedrukt. Hoofdstuk 1 is van belang aangezien hier begrippen worden gedefinieerd die bij geschilbeslechting van toepassing kunnen zijn. Geschilbeslechting heeft vaak betrekking op geschillen omtrent verschillende vormen van toegang. In de hoofdstukken 6 en 6a worden nadere regels omtrent toegangsverplichtingen opgenomen. Tevens is in hoofdstuk 6 een bevoegdheid geschillen omtrent toegang te beslechten opgenomen. In hoofdstuk 12 is de algemene bevoegdheid tot geschilbeslechting opgenomen. Hoofdstuk 15 kent ook raakvlakken met deze bevoegdheid. In hoofdstuk 17 is het beroep tegen beslissingen op basis van de geschilbeslechtende bevoegdheid opgenomen. Deze hoofdstukken worden nader toegelicht.

Inhoudsopgave Telecommunicatiewet 2004:

Hoofdstuk 1 : **Algemene Bepalingen.**

(In artikel 1.1 is een overzicht van definities van in de wet opgenomen bepalingen terug te vinden.)

Hoofdstuk 2 : Mededeling en registratie.

Hoofdstuk 3 : Frequentiebeleid en frequentiebeheer.

Hoofdstuk 4 : Nummerbeleid en nummerbeheer.

Hoofdstuk 5 : Gedoogplicht voor aanleg, instandhouding en opruiming van kabels.

Hoofdstuk 6 : **Interoperabiliteit van diensten.**

Hoofdstuk 6a: **Verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over een Aanmerkelijke marktmacht.**

(Artikel 6a.6 gaat over Toegangsverplichtingen.)

Hoofdstuk 6b: Consultatie

²⁰⁴ Telecommunicatiewet (oud), *Stb.* 1998, 610.

²⁰⁵ Wet van 26 oktober 1998 houdende regels met betrekking tot voorzieningen voor telecommunicatie, zoals deze wet laatstelijk is gewijzigd bij de Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1998, 520; *Stb.* 1997, 320.

- Hoofdstuk 7: Eindgebruikersbelangen
- Hoofdstuk 8: Regels m.b.t. het verspreiden van programma's.
- Hoofdstuk 9: Universele dienstverlening.
- Hoofdstuk 10: Randapparaten, radiozendapparaten en overige apparaten.
- Hoofdstuk 11: Bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levens sfeer.
- Hoofdstuk 12: **Geschillen.**
- Hoofdstuk 13: Bevoegd aftappen.
- Hoofdstuk 14: Buitengewone omstandigheden.
- Hoofdstuk 15: **Handhaving.**
- Hoofdstuk 16: Vergoedingen.
- Hoofdstuk 17: **Beroep.**
- Hoofdstuk 18: Verdere Bepalingen.
- Hoofdstuk 19: Overgangsrecht.
- Hoofdstuk 20: Algemene overgangs- en slotbepalingen.

2.6.2 Interoperabiliteit en marktanalysebesluiten

HOOFDSTUK 1:

In Hoofdstuk 1 zijn de definities te vinden van de begrippen die in de wet voorkomen. Het gaat veelal om begrippen die technisch zijn van aard. Dit maakt, zoals reeds opgemerkt, het telecommunicatierecht een ingewikkeld rechtsgebied. De begrippen die voor dit onderzoek relevant zijn, zijn reeds in de bespreking van het Europese recht, waarvan de Telecommunicatiewet 2004 een implementatie vormt, en in de inleiding (paragraaf 1.4) aan de orde gekomen. Een aantal daarvan wordt daarom in deze paragraaf slechts, voorzover relevant, kort besproken.

In hoofdstuk 1 is de implementatie van artikel 8 van de Kaderrichtlijn opgenomen. In artikel 1.3 is bepaald dat het college er zorg voor dient te dragen, dat al zijn besluiten bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen als bedoeld in artikel 8 Kaderrichtlijn, in elk geval door het bevorderen van de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. Dit artikel is van toepassing op alle besluiten die door de OPTA worden genomen, zo ook op besluiten genomen in het kader van haar taak tot geschilbeslechting, die in dit onderzoek centraal staat.

HOOFDSTUK 6:

In hoofdstuk 6 wordt de interoperabiliteit van diensten geregeld. In artikel 6.1 is de verplichting opgenomen voor aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten om op verzoek van een andere aanbieder in onderhandeling te treden om toegang te verlenen tot haar netwerk, zo nodig door middel van interconnectie, zodat eind tot eind verbindingen tot stand worden gebracht.

Onder interconnectie wordt verstaan: het koppelen van netwerken, zodat gebruikers van communicatiediensten kunnen communiceren over de grenzen van het netwerk dat de toegang verleend. Alle partijen die toegang bieden aan gebruikers moeten hun aangesloten gebruikers bereikbaar maken voor de gebruikers van andere partijen. Door de wederkerigheid van interconnectie kan in principe iedere gebruiker bellen naar een gebruiker die is aangesloten op een ander netwerk.²⁰⁶

Toegang en interoperabiliteit zijn de kernbegrippen in de telecomunicatiesector. Er is slechts concurrentie mogelijk indien ondernemingen elkaar toegang verlenen tot elkaanders netwerk. Slechts op die manier hebben nieuwkomers een kans op de markt, en kan gesproken worden van een concurrerende markt. Marktwerving in de telecomunicatiesector is de doelstelling in het licht waarvan alle bepalingen in de wet dienen te worden gezien en op zijn gebaseerd.

Vandaar dat er in artikel 6.1 een onderhandelingsplicht is opgenomen, op basis waarvan partijen verplicht zijn om met elkaar in onderhandeling te treden over het onderling tot stand brengen van interconnectie. In lid 3 wordt vermeld dat de OPTA voorschriften kan geven omtrent de wijze waarop door partijen dient te worden onderhandeld. Dit is mogelijk indien een partij van mening is dat een aanbieder niet voldoet aan zijn onderhandelingsplicht jegens hem. De aanbieders dienen zich tijdens de onderhandelingen aan de door het college gegeven voorschriften te houden. Zij behouden echter het recht op ieder moment de onderhandelingen te beëindigen.

In artikel 6.2 is bepaald dat indien de onderhandelingen zoals bedoeld in artikel 6.1 niet resulteren in een overeenkomst, het college op aanvraag van één van de ondernemingen kan verplichten om de door een partij gewenste interconnectie te verlenen. Het college kan hier toe overgaan indien zij niet verwacht dat partijen redelijkerwijs nog tot een overeenkomst kunnen komen. Hier is aan de OPTA de bevoegdheid toegekend tot geschilbeslechting tussen ondernemingen. Hoofdstuk 3 is voor een groot deel gewijd aan de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA.

HOOFDSTUK 6A: MARKTANALYSEBESLUITEN:

Hoofdstuk 6a heeft als titel: Verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht. De eerste paragraaf van dit hoofdstuk gaat over het vaststellen van die aanmerkelijke marktmacht. Hier is een procedure te vinden die door de OPTA moet worden gevolgd alvorens zij verplichtingen aan ondernemingen kan opleggen die beschikken over Amm.

²⁰⁶ Woordenboek OPTA (www.opta.nl).

Deze procedure bestaat uit verschillende stappen. In artikel 6a.1 wordt bepaald dat er allereerst een marktanalyse door de OPTA moet worden uitgevoerd. Op basis van deze marktanalyse dient de OPTA de relevante producten- en dienstenmarkten af te bakenen. Deze analyse vindt plaats aan de hand van door de Commissie uitgevaardigde Richtlijnen, waarin zij aangeeft hoe relevante productenmarkten en geografische markten afgebakend moeten worden.

Daarnaast is een Aanbeveling door de Europese Commissie uitgevaardigd, als bedoeld in artikel 15 van de Kaderrichtlijn.²⁰⁷ In deze Aanbeveling heeft de Commissie de markten opgenomen die volgens haar in aanmerking komen voor *ex ante* regulering. De OPTA dient de relevante nationale productenmarkten te bepalen op basis van deze aanbeveling. Indien de OPTA markten definieert die afwijken van de in de aanbeveling genoemde, dient zij dit voor te leggen aan de Commissie, die daarover opmerkingen mag maken en zelfs een veto kan uitspreken.²⁰⁸ Dit is een implementatie van artikel 7 van de Kaderrichtlijn. De markten dienen te worden afgebakend overeenkomstig de beginselen van het algemene mededingingsrecht. De marktanalyses hebben een prospectief karakter. Er wordt bij de analyses rekening gehouden met toekomstige ontwikkelingen in de markt.²⁰⁹

In de Aanbeveling worden zeven retailmarkten en elf wholesale markten onderscheiden. In de considerans van de Aanbeveling zijn drie criteria genoemd die de Commissie heeft gehanteerd bij het opstellen van deze lijst. Het gaat om markten die worden gekenmerkt door: 1) de aanwezigheid van hoge toetredingsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn, ongeacht of dit om structurele, wettelijke of regelgevende redenen is, 2) een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon en 3) de toepassing van het mededingingsrecht alleen de betreffende marktverstoringen niet voldoende zou verhelpen.

Er wordt vervolgens op deze afzonderlijke markten een dominantie analyse uitgevoerd. De OPTA dient te onderzoeken of een markt daadwerkelijk concurrerend is, en of er op de markt sprake is van ondernemingen die beschikken over Amm. In artikel 6a.2 is bepaald dat als blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, het college vaststelt welke ondernemingen beschikken over aanmerkelijke marktmacht. De OPTA dient hierbij wederom rekening te houden met de eerder genoemde door de Commissie uitgevaardigde richtlijnen, waarin naast be-

²⁰⁷ Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003, (*PbEU* 2003, L114/45).

²⁰⁸ Artikel 6b.2 lid 4 en artikel 5 Telecommunicatiewet.

²⁰⁹ Zie ook overweging 9 van de Aanbeveling.

palingen over marktafbakening tevens is opgenomen op welke wijze beoordeeld moet worden of partijen met Amm aanwezig zijn op een relevante markt.

Als leidraad voor de NRI's functioneert tevens een document dat is uitgevaardigd door de, in paragraaf 2.5.2 reeds genoemde, Europese Groep van Reguleringinstanties, de ERG. Er is in dit document een gemeenschappelijke visie van het begrip Amm te vinden.²¹⁰ De gezamenlijke interpretatie kan worden gezien als een aanvulling op de richtsnoeren van de Commissie. Dit document is bedoeld om aanvullende informatie en uitleg te geven over de criteria die in de Amm richtsnoeren worden gehanteerd, te geven. Deze criteria worden nader toegelicht en geïnterpreteerd.

Daarnaast bepaalt artikel 6a.2 dat de OPTA, indien noodzakelijk, passende en proportionele verplichtingen aan deze ondernemingen oplegt. Uit de hier genoemde artikelen blijkt dat voordat OPTA een verplichting kan opleggen aan een marktpartij, eerst een marktanalyse dient te worden uitgevoerd. De OPTA houdt hierbij rekening te houden met door de Commissie uitgevaardigde richtlijnen.

Indien uit onderzoek blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen beschikken over aanmerkelijke marktmacht, legt hij ieder van hen passende verplichtingen op. 'Passend' houdt in dat de verplichtingen op de aard van het geconstateerde probleem dienen te zijn afgestemd.²¹¹ Op deze manier kan maatwerk worden verricht waardoor overregulering kan worden voorkomen. Het gaat om *ex ante* verplichtingen die worden opgelegd. Door het opleggen van deze verplichtingen wordt zoveel mogelijk worden voorkomen dat zich ernstige verstoringen zullen voordoen in de ontwikkeling van de concurrentie op de verschillende deelmarkten.²¹²

De verplichtingen die kunnen worden opgelegd staan vermeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 en 6a.12 tot en met 6a.15. Op grond van deze artikelen kan het college toegangsverplichtingen opleggen. De houder van Amm dient te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang, onder andere indien het college van oordeel is dat het weigeren van toegang of het stellen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkelingen in de door concurrentie gekenmerkte markt zou tegengaan. Er wordt aan Amm-houders op deze manier een verzwaarde onderhandelingsplicht opgelegd.

²¹⁰ Werkdocument van de Europese Groep van Reguleringinstanties (ERG) betreffende het begrip aanmerkelijke marktmacht (AMM) voor het nieuwe regelgevingskader, (ERG (03) 09- mei 2003), (www.erg.eu.int).

²¹¹ *Kamerstukken II 2002/03*, 28851 nr. 3, p. 21.

²¹² *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851 nr. 3, p. 21.

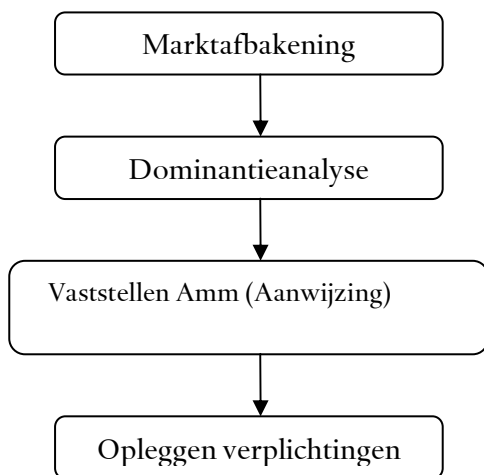
Het college kan tevens voor de door hem te bepalen vormen van toegang verplichtingen opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoerekening. Dit is mogelijk indien uit marktanalyses blijkt dat de betrokken onderneming de prijzen voor het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen. Een dergelijke verplichting kan inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief dient te worden gehanteerd of een door het college te bepalen of goed te keuren kostentoerekeningssysteem. Indien op een onderneming de verplichting rust om een dergelijk systeem te hanteren dient deze aan te tonen dat haar tarieven daadwerkelijk kostengeoriënteerd zijn. Door de OPTA zijn beleidsregels opgesteld om aan te geven op basis van welke criteria de OPTA prijsplafonds in tariefregulering vaststelt. Deze beleidsregels komen in paragraaf 6.3, in het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid aan de orde. Een groot voordeel van beleidsregels is dat de bedoelingen van de OPTA helder worden gemaakt en dat partijen weten waar ze aan toe zijn.²¹³

De verplichtingen die worden opgelegd dienen zoals gezegd passend te zijn. Tevens geldt op basis van artikel 6a.2 slechts verplichtingen op eindgebruikersniveau kan opleggen indien verplichtingen op leggen op wholesaleniveau niet volstaat om het gewenste doel te bereiken.

Geschilbeslechting ligt deels in het verlengde van Amm-aanwijzingen. Marktpartijen kunnen geschillen bij de OPTA aanhangig maken die gebaseerd zijn op verplichtingen die op partijen rusten op basis van een marktanalysebesluit.

De procedure die de OPTA op basis van de wet dient te volgen om verplichtingen op te leggen aan marktpartijen met een dominante positie op de markt, kan als volgt schematisch worden weergegeven:

²¹³ Arnbak 2005, p. 12.



De procedure die hier gehanteerd wordt wijkt af van de procedure die was opgenomen in de Telecommunicatiewet 1998. Een belangrijke wijziging bestaat uit het feit dat het afbakenen van relevante productmarkten en geografische markten plaatsvindt volgens principes van het algemene mededingingsrecht. Voorheen gebeurde dit vooraf, op grond van de Telecommunicatiewet. In hoofdstuk 6 van de Tw 1998 werden de produkt- en dienstenmarkten waarop een aanbieder kon beschikken over Amm, in de wet neergelegd.²¹⁴ Deze nieuwe werkwijze maakt het mogelijk om markten af te bakenen die afwijken van de markten zoals die in de Tw 1998 zijn vastgesteld. Deze nieuwe methodiek maakt het mogelijk om adequaat op de marktontwikkeling in te spelen.²¹⁵

Een ander belangrijk verschil is dat de definitie van Amm gelijk is getrokken met de definitie van Amm uit het algemene mededingingsrecht. In de Tw 1998 werd uitgegaan van een aanmerkelijke marktmacht indien een aanbieder een marktaandeel (op de in die wet gedefinieerde markt) had van meer dan 25 procent. Onder de huidige wet wordt in plaats van een getalmatig criterium uitgegaan van een functioneel criterium. Daarbij is bepalend of de onderneming zich onafhankelijk op de markt kan gedragen door bijvoorbeeld duurzaam zijn prijzen te verhogen zonder daarvan negatieve effecten te ondervinden.²¹⁶

²¹⁴ Zie artikel 6.4 Tw 1998.

²¹⁵ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 19.

²¹⁶ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 20.

Een derde verschil is dat de OPTA op basis van de marktanalyses passende en proportionele verplichtingen op dient te leggen aan partijen met Amm. Verplichtingen voor aanbieders met Amm zijn geen automatisme meer, zoals dat het geval was onder de Telecommunicatiewet 1998. Het college dient aan de hand van een analyse van de concrete marktomstandigheden te bepalen welke verplichtingen passend zijn. Verplichtingen kunnen slechts worden opgelegd indien wordt geconstateerd dat een markt niet daadwerkelijk concurrerend is.²¹⁷

De OPTA maakt daarbij een keuze uit de verplichtingen die zijn opgenomen in de Telecommunicatiewet. De marktanalysebesluiten voor de verschillende marktclusters zijn te vinden op de website van de OPTA. Hier is te zien dat er vijf marktclusters worden onderscheiden. Het gaat om de clusters: 1) mobiele telefonie 2) vaste telefonie 3) omroep 4) breedband en 5) huurlijnen.

Binnen deze clusters heeft de OPTA verschillende marktanalyses uitgevoerd op de verschillende deelmarkten. De besluiten hebben een geldigheidsduur van drie jaar.²¹⁸ Na die periode dienen door de OPTA nieuwe marktanalyses te worden uitgevoerd, en aan de hand daarvan nieuwe marktanalysebesluiten te worden genomen. De periode van drie jaar hangt samen met de snelle ontwikkelingen die in de telecommunicatiesector plaatsvinden.

De eerste reeks marktanalysebesluiten is door de OPTA genomen in de periode eind 2005 tot en met 2006. Deze besluiten hebben een geldigheidsduur van drie jaar. Deze worden weer opgevolgd door nieuwe besluiten die na ook voor drie jaar gelden. Deze drie jaarlijkse termijn hangt samen met de snelle ontwikkelingen op de markt. Er dienen kort opeenvolgend analyses plaats te vinden om in te kunnen spelen op deze ontwikkelingen. Tegen deze besluiten is door de marktpartijen beroep ingesteld. Deze beroepen zijn eind 2007 afgehandeld. Geconcludeerd kan worden dat de kern van de besluiten in stand is gebleven, en dat indien er sprake was van vernietiging, dit slechts betrekking had op onderdelen van de besluiten. De ontwerpbesluiten, de bedenkingen daartegen en de definitieve besluiten van de marktanalyses zijn te vinden op de website van de OPTA. Deze staan per de betreffende markt weergegeven.

De ontwerp- marktanalysebesluiten worden conform artikel 6b.1 van de Telecommunicatiewet voorbereid met de uitgebreide uniforme voorbereidingsprocedure die is opgenomen in afdeling 3.4 van de Awb. Deze procedure wordt op grond van de Telecommunicatiewet aangeduid met de term 'nationale consultatie'.

²¹⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 21.

²¹⁸ Artikel 6a.4 Tw.

In artikel 3.11 van de Awb is bepaald dat het ontwerpbesluit en de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp ter inzage dienen te worden gelegd. Belanghebbenden hebben op basis van artikel 3:15 Awb de mogelijkheid om schriftelijk of mondeling hun zienswijzen met betrekking tot het ontwerp naar voren te brengen.

De marktanalyse die het college moet maken lijkt naar zijn aard op de analyses die de NMa uitvoert bij de toetsing van concentraties op grond van het algemene mededingingsrecht. De toetsing die de NMa uitvoert is echter gericht op het voorkomen van het ontstaan, respectievelijk het versterken van economische machtsposities.²¹⁹ Het is lastig voor de OPTA om de toekomstige ontwikkelingen op de verschillende deelmarkten in te schatten. Duidelijke richtsnoeren en aanbevelingen van de Commissie dienen daarbij als een belangrijke ondersteuning in dit proces van marktanalyses.²²⁰

2.6.3 Europese Consultatie: Notificaties

Indien een marktanalysebesluit van invloed is op de handel tussen Lidstaten dient het college het ontwerpbesluit en de gronden die daaraan ten grondslag liggen voor te leggen aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Tevens dient het ontwerpbesluit te worden voorgelegd aan de nationale regelgevende instanties van de overige Lidstaten. De Commissie en de Lidstaten hebben een maand de gelegenheid om eventuele opmerkingen te maken met betrekking tot het ontwerpbesluit.²²¹

Het college dient bij het vaststellen van het definitieve besluit zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen die door de Commissie en de overige NRI's zijn gemaakt. Tevens bestaat de mogelijkheid dat de Commissie binnen een maand nadat het ontwerpbesluit aan haar is voorgelegd, bepaalt dat het ontwerpbesluit een belemmering vormt voor de interne Europese markt of dat zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van het ontwerpbesluit met het Gemeenschapsrecht. Indien deze situatie zich voordoet dient het college minimaal twee maanden te wachten met het vaststellen van het besluit, gerekend vanaf de datum van de mededeling van de Commissie.

De Commissie kan binnen die twee maanden beslissen dat de NRI de ontwerpmaatregel moet intrekken. Aan dit besluit dient een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie vindt dat dit besluit niet moet wor-

²¹⁹ Zie ook: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 22.

²²⁰ Van Duijvenvoorde 2005, p. 266.

²²¹ Artikel 6b.2 lid 1 en lid 2 Tw.

den genomen verbonden te zijn. Tevens dienen specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerpmaatregel te worden toegevoegd door de Commissie.²²²

Indien een dergelijke beschikking door de Commissie wordt uitgevaardigd kan het college of de ontwerpmaatregel in overeenstemming brengen met de voorstellen van de Commissie, of besluiten om het desbetreffende ontwerpbesluit niet vast te stellen. Het is dus niet mogelijk dat de NRI het besluit in zijn eerste vorm uitvaardigt. De Commissie heeft het laatste woord.

2.6.4 Het rechtskarakter van het marktanalysebesluit

Alvorens het college kan overgaan tot het opleggen van verplichtingen aan een marktpartij die beschikt over een economische machtspositie, dient zij eerst de drie fasen die de wet voorschrijft voorafgaand aan het opleggen van de verplichtingen te doorlopen. In artikel 6a.1 is bepaald dat er een marktanalyse dient plaats te vinden aan de hand waarvan de relevante markten dienen te worden afgebakend. In dit artikel is bepaald dat er een marktanalyse en een dominantieanalyse dienen plaats te vinden. Dit zijn verschillende stappen in het hiervoor schematisch weergegeven proces. De marktanalyse is stap één. De marktafbakening stap twee.

Vervolgens wordt in artikel 6a.2 bepaald dat door het college dient te worden vastgesteld welke partijen beschikken over Amm. Aan deze ondernemingen kunnen op grond van de Tw passende verplichtingen worden opgelegd. Het aanwijzen van een partij met Amm is stap drie en de vierde stap bestaat uit het opleggen van verplichtingen.

De vier fasen gaan in de praktijk vloeiend in elkaar over. De term ‘Marktanalysebesluit’ is een overkoepelende term voor de vier afzonderlijke fasen die door het college worden doorlopen op basis van artikel 6a.1 en 6a.2 van de Telecommunicatiewet. Voor de mogelijkheid van beroep worden alle onderdelen als één besluit aangemerkt.²²³

In de literatuur is de vraag opgeworpen hoe de verschillende onderdelen van het marktanalysebesluit te kwalificeren zijn.²²⁴ Het gaat bij elk onderdeel om een publiekrechtelijke bestuurshandeling, namelijk beslissingen van een bestuursorgaan. De handelingen hebben elk een (publiekrechtelijke) grondslag in de Telecommunicatiewet. De vraag is echter of het wel bij elke handeling gaat om een publiekrechtelijke *rechtshandeling*. Dit criterium is relevant om te beoordelen of er sprake is van een besluit in de zin van de Awb. De kwalificatie van een beslissing als een

²²² Artikel 6b.2 lid 5 Tw.

²²³ Artikel 6b.6 Tw.

²²⁴ Ottow 2006, p. 134 e.v.

besluit in de zin van de Awb heeft meerdere gevolgen, met name in het kader van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Slechts tegen besluiten staat beroep bij de bestuursrechter open op grond van artikel 8:1 Awb.

Publiekrechtelijke rechtshandelingen kunnen worden onderverdeeld in meerzijdige besluiten en eenzijdige besluiten. De eenzijdige besluiten kunnen vervolgens worden ingedeeld in 'besluiten van algemene strekking' en 'beschikkingen'. Besluiten van algemene strekking kunnen in verschillende categorieën worden verdeeld, namelijk: algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, plannen en andere besluiten van algemene strekking.²²⁵

Een beschikking is een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van de aanvraag.²²⁶ De kenmerken van een beschikking zijn dat het een concreet en individueel besluit is. Er bestaan verschillende soorten beschikkingen. De belangrijkste twee criteria om te bepalen of er sprake is van een besluit van algemene strekking of een beschikking zijn het adreassaats criterium en het object-of zaakscriterium. De adreassaats van een besluit kan zijn een onbepaalde groep personen (algemeen) of gericht tot één of meer bepaalde personen (individueel). Er is dan sprake van een persoonsgerichte beschikking. Tevens kan er sprake zijn van zaaksgerichte beschikkingen. De concreetheid van het object staat dan centraal.²²⁷

Een onderscheid dat lastiger te maken is en waar al veel over is geschreven is het onderscheid tussen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften en 'overige' besluiten van algemene strekking.²²⁸ Deze 'overige' besluiten zijn onder te verdelen in constitutieve besluiten van algemene strekking en concretiserende besluiten van algemene strekking. Met name het onderscheid tussen concretiserende besluiten van algemene strekking en avv's levert de meeste problemen op en staat daarom in de literatuur centraal. Er zijn een aantal criteria op basis waarvan dit onderscheid kan worden gemaakt. In de praktijk blijft het in veel situaties echter lastig om dit onderscheid te maken.²²⁹

Het maken van het onderscheid is echter om meerdere redenen van belang. De eerste reden is de mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Op basis van artikel 8:2 Awb kan geen beroep worden ingesteld tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften en tegen beleidsregels. Tevens

²²⁵ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, p. 152 e.v.

²²⁶ Artikel 1:3 lid 2 Awb.

²²⁷ Van Ballegooij e.a. 2004, p. 65.

²²⁸ Zie o.a.: Munneke 2008; Van Ommeren 2008.

²²⁹ Van Ommeren 2008, p. 3.

staat geen beroep open tegen de vaststelling of de inwerkingtreding van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. (constitutieve b.a.s) Ook tegen de goedkeuring van dergelijke besluiten bestaat geen mogelijkheid tot beroep bij de bestuursrechter. Tegen concretiserende besluiten van algemene strekking staat wel rechtsbescherming op basis van de Awb open.

Het onderscheid is tevens relevant met betrekking tot de mogelijkheid van delegatie van regelgevende bevoegdheden. Indien delegatie van regelgevende bevoegdheid op basis van de wet niet mogelijk is, is het wel denkbaar een ander bestuursorgaan concretiserende besluiten van algemene strekking te laten nemen. Het nemen van concretiserende besluiten van algemene strekking heeft een meer bestuurlijk accent, terwijl het opstellen van algemeen verbindende voorschriften een meer regelgevend accent bevat.

In de derde plaats zijn niet alle regels die gelden ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften van toepassing op concretiserende besluiten van algemene strekking. In de gevallen waarin de wet een materieel concretiserend besluit eist, zijn de normen die voor algemeen verbindende voorschriften gelden niet direct van toepassing.²³⁰

Bij een AVV gaat het om een regeling die door een overheidsorgaan is uitgevaardigd krachtens een wetgevende bevoegdheid die uiteindelijk wordt ontleend aan de Grondwet of aan een wet in formele zin, die algemene regels inhoud waarin rechtsnormen zijn vervat en een externe werking heeft. Concretiserende besluiten van algemene strekking worden omschreven als zijnde besluiten die het toepassingsbereik van een algemeen verbindend voorschrift naar tijd, plaats persoon of object nader bepalen, zonder in een zelfstandige normstelling te voorzien.

Het punt van de zelfstandige normstelling wordt doorgaans als belangrijkste criterium gezien om het onderscheid tussen voornoemde categorieën aan te kunnen geven. Concretiserende besluiten van algemene strekking bevatten zelf geen zelfstandige normstelling vanwege het feit dat zij geen nieuwe normen toevoegen aan het voor burgers al geldende regelbestand.²³¹ Bij concretiserende besluiten vindt een nadere concretisering plaats van een bestaande regel. Bij concretiserende besluiten wordt slechts iets veranderd aan het toepassingsbereik of de werking van reeds bestaande regelgeving en blijft de voor burgers geldende norm ongewijzigd. *Concretiseren zonder nadere normen te stellen betekent dus in feite: het specifiekere aanwijzen van object, plaats tijd of persoon waarop die norm betrekking heeft.*²³²

²³⁰ Munneke 2008 p. 2.

²³¹ Munneke 2008 p. 2.

²³² Munneke 2008, p. 13.

In relatie tot de beschikkingsfiguur betekent dit dat het bij concretiserende besluiten evenals bij de beschikking gaat om de concretisering van een algemene norm. Het verschil is echter dat deze concretisering nog steeds voor een open groep van personen blijft gelden, en niet als bij de beschikking gericht is tot een persoon of een bepaalde groep van personen.

Zoals aangegeven is in de literatuur de vraag naar hoe de verschillende onderdelen van het overkoepelende marktanalysebesluit afzonderlijk nader juridisch zouden kunnen worden gekwalificeerd, aan bod gekomen. De kwalificatie van onderdeel 4 uit het bovenstaande schema, namelijk het opleggen van verplichtingen aan marktpartijen die na onderzoek blijken te beschikken over Amm, levert mijns inziens geen problemen op. De verplichtingen zijn gericht tot één partij, de Amm houder. Er is dan sprake van een persoonsgebonden beschikking. Dit besluit is niet gericht aan een open groep van personen en is daarom niet algemeen van aard. Het derde onderdeel, het vaststellen van Amm, is tevens een beschikking. Het gaat om een besluit gericht aan één specifieke onderneming. Het gaat om een individueel en concreet besluit, een aanwijzingsbesluit.

Het kwalificeren van de onderdelen 1 en 2 roept meer vragen op. Deze onderdelen zouden nader kunnen worden gekwalificeerd als zijnde besluiten inhoudende een Algemeen Verbindende Voorschrift (AVV), als overige besluiten van algemene strekking (b.a.s in enge zin), of als beschikkingen, indien ervan wordt uitgegaan dat het bij elk onderdeel gaat om een beslissing waarbij sprake is van een beoogd rechtsgevolg. Er zou tevens sprake kunnen zijn van handelingen ter voorbereiding van het nemen van een besluit, die niet als rechtshandeling kunnen worden gekwalificeerd. Het zou dan gaan om het verrichten van feitelijke uitvoeringshandelingen in de procedure van de voorbereiding en het nemen van een besluit.²³³ Dit zouden dan handelingen zijn ter voorbereiding van de besluiten tot vaststellen van Amm (onderdeel 3) en het opleggen van verplichtingen (onderdeel 4).

In de literatuur wordt wel gesteld dat een antwoord op de vraag hoe de onderdelen dienen te worden gekwalificeerd niet relevant is, omdat er rechtsbescherming is opengesteld tegen marktanalysebesluiten in zijn geheel, en daarmee de vraag gedekt is door de regelgeving. Dus al zou het gaan om onderdelen die als AVV kunnen worden aangemerkt, hoeft dit niet nader te worden onderzocht, omdat er geen belang is bij de kwalificatie.²³⁴

²³³ Damen e.a. 2005, p. 194-195.

²³⁴ Ottow 2006, p. 136.

De kritiek op markttoezichthouders is gelegen in het feit dat hun taken te breed zijn en te regelgevend.²³⁵ Tevens wordt gesteld dat de term *regulation* niet met *regelgeven* vertaald kan worden. Daarbij is het feit benadrukt dat het niet de bedoeling is geweest om deze regulators regelgevende bevoegdheden toe te kennen. Dit staat op gespannen voet met de democratische rechtsstaat en het legaliteitsbeginsel. Als daarom zou kunnen worden geconcludeerd dat de verschillende onderdelen van een marktanalysebesluit een meer bestuurlijk karakter hebben, omdat het overige besluiten van algemene strekking zijn, en geen AVV's, zou daarmee voor wat betreft marktanalysebesluiten, aan deze kritiek kunnen worden tegemoetgekomen.

De vraag of een onderdeel is aan te wijzen als b.a.s. of een besluit inhoudende een AVV zou mijns inziens in dit licht daarom nog wel relevant kunnen zijn vanwege het feit dat het nemen van een b.a.s. door een bestuursorgaan een meer bestuurlijke taak is dan het vaststellen van een AVV. Dit laatste is ook een bestuurlijke taak, echter met een meer regelgevend karakter.²³⁶

Bij de onderdelen 1 en 2 gaat het om respectievelijk een marktafbakening, en om een dominantieanalyse. In deze fasen verricht de toezichthouder onderzoek naar de markt en bepaald van welke deelmarkten er sprake is en wie een dominante positie inneemt op de verschillende deelmarkten. De toezichthouder heeft deze bevoegdheid op basis van de Telecommunicatiewet. De normen op basis waarvan het college de markten dient af te bakenen zijn specifiek omschreven in verschillende documenten, uitgevaardigd door de Europese wetgever.

De vraag is of er bij het afbakenen van de deelmarkten door de toezichthouder sprake is van handelingen met beoogd rechtsgevolg of van handelingen ter voorbereiding van de twee besluiten die hierboven zijn aangehaald. De marktanalyse wordt in artikel 6b.6 niet aangeduid als zijnde een besluit. Ook wordt de dominantieanalyse niet als besluit aangeduid door de wetgever. Er wordt door de wetgever wel gesproken over een besluit in de zin van artikel 6a.2.eerste lid. In artikel 6a.2 eerste lid gaat het om de vaststelling van Amm en de oplegging van verplichtingen. Artikel 6b.6 heeft het over een besluit als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, en de aan een dergelijk besluit ten grondslag liggende bepaling van de relevante markt, bedoeld in artikel 6a.1, eerste of tweede lid, en het onderzoek van die markt, bedoeld in artikel 6a.1, derde lid.

²³⁵ Zijlstra 2005, p. 6.

²³⁶ Zie ook: Munneke 2008, p. 12.

Verder in artikel 6b.6 wordt de intrekking van verplichtingen specifiek als besluit aangeduid. Tevens wordt een aanwijzing van een onderneming als zijnde partij met Amm ook specifiek als besluit aangemerkt.²³⁷

De wetgever spreekt over de *aan een dergelijk besluit ten grondslag liggende bepaling van de relevante markt en het onderzoek van die markt*. Dit is een teken dat er geen sprake is van besluiten. Dit in tegenstelling tot het aanwijzen van ondernemingen met Amm en het opleggen van verplichtingen, deze handelingen worden door de wetgever wel als besluiten aangeduid.

Indien wordt aangenomen dat er sprake is van uitvoeringshandelingen in de procedure van het voorbereiden en het nemen van een besluit nemen deze feitelijke handelingen een speciale positie in. Het gaat weliswaar om handelingen die niet als rechtshandelingen kunnen worden gekwalificeerd, maar die handelingen vinden plaats als voorbereidings-handelingen van een besluit. Zij zijn daarom ‘direct verbonden’ met het verrichten van de publiekrechtelijke rechtshandeling. Het wordt daarom gerechtvaardigd geacht dat zulke handelen aan dezelfde normen zijn onderworpen als die welke gelden voor het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen.²³⁸

Indien er van wordt uitgegaan dat het rechtsgevolg van de marktanalyses daaruit bestaat dat er een besluit mag worden genomen tot vaststellen van Amm en het opleggen van verplichtingen, zou men ertoe kunnen overgaan om te bepalen of er sprake is van een AVV of een b.a.s. Duidelijk is dat de besluiten algemeen zijn, gericht tot een open groep van ondernemingen. De vraag dient dan gesteld te worden of de normen die gehanteerd worden bij de marktafbakening en analyse in de Tw en Europese wetgeving (AVV's) zijn opgenomen, en slechts door de OPTA worden toegepast zonder nieuwe normen te stellen of dat de OPTA zelfstandig nieuwe normen in de besluiten van de marktafbakening en de marktanalyse opneemt. Heeft de OPTA de ruimte om nieuwe normen te stellen?

Om deze vraag te beantwoorden dient de wetgeving te worden geanalyseerd (en de besluiten door OPTA genomen). Echter indien de terminologie van de wetgever wordt uitgegaan, van de wettekst, en er mijns inziens in fase 1 en 2 nog geen directe sprake is van een verandering in de rechtsposities van de ondernemingen lijkt het meer voor de hand liggen uit te gaan van feitelijke voorbereidingshandelingen.

²³⁷ Artikel 6a.16 Tw en artikel 6a.18 Tw.

²³⁸ Damen e.a. 2005, p. 195-196.

2.6.5 Handhavingsbevoegdheden

HOOFDSTUK 12:

Hoofdstuk 12 behandelt geschillenbeslechting. Dit onderwerp staat in dit proefschrift centraal. Voordat deze bevoegdheid in hoofdstuk 3 wordt besproken, komen eerst hoofdstuk 15, dat handelt over de klassieke handhavingsinstrumenten, en hoofdstuk 17 waarin beroepsmogelijkheden worden beschreven ter sprake.

HOOFDSTUK 15 HANDHAVINGSBEVOEGDHEDEN:

Hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet heeft als titel 'Handhaving'. De handhaving van de wetgeving in de telecommunicatiesector wordt bewerkstelligd door middel van controle en het toepassen van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en privaatrechtelijke middelen. De wetgever gaat ervan uit dat in de praktijk het accent ligt op het bestuurlijk instrumentarium, en het strafrechtelijk instrumentarium aan de orde zal zijn als bestuursrechtelijke middelen minder effectief blijken te zijn.²³⁹

In artikel 15.1 van de Telecommunicatiewet is bepaald dat met het toezicht op de naleving van het bepaalde van het bij of krachtens deze wet, de door de minister aangewezen ambtenaren zijn. Het derde lid bepaalt dat het college tevens ambtenaren kan aanwijzen die belast zijn met het toezicht op de naleving. Deze aangewezen ambtenaren zijn toezichthouders in de zin van de Awb, en beschikken op grond van afdeling 5.2 over de verschillende daar genoemde toezichtsbevoegdheden.

Toezichtsbevoegdheden kunnen in een bijzondere wet worden aangevuld of beperkt. In artikel 15.5 staat vermeld dat de in artikel 15.1 bedoelde ambtenaren belast zijn met het onderzoek. In lid 2 is bepaald dat zij ten dienste van het onderzoek beschikken over de bevoegdheden die in paragraaf 15.2 worden genoemd, alsmede de bevoegdheden die in artikel 15.1 zijn toegekend, met inachtneming van de opgenomen beperkingen. In paragraaf 4.6 wordt meer uitgebreid ingegaan op de begrippen toezicht en handhaving. Het zwijgrecht is opgenomen in de Telecommunicatiewet in artikel 15.6 en in de vierde tranche van de Awb.²⁴⁰ Tevens is de bevoegdheid om bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen opgenomen in de Tw. Indien er een overtreding wordt geconstateerd dient daarvan een rapport te worden opgemaakt op grond van artikel 15.8 Tw.

De belanghebbende wordt vervolgens schriftelijk opgeroepen om naar keuze schriftelijk of mondeling zijn zienswijze over het rapport naar voren te brengen. Van belang is dat de werkzaamheden die verband houden met het horen van de

²³⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 51-52; zie ook: Rogier, Hartmann & van der Hulst 2002a, p. 38-39.

²⁴⁰ Artikel 5.0.11 Vierde Tranche Awb.

belanghebbende met betrekking tot het rapport, en de eventueel daarop volgende oplegging van een boetebeschikking door andere personen worden uitgevoerd dan degenen die het rapport hebben opgesteld. Deze taken dienen van elkaar te worden gescheiden.

In artikel 5:20 Awb is de medewerkingsplicht opgenomen. Een ieder dient medewerking te verlenen aan de toezichthouder die zijn werkzaamheden wil uitoefenen. De sanctie op het niet meewerken is gelegen in het strafrecht, in artikel 184 Wbs. Er kan door de wetgever voor worden gekozen om tevens de bevoegdheid tot het inzetten van bestuursrechtelijke middelen tegen deze niet medewerking te verlenen aan de toezichthoudende instantie. In de Telecommunicatiewet is deze bevoegdheid aan de minister en aan het college toegekend. Er kan bij de overtreding van artikel 5:20 Awb een boete worden opgelegd van ten hoogste 450.000 euro.²⁴¹

De bestuursrechtelijke sanctionering, oftewel de handhavingsbevoegdheden, in de Telecommunicatiesector bestaan uit het opleggen van bestuursdwang, een dwangsom, een bestuurlijke boete en –specifiek voor het beleidsterrein frequenties –een zendverbod.

BESTUURSDWANG

Op grond van artikel 15.2 lid 2 heeft OPTA de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen in de daar genoemde bepalingen. Ingevolge artikel 5:21 Awb wordt onder bestuursdwang verstaan:

Het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten.

Bestuursdwang is een bestuurlijke sanctie die strekt tot het ongedaan maken of beëindigen van een overtreding. Het gaat om een sanctie die niet bestraffend is, maar gericht op het ongedaan maken dan wel herstellen van een rechtmatige situatie. Dit wordt een reparatoire- oftewel herstelsanctie genoemd.

In de vierde tranche van de Awb, die nog niet in werking is getreden, is een nieuwe titel opgenomen over handhaving. De definities zijn veranderd en er zijn een aantal extra bepalingen opgenomen. De naam bestuursdwang is gewijzigd in last onder bestuursdwang.

²⁴¹ Artikel 15.4 lid 4 Tw.

DWANGSOM:

Artikel 5:32 lid 1 Awb luidt als volgt:

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

In artikel 5:31 d Vierde Tranche is het volgende bepaald:

Onder last onder dwangsom wordt verstaan: de herstelsanctie inhoudende:

a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en

b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

De last onder dwangsom heeft het karakter van een herstelsanctie. Een dwangsombeschikking heeft niet het karakter van een bestraffende sanctie, maar heeft het doel om naleving van de regelgeving in de toekomst te bewerkstelligen. Als men de situatie rechtens wil herstellen is bestuursdwang een middel dat daarbij kan worden aangewend. Dit kan echter niet tegelijk met de last onder dwangsom. In de praktijk zal moeten worden gekeken naar het meest effectieve handhavingsmiddel.

DE BESTUURLIJKE BOETE:

De OPTA is op grond van artikel 15.4 tweede lid, en artikel 15.4 vierde lid, jo artikel 15.1 derde lid van de Telecommunicatiewet jo. Art 5.0.4 Vt Awb bevoegd een boete op te leggen ten aanzien van een aantal overtredingen in de Telecommunicatiewet. De bevoegdheid van het college van OPTA boetes op te leggen is een middel om de naleving van de Telecommunicatiewet te bevorderen. De bestuurlijke boete is een middel dat de laatste jaren in veel bijzondere rechtsgebieden wordt gehanteerd.

De bestuurlijke boete wordt in de Vierde tranche van de Awb gecodificeerd.²⁴² Onder een bestuurlijke boete wordt verstaan: de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot een geldsom. De boete is een duidelijk middel om naleving van verplichtingen te bewerkstelligen. Er is hier een duidelijk leedtoevoegend element aanwezig, er is sprake van een punitieve, ofwel een bestraffende sanctie.²⁴³ De wet dient te vermelden wat de maximale boete is die kan worden opgelegd.²⁴⁴ In de Telecommunicatiewet is dit maximale bedrag in artikel 15.4 gesteld op 450.000 euro.

²⁴² Titel 5.4.1 Voorontwerp Vierde Tranche Awb.

²⁴³ Artikel 5.0.2 lid 14 sub c Vierde Tranche Awb.

²⁴⁴ Artikel 5.4.1.7 Vierde Tranche Awb

Op grond van haar bevoegdheid boetes op te leggen heeft OPTA beleidsregels opgesteld, die op 30 november 2004 zijn gepubliceerd. Het gaat om de 'beleidsregels boete-toemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet' oftewel: Boetebeleidsregels OPTA.²⁴⁵

In een korte Inleiding wordt duidelijk door OPTA gesteld dat de bevoegdheid van het college boetes op te leggen een middel is om de naleving van de Telecommunicatiewet te bevorderen. Vervolgens wordt gesteld dat de hoogte van de boete in ieder geval moet worden afgestemd op de elementen ernst en duur van de overtreding, alsmede op de verwijtbaarheid van de overtreder

Overtredingen worden in verschillende categorieën onderscheiden. De overtreding kan zijn: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Aan elk van de verschillende kwalificaties is een boetecategorie verbonden met een maximum boete. Vervolgens worden voorbeelden genoemd van de verschillende categorieën.

De boetecategorieën zijn als volgt ingedeeld: In geval van een minder ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal 100.000 euro. In geval van een ernstige overtreding maximaal 300.000 euro. In geval van een zeer ernstige overtreding: 450.000 euro, of indien dat op meer uitkomt, maximaal 10% van de relevante omzet.

Tevens is in de beleidsregels vermeld dat het college bij de vaststelling van de boete zowel boeteverlagende als boeteverhogende omstandigheden kan betrekken. Een voorbeeld van een boeteverhogende omstandigheid is als er sprake is van recidive door dezelfde onderneming ten aanzien van eenzelfde type overtreding. Als boeteverlagende omstandigheid kan worden genoemd de omstandigheid dat de betrokken onderneming uit eigen beweging derden, aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld.

De boetebeleidsregels zien op het bepalen van de hoogte van de boete. Tevens is op 30 november 2004 het procedureoverzicht boeteoplegging van de OPTA bekendgemaakt.²⁴⁶ Dit behoort als bijlage bij de boetebeleidsregels. Het gaat hier om een verduidelijking van de procedure die wordt gevolgd indien wordt geconstateerd dat een overtreding van de Tw heeft plaatsgevonden en het een beboetbare overtreding betreft. Hierin staan bepalingen vermeld over o.a. het onderzoek naar mogelijke overtredingen, de inhoud van het onderzoeksrapport, de hoorzitting het indienen van gegevens en bescheiden, boetebesluiten, de mogelijkheid van

²⁴⁵ (www.opta.nl).

²⁴⁶ *Stcrt.* 2004, 234.

bezwaar en beroep en de betalingstermijn. In afdeling 5.4.2 Vt Awb wordt tevens de procedure gegeven die dient te worden gevolgd alvorens een bestuursorgaan overgaat tot het opleggen van een boete.

In 2008 zijn door de OPTA de boetebeleidsregels aangepast.²⁴⁷ In de OPTA's aangepaste visie omtrent toezicht en handhaving komt de nadruk meer te liggen op preventie. De OPTA zal in haar beleid een sterker accent gaan leggen op het voorkomen van overtredingen. Deze visie is neergelegd in het beleidsdocument 'Visie op toezicht en Handhaving'. Kenmerkend aan deze visie is dat het college in het beginsel vertrouwen heeft in en geeft aan partijen die onder toezicht staan. Indien het vertrouwen door een marktpartij wordt beschaamd treedt de OPTA hard op. Dit is met name het geval indien blijkt dat een 'compliance' programma²⁴⁸ wordt gebruikt als een zogenaamde 'window dressing'.

Een aanvulling in de nieuwe beleidsregels is dan ook te vinden in de boeteverhogende omstandigheden. Als boeteverhogende omstandigheid geldt nu tevens de omstandigheid dat er sprake is van een overtreding door een overtreder die heeft aangegeven te beschikken over een effectieve compliance organisatie met een goed werkend compliance programma, maar waarvan aannemelijk is dat dit compliance-programma weliswaar is opgezet, maar niet of onvoldoende is geïmplementeerd dan wel niet of onvoldoende in de praktijk is toegepast en om die reden niet (in voldoende mate) effectief is. Dit beleid is volgens de OPTA in lijn met de politieke visie op 'high trust', waarbij het uitgangspunt is dat er harder gestraft dient te worden bij beschaamd vertrouwen.

VERBOD AANBIEDEN NETWERK/DIENSTEN:

In artikel 15.2a lid 2 Telecommunicatiewet is bepaald dat het college bevoegd is een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of diensten bij ernstig en herhaaldelijk niet nakomen van de verplichtingen gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1 derde lid gestelde bepalingen, wanneer de krachtens artikel 15.2 of 15.4 opgelegde 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.

Met andere woorden, als na bestuursdwang of een last onder dwangsom, of het opleggen van een boete, de onderneming nog steeds in strijd handelt met een of meer wettelijke bepalingen, kan de OPTA een redelijke termijn bepalen waarbin-

²⁴⁷ *Stcrt.* 2008, 50.

²⁴⁸ Voor een goede naleving van de Telecommunicatiewet is het van belang dat ondertoezicht-gestelden interne organisatie zodanig inrichten dat de naleving van deze regels wordt bevorderd en geborgd, ook wel aangeduid met de term compliance of nalevingsregeling.

nen de onderneming haar werkzaamheden niet langer mag uitoefenen. Dit is een bevoegdheid die alleen kan worden aangewend indien bestuursdwang, of een boete of een last onder dwangsom niet het gewenste effect hebben gehad.

ZENDVERBOD:

De Minister krijgt op grond van artikel 15.3 nog een bevoegdheid toebedeeld, die de OPTA niet bezit. Indien niet wordt voldaan aan de bij of krachtens de Tw gestelde regels ten aanzien van de aanleg of het gebruik van radio-zendapparaten is de Minister bevoegd om aan de houder van een desbetreffend radio-zendapparaat een geheel of gedeeltelijk zendverbod op te leggen.

2.7 Samenvatting

In dit hoofdstuk zijn de ontwikkelingen in de telecommunicatiesector geschetst die hebben geleid tot de huidige situatie en de geldende regelgeving in de sector. Eind jaren '70 zijn de Lidstaten begonnen met het onderhandelen over een nieuw Europees telecommunicatiebeleid. Er is op basis van die onderhandelingen besloten de nationale monopoliestructuren op te heffen en de nationale markten te liberaliseren en te harmoniseren. In dit kader zijn talloze richtlijnen uitgevaardigd.

Gebleken is dat de telecommunicatiesector wordt gekenmerkt door een grote hoeveelheid aan regelgeving. Het gaat om regels die zijn gericht op het openbreken en concurrerend maken van de markt. Op de voormalige staatsbedrijven rusten extra verplichtingen tot het verlenen van toegang tot hun netwerk, zodat concurrentie mogelijk wordt gemaakt.

Vervolgens is de huidige Europese regelgeving weergegeven. Deze regelgeving speelt in op de nieuwe situatie die is ontstaan op basis van de voorgaande regels, op grond waarvan een bepaalde mate van concurrentie op de markt is bewerkstelligd. Het gaat om een pakket van vijf richtlijnen, ook wel het 'telecompakket' genoemd. Aan de hand van het oude regelgevingskader is de telecommunicatiemarkt voor een groot deel opengebroken. De nieuwe regelgeving is toegespitst op de nieuwe situatie die is ontstaan op de markt. Tevens wordt in de nieuwe regelgeving rekening gehouden met de technologische ontwikkelingen die in de sector hebben plaatsgevonden. Er is een kader opgesteld dat techniekonafhankelijker is dan het oude.

Om dit proces van het openbreken van de markt in de juiste banen te leiden dienen op grond van de richtlijnen National Regulatory Authorities (NRA's) te worden ingesteld. Als Nederlandse vertaling van National Regulatory Authority wordt gesproken van Nationale regelgevende instantie. Dit is niet juist, aangezien de

NRA's geen regelgevende bevoegdheden hebben toegekend gekregen. Beter is het te spreken over Nationale Regulerende Instanties, of de term onvertaald te laten.

Deze NRA's zien erop toe dat de regels worden nageleefd. Deze NRA's dienen onafhankelijk van de markt en de politiek te zijn om hun taken goed te kunnen uitoefenen. In Nederland is de OPTA als nationale toezichthouder aangewezen in de telecommunicatiesector. De OPTA heeft de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan. Dit houdt in dat de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt is en dat de OPTA een grote mate van vrijheid heeft ten opzichte van de politiek. De NRA's zijn op grond van de Europese richtlijnen uitgerust met een veelheid aan taken en bevoegdheden. Deze bevoegdheden verschillen onderling sterk.

In dit onderzoek ligt de nadruk op de bevoegdheid die de OPTA heeft op basis van de artikelen 6.2 en 12.1 van de Telecommunicatiewet. In deze artikelen krijgt de OPTA de bevoegdheid toegekend geschillen te beslechten tussen twee ondernemingen die onderling niet tot een overeenkomst kunnen komen over interconnectie of een andere vorm van toegang. Deze bevoegdheid is te herleiden tot artikel 20 van de Kaderrichtlijn. Ze wordt in het volgende hoofdstuk onderzocht. In deze Kaderrichtlijn zijn, naast de bevoegdheid tot geschilbeslechting, een aantal relevante begrippen opgenomen, waaronder het begrip NRA en het begrip Aanmerkelijke marktmacht (Amm). Deze begrippen zijn nader uitgewerkt in documenten van de EU.

Of er sprake is van Amm dient te worden vastgesteld aan de hand van een marktanalyseprocedure. Deze marktanalyseprocedure uit de Europese richtlijnen is geïmplementeerd in hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet. Eerst is er een overzicht gegeven van de Europese regels omtrent deze procedure, vervolgens van de artikelen uit de Telecommunicatiewet waarin de procedure is overgenomen. De OPTA dient op basis van de door de Commissie uitgevaardigde documenten markten te bepalen en vervolgens binnen die markten een analyse uit te voeren. Uit die analyse blijkt welke markten concurrerend zijn en welke niet. Indien uit dit onderzoek blijkt dat een bepaalde markt niet concurrerend is, dient de OPTA te onderzoeken welke onderneming op die markt Amm bezit. Indien de OPTA ondernemingen met Amm heeft aangewezen, kan zij aan hen passende en proportionele verplichtingen opleggen. De verplichtingen die de OPTA kan opleggen staan limitatief opgesomd in de Telecommunicatiewet.

Op grond van het besluit aanwijzing toezichthouders wordt bepaald wie de toezichthouders zijn in de zin van de Awb. Door middel van toezichtsbevoegdheden kan worden onderzocht of een onderneming de regels in de telecommunicatiewet naleeft. Om de nakoming van de op ondernemingen rustende verplichtingen te

Hoofdstuk 2

bewerkstelligen staan de OPTA meerdere handhavingsmiddelen ter beschikking. Het gaat om de klassieke handhavingsinstrumenten, zoals de last onder bestuursdwang, last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.

Alle handhavingsbevoegdheden die de OPTA toekomen zijn in dit hoofdstuk besproken. In het volgende hoofdstuk wordt de regelgeving inzake de geschilbeslechtende bevoegdheid tussen ondernemingen onderzocht. In hoofdstuk 6 zal de verhouding tussen de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA in relatie tot de handhavings-bevoegdheden van de OPTA worden onderzocht.

Hoofdstuk 3

De geschilbeslechtende bevoegdheid

In dit hoofdstuk wordt de regelgeving omtrent de bevoegdheid tot geschilbeslechting, die in verschillende sectoren aan bestuursorganen is toegekend, weergegeven. Allereerst wordt de regelgeving omtrent de geschilbeslechtende bevoegdheid in de telecommunicatiesector behandeld. Daartoe wordt in paragraaf 3.1 de oude Europese regelgeving in de telecommunicatiesector aangehaald, waarin deze bevoegdheid is geïntroduceerd. De implementatie van deze oude richtlijnen in de Nederlandse wetgeving komt in paragraaf 3.2 aan de orde.

Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 de huidige Europese regeling omtrent geschilbeslechting weergegeven. In paragraaf 3.4 komt de implementatie van deze bevoegdheid in de huidige Telecommunicatiewet aan de orde. In dit kader wordt in paragraaf 3.5 ingegaan op de door de OPTA vastgestelde beleidsregel ‘Procedure-regeling geschillen en handhaving’. Vervolgens komt in paragraaf 3.6 de geschilbeslechtende bevoegdheid die in andere sectoren aan bestuursorganen is toegekend aan bod.

In paragraaf 3.6.1 wordt daartoe ingegaan op de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA in de postsector. In paragraaf 3.6.2 komen de geschillenregelingen in de Gaswet en de Elektriciteitswet aan bod. In deze regelingen is een geschilbeslechtende bevoegdheid aan de Raad van Bestuur van de NMa toegekend. In paragraaf 3.6.3 wordt de geschilbeslechtende bevoegdheid in de Zorgsector behandeld. Ten slotte wordt in paragraaf 3.6.4 ingegaan op een soortgelijke constructie in de Spoorwegwet. In paragraaf 3.8 zijn de samenvatting en de conclusies van dit hoofdstuk opgenomen.

3.1 De oorsprong van de geschilbeslechtende bevoegdheid in de telecommunicatiesector

In hoofdstuk 2 is het Europese ‘telecompakket’ besproken. Bij deze bespreking kwam naar voren dat in de Kaderrichtlijn, die deel uitmaakt van het huidige Europeesrechtelijke kader in de telecommunicatiesector, regels worden gesteld met betrekking tot het beschikbaar zijn van eenvoudige en transparante procedures voor het beslechten van geschillen tussen aanbieders of ondernemingen die openbare elektronische communicatiediensten of bijbehorende faciliteiten aanbieden. Tevens bevat de richtlijn regels omtrent het beslechten van grensoverschrijdende geschillen

Het vereiste dat voor bepaalde geschillen een toegankelijke procedure moet openstaan is niet nieuw. Dergelijke bepalingen zijn al in eerdere Europese richtlijnen te vinden. De eis is in richtlijn 95/47/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad opgenomen in artikel 4e.²⁴⁹ De Lidstaten hebben op grond van dit artikel de plicht om zorg te dragen voor het beschikbaar en toegankelijk zijn van passende arbitrageprocedures waar partijen gebruik van kunnen maken indien er een onopgelost geschil is ontstaan omtrent de toepassing van bepaalde voorschriften. Het gaat om de voorschriften genoemd in artikel 4e. Deze voorschriften zijn van toepassing op geschillen die betrekking hebben op voorwaardelijke toegang tot televisiediensten. Aan de procedures wordt verder de eis gesteld dat er niet te hoge kosten aan verbonden mogen zijn. Het gaat er om dat deze gemakkelijk toegankelijk zijn, en dat het geschil eerlijk, tijdig en op transparante wijze kan worden beslecht. Benadrukt wordt dat deze procedure een schadeverdering van een der partijen niet uitsluit.

De in het vorige hoofdstuk aangehaalde Interconnectierichtlijn noemt geschillenbeslechting in artikel 9 lid 5.²⁵⁰ Het gaat hier om de bevoegdheid tot geschillenbeslechting bij een geschil tussen ondernemingen met betrekking tot interconnectie. De nationale regelgevende instantie dient op grond van dit artikel op verzoek van één der partijen de nodige stappen te nemen om een eventueel geschil te beslechten. De toezichthouder is verplicht om binnen zes maanden na het aanhangig maken van het geschil een beslissing te nemen. Dit artikel schrijft tevens voor dat bij de beslechting van het geschil een billijk evenwicht gevonden dient te worden tussen de legitieme belangen van beide partijen.

Daarbij dient de toezichthouder rekening te houden met een hele reeks van punten die in het artikel zijn opgesomd. Het gaat om: -de belangen van gebruikers, -aan de partijen opgelegde reglementaire verplichtingen of beperkingen, -de wenselijkheid van het aanbod van innovatieve oplossingen op de markt te stimuleren en de gebruikers een breed scala van telecommunicatiediensten op nationaal en Gemeenschapsniveau te bieden, - de beschikbaarheid van andere, technisch en commercieel levensvatbare oplossingen voor de aangevraagde interconnectie, - de wenselijkheid te zorgen voor overeenkomsten betreffende gelijke toegang, - de noodzaak de integriteit van het openbaar telecommunicatienetwerk en de interoperabiliteit van diensten in stand te houden, - de aard van de aanvraag in verhouding tot de middelen die ter voldoening aan de aanvraag beschikbaar zijn, - de relatieve marktposities van de partijen, - het algemeen belang (bijvoorbeeld milieube-

²⁴⁹ Richtlijn 95/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995, inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen, (*PbEG* 1995, L 281/51).

²⁵⁰ Richtlijn 97/33/EG (*PbEG* 1997, L 199/32).

scherming), - de bevordering van de mededinging, - de noodzaak een universele dienst in stand te houden.

Het besluit dient volgens de nationale procedures bekend te worden gemaakt. Tevens rust er een motiveringsplicht op de nationale regelgevende instantie. Het besluit dient voor de betrokken partijen uitvoerig met redenen te worden omkleed. In lid 6 wordt nog vermeld dat NRI's als uiterste maatregel van ondernemingen kunnen eisen interconnectie tot stand te brengen ten behoeve van ondernemingen die nog geen interconnectie tot stand hebben kunnen brengen.

De voorwaarden die door een NRI mogen worden opgelegd aan partijen, mogen onder meer betrekking hebben op technische voorwaarden, op tarieven, op leverings- en gebruiksvoorwaarden en op het behoud van eind tot eind kwaliteit van de dienst. De NRI mag ook termijnen stellen waarbinnen de interconnectieovereenkomst moet zijn voltooid. Wanneer binnen deze termijn geen overeenkomst tot stand komt, neemt de NRI stappen om een overeenkomst tot stand te brengen volgens de procedures die zij zelf heeft vastgesteld.

De ONP-spraaktelefonierichtlijn noemt de geschilbeslechtende bevoegdheid van een toezichthouder in artikel 26.²⁵¹ Dit artikel gaat over de beslechting van geschillen op nationaal niveau door de NRI die zijn gerezen op grond van bepalingen uit de richtlijn. Hier wordt de eis gesteld dat ondernemingen recht hebben op een procedure tot geschilbeslechting door de toezichthouder of een andere onafhankelijke instantie. Tevens wordt voorgeschreven dat deze procedures laagdrempelig moeten zijn en in beginsel dient er sprake te zijn van goedkope procedures. Er dient tevens een billijke, vlotte en transparante beslechting van geschillen plaats te vinden. In dit artikel wordt tevens de eis gesteld dat er voor gebruikers procedures openstaan om bij de NRI een geschil te beslechten.

Tot slot wordt in dit kader genoemd de ONP-huurlijnenrichtlijn uit 1992.²⁵² Hier is reeds een bepaling opgenomen omtrent de bevoegdheid van NRI's tot het verlenen van instemming omtrent het wijzigen van bepaalde voorwaarden die door een onderneming worden gehanteerd met betrekking tot de levering van huurlijnen. De NRI's dienen procedures vast te stellen waarbij zij binnen de kortst mogelijke termijn de ondernemingen toestemming verlenen. De lidstaten zorgen dat deze procedures een doorzichtig besluitvormingsproces met volledige eerbiediging van de rechten van betrokken partijen waarborgen. Beide betrokken partijen

²⁵¹ Artikel 26 van Richtlijn 98/10/EG (ONP-spraaktelefonierichtlijn), (*PbEG* 1998, L 101/24).

²⁵² Zie paragraaf 2.2.3.

dienen te worden gehoord en de bepaling doet niets af aan de mogelijkheid van de partijen zich tot de rechter te wenden.²⁵³

3.2 De implementatie van de geschilbeslechtende bevoegdheid in de Telecommunicatiewet 1998

De bevoegdheid tot geschilbeslechting was reeds in de WTV geïmplementeerd. In artikel 4c was bepaald dat aan de OPTA een interconnectiegeschil kon worden voorgelegd. Indien partijen onderling geen overeenstemming kunnen bereiken over de voorwaarden waaronder de koppeling tussen telecommunicatie- infrastructuur zal plaatsvinden, of indien de concessiehouder weigert een aanbod tot interconnectie te doen, kan daaromtrent een oordeel aan het college worden gevraagd.

De bevoegdheid tot geschilbeslechting uit de Europese richtlijnen is vervolgens in de Telecommunicatiewet van 1998 door de Nederlandse wetgever opgenomen. De wetgever heeft er toen voor gekozen om de geschilbeslechtende bevoegdheid die de OPTA op grond van de verschillende richtlijnen toebedeeld had gekregen per onderwerp te regelen in afzonderlijke artikelen en geen algemene bepaling omtrent geschilbeslechting op te nemen. De geschilbeslechtende bevoegdheid is per onderwerp is opgenomen in artikel 3.11 lid 1, artikel 5.3 lid 2, artikel 5.10, artikel 6.3, artikel 6.9, artikel 7.7 artikel 8.6 en artikel 8.7.

In artikel 3.11 lid 1 is bepaald dat de houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die bestemd is voor het aanbieden van openbare telecommunicatie-netwerken of diensten over en weer verplicht zijn tot het delen van antenne-opstelpunten. Dit wordt ook site sharing genoemd. Door middel van dit artikel is door de wetgever beoogd te voorkomen dat er meer opstelpunten worden gerealiseerd dan noodzakelijk is. Vandaar dat dit artikel voorschrijft dat vergunninghouders tegen een redelijke vergoeding gebruik mogen maken van elkaars antenne-opstelpunten.²⁵⁴ Artikel 3.11 lid 4 bepaalt dat het college de bevoegdheid heeft om op aanvraag van één der partijen regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden indien de houders als bedoeld in lid 1 onderling geen overeenstemming bereiken over het medegebruik.

De geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA is beperkt tot situaties waarin de vergunninghouders geen overeenstemming hebben kunnen bereiken. Het artikel biedt dan ook geen grondslag om regels vast te stellen betreffende vergoedin-

²⁵³ Artikel 8 ONP- huurlijnenrichtlijn.

²⁵⁴ Geus & Zwenne 2001, p. 52.

gen indien nog geen sprake was van een geschil. Er dient voldoende te zijn onderhandeld door partijen alvorens er een aanvraag kan worden gedaan bij de OPTA.²⁵⁵

In artikel 5.1 is bepaald dat een ieder verplicht is de aanleg en instandhouding van kabels voor een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk in of op openbare gronden te gedogen. In artikel 5.3 lid 1 wordt voorgeschreven dat, indien een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk het voornemen heeft werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg en instandhouding van kabels, hij dient te streven naar overeenstemming over de plaats en wijze van uitvoering van het werk met degene op wie de gedoogplicht rust.

Indien er geen overeenstemming wordt bereikt, geeft de aanbieder van het netwerk aan degene op wie de gedoogplicht rust een schriftelijke kennisgeving van de plaats en wijze waar de werkzaamheden zullen plaatsvinden. Indien degene op wie de gedoogplicht rust, bedenkingen tegen die kennisgeving heeft, kan hij het college verzoeken om een beschikking te geven. Partijen dienen te streven naar overeenstemming, wordt dit echter niet bereikt na onderhandelingen, kan aan de OPTA het verzoek worden gedaan een beschikking te geven binnen acht weken na ontvangst van het verzoek.

Artikel 6.1 lid 1 bevat 'de interconnectieverplichting'. Op grond van dit artikel dienen aanbieders in Nederland zorg te dragen voor interconnectie van betrokken telecommunicatienetwerken, teneinde ervoor te zorgen dat de daarop aangesloten gebruikers over en weer met elkaar kunnen communiceren. Er wordt een algemene plicht geformuleerd om met elkaar in onderhandeling te treden om interconnectie tussen de betrokken netwerken tot stand te brengen.

In artikel 6.3 lid 1 wordt vervolgens bepaald, dat indien aanbieders geen overeenkomst tot stand brengen als bedoeld in artikel 6.1, het college op aanvraag van een of meer van hen de regels kan vast stellen die tussen hen zullen gelden. Het gaat dan om geschillen ten aanzien van nog te sluiten overeenkomsten. Op grond van lid 2 kunnen aanbieders tevens een geschil voorleggen aan de OPTA over de vraag of een bepaling in een reeds tussen hen bestaande overeenkomst inzake interconnectie of bijzondere toegang of de wijze waarop deze wordt uitgevoerd, strijdig is met het bepaalde bij of krachtens de wet. In dergelijke gevallen worden de geschillen door de OPTA beslecht. De laatste volzin van lid 2 luidt: 'In voorkomende gevallen treden bedoelde regels in de plaats van tot dan toe bestaande verbintenissen'. Aan dit punt wordt in hoofdstuk 4 nader aandacht besteed.

²⁵⁵ Geus & Zwenne 2001, p. 53.

Met betrekking tot de aanvragen als bedoeld in het eerste en het tweede lid geldt dat het college binnen zes maanden na de datum van de aanvraag een beslissing dient te nemen. In spoedeisende gevallen krijgt het college de bevoegdheid toebedeeld om een voorlopig besluit te nemen, dat tussen de betrokken aanbieders geldt tot het definitieve besluit is vastgesteld.

Een interessant punt met betrekking tot het toetsingskader van de OPTA bij het beslechten van geschillen op basis van het eerste lid van artikel 6.3, is dat volgens de wetgever de OPTA in individuele geschillen omtrent de totstandkoming van de betrokken overeenkomsten kan toetsen aan de civielrechtelijke norm van de redelijkheid en de billijkheid zoals deze geldt in de precontractuele fase. De wetgever meent dat de algemene norm van de redelijkheid en de billijkheid tevens van toepassing is bij beoordeling van geschilpunten door de OPTA over de tot stand te brengen interconnectie of de bijzondere toegang.²⁵⁶ Ook de vraag welke normen de OPTA dient toe te passen met betrekking tot geschilbesluiten komt in hoofdstuk 4 aan de orde. Daar wordt tevens dit standpunt van de wetgever omtrent het toetsen door de OPTA aan de redelijkheid en billijkheid onderzocht.

Door de OPTA kunnen beleidsregels worden vastgesteld over de wijze waarop geschillen over interconnectie zullen worden beslecht. Daarin ligt veelal een oordeel besloten over de redelijkheid van de verzochte interconnectie. De OPTA heeft tevens procedureregels vastgesteld op basis van dit artikel. Deze regeling is een beleidsregel in de zin van de Awb, en wordt in paragraaf 4 van dit hoofdstuk behandeld.

In artikel 6.9 lid 1 staat dat aanbieders dienen te voldoen aan alle redelijke verzoeken tot bijzondere toegang. De wetgever verstaat onder het begrip bijzondere toegang: de toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkpunten die door de meeste gebruikers worden aangeboden.²⁵⁷ Deze plicht tot het verlenen van bijzondere toegang rust op die partijen die zijn aangewezen als partijen met aanmerkelijke marktmacht. Er dient toegang te worden verleend indien er sprake is van redelijke verzoeken. In artikel 6.9 lid 2 wordt bepaald dat artikel 6.3 hier van overeenkomstige toepassing is, wat inhoudt dat de OPTA tevens een geschil kan beslechten dat handelt over bijzondere toegang. De OPTA dient te onderzoeken of een verzoek tot bijzondere toegang 'redelijk' is. Naast de uitspraken in individuele geschillen kan door de OPTA ook in beleidsregels worden aangegeven in hoeverre zij een bepaald verzoek tot bijzondere toegang redelijk zal achten in het kader van toekomstige geschillen.

²⁵⁶ Van Breugel & Daalder 1999, p. 292.

²⁵⁷ Artikel 1j Telecommunicatiewet (oud).

Uit artikel 7.7 is af te leiden dat partijen zich bij een onopgelost geschil met een telecommunicatie-aanbieder over een door deze aanbieder genomen maatregel tot de OPTA kunnen wenden. Dit zal meestal gaan over de beëindiging van het aanbod van huurlijnen. Als gevolg van deze beëindiging kan een gebruiker schade lijden. De partij die verzoekt om een oordeel in het geschil, de aanvrager, dient in zijn verzoekschrift te specificeren door welke handeling van de wederpartij schade is veroorzaakt. De aanvraag dient verder te voldoen aan de voorwaarden die in de Awb zijn genoemd.

In artikel 7.8 wordt aan de OPTA de bevoegdheid toegekend om de regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden, indien er sprake is van een geschil als bedoeld in artikel 7.7. De OPTA heeft deze mogelijkheid indien zij vaststelt dat een maatregel die is genomen door een in artikel 7.7 bedoelde aanbieder onredelijk is. De vaststelling van regels kan slechts betrekking hebben op een geschilpunt dat door de aanvrager aanhangig is gemaakt.²⁵⁸

Artikel 8.6 gaat het over aanwijzingen aan aanbieders van systemen van voorwaardelijke toegang. Er is in dit artikel bepaald dat de OPTA bevoegd is om bindende aanwijzingen te geven aan een aanbieder van een systeem voor voorwaardelijke toegang, indien zij van mening is dat de wijze waarop de aanbieder transportcapaciteit verdeelt, of tarieven en andere leveringsvoorwaarden vaststelt, niet in overeenstemming is met de regels die hieromtrent gelden. Een aanbieder is volgens het tweede lid verplicht een dergelijke aanwijzing op te volgen.

Artikel 8.7 handelt over geschillen bij toegang tot omroepnetwerken. In dit artikel is bepaald dat indien de aanbieder van een omroepnetwerk en de aanbieder van een programma geen overeenstemming bereiken over de toegang van het aangeboden programma tot het desbetreffende omroepnetwerk het college op verzoek van de aanbieder van het programma ter zake bindende aanwijzingen kan geven. De OPTA beslist in de vorm van een aanwijzing welke door de aanbieder van een omroepnetwerk verplicht moet worden opgevolgd. Een dergelijke aanwijzing is een besluit in de zin van de Awb.

In elk van de artikelen is een verschillende terminologie gehanteerd. In artikel 6.3 wordt gesproken over 'het stellen van regels tussen partijen' indien zij onderling niet tot een overeenkomst kunnen komen. In artikel 5.3 lid 2 staat dat aan het college kan worden verzocht om 'een beschikking te nemen'. In artikel 7.7 wordt gesproken over 'een oordeel vragen' aan het college. Vervolgens is in 7.8 bepaald dat het college 'de regels vast kan stellen' die terzake tussen de aanbieder en de vrager

²⁵⁸ Huisjes 2001, p. 120.

van het oordeel zullen gelden. In artikel 8.6 staat dat er aanwijzingen kunnen worden gegeven door de OPTA die verplicht dienen te worden opgevolgd (lid 2) en artikel 8.6 meldt tenslotte, dat het college op verzoek bindende aanwijzingen kan geven.

Uit het bovengaaende overzicht van de artikelen uit de Tw 1998 waar de geschilbeslechtende bevoegdheden van de OPTA zijn opgenomen, blijkt dat er niet een duidelijk procedureel kader door de wetgever is gegeven dat gehanteerd dient te worden bij geschilbeslechting. Daarnaast blijft het vaag welke toetsingsnormen de OPTA dient te hanteren. Deze zijn niet scherp uiteengezet. Dit constateert ook *Ottow* in haar pre advies.²⁵⁹ Zij stelt dat de bevoegdheden en toetsingsnormen slechts marginaal zijn vastgelegd.

De Ru stelt met betrekking tot de geschilbeslechtingsprocedure in artikel 6.3 dat deze te ruim is en te veel beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid aan de OPTA laat, hetgeen niet past bij de status van een zbo. *De Ru* constateert dat zolang de wet de toezichthouder onvoldoende specifieke normen biedt deze onbevoegd zou zijn.²⁶⁰ *Ottow* is het hier niet mee eens.²⁶¹ Zij stelt dat de OPTA ruimte nodig heeft en flexibele wettelijke bepalingen om op de dynamische markt te kunnen inspelen. Ten opzichte van artikel 8.7 stelt *de Ru* dat op basis van dit artikel de OPTA geen vergaande bevoegdheden heeft, en zij in de praktijk de grenzen overschrijdt.

In de jurisprudentie heeft constant de vraag gespeeld naar hoe ruim de geschilbeslechtende bevoegdheden van de OPTA op basis van de Tw 1998 waren. Dit hangt samen met het onduidelijke wettelijke kader omtrent deze bevoegdheden. *Ottow* heeft gepleit voor een algemene regeling omtrent de bevoegdheid tot geschilbeslechting.²⁶² De regeling per onderwerp zou als nadeel hebben dat vanwege de techniekafhankelijkheid sommige nieuwe ontwikkelingen niet binnen de bevoegdheid van de OPTA zouden vallen. Dit is nadelig voor de marktontwikkeling.

In paragraaf 5.3 staat de vraag hoeveel ruimte aan de OPTA toekomt bij de uitoefening van haar bevoegdheid tot geschilbeslechting, waarbij aandacht wordt besteed aan het wettelijke kader en de jurisprudentie, centraal. In de hoofdstukken 5 en 6 wordt tevens ingegaan op de vraag of de huidige wettelijke regeling omtrent geschilbeslechting volstaat, of dat er nadere regels noodzakelijk zijn.

²⁵⁹ Ottow 2003, p. 211.

²⁶⁰ De Ru 2001, p. 347.

²⁶¹ Ottow 2003, p. 214.

²⁶² Ottow 2003, p. 225- 226.

In paragraaf 5.2 wordt in het kort ingegaan op het legaliteitsbeginsel in samenhang met de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA. Er is, zoals reeds aangegeven, discussie over de vraag hoeveel vrijheid aan een zelfstandig bestuursorgaan kan worden toegekend. Deze vraag valt niet binnen het bereik van dit onderzoek en wordt om die reden slechts kort weergegeven en verder in het midden gelaten.²⁶³ In de volgende twee paragrafen wordt de huidige regelgeving met betrekking tot de geschilbeslechtende bevoegdheid behandeld.

3.3 De huidige Europese regeling:

In de Kaderrichtlijn die deel uit maakt van de ONP-review richtlijnen is de bepaling omtrent geschillenbeslechting tussen ondernemingen opgenomen in één artikel dat een algemene regeling geeft, namelijk artikel 20.

Dit artikel luidt als volgt:

Artikel 20: Beslechting van geschillen tussen ondernemingen

1. *Wanneer op een onder deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen vallend gebied een geschil in verband met de verplichtingen ontstaat tussen ondernemingen die elektronische communicatiewerken of -diensten aanbieden in een lidstaat, neemt de betrokken nationale regelgevende instantie op verzoek van een van beide partijen en zonder afbreuk te doen aan de bepalingen in lid 2, een bindend besluit om het geschil te beslechten, en wel zo spoedig mogelijk of in ieder geval binnen vier maanden, met uitzondering van uitzonderlijke omstandigheden. De betrokken lidstaten zorgen ervoor dat alle partijen volledig met de nationale regelgevende instanties samenwerken.*
2. *De lidstaten kunnen bepalen dat de nationale regelgevende instanties kunnen besluiten een geschil niet op te lossen door middel van een bindend besluit wanneer er andere mechanismen bestaan, met inbegrip van bemiddeling, die beter zouden bijdragen tot het tijdige beslechten van het geschil overeenkomstig artikel 8. De nationale regelgevende instantie stelt de partijen daarvan onverwijld in kennis. Indien het geschil na 4 maanden niet is beslecht en indien het geschil door de eisende partij nog niet voor de rechter is gebracht, neemt de regelgevende instantie op verzoek van een van de partijen een bindend besluit om het geschil zo spoedig mogelijk, en in ieder geval binnen 4 maanden, te beslechten.*
3. *Bij het beslechten van een geschil laat de nationale regelgevende instantie zich leiden door het nastreven van de doelstellingen van artikel 8. De verplichtingen die de nationale regelgevende instantie aan een onderneming oplegt in het kader van het op-*

²⁶³ Dit onderwerp is nader uitgewerkt door o.a. Lavrijssen (2006).

lossen van een geschil moeten voldoen aan de bepalingen van deze richtlijn of van de bijzondere richtlijnen.

- 4. Het besluit van de nationaal regelgevende instantie wordt openbaar gemaakt, met inachtneming van het zakengeheim. Het besluit dient door de betrokken partijen volledig met redenen te worden omkleed.*
- 5. De procedure van de leden 1, 3 en 4 laat het recht van elk der partijen om bij de rechterlijke instanties een procedure in te leiden, onverlet.*

In artikel 20 is een algemene regeling gegeven. In het eerste lid wordt gesproken over ‘wanneer op een gebied een geschil in verband met verplichtingen ontstaat tussen ondernemingen’. Hier is een duidelijk verschil zichtbaar met de vorige richtlijnen, waar per afzonderlijk onderwerp een geschilbeslechtende bevoegdheid was terug te vinden in verschillende artikelen.

In dit artikel vindt er een wijziging plaats met betrekking tot de termijn waarin een geschil dient te worden beslecht door de toezichthouder. Deze was 6 maanden onder de oude richtlijnen, en de nieuwe richtlijnen spreken over een termijn van 4 maanden waarin de toezichthouder een besluit inzake het geschil dient te hebben genomen. Deze wijziging hangt samen met het bespoedigen van de doorlooptijden in de Lidstaten. Snelle beslissingen in de telecomunicatiesector zijn van groot belang om concurrentie te bewerkstelligen. Partijen hebben behoefte aan een snelle definitieve beslissing, en daarmee rechtszekerheid.²⁶⁴

Van groot belang is tevens hetgeen in lid 2 is opgenomen. Op basis van deze bepaling kunnen de Lidstaten bepalen om naast een geschilbeslechtende bevoegdheid aan de NRI toe te kennen, de NRI de mogelijkheid te bieden om het geschil niet op basis van deze bevoegdheid op te lossen. Er kan door de NRI dan ook worden gekozen voor andere mechanismen van geschilbeslechting. Geschilbeslechting door de NRI is dan ook geen verplichting voortvloeiend uit de Kaderrichtlijn.

3.4 De implementatie in de Telecommunicatiewet 2004

Eerder in dit onderzoek is reeds vermeld dat de ONP- Review richtlijnen door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd zijn in de Telecommunicatiewet van 2004. De geschilbeslechtende bevoegdheid die de OPTA voor verschillende onderwerpen toebedeeld heeft gekregen is, met uitzondering van interconnectie en geschillen met betrekking tot de aanleg en instandhouding van kabels, in één al-

²⁶⁴ Zie ook paragraaf 6.2.

gemeen artikel samengevoegd (artikel 12.2), dit met het oog op het tot stand brengen van een éénduidig stelsel van geschillenbeslechting.

In artikel 6.1 is bepaald dat partijen met elkaar in onderhandeling dienen te treden omtrent toegang of interconnectie met het oog op het sluiten van een overeenkomst. Partijen dienen met elkaar in onderhandeling te treden omtrent het verlenen van interconnectie, zodat eind- tot eindverbindingen tot stand kunnen komen. In artikel 6.2 is de mogelijkheid tot geschilbeslechting met betrekking tot geschillen die rijzen met betrekking tot de onderhandelingen als bedoeld in artikel 6.1 opgenomen. *Ottow* merkt op dat niet duidelijk is waarom de geschillenprocedure met betrekking tot interconnectie niet ook in artikel 12.2 is opgenomen. Volgens haar zou dit de eenvormigheid ten goede komen en tevens toekomstige discrepanties tussen de bevoegdheid op basis van artikel 12.2 en die op basis van artikel 6.1 voorkomen.²⁶⁵ Het is inderdaad onduidelijk waarom de bevoegdheid inzake het beslechten van interconnectiegeschillen in een afzonderlijk artikel is opgenomen.

Artikel 6.2 luidt als volgt:

Artikel 6.2

1. *Indien de onderhandelingen, bedoeld in artikel 6.1 niet resulteren in een overeenkomst tussen de in dat artikel bedoelde aanbieders, kan het college op aanvraag van een van hen, voorzover naar het oordeel van het college verdere onderhandelingen redelijkerwijs niet meer zullen leiden tot een overeenkomst, de andere betrokken aanbieder, voorzover deze daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, verplichten de door de aanvrager gewenste eind-tot eindverbindingen tot stand te brengen en te waarborgen onder door het college te bepalen voorwaarden, indien het college van oordeel is dat de belangen van de andere aanbieders die ertoe geleid hebben dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen redelijkerwijs niet opwegen tegen de belangen van de indiener van het verzoek.*
2. *Het college kan voorts ambtshalve, al dan niet in het kader van een aanvraag als bedoeld in het eerste lid, aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij toegang tot eindgebruikers controleren, verplichtingen opleggen met betrekking tot het tot stand brengen van en waarborgen van eind-tot eindverbindingen, indien dit in het voorliggende geval in het licht van de doelstellingen, bedoeld in artikel 1.3 gerechtvaardigd is.*
3. *Van een besluit in het eerste of tweede lid wordt mededeling gedaan in de Staatscourant.(...).*

²⁶⁵ *Ottow* 2003, p. 225.

Indien onderhandelingen over interoperabiliteit niet resulteren in een overeenkomst, kan één van de partijen een aanvraag doen bij het college ter beslechting van het geschil. Het college kan een partij vervolgens verplichten om eind- tot eind verbindingen tot stand te brengen. Dit is mogelijk indien het college van mening is dat verdere onderhandelingen niet zullen leiden tot een overeenkomst. Op basis van artikel 6.1 lid 3 kan het college voorschriften geven aan partijen met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden. Het college gaat er dan vanuit dat verdere onderhandelingen nog wel kunnen resulteren in een overeenkomst.

Dit is mogelijk indien een onderneming die van mening is dat een andere aanbieder jegens hem de verplichting tot onderhandelen niet nakomt een aanvraag indient. Het recht van partijen om de onderhandelingen te beëindigen blijft bestaan. De betrokken aanbieders dienen zich aan de door het college gegeven voorschriften te houden. In dit artikel is reeds een mogelijkheid van de toezichthouder om zich te mengen in een geschil tussen ondernemingen te vinden. Het gaat met name om een inmenging met betrekking tot de te volgen procedure.

Tevens kan het college voorwaarden bepalen die in acht dienen te worden genomen, zodat de eind- tot eindverbindingen worden gewaarborgd. Het college kan ook ambtshalve beslissen om verplichtingen op te leggen met betrekking tot het tot stand brengen van interconnectie. Deze mogelijkheid bestaat indien dit in het licht van de doelstellingen genoemd in artikel 1.3 gerechtvaardigd is volgens het college.

In artikel 6.4 is de eis gesteld dat de voorschriften die het college kan geven op basis van artikel 6.1 lid 3 en de verplichtingen die het kan opleggen op grond van artikel 6.2 moeten voldoen aan een aantal genoemde criteria. De verplichtingen dienen objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend te zijn. In tegenstelling tot het artikel omtrent geschilbeslechting met betrekking tot interconnectie, artikel 6.3 Tw 1998, dat in de vorige paragraaf is besproken, is in artikel 6.2 niet expliciet bepaald dat het college in spoedeisende gevallen voorlopige besluiten zou kunnen nemen.

Ottow pleit ervoor dat de wetgever dit wel opneemt, omdat nu de suggestie zou kunnen worden gewekt dat de OPTA hier geen bevoegdheid toe zou hebben, wat onwenselijk is aangezien de OPTA in de praktijk deze bevoegdheid wel degelijk blijkt nodig te hebben om snel en efficiënt te kunnen optreden.²⁶⁶ Tevens zien we in vergelijking tot het oude artikel een wijziging in terminologie.

²⁶⁶ *Ottow* 2003, p. 226.

Naast een specifieke bevoegdheid met betrekking tot interconnectie is er een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid in de wet opgenomen.

Artikel 12.2 luidt als volgt:

- 1. Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.*
- 2. Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid, wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.*
- 3. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing indien een geschil is gerezen tussen degenen, bedoeld in artikel 3.11, vierde lid, dan wel tussen een aanbieder en een derde als bedoeld in artikel 5.12, tweede lid.*
- 4. Met uitzondering van geschillen op grond van artikel 5.12 is het eerste lid niet van toepassing op geschillen voortvloeiend uit hoofdstuk 5 van deze wet.*
- 5. Indien nummerhouders als bedoeld in artikel 4.2b geen overeenstemming kunnen bereiken over de voorwaarden waaronder de aan hen in gebruik gegeven nummers gezamenlijk in gebruik zullen worden genomen, kan het college op aanvraag van een of meer van hen, voorschriften geven inzake het tot stand brengen van een overeenkomst als bedoeld in artikel 4.2b.*
- 6. Op aanvraag van de gezamenlijke nummerhouders kan het college een besluit als bedoeld in het vijfde lid intrekken.*

Artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet bevat de algemene geschillenregeling. De OPTA heeft een ruimere bevoegdheid tot het beslechten van geschillen dan voorheen. Artikel 12 behelst een algemene regeling voor alle geschillen ter nakoming van wettelijke verplichtingen. In overeenstemming met het eerder genoemde artikel 20 Kaderrichtlijn is in artikel 12 lid 5 opgenomen dat de termijn waarin OPTA een besluit dient te nemen 17 weken na de aanvraag bedraagt. Lid 3 bepaalt

dat in uitzonderlijke gevallen van deze termijn kan worden afgeweken. Deze bepaling is (overgenomen) gebaseerd op artikel 20 lid 1 kaderrichtlijn.

In lid 1 wordt duidelijk dat de OPTA een geschil kan beslechten over de vraag of een marktpartij toegang dient te krijgen tot het netwerk van een andere marktpartij, om op deze manier zijn elektronische communicatiediensten aan te bieden, of over een conflict over het tarief dat die partij dient te betalen aan de andere partij die hem toegang tot zijn netwerk verleent. Het gaat hier om de situatie waarin er nog geen overeenkomst tussen partijen tot stand is gebracht omdat er geen sprake is van overeenstemming.

In lid 2 gaat het om een situatie waarin er wel sprake is van een overeenkomst tussen partijen. Partijen hebben een geschil over de inhoud van de overeenkomst. *Verweij en Sauren* wijzen erop dat het onduidelijk is waarom er door de wetgever voor gekozen is om een onderscheid te maken tussen beide soorten geschillen. Zij duiden de eerste vorm van geschillen aan als 'lid 1 geschillen', en de tweede categorie als 'lid 2 geschillen'.²⁶⁷ In de Europese regelgeving is dit onderscheid niet gemaakt.

De OPTA beschikt op basis van artikel 12.2 over een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid. Op grond dit artikel kunnen alle verplichtingen waar de OPTA toezicht op houdt het onderwerp van een geschil vormen. Daaronder vallen ook geschillen over de interpretatie van Amm verplichtingen. Onder de vorige Telecommunicatiewet was de geschilbeslechtende bevoegdheid slechts voor een aantal specifieke gevallen verleend en per onderwerp in afzonderlijke artikelen de wet opgenomen.

In artikel 12.3 is bepaald dat het college onbevoegd is tot het beslechten van een aan hem voorgelegd geschil, indien de bij dat geschil betrokken partijen het college verzoeken het geschil niet langer te behandelen. Overeenkomstig deze bepaling, oordeelt het CBB, dat indien een geschilbesluit door de rechter is vernietigd, en partijen vervolgens tot een overeenkomst komen, de OPTA geen belang meer heeft bij een hoger beroep tegen de uitspraak van de rechter. Er is dan geen sprake meer van een geschil tussen partijen.

Tevens van belang als we naar de geschillenregeling tussen ondernemingen bezien is dat artikel 20 een kan-bepaling bevat. De Lidstaten kunnen bepalen dat de nationale regelgevende instanties kunnen besluiten een geschil niet op te lossen door

²⁶⁷ Verweij & Sauren 2007, p. 37.

middel van een bindend besluit, indien er andere mechanismen bestaan die beter zouden bijdragen tot het tijdige beslechten van het geschil.

De OPTA heeft een bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen ondernemingen op grond van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet. Dit artikel spreekt van een 'geschil' tussen ondernemingen. De OPTA is slechts bevoegd indien we te maken hebben met een geschil tussen partijen. Van groot belang is dan de vraag wanneer er sprake van een geschil is, aangezien de bevoegdheid van OPTA hier mee samenhangt. Dit punt wordt in hoofdstuk 6 onderzocht

De nationale wetgever heeft met andere woorden op grond van deze richtlijn de keuze gekregen om een geschil door een NRI te laten beslechten of om de NRI voor een ander mechanisme te laten kiezen. Voorbeelden van procedures waar op nationaal niveau voor zou kunnen worden gekozen zijn bemiddeling, arbitrage, of rechtspraak door de burgerlijke rechter. Dit zijn mechanismen die in Nederland gangbaar zijn en waarvan onder bepaalde voorwaarden gebruik van kan worden gemaakt. De Nederlandse wetgever heeft in de Telecommunicatiewet, naast de mogelijkheid van bemiddeling, niet expliciet bepaald dat er naast geschilbeslechting door de OPTA door de toezichthouder ook voor andere wegen kan worden gekozen.²⁶⁸

3.4.1 De ontwerprichtlijnen 2007

In de wijzigingsvoorstellen die zijn voorgelegd aan het Europese Parlement door de Europese Commissie is opgenomen dat artikel 20 lid 1 Kaderrichtlijn wordt vervangen door:

Artikel 20:

1. Wanneer op een onder deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen vallend gebied een geschil in verband met bestaande verplichtingen ontstaat tussen ondernemingen die diensten aanbieden waarbij een van de partijen een onderneming is die elektronische communicatienetwerken of –diensten aanbiedt in een lidstaat, neemt de betrokken regelgevende instantie op verzoek van een van beide partijen en zonder afbreuk te doen aan de bepalingen in lid 2, een bindend besluit om het geschil te beslechten, en wel zo spoedig mogelijk of in ieder geval binnen vier maanden, met uitzondering van uitzonderlijke omstandigheden. De betrokken lidstaten zorgen ervoor dat alle partijen volledig met de nationale regelgevende instantie samenwerken.

²⁶⁸ Zie paragraaf 5.9 over de bevoegdheidsverdeling tussen de OPTA en de civiele rechter. Zie ook hoofdstuk 7, in de Griekse Telecommunicatiewet is wel expliciet een alternatieve procedure opgenomen, namelijk die van arbitrage.

Tussen het huidige artikel en het voorgestelde artikel zijn geen grote verschillen te constateren. De beslistermijn van vier maanden is gelijk aan de termijn die geldt op basis van de huidige regelgeving. In de eerste volzin is een wijziging te constateren, namelijk: tussen ondernemingen waarbij één van de partijen een onderneming is die elektronische communicatiediensten aanbiedt. Hieruit valt af te leiden dat het ook kan aan om geschillen waarbij slechts één partij telecommunicatiediensten aanbiedt.

De overige leden van artikel 20 blijven ongewijzigd. Nieuw is wel dat er na artikel 20 een artikel wordt ingevoegd, artikel 21. Dit artikel handelt over sancties, en hierin wordt bepaald dat de lidstaten regels dienen vast te stellen inzake de sancties die van toepassing zijn op inbreuken op nationale bepalingen die gebaseerd zijn op de Kaderrichtlijn en de overige specifieke richtlijnen. De Lidstaat dient alle maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat deze regels worden toegepast. Omtrent de vastgestelde sancties wordt gezegd dat deze zowel doeltreffend, evenredig en ontmoedigend dienen te zijn. De lidstaten dienen de Commissie in kennis van deze bepalingen en van eventuele latere wijzigingen hiervan.²⁶⁹

Deze bepaling is overeenkomstig Europese vaste jurisprudentie waarin is bepaald dat indien een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling bevat met betrekking tot een overtreding of daarvoor verwijst naar nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de Lidstaten verplicht zijn om alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing te verzekeren. De lidstaten zijn vrij in hun keuze van op te leggen straffen maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.²⁷⁰

3.5 De procedureregeling geschillen en handhaving

De procedureregeling geschillen en handhaving regelt de procedure die partijen dienen te volgen indien zij een geschil aan de OPTA willen voorleggen of indien een partij aan de toezichthouder een verzoek tot handhaving wil doen. Deze procedureregels zijn niet in de telecommunicatiewet opgenomen. De bepalingen in de procedureregels zijn aan te merken als beleidsregels.²⁷¹ Deze procedureregeling is in de plaats getreden van de procedureregeling geschillen en is uitgebreid met een

²⁶⁹ Voorstel tot wijziging van de Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, artikel 21 bis, COM (07) 697.

²⁷⁰ Vgl. zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Griekse mais).

²⁷¹ Artikel 41 Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA, *Stcrt.* 2005, 54.

procedureregeling die van toepassing is indien partijen een verzoek tot handhaving aan de OPTA voorleggen.²⁷²

Het college heeft in de Procedureregeling een aantal bepalingen opgenomen die dienen bij te dragen aan een grotere efficiëntie bij het in behandeling nemen van aanvragen. Er zal tevens krachtiger worden opgetreden tegen de nalatigheid van partijen bij het verlenen van medewerking aan het college. Deze nalatigheid veroorzaakt vertraging en kan andere partijen ernstig schaden. Het college beschikt over formele bevoegdheden op grond van zowel de Telecommunicatiewet als de Algemene wet Bestuursrecht om gegevens en medewerking van partijen te eisen.²⁷³ Tevens is het college bevoegd indien partijen niet meewerken om handhavend op te treden.

In de Procedureregeling zijn drie verschillende procedures opgenomen. In deel 1 wordt de te volgen procedure behandeld in het geval er sprake is van een geschil onder artikel 12. In deel 2 staat de procedure vermeld die gevolgd dient te worden in het geval er sprake is van een geschil onder artikel 6.2. In het derde deel staat de procedure beschreven die van toepassing is indien een partij een verzoek tot handhaving doet. De verschillende procedures vertonen onderling veel gelijkenissen. Hier zal kort worden weergegeven hoe de deze procedures eruitzien.

In hoofdstuk 1 worden de definities en het toepassingsgebied van de regeling vastgesteld. Een aanvraag is een aanvraag zoals bedoeld in artikel 1:3 lid 3 Awb. Daar wordt onder een aanvraag verstaan: een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen. De partijen bij het geschil zijn de aanvrager(s) en de verweerder. De aanvrager is een natuurlijke of rechtspersoon die bij het college een aanvraag indient, de verweerder is een natuurlijke persoon of rechtspersoon op wiens handelen de aanvraag betrekking heeft.

In het tweede hoofdstuk van de regeling zijn de algemene bepalingen opgenomen. Deze bepalingen geven een aantal voorschriften met betrekking tot de communicatie tussen partijen en het college. Er dient door partijen aan het college medewerking te worden verleend, binnen een door het college gestelde termijn. Deze termijn kan op verzoek van een partij, op grond van gewichtige redenen, door het college worden verlengd.

Indien een partij van mening is dat door hem verstrekte gegevens als vertrouwelijk moeten worden aangemerkt, dient dit door de partij te worden gemotiveerd voor

²⁷² In deze paragraaf blijft de procedure inzake handhavingsverzoeken buiten beschouwing.

²⁷³ Zie ook: artikel 12.4 Tw.

ieder onderdeel waarvan de partij zich op vertrouwelijkheid beroept. Het college beoordeelt vervolgens of deze gegevens voldoen aan de criteria in de Wob²⁷⁴, en inderdaad als vertrouwelijk kunnen worden bestempeld op grond van die wet. Indien de Wob van toepassing is verstrekt het college de gegevens niet aan de andere partij.

Het college beschikt over de bevoegdheid om een deskundige te betrekken bij de behandeling van een aanvraag. Tevens heeft het college de mogelijkheid om indien de aanvraag daartoe aanleiding geeft, een andere toezichthouder te betrekken bij de behandeling van een aanvraag. Indien het college van deze mogelijkheden gebruik maakt dient het partijen hiervan op de hoogte te stellen. Het college zal nagaan of er andere belanghebbenden dan partijen zijn bij een aanvraag. Een beslissing op een aanvraag wordt gepubliceerd in de Staatscourant en op de website van de OPTA. Partijen kunnen indien zij van mening zijn dat bepaalde onderdelen van het besluit als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt, dit aan de OPTA doorgeven. Het college zal wederom aan de hand van de criteria in de Wob toetsen of dit juist is.

In hoofdstuk 3 van de regeling wordt de procedure voor de behandeling van een geschil als bedoeld in artikel 12.2 Tw geregeld. In artikel 12 van de procedureregeling worden drie verschillende procedures onderscheiden om aanvragen te behandelen. Een aanvraag kan worden afgehandeld op grond van een standaardprocedure, een versnelde procedure of een vereenvoudigde procedure. In het geval van de standaardprocedure kan de verweerder naar aanleiding van de aanvraag een zienswijze indienen. In artikel 17 wordt specifiek aangegeven wat er in deze zienswijze dient te zijn opgenomen. Het college kan de aanvrager de mogelijkheid bieden om door middel van repliek te reageren op de bovengenoemde zienswijze van verweerder.

Indien door de aanvrager een repliek wordt ingediend stelt het college de aanvrager in de gelegenheid een dupliek in te dienen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld om hun standpunt mondeling toe te lichten. In hoofdstuk 6 van de procedureregeling zijn de regels met betrekking tot het houden van hoorzittingen opgenomen.

De versnelde procedure kan door het college worden gevolgd indien er sprake is van een spoedeisend geval. Het verschil met de standaardprocedure is dat de termijnen worden verkort. Er zijn een aantal criteria waaraan het college kan toetsen

²⁷⁴ Wet van 31 oktober 1991, houdende regelen betreffende de openbaarheid van bestuur, *Stb.* 703, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 13 maart 2008, *Stb.* 85.

of er sprake is van een spoedeisend geval. Het college kan rekening houden met de financiële implicaties van een geschil, het missen van een éénmalige kans, het ontstaan van een onomkeerbare situatie, een dreigend faillissement of een zwaarwegend maatschappelijk belang.

De vereenvoudigde procedure kan worden gevolgd indien het college van oordeel is dat een aanvraag weinig onderzoek vergt en partijen instemmen met het niet houden van een hoorzitting. Er wordt in deze procedure geen mogelijkheid aan partijen geboden van repliek en dupliek.

Op grond van artikel 12.5 van de Tw is de beslistermijn die aan de OPTA toekomt inzake het nemen van geschilbesluiten 17 weken. In uitzonderlijke gevallen kan deze termijn worden verlengd met maximaal 8 weken, conform artikel 12.5. In spoedeisende gevallen kan het college een voorlopig besluit nemen dat tussen de betrokken aanbieders geldt tot het definitieve besluit van het college.²⁷⁵ Van een geschilbesluit dient mededeling gedaan te worden in de Staatscourant op basis van artikel 12.7 Tw. Op basis van artikel 12.4 rust de verplichting op partijen om, indien de OPTA deze vordert, gegevens te verstrekken en alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen ten behoeve van de beoordeling van het geschil.

In hoofdstuk 4 van de Procedureregeling is de behandeling van een aanvraag tot de beslechting van een geschil als bedoeld in artikel 6.2 eerste lid geregeld. De procedure is grotendeels dezelfde als de procedure die van toepassing is op aanvragen als bedoeld in artikel 12.2 Tw. Een verschil is te vinden in artikel 30. In dit artikel wordt bepaald dat indien het college oordeelt dat het door hem op de aanvraag te nemen besluit aanzienlijke gevolgen heeft voor de relevante markt, het besluit wordt voorbereid onder toepassing van de in artikel 6b.1 Tw genoemde procedure.

Dit is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure die in afdeling 3.4 van de Awb is opgenomen. In artikel 6b.1 lid 1 Tw staat vermeld dat deze procedure op de voorbereiding van besluiten in de zin van artikel 6.2 van toepassing is. Daarnaast is de procedure van toepassing op de voorbereiding van besluiten tot aanwijzing van een marktpartij met aanmerkelijke marktmacht en het opleggen van verplichtingen. De procedure geldt alleen indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Er gelden regels over ter inzage legging van ontwerpbesluiten en het geven van zienswijzen. De beslistermijnen zijn langer. Het gaat om een meer uitgebreide procedure dan de reguliere procedure inzake besluitvorming.

²⁷⁵ Artikel 12.5 lid 2 Tw.

De procedureregeling geschillen is door de OPTA opgesteld om haar bevoegdheid nader vorm te geven. Op deze manier wordt duidelijkheid verschaft aan marktpartijen over welke procedures er worden gevoerd en aan welke eisen aan partijen worden gesteld. Dit is ten gunste van transparantie en helderheid met betrekking tot de uitoefening van bevoegdheden door de OPTA.

De procedureregeling is opgesteld ter nadere invulling van de taak tot geschilbeslechting. Deze richt zich alleen op de procedureregels. Er zijn door de OPTA nog meer beleidsregels opgesteld in het kader van haar geschilbeslechtende bevoegdheid. Deze hebben betrekking op de inhoudelijke invulling van de bevoegdheid. De OPTA dient op basis van die bevoegdheid een aan haar voorgelegd geschil te beslechten. Partijen dienen te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang. De OPTA dient nader in te vullen wat een redelijk verzoek is, en dient te onderzoeken wat een redelijk tarief is dat voor het verlenen van de toegang wordt gevraagd. Als voorbeeld van beleidsregels die door de OPTA zijn opgesteld om de bevoegdheid tot geschilbeslechting inhoudelijk nader in te kaderen kunnen genoemd worden de beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven²⁷⁶ en de beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit.²⁷⁷

Door het van te voren duidelijk maken hoe zij van haar bevoegdheid tot geschilbeslechting gebruik zal maken handelt de OPTA in overeenstemming met het rechtszekerheidsbeginsel. In hoofdstuk 6 wordt onderzocht hoe ruim de beoordelings- en beleidsvrijheid van de OPTA zijn met betrekking tot haar geschilbeslechtende bevoegdheid. Aansluitend worden een aantal beleidsregels weergegeven die de OPTA in het kader van haar taak tot geschilbeslechting heeft opgesteld. Deze hebben betrekking op de inhoudelijke uitoefening van haar taak.

Na de beschrijving van de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA in de telecommunicatiesector, volgt nu een weergave van de andere regelingen waarin aan bestuursorganen vergelijkbare bevoegdheden zijn toegekend.

3.6 De geschilbeslechtende bevoegdheid in de overige sectoren

3.6.1 De Postsector

De OPTA is tevens ingesteld als toezichthouder in de postsector. In artikel 1g van de Postwet wordt bepaald dat in deze wet met het college wordt bedoeld het college van de OPTA. De liberalisering in de Postsector is tevens gebaseerd op Euro-

²⁷⁶ Beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven, *Stcrt.* 2003, 78.

²⁷⁷ Beleidsregels inzake de maximaal redelijke tarieven voor gespreksafgifte op de markten voor afgifte op geografische nummers, 084/087- nummers en 088- nummers (Beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit), *Stcrt.* 2007, 39.

pees beleid. Voor deze sector geldt net als in de telecommunicatiesector dat er concurrentie op de markt tot stand dient te worden gebracht.

In richtlijn 97/67/EG wordt bepaald dat een interne markt betreffende postdiensten dient te worden gerealiseerd.²⁷⁸ In artikel 22 van deze richtlijn is bepaald dat elke lidstaat één of meer nationale regelgevende instanties dient aan te wijzen voor de postsector. Deze dienen juridisch onderscheiden en functioneel onafhankelijk te zijn van de exploitanten van postdiensten. De NRI's hebben tot taak te zorgen voor de naleving van de uit de richtlijn voortvloeiende verlichtingen, en kunnen worden belast met de zorg voor de naleving van de mededingingsregels in de postsector.

Op 10 februari 1998 is richtlijn 2002/39/EG in werking getreden. Deze richtlijn houdt een wijziging in van richtlijn 97/67/EG. Er wordt in de nieuwe richtlijn een tijdschema vastgesteld voor de geleidelijke totstandbrenging van de liberalisering op de postmarkt in twee fasen. Met dit tijdschema is gevolg gegeven aan de oproep van de Europese Raad van Lissabon van maart 2000 om de liberalisering van alle markten van de Europese Unie te versnellen. Tenzij hierover anders wordt besloten vervalt de richtlijn op 31 december 2008.²⁷⁹ Op 27 februari 2008 is de derde Postrichtlijn in werking getreden. Deze richtlijn vermeldt als datum waarop de volledige liberalisering van de postmarkten in de lidstaten uiterlijk dient te zijn gerealiseerd 31 december 2010.²⁸⁰ Voor een aantal lidstaten is bij wijze van uitzondering als einddatum 31 december 2012 vastgesteld.²⁸¹

In artikel 2 van de Postwet²⁸² is bepaald dat ter waarborging van een goede postale dienstverlening de houder van de concessie verplicht is het postvervoer, waarvan bij amvb de omvang wordt bepaald, te verrichten.²⁸³ Aan een bij wet aan te wijzen rechtspersoon wordt met uitsluiting van anderen concessie verleend voor het ver-

²⁷⁸ Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (*PbEG* 1998, L 15/14).

²⁷⁹ Artikel 7 van Richtlijn 2002/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 juni 2002 tot wijziging van Richtlijn 97/67/EG met betrekking tot de verdere openstelling van de postmarkt in de Gemeenschap voor mededinging, (*PbEG* 2002, L 176/21).

²⁸⁰ Richtlijn 2008/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 tot wijziging van Richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap, (*PbEG* 2008, L 52/3).

²⁸¹ Zie meer uitgebreid over de liberalisering in de postsector: Kuipers en Groot 2008.

²⁸² Wet van 26 oktober 1998 (Postwet), *Stb.* 1988, 522, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 8 september 2005, *Stb.* 2005, 469.

²⁸³ In het Postbesluit is de omvang van de concessie nader gespecificeerd.

richten van dit postvervoer.²⁸⁴ Voorts wordt aan deze rechtspersoon concessie verleend voor het aan of op de openbare weg plaatsen van voor het publiek bestemde brievenbussen en het uitgeven van postzegels.

In artikel 2d van de Postwet is de bevoegdheid tot geschilbeslechting aan het college van de OPTA toegekend. Dit artikel luidt als volgt:

1. *De houder van een concessie is verplicht aan andere aanbieders van postvervoer toegang te verlenen tot zijn postbussen tegen redelijke, objectief gerechtvaardigde non-discriminatoire voorwaarden en vergoedingen.*
2. *De in het eerste lid bedoelde voorwaarden en vergoedingen worden in onderling overleg bepaald. Bij gebreke van overeenstemming worden deze voorwaarden of vergoedingen op verzoek van de meest gerede partij vastgesteld door het college.*

De concessiehouder is dus verplicht om onder bepaalde voorwaarden toegang te verlenen tot zijn postbussen. Het is duidelijk dat deze verplichting is opgenomen om concurrentie te kunnen creëren op de postmarkt. Nieuwkomers kunnen door middel van deze bepaling een positie verwerven op de markt. Deze bepaling is vergelijkbaar met de bepalingen uit de telecomunicatieregelgeving waar toegang tot de markt tevens de kern is om de concurrentie te waarborgen.

Bij gebrek aan overeenstemming tussen partijen, indien er een geschil bestaat over de in lid 1 bedoelde voorwaarden en vergoedingen, kan een van de partijen met een verzoek het college van de OPTA vragen het geschil te beslechten. De OPTA stelt daarbij de voorwaarden en de vergoedingen vast. De terminologie in dit artikel wijkt af van de artikelen uit de Tw waar aan de OPTA de bevoegdheid tot geschilbeslechting wordt toegekend. Er wordt in de Postwet gesproken over het vaststellen van voorwaarden of vergoedingen, terwijl in artikel 12.2 de term geschilbeslechten wordt gehanteerd. De strekking van het artikel is echter gelijk, de regulator mengt zich in een civielrechtelijke verhouding tussen partijen, op basis van het publiekrecht.

Deze bevoegdheid tot geschilbeslechting in de postsector is niet te herleiden tot Europese regelgeving. *Steyger* stelt dat er sprake is van spontane harmonisatie.²⁸⁵ Een bevoegdheid die in een andere wet, de Tw, is opgenomen op basis van Europese regelgeving, wordt nu ook in een andere wet geïncorporeerd. Echter, in dit geval is er geen Europeesrechtelijk voorschrift, dat bepaalt wat wel en wat niet moet worden afgewogen in een privaatrechtelijk geschil. In de vorige paragraaf is

²⁸⁴ Als concessiehouder is aangewezen TNT post.

²⁸⁵ *Steyger* 2007, p. 15.

artikel 20 Kaderrichtlijn opgenomen, waar in lid 3 staat vermeld, welke belangen er door de NRI bij het beslechten van een telecommunicatiegeschil moeten worden meegewogen.

3.6.2 *De Energiesector.*

De Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ordenen de elektriciteits- en gasmarkten. Zoals in paragraaf 1.3.2 is aangegeven is de Energiekamer van de NMa is belast met de uitvoering en het toezicht op de naleving van deze wetten. Op basis van de Europese richtlijnen diende een onafhankelijke regulator te worden opgericht. Er wordt gedoeld op onafhankelijkheid van de gereguleerde sectoren, en niet van de regering.²⁸⁶

De Energiekamer heeft als toezichthouder de taak er voor te zorgen dat de energiemarkten optimaal werken. Binnen de energiesector betekent dit onder meer dat de toegang tot de netten moet worden gewaarborgd, dat er voldoende transparantie (toegang tot essentiële informatie) bestaat en dat de consument wordt beschermd tegen mogelijk misbruik van de (inherente) machtspositie van aanbieders. De Energiekamer is een kamer van de algemene mededingingstoezichthouder de NMa.

GAS

Richtlijn 98/30/EG²⁸⁷ heeft aanzienlijk bijgedragen tot de totstandkoming voor een interne markt voor aardgas. Uit de ervaringen die met deze richtlijn zijn opgedaan, is echter gebleken dat er nog een groot aantal verbeteringen noodzakelijk waren. Met het oog hierop werd nieuwe regelgeving nodig geacht. Richtlijn 2003/55/EG²⁸⁸ is in dit kader opgesteld en vervangt richtlijn 98/30/EG. Deze richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Gaswet.

In het belang van de concurrentie zijn een aantal bepalingen in de Gaswet opgenomen die verplichtingen inhouden voor bepaalde partijen op de gasmarkt. Zo is bepaald dat een netbeheerder²⁸⁹ verplicht is om degene die daarom verzoekt, een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde gastransportnet ten behoeve van de verzoeker transport van gas te verrichten tegen een tarief, alsmede tegen voorwaarden die met de wet in overeenstemming zijn. Een netbe-

²⁸⁶ Prins 2003, p. 139.

²⁸⁷ Richtlijn 98/30/EG van het Europees parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, (*PbEG* 1998, L 204/I).

²⁸⁸ Richtlijn 2003/55/EG van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, (*PbEU* 2004, L176/57).

²⁸⁹ Onder een netbeheerder wordt verstaan een vennootschap die is aangewezen voor het beheer van één of meer gastransportnetten.

heerder hanteert voorwaarden die redelijk, transparant en niet-discriminatoir zijn.²⁹⁰ In de oude Gaswet werd bepaald dat er een verplichting bestond 'te onderhandelen' over het verrichten van het transport van gas. Nu spreekt de wet over het doen van een aanbod, waarover vervolgens zal worden onderhandeld.

In de wet is ten aanzien van LNG bedrijven bepaald dat zij verplicht zijn degene die daarom verzoekt een aanbod te doen met behulp van de door hem beheerde LNG installatie ten behoeve van de verzoeker LNG activiteiten uit te voeren.²⁹¹ Het aanbod dient een tarief te bevatten dat gebaseerd is op een berekeningsmethodiek en tegen voorwaarden die in overeenstemming zijn met die welke door de raad van bestuur zijn goedgekeurd. Als hieraan een onjuiste toepassing wordt gegeven kan er een bindende aanwijzing volgen met betrekking tot de wijze waarop die berekeningsmethodiek en die voorwaarden behoren te worden toegepast.

Een gasopslagbedrijf dat over een economische machtspositie beschikt is verplicht om, met degene die daarom verzoekt, te onderhandelen over het verrichten van gasopslag met behulp van zijn opslaginstallatie, voor zover het gebruik van die installatie noodzakelijk is voor de opslag. Met betrekking tot deze verplichting is een afzonderlijk artikel omtrent geschillenbeslechting opgenomen. In artikel 18e van de Gaswet is deze bevoegdheid tot geschilbeslechting toegekend aan de raad van Bestuur van de Nma:

Artikel 18e

- 1. Geschillen met betrekking tot de wijze waarop een gasopslagbedrijf toepassing geeft aan de artikelen 18c en 18d worden, met inachtneming van deze wet, overeenkomstig de procedure, zoals opgenomen in de artikelen 59 tot en met 61 van de Mededingingswet, beslecht door de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit.*
- 2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de door partijen bij het geschil te verstrekken gegevens, almede met betrekking tot de termijnen voor de gegevensverstrekking.*
- 3. Indien een geschil betrekking heeft op een voorwaarde of tarief voor het verrichten van gasopslag of die opslag ondersteunende diensten, kan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit voor een door hem te bepalen termijn die voorwaarde of dat tarief vaststellen.*

²⁹⁰ Artikel 14 lid 1 en 3 Gaswet.

²⁹¹ Een LNG-installatie is een installatie die wordt gebruikt voor het vloeibaar maken van gas. Een LNG-bedrijf is een ieder die een LNG-installatie beheert.

Indien er sprake is van een geschil met een netbeheerder of een LNG bedrijf is artikel 19 van toepassing, dat is opgenomen in paragraaf 2.5 van de wet, luidend geschillenbeslechting:

- 1. Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder of een LNG-bedrijf over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van deze wet voldoet, kan een klacht bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit indienen.*
- 2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit beslist op een klacht binnen twee maanden na ontvangst ervan. Deze termijn kan met twee maanden worden verlengd als de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit om aanvullende gegevens verzoekt. Met instemming van de klager is verdere verlenging mogelijk.*
- 3. De beslissing van de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit is bindend.*
- 4. Het indienen van een klacht als bedoeld in het eerste lid laat onverlet elke mogelijkheid voor de desbetreffende partij een hem ter beschikking staand rechtsmiddel aan te wenden.*

Op basis van dit artikel is degene bij wie de klacht dient te worden ingediend de raad van bestuur van de NMa. De klacht dient te gaan over de wijze waarop een taak of bevoegdheid op grond van de Gaswet wordt uitgeoefend. Over de terminologie kan worden opgemerkt dat in het eerst vermelde artikel wordt gesproken over het beslechten van een geschil en het vaststellen van tarieven. De titel van het laatstgenoemde artikel is geschillenbeslechting, echter in het artikel zelf wordt gesproken over het indienen van een klacht, en een bindende beslissing.

Uit beide artikelen blijkt echter een vergaande inbreuk van de raad van bestuur in de privaatrechtelijke verhoudingen van partijen. De raad van bestuur kan bindend voorwaarden en tarieven vaststellen die tussen partijen zullen gelden. Deze bepalingen zijn opgesteld door de wetgever in het licht van de waarborging van concurrentie, dat, net als in de telecomunicatiesector, als publiek belang wordt gezien.

ELEKTRICITEIT

De hoeksteen van het Europese energiebeleid is de interne markt. De elektriciteits- en gasrichtlijnen zijn in 2003 gewijzigd en vormen de pijlers van deze vrijmaking. Anders dan in de telecomunicatiesector, waar alternatieve distributiekanaalen zijn ontwikkeld, is marktwerking in deze sector afhankelijk van vrije toegang tot en koppeling van de transport- en distributienetwerken.²⁹² Deze netwerken zijn monopolistisch van aard en om die reden is in de richtlijnen bepaald dat er

²⁹² Van der Woude 2006, p. 426.

op nationaal niveau regulators dienen te worden opgericht om toezicht op de markt te houden.

De Europese richtlijn 96/92/EG is vervangen door de richtlijn 2003/54/EG. Deze is geïmplementeerd in de gewijzigde Elektriciteitswet 1998 die op 14 juli 2004 in werking is getreden. In de Elektriciteitswet zijn tevens bepalingen opgenomen in het kader van een markt waar concurrentie centraal staat. Zo is omtrent de aansluiting op het net van transport en elektriciteit bepaald dat de netbeheerder verplicht is om degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de wet. Er dient door de netbeheerder aan degene die om aansluiting op het net verzoekt een gedetailleerde en volledige opgave van de uit te voeren werkzaamheden en de te berekenen kosten van de handelingen verstrekt.²⁹³ Paragraaf 8 heeft als titel ‘de behandeling van geschillen’ en in het in deze paragraaf opgenomen artikel 51 wordt de geschilbeslechtende bevoegdheid aan de NMa toegekend. Dit artikel luidt als volgt:

Artikel 51

- 1. Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van deze wet voldoet, kan een klacht bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit indienen.*
- 2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit beslist op een klacht binnen twee maanden na ontvangst van de klacht. Indien de klacht betrekking heeft op de tarieven voor de aansluiting op het net van een grote productie-eenheid, kan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een langere termijn stellen. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan de in de eerste volzin genoemde termijn met twee maanden verlengen als hij aanvullende gegevens nodig heeft. Indien de klager daarmee instemt, is verdere verlenging mogelijk.*
- 3. De beslissing van de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit is bindend.*
- 4. Het indienen van een klacht als bedoeld in het eerste lid laat onverlet elke mogelijkheid voor de desbetreffende partij een hem ter beschikking staand rechtsmiddel aan te wenden.*

De termijn waarbinnen de klacht dient te worden behandeld bedraagt in zowel de Gaswet als de Elektriciteitswet twee maanden. In de Telecommunicatiewet wordt aan de OPTA een termijn van 17 weken toegekend. Ook wijkt de terminologie die

²⁹³ Artikel 23 Elektriciteitswet.

in het artikel gehanteerd wordt af van die in de Telecommunicatiewet. Er wordt in de Elektriciteitswet gesproken over het indienen van een klacht, en niet over het beslechten van een geschil. De wijze van de behandeling van geschillen is opgenomen in de beleidsregel procedure geschillen energie.²⁹⁴ Een klacht kan zowel worden ingediend door ondernemingen als door consumenten.

Opgemerkt is dat de terminologie uit de regeling in de Telecommunicatiewet verschilt van die in de Elektriciteitswet en de Gaswet. Er wordt gesproken over het indienen van een klacht; de term geschilbeslechting wordt in de artikelen niet gehanteerd. Wel wordt in de titel van de artikelen gesproken over geschilbeslechting. Tevens van belang is dat het per definitie dient te gaan om een geschil met betrekking tot het handelen van een netbeheerder, en niet het handelen van een energieleverancier.²⁹⁵

3.6.3 *De Zorgsector*

Een andere regeling waarin aan een bestuursorgaan een bevoegdheid is toegekend om een geschil tussen twee particulieren te beslechten, is te vinden in de gezondheidszorg. Sinds 1 januari 2006 is de Ziekenfondswet ingetrokken.²⁹⁶ Er is een nieuw zorgstelsel geïntroduceerd waarin gereguleerde marktwerking en sturing van de markt centraal staan. Dit nieuwe systeem is gepaard gegaan met nieuwe regelgeving, met als gevolg dat in de plaats van de Ziekenfondswet de Zorgverzekeringswet is getreden.²⁹⁷ Ook de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), die op 1 oktober 2006 in werking is getreden, maakt onderdeel uit van dit nieuwe stelsel.²⁹⁸

Op basis van artikel 44 van de Ziekenfondswet rustte op ziekenfondsen de verplichting om schriftelijke overeenkomsten aan te gaan met medische zorg verleende personen en instellingen. Op basis van artikel 47 bestond de plicht voor het ziekenfonds, om met iedere instelling die binnen het werkgebied van het ziekenfonds was gelegen, of waarvan de bevolking van het werkgebied van het ziekenfonds naar verwachting regelmatig gebruik zou maken, op haar verzoek een over-

²⁹⁴ Procedureregeling geschillen Energie, *Stcrt.* 2004/167.

²⁹⁵ Zie ook: Besluit nr. 102096/5 (www.nma-dte.nl).

²⁹⁶ Wet van 15 oktober 1964, houdende regelen met betrekking tot de geneeskundige verzorging door middel van ziekenfondsverzekering, (*Ziekenfondswet*), *Stb.* 1964, 392.

²⁹⁷ Wet van 16 juni 2005, houdende regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (*Zorgverzekeringswet*), *Stb.* 2005, 358.

²⁹⁸ Wet van 7 juli 2006, houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg (Wet marktordening gezondheidszorg, *Wmg*), *Stb.* 2006, 415.

eenkomst te sluiten als bedoeld in artikel 44 eerste lid, tenzij het ziekenfonds daartegen ernstige bezwaren had.

In artikel 48 was voorts bepaald dat een instelling die met een ziekenfonds een overeenkomst had gesloten als in artikel 44 eerste lid, gehouden was om op daartoe door een ander ziekenfonds gedaan verzoek met dat ziekenfonds een gelijke overeenkomst te sluiten, tenzij de instelling daartegen ernstige bezwaren zou hebben.

Artikel 79 van de Ziekenfondswet luidde als volgt:

1. *Bij afwijzing van een verzoek als bedoeld in artikel 47, eerste lid, eerste volzin, kan de beslissing van het College Zorgverzekeringen worden ingeroepen.*
2. *Eveneens kan de beslissing van het College zorgverzekeringen worden ingeroepen bij afwijzing van het verzoek als bedoeld in artikel 48.*
3. *Het eerste lid geldt niet voor zover er voor ziekenfondsen of instellingen op grond van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde regels geen verplichting bestaat tot het sluiten van in artikel 44 bedoelde overeenkomsten.*

Het College voor Zorgverzekeringen bezit rechtspersoonlijkheid.²⁹⁹ Het College is een zelfstandig bestuursorgaan. Er is nagedacht over het onderbrengen van de Zorgautoriteit als kamer van de NMa. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel van de Wet marktordening gezondheidszorg blijkt dat na vier jaar zal worden geëvalueerd of het onderbrengen van de Zorgautoriteit als kamer van de NMa opportuun is.³⁰⁰

In artikel 79 is de bevoegdheid aan het College gegeven om een beslissing te nemen tussen twee particuliere partijen, die samen niet tot een overeenkomst kunnen komen. Deze regeling komt overeen met de regeling in de Telecommunicatiewet. Op basis van deze wet dienen partijen eveneens met elkaar tot overeenkomst te komen. Indien partijen er samen niet uitkomen, kan een aanvraag bij de OPTA worden gedaan tot het beslechten van het geschil. Het college van de OPTA, een bestuursorgaan, neemt een beslissing en bepaalt wat er tussen partijen moet gelden. De constructie in de Ziekenfondswet is een soortgelijke constructie, indien zorgverzekeraar en zorgverlener niet tot overeenkomst komen, beslist het College, eveneens een bestuursorgaan, wat er tussen partijen dient te gelden.

²⁹⁹ artikel 1a lid 1 Ziekenfondswet (oud).

³⁰⁰ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 39.

In de Wet marktordening gezondheidszorg is bepaald dat er een Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is die rechtspersoonlijkheid bezit. Deze autoriteit is een toezichthouder op de zorgsector en dient de gereguleerde marktwerking nader vorm te geven. De Zorgautoriteit onderzoekt de concurrentieverhoudingen op de markt en het marktgedrag op het gebied van de zorg. Een onderdeel van dit onderzoek vormt de totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg, tarieven of ziektekostenverzekeringen, naar de voorwaarden in die overeenkomsten en naar de resultaten daarvan.³⁰¹

In artikel 17 van de Wmg is bepaald dat de NZa in het kader van een effectieve en efficiënte besluitvorming, afspraken met verschillende andere bestuursorganen dient te maken over de wijze van behandeling van aangelegenheden van wederzijds belang en het verzamelen van informatie ten behoeve daarvan. Over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang is een protocol tussen de NMa en de NZa opgesteld.³⁰² Daarnaast zijn tussen beide toezichthouders werkafspraken gemaakt met betrekking tot concentratiezaken.³⁰³

In artikel 47 wordt duidelijk wat onder Aanmerkelijke marktmacht wordt verstaan. Het gaat om de positie van één of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars, om alleen dan wel gezamenlijk de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Nederlandse markt te kunnen belemmeren door de mogelijkheid zich in belangrijke mate te onafhankelijk te gedragen van zijn concurrenten, ziektekostenverzekeraars, zorgaanbieders of consumenten.

Indien de Zorgautoriteit van oordeel is dat een of meer zorgaanbieders of een of meer ziektekostenverzekeraars alleen dan wel gezamenlijk beschikt, onderscheidenlijk beschikken, over Amm op een door de Zorgautoriteit, volgens de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende, markt, kan de zorgautoriteit verplichtingen opleggen. De verplichtingen die kunnen worden opgelegd staan opgesomd in artikel 48 Wmg.

Er kan bijvoorbeeld de verplichting worden opgelegd om onder redelijke voorwaarden te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of ziektekostenverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst op of ten behoeve van de zorginkoopmarkt. Tevens kan de verplichting worden opgelegd om de tarieven van door de zorgautoriteit aan te wijzen diensten of leveringen vast te stellen

³⁰¹ artikel 32 Wmg.

³⁰² Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang (www.nza.nl).

³⁰³ Werkafspraken tussen NMa en NZa m.b.t. concentratiezaken, *Stcr.* 2008, 46.

overeenkomstig een door de zorgautoriteit vast te stellen berekeningsmethode. Daarnaast kan het hanteren van een kostentoerekeningssysteem, dat voldoet aan door de zorgautoriteit te bepalen toerekeningsprincipes, verplicht worden gesteld.

In dit kader is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Bij de oplegging van verplichtingen dienen de eisen van proportionaliteit in acht te worden genomen. Een verplichting die wordt opgelegd heeft, net als in de telecommunicatiesector, een geldingsduur van ten hoogste drie jaar. Tussentijds kan de verplichting worden ingetrokken indien deze niet meer noodzakelijk wordt geacht door de Zorgautoriteit. Tevens kan binnen deze periode een beslissing worden genomen tot wijziging of verlenging van de verplichting, telkens voor een periode van ten hoogste drie jaar.

In artikel 50 is bepaald dat indien een zorgaanbieder en een ziektekostenverzekeraar onderling een tarief overeengekomen zijn, zij de Zorgautoriteit vragen dat tarief vast te stellen. Een dergelijke, op aanvraag gedane, vaststelling geldt voor alle gevallen waarin de zorgaanbieder het tarief in rekening brengt aan de ziektekostenverzekeraar of aan degene die bij deze voor de prestatie waarop het tarief van toepassing is, is verzekerd.

Een aanvraag bevat een voorstel voor de toe te passen prestatiebeschrijving en het voor de prestatie in rekening te brengen tarief. Indien de Zorgautoriteit geen regels heeft vastgesteld als bedoeld in artikel 37, bevat de aanvraag voorts een voorstel voor degene *aan* wie het tarief in rekening is gebracht en voor degene *door* wie het tarief in rekening wordt gebracht.

Artikel 52 lid 1 en 2 luiden als volgt:

1. *Indien de zorgautoriteit op een ingevolge artikel 50 gedane aanvraag afwijzend beslist, stelt zij op aanvraag van partijen of van een van hen dan wel ambtshalve een tarief vast. Artikel 50, tweede lid, is met betrekking tot dat tarief van overeenkomstige toepassing.*
2. *Op aanvraag van een zorgaanbieder of van een ziektekostenverzekeraar stelt de zorgautoriteit voorts een tarief vast, indien een overeenkomst als bedoeld in artikel 50 niet tot stand komt. Daarbij wordt bepaald in welke gevallen het vastgestelde tarief geldt.*

In artikel 53 is bepaald (de leden 2, 3, 6 en 8 zijn hier opgenomen):

2. *Indien de zorgautoriteit op een ingevolge artikel 50 gedane aanvraag op grond van het eerste lid van dit artikel afwijzend beslist, stelt zij op aanvraag van partijen of een van hen dan wel ambtshalve een prestatiebeschrijving en tarief vast.*
3. *Op aanvraag van een zorgaanbieder of van een ziektekostenverzekeraar stelt de zorgautoriteit voorts een prestatiebeschrijving en een tarief vast, indien een overeenkomst als bedoeld in artikel 50 niet tot stand komt. Daarbij wordt bepaald in welke gevallen de prestatiebeschrijving en het vastgestelde tarief geldt.*
6. *In gevallen waarin een beleidsregel als bedoeld in artikel 57 dat vordert, stelt de zorgautoriteit ambtshalve een tarief vast.*
8. *De zorgautoriteit kan aan een beschikking voorschriften of beperkingen verbinden.*

Indien partijen, de zorgverzekeraar en de zorgverlener, niet tot een overeenkomst komen over het tarief dat zal worden gehanteerd, stelt de zorgautoriteit op aanvraag van één van hen het tarief vast dat tussen partijen zal gelden. Tevens kan een aanvraag gericht worden aan de Zorgautoriteit waarin wordt verzocht om naast het tarief tevens de prestatiebeschrijving vast te stellen, indien een overeenkomst niet tot stand komt.

In de zorgsector is evenals in de telecomunicatiesector sprake van een geregeleerde markt. Als uitgangspunt is gekozen voor marktwerking en concurrentie. Ook op deze markt speelt een publiek belang, namelijk het verlenen van toegankelijke, betaalbare en kwalitatief goede zorg.³⁰⁴

De Zorgautoriteit kan net als de OPTA partijen aanwijzen die over Amm beschikken en aan deze partijen extra verplichtingen opleggen. Partijen die niet met elkaar tot overeenkomst komen over tarieven en prestatiebeschrijvingen, kunnen een aanvraag indienen bij de Zorgautoriteit. Ook hier is sprake van een bestuursorgaan dat (een gedeelte van) de inhoud van een overeenkomst bepaalt tussen twee private partijen.

3.6.4 De Spoorwegwet

De spoorwegsector biedt eveneens een voorbeeld van bepalingen die tot stand zijn gebracht om toegang tot infrastructurele markten te garanderen. Er zijn in de wet garanties ingebouwd om daartoe gemachtigde spoorwegondernemingen toe-

³⁰⁴ Voor de kritiek op het huidige zorgstelsel zie o.a.: M. Buijsen en A. den Exter 'Gelijkheid en het recht op gezondheidszorg' in de bundel 'Gelijkheid en recht op zorg', Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2007; E. Steyger, 'The proposed Dutch Health Insurance system in the light of European Law', in Competitive Social Health Insurance Yearbook 2004, European Centre for Advanced Legal Studies in Health Care, Erasmus University Press, 2005; J.K.M. Gevers, 'Kroniek van het gezondheidsrecht', 30 maart 2007, NJB, nr. 13.

gang tot de spoorwegen te verlenen. Hiertoe kunnen zij een overeenkomst sluiten met de beheerder van de spoorweg, de concessiehouder. De concessiehouder is Prorail, de infrastructuurbeheerder.

Partijen dienen te onderhandelen over een gebruiksvergoeding, en daaromtrent onderling tot overeenstemming te komen. In de wet zijn verplichtingen opgenomen over de inhoud van de overeenkomsten. Tevens is bepaald dat onderhandelingen tussen een gerechtigde en de beheerder betreffende de hoogte van de gebruiksvergoeding niet zijn toegestaan dan na een melding aan en onder toezicht van de Raad van bestuur van de NMa.³⁰⁵ Indien de onderhandelingen naar zijn oordeel in strijd zijn met richtlijn 2001/14/EG³⁰⁶, legt de raad van bestuur zo nodig een dwangsom op aan de overtreder.³⁰⁷

In artikel 71 van de Spoorwegwet is bepaald dat indien er sprake is van geschillen met netbeheerders of een spoorwegonderneming aan de d-g Nma kan worden gevraagd of er in strijd met de wet is gehandeld.³⁰⁸

Artikel 71 lid 1 luidt:

1. *Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57 of een andere belanghebbende kan de raad van bestuur NMA schriftelijk verzoeken om te onderzoeken of de beheerder, een spoorwegonderneming of een rechthebbende bedoeld in artikel 67 of 95 de verzoeker oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld(...)*

In het tweede lid is bepaald dat een partij bij een toegangsovereenkomst of een kaderovereenkomst de raad van bestuur schriftelijk kan verzoeken om een oordeel over het gedrag van de wederpartij. Het oordeel van de NMa wordt over de klacht wordt op grond van het derde lid uiterlijk twee maanden na ontvangst van de gegevens en bescheiden die voor het oordeel nodig zijn gegeven.

Er wordt niet gespecificeerd wat dit oordeel kan inhouden. In artikel 71 lid 4 is bepaald dat indien de NMa de klacht gegrond acht, zij een last onder dwangsom

³⁰⁵ Artikel 63 jo. 59 Spoorwegwet.

³⁰⁶ Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering (*PbEG* 2001, L 75/29); zie ook artikel 1m Spoorwegwet.

³⁰⁷ Artikel 63 lid 2. Richtlijn

³⁰⁸ Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (Spoorwegwet), *Stb.* 2003, 264, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2007, 530.

kan opleggen. De reden dat dit artikel wordt genoemd is omdat uit dit artikel tevens bemoeyenis vanuit de overheid met particulieren blijkt. De wetgever acht het in alle genoemde wetten noodzakelijk dat er een publieke inmenging in particuliere verhoudingen plaats kan vinden. De privé-belangen moeten wijken voor het algemeen belang. De contractsvrijheid is in de verschillende wetten het uitgangspunt. Deze contractsvrijheid wordt echter in grote mate beperkt door de wetgever. Er zou kunnen worden gesteld dat er op sommige punten, waar de toezichthouders (overheidsinstanties) een bindende beslissing nemen die tussen partijen dient te gelden, is er geen sprake op het punt dat door de overheid wordt beslist van contractsvrijheid.

In een geschil tussen Railion Nederland N.V. en Prorail B.V., omtrent de te hantieren gebruiksvergoeding die in de toegangsovereenkomst voor het jaar 2006 is opgenomen, wordt een beroep gedaan op artikel 71 van de Spoorwegwet. Er wordt ten opzichte van Railion een tarief gehanteerd, dat eerder is goedgekeurd op basis van wettelijke procedures. Prorail stelt dat om die reden dit tarief niet onderhandelbaar is. De Raad van Bestuur van de NMa vindt de klacht op basis van artikel 71 echter gegrond.

Prorail stelt beroep in bij de rechtbank Rotterdam, en deze stelt voorop dat de rechtsverhouding tussen beheerder en vervoerder privaatrechtelijk van aard is. De rechter concludeert dat de gebruiksvergoeding niet onderhandelbaar is, aangezien deze reeds is goedgekeurd. Slechts bij een wijziging in de kosten kan opnieuw worden onderhandeld.³⁰⁹

PUBLIEKRECHT EN PRIVAATRECHT

In dit hoofdstuk is een overzicht gegeven van de verschillende regelingen waarin een geschil wordt beslecht door markttoezichthouders. Het tot stand brengen van marktwerking is in de verschillende markten de doelstelling. De markttoezichthouders, die door de wetgever zijn ingesteld, dienen dit proces van monopolie naar concurrentie in goede banen te leiden. Er is in de verschillende sectoren sprake van publieke belangen, die in de verschillende wetten naar voren komen. Deze publieke belangen zijn vervolgens van invloed op privaatrechtelijke verhoudingen tussen partijen die op de verschillende markten actief zijn. Zij dienen op basis van de wet met elkaar te onderhandelen en overeenkomsten te sluiten, om marktwerking tot stand te brengen. De inhoud van deze overeenkomsten wordt echter door bestuursrechtelijke wetgeving grotendeels gereguleerd. Er worden door bestuursorganen privaatrechtelijke geschillen beslecht. Er is zowel sprake van een publiek element als een privaatrechtelijk element bij deze geschillen. In het volgende

³⁰⁹ Rechtbank Rotterdam 26 september 2007, *Prorail t. de Raad van Bestuur van de NMa* (nr. MEDED 06/3416 VRLK).

hoofdstuk wordt onderzocht wat het rechtskarakter van deze taak tot geschilbeslechting is.

3.7 Samenvatting en conclusies

Om het proces van het openbreken van markten in de telecommunicatiesector in de juiste banen te leiden dienden op grond van de Europese richtlijnen NRI's te worden ingesteld. De NRI's zien erop toe dat de telecommunicatieregels worden nageleefd. In dit kader zijn zij uitgerust meteen veelheid aan taken en bevoegdheden. Deze bevoegdheden verschillen onderling sterk. In dit hoofdstuk ligt de nadruk op de bevoegdheid die de OPTA heeft op basis van de artikelen 6.2 en 12.1 van de Telecommunicatiewet. In deze artikelen krijgt de OPTA de bevoegdheid toegekend geschillen te beslechten tussen twee ondernemingen die onderling niet tot een overeenkomst kunnen komen over interconnectie of een andere vorm van toegang. Deze bevoegdheid is te herleiden tot artikel 20 van de Kaderrichtlijn. Voor de inwerkingtreding van deze Kaderrichtlijn in 2002 was deze bevoegdheid in verschillende voorgaande richtlijnen opgenomen.

In de oude Telecommunicatiewet (1998) was de geschilbeslechtende bevoegdheid in afzonderlijke artikelen aan de OPTA toebedeeld. Per onderwerp was de bevoegdheid tot geschilbeslechting opgenomen. In de huidige regeling, in de Telecommunicatiewet 2004, is er een algemene bevoegdheid tot geschilbeslechting aan de OPTA toegekend door de wetgever. Op deze manier vallen toekomstige nieuwe ontwikkelingen ook onder de werkingssfeer van dit artikel. Onder het oude stelsel was dit niet zo, wat nadelig was voor de concurrentie. De OPTA heeft tevens op basis van de Postwet een taak tot geschilbeslechting tussen private partijen.

In dit hoofdstuk is tevens de geschilbeslechtende bevoegdheid van de NMa beschreven. Deze heeft de bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen twee ondernemingen op basis van de Elektriciteitswet en de Gaswet. De terminologie die in deze regeling wordt gehanteerd wijkt enigszins af van de regeling in de Telecommunicatiewet. De figuur is echter hetzelfde, het gaat om een bestuursorgaan dat geschillen tussen twee private partijen bindend beslecht.

Ook is in de regelgeving die geldt in de zorgsector een bevoegdheid tot geschilbeslechting te vinden. Zowel in de oude Ziekenfondswet, als in de nieuwe regelgeving die in de sector geldt, is deze figuur opgenomen. Op grond van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (Wmg) kan de Zorgautoriteit zich bindend in een geschil tussen twee particulieren mengen. In de Spoorwegwet is tevens een

regeling opgenomen waarin een taak tot geschilbeslechting is toegekend aan de NMa.

Het gaat bij elke wettelijke regeling die in dit hoofdstuk is weergegeven, om een bevoegdheid die een bestuursorgaan heeft om een geschil tussen particulieren, die op basis van de wet, met elkaar dienen te onderhandelen en tot overeenkomst moeten komen, te beslechten.

In hoofdstuk 1 is reeds aangegeven dat het gaat om een bijzondere constructie, een vreemde eend in de bijt. Er is zowel sprake van een onderhandelingsplicht op basis waarvan een overeenkomst tot stand dient te komen, *privaatrecht*, als van een publiekrechtelijke regeling op basis waarvan tarieven en andere voorwaarden kunnen worden opgelegd door een bestuursorgaan, *publiekrecht*. Er kleeft aan deze bevoegdheid zowel een publiekrechtelijk aspect, als een privaatrechtelijk aspect. In het volgende hoofdstuk zal worden onderzocht wat het rechtskarakter is van deze bevoegdheid die in meerdere regelingen door de wetgever is opgenomen.

Hoofdstuk 4

Drie kaders; onderzoek naar het rechtskarakter van de geschilbeslechtende bevoegdheid

4.1 Inleiding

De geschilbeslechtende bevoegdheid³¹⁰ is een voor het Nederlandse bestuursrecht nieuwe figuur.³¹¹ Deze bevoegdheid tot geschilbeslechting heeft haar oorsprong in Europese regelgeving.³¹² De bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen twee private partijen is geen gebruikelijke bevoegdheid voor een bestuursorgaan. Bestuursorganen zijn overheidsorganen die belast zijn met overheidstaken, zoals het verlenen van vergunningen, het handhaven van wettelijke regels, het behandelen van bezwaarschriften, het opstellen van beleidsregels en nog een heel scala aan overige taken. Geschilbeslechting is echter een taak die in de regel aan de rechtsprekende macht toekomt. Voor de rechtsprekende macht gelden allerlei waarborgen om de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid ten opzichte van de partijen bij een geschil te garanderen. Bij bestuursorganen is hier geen sprake van, zij behartigen doorgaans publieke (overheids) belangen. Ten aanzien van bestuursorganen worden de aan hen toevertrouwde belangen dan ook als hun belangen beschouwd.³¹³

Binnen onze rechtsstaat wordt de overheidsmacht gespreid over verschillende organen die elkaar controleren en in evenwicht houden. De verschillende overheidsfuncties zijn verdeeld over verschillende organen. De macht is niet in handen van één enkel orgaan en wordt per orgaan aan banden gelegd. Het doel van de spreiding is dat niet alle macht geconcentreerd is in één orgaan, en op die manier het tegengaan van machtsmisbruik. Er is sprake van een systeem van checks and balances. Zoals gezegd berust de taak van het beslechten van geschillen bij de rechtsprekende macht. Deze taak is in de Grondwet aan haar opgedragen.³¹⁴ Bestuursorganen zijn op grond van deze verdeling belast met bestuur.

Door de wet krijgen bestuursorganen bevoegdheden toegekend om te kunnen besturen. Het bestuur kan niet handelen zonder een wettelijke bevoegdheid. Elke handeling van een bestuursorgaan dient op de wet te berusten, op basis van het legaliteitsbeginsel. Het bestuursrecht regelt de relatie tussen overheid en burgers.

³¹⁰ Zie paragraaf 2.6.

³¹¹ Zie ook: *Kamerstukken II* vergaderjaar 2003/04, 28 851, nr. 22; Verhey & Verheij 2005, p. 170.

³¹² Zie voor de oorsprong van de geschilbeslechtende bevoegdheid paragraaf 2.3.

³¹³ Artikel 1:2 lid 2 Awb.

³¹⁴ Hoofdstuk 6 Grondwet.

Het bestuursrecht heeft zowel een instrumentele functie als een rechtsbeschermende functie. De overheid wordt van allerlei instrumenten voorzien om de taken die haar zijn opgedragen te kunnen uitoefenen. Om machtsmisbruik door de overheid te voorkomen zijn echter tevens waarborgen voor de burgers opgenomen.³¹⁵

In de jurisprudentie wordt de bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA ook wel aangeduid als publiekrechtelijke arbitrage.³¹⁶ De OPTA wordt aangeduid als een arbiter, die bindende regels aan partijen kan opleggen.³¹⁷ Op haar website duidt de OPTA zichzelf aan als zijnde een ‘scheidsrechter’ tussen partijen. Ook in de literatuur wordt wel gesteld dat de OPTA als een soort arbiter dan wel rechter fungeert.³¹⁸ Hier zien we dat de rol van de OPTA gekwalificeerd wordt als zijnde ‘een soort van’ arbitrage of rechtspraak. Tegelijkertijd wordt nadrukkelijk gesteld dat beslissingen die de OPTA neemt op basis van de geschilbeslechtende bevoegdheid aan te merken zijn als besluiten.³¹⁹ Daarnaast wordt gesteld dat het gaat om een unieke bevoegdheid die een kruising vormt tussen rechtspraak (gezien de inhoud van de activiteit) en administratief beroep (gelet op het feit dat een bestuursorgaan een geschil beslecht).³²⁰ Dit zijn echter verschillende kwalificaties voor één en dezelfde rol die de OPTA vervult op grond van artikel 6.2 en artikel 12.2 Tw. De vraag is welk van deze kwalificaties de juiste is.

De reden voor de verschillende in de literatuur en rechtspraak aangehaalde kwalificaties voor deze bevoegdheid tot geschilbeslechting is dat er enige gelijkenis met elk van deze afzonderlijke gebieden wordt gezien. Rechters en arbiters hebben namelijk beiden de taak opgedragen gekregen om geschillen te beslechten. Dit is de kenmerkende hoofdtak van deze instanties. Zij zijn met het oog op het uitoefenen van deze taak opgericht. De OPTA heeft als bestuursorgaan tevens een taak tot geschilbeslechting opgedragen gekregen. Dit is afwijkend aangezien, in tegenstelling tot rechters en arbiters, dit niet een gebruikelijke taak is voor een bestuursorgaan.

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht wat het rechtskarakter van geschilbeslechting is. Er wordt onderzocht hoe deze bevoegdheid te kwalificeren valt bin-

³¹⁵ Zie ook: Damen e.a., 2005, p. 50.

³¹⁶ Rb Rotterdam 14 september 1999, *Kabeltelevisie Amsterdam t. OPTA*, Mediaforum 1999/11, m. nt. Jilles van den Beukel, *LJN* AA3679.

³¹⁷ Ottow 2003, p. 213.

³¹⁸ Ottow 2006, p. 176.

³¹⁹ Zie ook: CBB 3 december 2003, *LJN* AO1112; Van Breugel & Daalder 1999, p. 291-292; Verhey en Verheij 2005, p. 170.

³²⁰ Duijkersloot & Michiels 2000.

nen het bestaande nationale rechtssysteem. Zoals gezegd gaat het om een bevoegdheid die haar oorsprong heeft in Europees recht. In hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat deze bevoegdheid niet alleen in de telecomunicatiesector bestaat. Ook in andere sectoren is een dergelijke bevoegdheid aan bestuursorganen toegekend.

De bevoegdheid tot geschilbeslechting door de OPTA wordt in de jurisprudentie en in de literatuur gekwalificeerd als rechtspraak, als ook als arbitrage en als besluitvorming. Dit zijn drie verschillende kwalificaties. Deze drie verschillende theoretische ‘kaders’ zullen nader worden aangeduid. Vervolgens wordt onderzocht binnen welk van deze ‘kaders’ de bevoegdheid kan worden geplaatst. Bij elk van de kaders wordt nagegaan wat de overeenkomstige kenmerken zijn tussen de bevoegdheid en de beschreven modellen. Aan de kwalificatie zijn bepaalde gevolgen verbonden. Bij elk van de kaders gelden verschillende regels. Vandaar dat het van belang is allereerst te onderzoeken wat voor taak ‘geschilbeslechting’ is. Is er sprake van een rechterlijke taak, een bestuurlijke taak of van arbitrage?

Allereerst is het noodzakelijk kort in te gaan op het systeem van checks and balances dat wij kennen in onze rechtsstaat. Het systeem van de scheiding der machten wordt beschreven. Aan de hand daarvan wordt namelijk de verdeling van overheidstaken over de verschillende organen zichtbaar en wordt duidelijk dat geschilbeslechting doorgaans geen taak is van een bestuursorgaan. Vervolgens komen de drie kaders ieder afzonderlijk aan de orde. Nadat deze duidelijk zijn gedefinieerd kan worden onderzocht waar de geschilbeslechtende bevoegdheid kan worden ondergebracht.

4.2 Rechtsstaat

Het begrip rechtsstaat houdt in dat er sprake dient te zijn van een stelsel van waarborgen tegen de overheid. De overheidsmacht is aan rechtsregels gebonden.³²¹ Niet alleen de burgers, maar ook de staat dient zich aan het recht te conformeren. Er worden in de literatuur vier rechtsstatelijke vereisten onderscheiden.³²² Het eerste vereiste is dat van wetmatigheid van bestuur, ofwel het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat de overheid slechts die bevoegdheden bezit die haar door de grondwet of een andere wet zijn toegekend.

³²¹ De Rechtsstaatgedachte is terug te voeren op de werken van met name Locke, *Two treatises on Government* (1690) en Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748). Zie nader over dit onderwerp o.a.: Van der Pot 2006, p. 25 e.v.; L.F.M. Verhey, ‘De rijke rommelzolder van Montesquieu: een blijvende inspiratiebron voor onze democratische rechtsstaat’ in ‘Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw’, WLP, 2008.

³²² Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 36; Burkens e.a. 2006, p. 49-50.

Alle overheidsoptreden dient op een wettelijke grondslag te berusten. Het overheidsoptreden dient plaats te vinden door instanties aan welke daartoe door of krachtens de wet de bevoegdheid is gegeven. Naast de vraag welke overheidsinstanties bevoegd zijn en welke bevoegdheden zij hebben gekregen, is er nog een aspect van belang dat af te leiden is uit het legaliteitsbeginsel, namelijk: binnen welke grenzen deze bevoegdheden gehanteerd dienen te worden.

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen gebonden bevoegdheden en vrije, ook wel discretionaire bevoegdheden genaamd. Indien er sprake is van een gebonden bevoegdheid, heeft het bestuursorgaan geen vrijheid om het gebruik van deze bevoegdheid zelf nader in te vullen. Het gebruik van de bevoegdheid is strak en nauwkeurig geformuleerd in de desbetreffende wettelijke bepaling. Het bestuursorgaan is hier aan gebonden, en er is geen enkele mate van keuzevrijheid toegekend door de wetgever bij de uitoefening van deze bevoegdheid.

Indien er daarentegen sprake is van een discretionaire bevoegdheid, heeft het bestuursorgaan echter wel een bepaalde mate van beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid. De wetgever heeft ruimte gelaten voor het bestuursorgaan om een bepaalde mate van eigen invulling te geven bij de uitoefening van de aan haar toegekende bevoegdheid. In het volgende hoofdstuk wordt onderzocht of aan de OPTA bij de uitoefening van de geschilbeslechtende bevoegdheid keuzevrijheid toekomt.³²³

Het tweede vereiste is dat van het machtsevenwicht. *Montesquieu* onderscheidde in zijn boek met als titel 'De l'esprit des Lois' uit 1748 drie van elkaar te onderscheiden machten, de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht (*de trias politica*). Deze drie machten zorgen ervoor dat niet alle overheidstaken in één hand zijn, en dat er een zeker evenwicht bestaat. Er ontstaat op deze manier een systeem van *checks and balances*, waarbij de overheidsbevoegdheden niet geconcentreerd zijn in een hand, maar verdeeld worden over verschillende organen die elkaar controleren en in evenwicht houden. Machtsevenwicht wordt gezien als een van de belangrijkste elementen van de rechtsstaat.

Vanwege het feit dat de taak van de uitvoerende macht in de praktijk uit meer bestond dan alleen de strikte uitvoering van wetten, is de term uitvoering langzamerhand overgegaan in de term bestuur.³²⁴ Niet alleen deze verandering in het stelsel van *Montesquieu* is van belang. Men kent in Nederland een stelsel waarbij het parlement en de regering samen wetten tot stand brengen. Het bestuur speelt

³²³ Paragraaf 4.1.

³²⁴ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 6.

hier dus ook een rol in het wetgevingsproces. De wetten worden door de wetgevende macht en het bestuur samen uitgevaardigd.³²⁵ De essentie van het gedachtegoed van *Montesquieu* is in ons land echter behouden: de staatsmacht dient gespreid te zijn over verschillende organen die elkaar controleren en in evenwicht houden. Dat geldt in het bijzonder voor de rechter. Die is onafhankelijk van het bestuur en de wetgever.

Een volgend element van het begrip rechtsstaat bestaat uit de grondrechten. Er bestaan zekere fundamentele mensenrechten die de overheid dient te respecteren. Deze zijn te vinden in Hoofdstuk 1 van de Grondwet, en in verschillende verdragen waaronder het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)³²⁶ en in het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).³²⁷ Ook kan het Handvest van de EU in dit kader worden genoemd.³²⁸

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen klassieke grondrechten en sociale grondrechten. Deze garanderen beide een aantal fundamentele vrijheden voor burgers. Het onderscheid zit in de rol die de overheid met betrekking tot de verschillende categorieën toekomt. De overheid heeft ten opzichte van de klassieke grondrechten een passieve rol in te nemen. De sociale grondrechten garanderen tevens bepaalde vrijheden voor de burger, echter om deze vrijheden goed te kunnen waarborgen is enige bemoeienis van de overheid noodzakelijk. Als voorbeeld kan dienen het recht op onderwijs. Een ieder in Nederland kan aanspraak maken op dat grondrecht. Echter, om hier gebruik van te kunnen maken, is een actieve rol van de overheid noodzakelijk. De overheid dient er voor te zorgen dat er wetgeving tot stand wordt gebracht, op basis waarvan de nodige voorzieningen worden getroffen, zoals het bouwen van scholen en het opleiden van onderwijzers, zodat de burger een beroep kan doen op dit grondrecht.³²⁹

Rechterlijke controle wordt tevens beschouwd als element van de rechtsstaat. Het gaat bij de rechtsstaatsgedachte zoals eerder aangegeven om een stelsel van waarborgen tegen de overheid, met name tegen de uitvoerende macht. De overheidsmacht wordt aan rechtsregels gebonden. Onder het eerder genoemde element van de rechterlijke controle wordt verstaan: het handelen van de uitvoerende macht

³²⁵ Artikel 81-88 Grondwet.

³²⁶ Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154, laatstelijk gewijzigd *Trb.* 1994, 165.

³²⁷ Verdrag van 16 december 1966, *Trb.* 1969, 99, herziene versie *Trb.* 1978, 177.

³²⁸ Handvest van 7 december 2000, *PbEG* C 364, niet inwerking getreden.

³²⁹ Zie voor een nadere uitwerking van het onderwerp sociale grondrechten het proefschrift van A.W. Heringa uit 1989: 'Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter', Tjeenk Willink, Zwolle.

kan aan een onafhankelijke rechter worden voorgelegd opdat deze kan beoordelen of het rechtmatig was. Het recht tot toegang tot de rechter is opgenomen in artikel 6 EVRM. Dit artikel komt in de volgende paragraaf meer uitgebreid aan de orde. Op basis van het EG-recht geldt het beginsel van een effectieve rechtsbescherming.³³⁰ Dit beginsel is uitgewerkt in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en eist onder meer dat er een daadwerkelijke toegang tot de rechter bestaat.³³¹ In een geschil tussen een burger en een overheidsinstantie is als hoofdregel de bestuursrechter bevoegd.

Rechtspraak is een van de drie overheidsfuncties die Montesquieu onderscheidt. Het gaat om hierbij om geschilbeslechting door een overheidsrechter. Er valt een onderscheid te maken tussen verschillende vormen van geschilbeslechting. Het gaat om vormen die *wel* als rechtspraak kunnen worden aangemerkt en vormen van geschilbeslechting die *niet* onder rechtspraak kunnen worden gerekend. Een voorbeeld van de laatste categorie is arbitrage. De geschilbeslechtende taak van de OPTA wordt in de literatuur onder andere aangemerkt als rechtspraak.³³²

In de volgende paragraaf wordt onderzocht wat rechtspraak is. Aan de hand hiervan kan vervolgens worden bepaald of geschilbeslechting op basis van de Tw als rechtspraak kan worden bestempeld, en indien dit niet het geval blijkt, of er gemeenschappelijke kenmerken zijn tussen rechtspraak en geschilbeslechting door de OPTA.

4.3 Rechtspraak

In deze paragraaf zal worden onderzocht of de geschilbeslechtende bevoegdheid die in het vorige hoofdstuk uitgebreid is besproken kan worden gekwalificeerd als zijnde “rechtspraak”. Er wordt door een aantal auteurs namelijk opgemerkt dat OPTA optreedt als een soort rechter.³³³ De taak tot geschilbeslechting van de OPTA wordt aangeduid als zijnde een rechterlijke taak. Om op deze vraag te kunnen antwoorden zal uiteraard eerst duidelijk moeten worden wat wij onder het begrip rechtspraak verstaan binnen onze rechtsorde.

Hoofdstuk 6 van de Grondwet heeft als titel Rechtspraak. Daar wordt een onderscheid gemaakt tussen civiele-, administratieve-, en strafrechtspraak. Er wordt

³³⁰ Zie over dit beginsel de annotatie van R.J.G.M. Widdershoven bij HvJEG van 24 april 2008, nr. C-55/06, AB 2008/326.

³³¹ Zie Jans e.a. 2002, p. 82 e.v.

³³² Zie paragraaf 1.5. en paragraaf 4.3.

³³³ Door o.a. Lavrijssen 2006, p. 121 en door Duijkersloot en Michiels 2000, p. 29, zie paragraaf 1.5.

tevens bepaald dat de wet de inrichting regelt van de rechterlijke macht. Deze inrichting is nader uitgewerkt in de Wet op de Rechterlijke Organisatie.³³⁴ De leden van de rechterlijke macht worden bij Koninklijk besluit voor het leven benoemd. Bij civiele rechtspraak gaat het om de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. De verhouding tussen twee in principe gelijkwaardige particuliere partijen staat centraal.

In het Nederlandse systeem oordeelt de bestuursrechter over besluiten in de zin van de Awb. De relatie tussen de overheid en de burgers staat centraal. Deze rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter komt in hoofdstuk 6 nader aan de orde in het kader van de rechterlijke toetsing van de beslissing van de OPTA op basis van haar bevoegdheid tot geschilbeslechting.

Er zijn twee benaderingen als het gaat om het begrip rechtspraak. Er wordt een principieel onderscheid gemaakt tussen de formele benadering en de materiële benadering. Om te toetsen of geschilbeslechting door een instantie als rechtspraak te kwalificeren valt, bestaat er dus een keuze uit twee mogelijkheden. Men kan uitgaan van een formele benadering, waarin aan de hand van formele criteria wordt vastgesteld of er sprake is van rechtspraak.

Er wordt getracht criteria te formuleren waaraan een orgaan moet voldoen wil het als rechter kunnen worden aangemerkt. Het *orgaan* dat rechtspreekt staat in deze benadering centraal. De eerste formele eis die wordt gesteld, is of het orgaan onafhankelijk is. De eis van onafhankelijkheid is bij de formele benadering een voorwaarde om van rechtspraak te kunnen spreken. Het tweede criterium is de onpartijdigheid van het orgaan. Bij dit criterium spelen onder andere de benoemingsisen een rol.³³⁵

Bij het formele rechtspraakbegrip wordt dus gekeken naar waarborgen voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het orgaan dat geschillen beslecht. In Nederland is het formele rechtspraakbegrip het gangbare.³³⁶ *Widdershoven* zegt in zijn proefschrift over wat verstaan kan worden onder het onafhankelijkheidsvereiste het volgende:

³³⁴ Wet op de Zamenstelling der Regterlijke Magt en het Beleid der Justitie van 18 april 1827, *Stb.* 20, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 13 maart 2008, *Stb.* 2008, 85 (Wet op de Rechterlijke Organisatie).

³³⁵ Art. 117-118 Grondwet, art 145 Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Wet van 29 november 1996 tot vaststelling van de gewijzigde Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (aanvulling met onder meer de onderwerpen omvang van de taak, arbeidstijd, vakantie en verlof), *Stb.* 1996, 590, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 maart 2008, *Stb.* 2008, 100..

³³⁶ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 500 en p. 512.

*‘Men kan uit de bedoeling van de wetgever afleiden of we te maken hebben met een onafhankelijk orgaan door naar de wet zelf te kijken en de parlementaire geschiedenis van de wet. Heeft de wetgever beoogd om een van het bestuur onafhankelijke instantie met geschilbeslechting te belasten, dan kan dit als rechtspraak worden aangemerkt.’*³³⁷

De verdere formele criteria die hij noemt zijn: – er dient sprake te zijn van een *geschil*, en – er dient sprake te zijn van een *bindende beslissing*. Een geschil wordt aangeduid als een ‘gestelde rechtsschending’. Vervolgens moet rechtspraak leiden tot een bindende uitspraak, die met overheidsgezag kan worden geëxecuteerd, oftewel een bindende beslissing.³³⁸

Ook kan men de keuze maken om van een materiële, ofwel de functionele benadering uit te gaan, waarin materiële criteria centraal staan om te bepalen of er sprake is van rechtspraak. Deze benadering gaat uit van een materieel rechtspraakbegrip en probeert onder woorden te brengen welke activiteiten van de overheid als rechtspraak kunnen worden gekarakteriseerd. Bij het materiële begrip gaat men uit van het inhoudelijke, de functie. Niet het orgaan, maar de aard van de functie staat centraal in deze benadering.

Er wordt in de literatuur over het materiële rechtspraakbegrip getracht de taak rechtspraak te beschrijven, zonder daarbij gebruik te maken van formele criteria zoals de aard van het orgaan.³³⁹ De vraag is welke taken als ‘typisch’ rechterlijke taken kunnen worden beschouwd. Er dient een afbakening gemaakt te worden in functies van bestuur en regelgeving.

De materiële opvatting leidt volgens auteurs die de formele benadering voorstaan vaak tot een nogal ruime opvatting van rechtspraak. Deze benadering is door velen van hen bekritiseerd.³⁴⁰ De critici zijn van mening dat het onmogelijk is om de taak rechtspraak op materiële gronden van de overige staatsfuncties regelgeving en bestuur te onderscheiden.

In de materiële benadering wordt een criterium gehanteerd aan de hand waarvan getoetst wordt of er sprake is van rechtsprekende taken, namelijk: wordt er een rechtsvraag beantwoord? Door middel van dit criterium zou de taak rechtspraak grotendeels van de taak bestuur kunnen worden gescheiden. Bij de beantwoording van een rechtsvraag wordt er getoetst aan rechtsnormen. Er is geen sprake van toetsing aan beleidsoverwegingen, maar van een rechtmatigheidstoetsing door de

³³⁷ Widdershoven 1989, p. 26.

³³⁸ Widdershoven 1989, p. 27.

³³⁹ Zie ook: Widdershoven, 1989, p. 17.

³⁴⁰ Deze kritiek van verschillende auteurs is weergegeven en nader uitgewerkt in: Widdershoven 1989, p. 15, p. 17 en p. 19.

rechter. Cruciaal voor rechtspraak is dat aan de hand van rechtsnormen beslist wordt, en niet (tevens) sprake is van toetsing aan beleid. De toetsing dient beperkt te blijven tot rechtsmatigheidsaspecten.

De Waard noemt in zijn beschrijving van het materiële rechtspraakbegrip drie elementen om te bepalen of er sprake is van de uitoefening van een rechterlijke functie.³⁴¹ Het eerste element is dat er sprake dient te zijn van een gestelde rechtsschending. Onder een gestelde rechtsschending wordt verstaan dat een klacht, een houding of situatie in strijd is met het bestaande recht. Doorgaans zal er sprake zijn van een geschil tussen partijen. Het tweede element is de beantwoording van een rechtsvraag. Dit punt is reeds genoemd. Er is geen sprake van een rechtsvraag, indien de toetsende instantie zich mag laten leiden door eigen institutionele belangen. Er mogen geen beleidsoverwegingen aan de beslissing ten grondslag liggen.

Het derde element is dat er een voor partijen rechtens bindende beslissing dient te worden gegeven. Een rechterlijke beslissing heeft een declaratoir karakter en bevat het antwoord op een gestelde rechtsvraag. Hier bestaat een verschil met bestuurs-beslissingen. In de laatstgenoemde beslissingen is namelijk karakteristiek dat er een 'eigen creatief' element in aanwezig is.³⁴²

Ook is in de literatuur naast één van deze twee benaderingen, een mengvorm van deze twee te vinden. *Widdershoven* kiest voor een gemengd rechtspraakbegrip. Het vereiste van onafhankelijkheid uit de formele benadering is in zijn benadering tevens cruciaal. Hij is echter van mening dat nadat aan de hand van het formele criterium is vastgesteld of er sprake is van organen behorend tot de rechtsprekende macht, vervolgens moet worden vastgesteld of deze organen altijd belast zijn met rechterlijke functies. De rechter voert namelijk ook taken uit die niet als rechtspraak kunnen worden benoemd maar eerder als bestuurlijk.³⁴³ Als voorbeeld kan worden genoemd de benoeming van een curator of een voogd. In die zin speelt het materiële criterium tevens een rol in deze benadering.

In hoofdstuk 6 van de Grondwet wordt het begrip rechtspraak behandeld. De wetgever besteedt in de artikelen in dit hoofdstuk overwegend aandacht aan het orgaancomplex 'rechtspraak'. In artikel 116 zijn de benoemingseisen van rechters te vinden. De formele criteria spelen hier een overheersende rol. In de Grondwet zien we dan ook de formele benadering overheersen.

³⁴¹ De Waard 1987, p. 17-41.

³⁴² De Waard 1987, p. 25.

³⁴³ Widdershoven 1989, p. 23.

In de Awb overheerst tevens de formele benadering van het begrip ‘rechtspraak’. In artikel 1:1 lid 2 sub c van de Awb wordt bepaald dat onafhankelijke, met rechtspraak belaste organen niet ook als bestuursorganen worden aangemerkt. Deze bepaling is opgenomen om ervoor te zorgen dat de regels uit de Awb, die gelden voor bestuursorganen, niet gelden voor rechterlijke instanties. Zoals reeds vermeld is de formele benadering van het rechtspraakbegrip in ons land de meest gangbare.

In artikel 1:4 Awb is bepaald dat onder een administratieve rechter wordt verstaan: een onafhankelijk, bij de wet ingesteld orgaan dat met administratieve rechtspraak is belast. De formele criteria zijn hier wederom van doorslaggevend belang. *‘Een orgaan dat belast is met het beslechten van geschillen tussen bestuursorganen en belanghebbenden is alleen dan een administratieve rechter indien het bij de wet is ingesteld en onafhankelijk is’*³⁴⁴.

ARTIKEL 6 EVRM

Door middel van artikel 6 EVRM wordt op Europees niveau de toegang tot de rechter gewaarborgd. In dit artikel worden een aantal procedurele eisen geformuleerd waaraan ‘rechtspraak’ dient te voldoen. Lid 1 bepaalt dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een *fair trial*, ofwel een eerlijk proces. Het gaat daarbij om een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat door de wet is ingesteld. Hier zien we de formele criteria onafhankelijkheid en onpartijdigheid naar voren komen. Geconcludeerd kan worden dat ook hier de formele benadering overheerst.

De reikwijdte van artikel 6 wordt bepaald door de uitleg van de term burgerlijke rechten en verplichtingen. Het EHRM heeft bepaald in de uitspraak Benthem tegen Nederland³⁴⁵ dat het voldoende is om aan te nemen dat de betrokken belangen op geld waardeerbaar zijn om aan te nemen dat zij binnen de reikwijdte van artikel 6 vallen. Er bestaat echter discussie over de omvang van de reikwijdte van artikel 6.³⁴⁶

³⁴⁴ Van Buuren & Borman 2003, p. 23.

³⁴⁵ EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102.

³⁴⁶ Zie o.a. de jurisprudentie genoemd in de annotatie van De Lange en Danopoulos bij CBB 6 april 2006, Computerrecht 1/2007, p. 22; Zie ook het VAR preadvies van mr. T. Barkhuysen, *‘Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht’* in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2004, p. 62.

In de jurisprudentie van de beide Europese Hoven in Straatsburg en in Luxemburg en van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden deze formele criteria uit de wet nader uitgewerkt. Een voorbeeld van een uitspraak waarin de formele benadering door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt toegepast is het al eerder aangehaalde ‘Bentham’ arrest. Nederland kende tot 1985 het Kroonberoep als eindberoep. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) heeft geoordeeld dat dit in strijd was met artikel 6 EVRM, omdat de Kroon niet een onafhankelijke rechterlijke instantie is, maar een bestuursorgaan. Het KB waarbij de Kroon een beslissing nam was formeel gezien een bestuurshandeling. Het eindoordeel dient volgens het Hof in Straatsburg in het belang van de rechtsbescherming door een onafhankelijke en onpartijdige rechter te worden gegeven. Hieruit kunnen we afleiden dat onafhankelijkheid en onpartijdigheid vereisten zijn om te kunnen spreken van rechtspraak.

De begrippen onafhankelijkheid en onpartijdigheid komen tevens aan de orde in de uitspraak *Kleyn vs de Staat der Nederlanden*.³⁴⁷ In deze zaak dient het EHRM de vraag te beantwoorden of in het geval dat de Raad van State eerst heeft geadviseerd over bepaalde regelingen in het kader van haar adviserende taak, het vervolgens in strijd is met artikel 6 EVRM als personen die bij deze advisering betrokken zijn geweest een oordeel vellen in een zaak als rechter, waarin die regelingen zijn toegepast in het kader van de rechterlijke taak. Het Hof acht artikel 6 EVRM in deze zaak niet geschonden. In deze uitspraak gaat het Hof nader in op de (formele) criteria onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In r.o. 190 overweegt het Hof:

‘As is well established in the Courts case law, in order to establish whether a tribunal can be considered independent for the purposes of article 6, par 1, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence’.

Het Hof noemt in deze rechtsoverweging de criteria aan de hand waarvan het beoordeelt of er sprake is van onafhankelijkheid. Er dient een bescherming aanwezig te zijn tegen invloeden van buitenaf, zoals van andere partijen als de uitvoerende macht. Het Hof toetst aan een aantal waarborgen, waaronder benoemingsvereisten, om vast te stellen of aan de onafhankelijkheidseis is voldaan. Deze benoemingsvereisten zijn in dit geval nader geregeld in de Wet op de Raad van State.³⁴⁸

Vervolgens gaat het Hof in r.o. 191 in op de onpartijdigheid. Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid. In de annota-

³⁴⁷ EHRM 6 mei 2003, AB 2003, 211, m.nt. Verhey & de Waard.

³⁴⁸ Wet van 9 maart 1962 op de Raad van State, *Stb.* 1962, 88, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 593.

tie bij dit arrest wordt het onderscheid tussen beide vormen van onpartijdigheid duidelijk weergegeven:

‘Subjectieve onpartijdigheid doet zich voor als individuele rechters een persoonlijk belang bij de zaak hebben dan wel een persoonlijk vooroordeel waardoor de rechter zich disqualificeert om in een bepaalde zaak op te treden’.

‘Bij het onderzoek of ook objectief gezien sprake is van onpartijdigheid moet worden onderzocht of, los van het persoonlijke gedrag van de individuele rechter er feiten vastgesteld kunnen worden die twijfels kunnen doen rijzen ten aanzien van de onpartijdigheid van de rechters. De schijn van belang kan zijn dat het gaat om het vertrouwen dat rechtscolleges in een democratische samenleving wekken bij het publiek en met name bij partijen’.

Het Hof brengt daarmee de elementen onafhankelijkheid en onpartijdigheid dicht bij elkaar. In r.o. 192 zegt het Hof nadrukkelijk: *‘the concepts of independence and objective impartiality are closely linked.’* Het Hof zegt in dezelfde rechtsoverweging dat het de twee begrippen om deze reden dan ook tezamen zal behandelen. Annotatoren van de uitspraak in de AB zijn van mening dat het Hof zich met deze overweging er makkelijk van afmaakt, en zich in het vervolg kortweg concentreert op de onpartijdigheid.³⁴⁹ Zij merken op dat deze aanpak de rechtsontwikkeling niet verder brengt, wat mijns inziens niet valt te ontkennen. Tot zover de twee formele criteria die in deze uitspraak nader zijn ingevuld.

In het arrest ‘Dorsch’ wordt door het Hof van Justitie van de EG aan de hand van criteria bepaald of de Duitse Federale Commissie van toezicht kan worden gekwalificeerd als een rechterlijke instantie in de zin van het artikel 177 (oud) EG-verdrag.³⁵⁰ Deze instantie stelde een prejudiciële vraag aan het Hof. In rechtsoverweging 23 worden de criteria genoemd waaraan door het Hof wordt getoetst of een verwijzend orgaan kan worden aangemerkt als een rechterlijke instantie die prejudiciële vragen mag stellen:

‘Voor de beoordeling, of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, houdt het Hof rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uit-

³⁴⁹ Annotatie Verhey en de Waard bij EHRM 6 mei 2003, AB 2003, 211.

³⁵⁰ Huidig artikel 234 EG-verdrag, waarin is bepaald dat rechterlijke instanties van lidstaten de mogelijkheid hebben om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

*spraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.*³⁵¹

In deze uitspraak laat het Hof zich uit over de vraag of er sprake is van een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 (oud) van het Verdrag. Hierin wordt tevens de onafhankelijkheid van het orgaan als eis genoemd. Hier ligt echter de nadruk op het kunnen stellen van een prejudiciële vraag.³⁵²

In dit kader is tevens een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling), in een geschil tussen de Stichting Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor zaaizaad en pootgoed van landbouwgewassen (NAKG), en de Raad van Beroep van de Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor Groente en Bloemzaden van 15 februari 1999, van belang.³⁵³

Centraal staat de vraag of de Raad van Beroep een bestuursorgaan is en of zijn handelingen besluiten zijn, of dat zijn beslissingen zijn aan te merken als bindende adviezen. De Afdeling oordeelt, dat de Raad van Beroep een bestuursorgaan is, en dat zijn beslissingen dienen te worden aangemerkt als publiekrechtelijke rechtshandelingen.³⁵⁴ De Afdeling overweegt dat hier sprake is van besluitvorming. Er is geen sprake van rechtspraak wat blijkt uit het feit dat de wet geen enkele waarborg bevat op het gebied van benoeming, benoemingseisen, rechtspositionele onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van de Raad van Beroep.

In deze zaak was door het tuchtgerecht aan de Algemene Keuringsdienst een boete opgelegd aan Nellen. Tegen deze beschikking heeft Nellen beroep ingesteld bij de Raad van Beroep. Aan de Raad van Beroep wordt een geschil voorgelegd tussen twee partijen over een beschikking. De Afdeling overweegt dat hier sprake is van besluitvorming door de Raad en dat de bestuursrechter slechts zeer terughoudend mag toetsen.

De annotator merkt terecht op dat de jurisdictie van tuchtgerechten in dit soort gevallen niet is gebaseerd op vrijwillige aanvaarding, en dat er sprake is van bestuursrecht en niet van privaatrecht. Er is dan ook geen sprake van een bindend advies maar van een besluit in administratief beroep. Aan de Raad van Beroep wordt een geschil voorgelegd tussen twee partijen over een beschikking. De Raad treedt op als geschilbeslechter, er is sprake van *tuchtrechtspraak*, maar in Awb-terminen is dit administratief beroep.

³⁵¹ HvJEG 17 september 1997, zaak C-54/96, *Jur.* 1997 (Dorsch).

³⁵² Zie ook hoofdstuk 7.

³⁵³ ABRvS 15 februari 1999, *AB* 1999, 118, m.nt. Schreuder-Vlasblom.

³⁵⁴ ABRvS 18 juni 1998, *JB* 1998, 183.

Deze constructie doet denken aan een rechterlijke functie; het gaat echter om besluitvorming. De Raad is een bestuursorgaan, en geen rechterlijk orgaan omdat het geen bij de wet ingestelde onafhankelijke instantie is. De raden ofwel tuchtgerichten zijn bestuursorganen. Echter deze kwalificatie brengt bepaalde gevolgen met zich mee.

Door deze kwalificatie worden de uitspraken van het tuchtgerecht aangemerkt als besluiten in de zin van de Awb en is deze wet op de besluiten van toepassing. Deze activiteit die inhoudelijk als rechtspraak is bedoeld, wordt nu aangemerkt als besluitvorming. De in de Awb opgenomen normen worden van toepassing. Deze zijn in eerste instantie niet geschreven met het oog op tuchtrechtspraak. De vraag is of dit problemen oplevert. Het tuchtrechtelijke procesrecht is toegespitst op rechtspraak. De regeling van hoor en wederhoor is bijvoorbeeld ruimer dan die van de Awb.

De annotator formuleert het als volgt: *het was voorzienbaar dat de toepassing van de Awb op niet in de reguliere hoofdpatronen van het bestuursrecht passende instellingen en procedures enige fricties zou geven, zeker waar de aanpassingswetgeving juist daar niet afdoende blijkt te zijn.*³⁵⁵

De afweging tussen het respecteren van het eigen karakter van een bijzondere rechtsvorm waarvoor de wetgever heeft gekozen en de beoogde uniformerende werking van de Awb moet door de wetgever zelf worden gemaakt.

Het gaat hier om een afwijkende vorm van besluitvorming. Bij de 'reguliere besluitvorming' staat de verhouding centraal tussen een overheidsorgaan en een burger, zoals het aanvragen van een vergunning of ontheffing van een verbod of in het kader van de handhaving. De normen uit de Awb zijn daar specifiek op toegespitst. Echter wordt in dit geval een geschil voorgelegd waarover een beslissing dient te worden genomen. Deze constructie wringt daarom enigszins. Duidelijk is dat bij tuchtrechtspraak in veel gevallen het bestuursrecht van toepassing is. De keuringsinstelling en daarbij behorende Raad van Beroep is belast met het uitvoeren van dwingend overheidsingrijpen. Er is hier geen sprake van privaatrecht, waarbij vrijwillige zelfbinding kenmerkend is.³⁵⁶

4.3.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid:

De vraag die beantwoord dient te worden, is of de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA te kwalificeren is als rechtspraak. Allereerst zal om deze vraag

³⁵⁵ ABRvS 15 februari 1999, AB 1999, 118, p. 457.

³⁵⁶ ABRvS 15 februari 1999, AB 1999, 118, p. 459.

te kunnen beantwoorden een keuze gemaakt moeten worden tussen de formele benadering van het begrip rechtspraak en de materiële. Indien het formele rechtspreekcriterium wordt gehanteerd concentreert men zich op het orgaan dat geschillen beslecht. In dit onderzoek wordt aangesloten bij het formele criterium, aangezien dit het gangbare is. Dat dit het gangbare criterium is blijkt onder andere uit de tekst van de Grondwet en de Algemene wet bestuursrecht, de aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

Bij de formele benadering ligt de nadruk op het *orgaan*. Er dient sprake te zijn van een onafhankelijk orgaan. De OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan. Het staat op afstand van de politiek, maar is daarmee niet geheel onafhankelijk. Het maakt als we het model van de machtscheiding aanhouden, deel uit van het bestuur. Dit is in het vorige hoofdstuk behandeld. Voor het antwoord op de vraag of de OPTA tevens een rechterlijk orgaan kan zijn biedt artikel 1:1 lid 2 sub c Awb uitkomst. Hier bepaalt de wetgever het volgende: Een orgaan is *of* een rechterlijk orgaan, *of* een bestuursorgaan.

Hieruit blijkt duidelijk dat het college van de OPTA geen rechterlijk orgaan is, en er dus géén sprake is van rechtspraak. Geschilbeslechting door de OPTA valt niet te kwalificeren als rechtspraak. Toch wordt de OPTA, zoals in paragraaf 1.5 is aangetoond, in de literatuur aangeduid als rechter. OPTA dient zich in haar rol van geschilbeslechter onafhankelijk op te stellen t.o.v. partijen. Hier zien we een gelijkenis met de rol van de rechter. Tevens velt OPTA een oordeel over een contradictoir geschil tussen twee partijen. Hier is nog een duidelijke overeenkomst met rechtspraak te zien.

Echter, doorslaggevend in de formele benadering van het rechtspreekbegrip is de onafhankelijkheid van het orgaan, en het college van de OPTA is een bestuursorgaan. Weliswaar zelfstandig, maar toch onderdeel van het bestuur. Op grond van 1:1 Awb is de OPTA geen rechterlijk orgaan. De benaming rechter is om die reden dan ook niet juist en mijns inziens verwarrend. Er kan wel gewezen worden op de overeenkomsten van de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA met rechtspraak, maar zoals in deze paragraaf is aangetoond, kan die bevoegdheid niet als rechtspraak worden gekwalificeerd.

De vraag is of onder de materiële benadering van rechtspraak de OPTA wel als rechter zou kunnen worden gekwalificeerd. Anders gezegd; is de functie geschilbeslechting van de OPTA inhoudelijk aan te merken als een rechterlijke functie? De vraag die centraal staat in de materiële benadering is of er sprake is van de beantwoording van een rechtsvraag. Toetst de OPTA aan de hand van rechtsnor-

men, of spelen ook eigen beleidscriteria van het bestuursorgaan bij de beoordeling een rol?

Om deze vraag te beantwoorden kan allereerst artikel 20 van de Kaderrichtlijn worden genoemd, waarin de bevoegdheid tot geschilbeslechting door de Europese wetgever is geregeld. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat in lid 1 staat vermeld dat NRI's de taak toebedeeld kunnen krijgen tot geschilbeslechting tussen twee marktpartijen.

Er staat in lid 1 niet vermeld op welke wijze de NRI dit geschil dient te beslechten. Er is niet in deze bepaling opgenomen aan welke normen de OPTA mag toetsen in het kader van haar geschilbeslechtende taak. In lid 2 is opgenomen dat de Lidstaat ook andere mechanismen kan hanteren om een dergelijk geschil te laten beslechten.

Centraal in beide leden van artikel 20 staat het tijdig beslissen van het geschil. De nadruk ligt op de snelheid van de procedure, en de laagdrempeligheid ten opzichte van een rechterlijke procedure, die de snelheid weer ten goede komt. Lid 3 is van belang inzake het toetsingskader dat de OPTA dient te hanteren.

Bij het beslechten van een geschil laat de nationale regelgevende instantie zich leiden door het nastreven van de doelstellingen van artikel 8. De verplichtingen die de nationale regelgevende instantie aan een onderneming oplegt in het kader van het oplossen van een geschil moeten voldoen aan de bepalingen van deze richtlijn of van de bijzondere richtlijnen.

Artikel 8 somt de taken van de instantie op. Centraal staat de publieke taak tot het bevorderen van de concurrentie. Uit artikel 20 lid 3 van de Kaderrichtlijn kan derhalve worden afgeleid dat bij het beslechten van het geschil de OPTA haar publieke taak mag mee laten wegen. Het is duidelijk dat dan ook eigen beleidscriteria een rol spelen als de regelgeving daartoe ruimte biedt.

De OPTA zelf legt verplichtingen op in een marktanalysebesluit en ziet er vervolgens via geschilbeslechting op toe of deze verplichtingen worden nageleefd. Geschilbeslechting ligt in het verlengde van deze marktanalysebesluiten. De OPTA kan door het vaststellen van beleidsregels op voorhand aangeven een bepaalde gedragslijn te zullen volgen bij het beslechten van geschillen.³⁵⁷ Bij rechtspraak is dit niet mogelijk. Ook op basis van de materiële benadering kan geschilbeslechting door de OPTA derhalve niet als rechtspraak worden aangemerkt.

³⁵⁷ Verweij & Sauren 2007, p. 36.

In hoofdstuk 3 is een overzicht opgenomen van de Europese wetgeving inzake de geschilbeslechtende bevoegdheid die vooraf is gegaan aan de Kaderrichtlijn. Er zijn verschillende richtlijnen genoemd waarin aan de OPTA een geschilbeslechtende bevoegdheid is toegekend. De richtlijnen verplichten Lidstaten om een transparante besluitvormingsprocedure te hanteren en tevens is de snelheid van de procedure een belangrijk element.

In richtlijn 97/33/EG, de Interconnectierichtlijn, is de geschilbeslechtende bevoegdheid opgenomen in artikel 9. Vervolgens worden een hele reeks punten opgesomd waarmee de toezichthouder rekening dient te houden als zij een geschil tussen twee partijen beslecht. Er worden hier algemene, publieke belangen genoemd, die niet de individuele belangen van partijen in een geschil behelzen. Nu duidelijk is dat geschilbeslechting door de OPTA niet als rechtspraak kan worden gekwalificeerd zal worden onderzocht of deze taak mogelijk als arbitrage kan worden aangemerkt.

4.4 Arbitrage:

De rechter noemt de OPTA in haar rol als geschilbeslechter tussen twee ondernemingen een ‘publiekrechtelijk arbiter’.³⁵⁸ De vraag rijst wat de rechter hiermee bedoelt. Is deze kwalificatie juist? Om een antwoord op deze vraag te kunnen geven moet allereerst duidelijk zijn wat onder arbitrage wordt verstaan. Ook in de literatuur wordt de OPTA aangeduid als een arbiter.³⁵⁹

In het handboek van Sanders³⁶⁰ wordt duidelijk wat onder het begrip arbitrage wordt verstaan. De eerste zin in het boek is de volgende: ‘*Arbitrage is een alternatief voor overheidsrechtspraak*’. In plaats van aan de rechter leggen partijen het geschil aan zelf gekozen rechters (arbiters) ter beslissing voor. Vervolgens worden verschillende redenen genoemd waarom door partijen voor de mogelijkheid van arbitrage wordt gekozen. Het gaat dan om de voordelen van arbitrage ten opzichte van overheidsrechtspraak.

Allereerst wordt als voordeel van arbitrage de deskundigheid genoemd die arbiters bezitten met betrekking tot een aantal sectoren. Voorbeelden van dergelijke sectoren zijn de bouwsector³⁶¹, de sport en de landbouw. Deze specifieke deskundigheid is niet altijd bij rechters aanwezig.

³⁵⁸ Zie ook p. 94.

³⁵⁹ Ottow 2006, p. 369.

³⁶⁰ Sanders 2001, p. 1.

³⁶¹ De Raad van Arbitrage voor de bouw (RvA), opgericht in 1907, (www.raadvanarbitrage.nl).

Een ander voordeel is dat arbitrage in de regel in één instantie plaatsvindt, terwijl indien een zaak bij de rechter wordt gebracht, er de mogelijkheid bestaat dat meerdere instanties moeten worden doorlopen voordat er een definitief oordeel op tafel ligt. Aan deze langlopende rechterlijke procedures kunnen dan aanmerkelijke kosten zijn verbonden. Volgens *Sanders* valt echter te betwijfelen of arbitrage altijd goedkoper is dan rechtspraak. Dit aangezien arbitrage pro deo niet bestaat, en arbiters in tegenstelling tot rechters door de partijen dienen te worden betaald.

Tevens wordt door hem een kanttekening geplaatst bij het voordeel van een snellere beslissing. Indien namelijk een arbitraal vonnis door een rechter wordt vernietigd, kan dit een procedure in drie instanties veroorzaken. Het geschil blijft in die situatie tevens onopgelost. Aantasting van een arbitraal vonnis is echter uitzonderlijk. Rechterlijke controle op de particuliere uitspraak blijft onmisbaar, en is om die reden in elke arbitragewet terug te vinden. Bovendien kan op basis van de Grondwet de gang naar de rechter niet worden uitgesloten.³⁶²

Ten slotte kan als voordeel van arbitrage nog worden genoemd haar vertrouwelijkheid. Arbitrage vindt namelijk binnenskamers plaats, en wordt alleen openbaar als het vonnis in rechte wordt aangetast. Slechts om redenen van algemeen belang zou deze vertrouwelijkheid doorbroken kunnen worden.

Tot zover de voor- en nadelen van arbitrage. Hier komt de wettelijke regeling, voorzover van belang, aan de orde. Het arbitragerecht is te vinden in het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in de artt: 1020-1076.³⁶³ In deze artikelen zijn de verschillende onderwerpen met betrekking tot arbitrage geregeld, zoals de arbitrage-overeenkomst en de benoeming van arbiters.

Art 1020 lid 1 luidt als volgt:

- 1. *Partijen kunnen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen.*
- 2. *De overeenkomst tot arbitrage, bedoeld in het eerste lid, betreft zowel het compromis waarbij de partijen zich verbinden om een tussen hen bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen als het arbitraal beding waarbij de partijen zich verbinden om geschillen die tussen hen zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage te onderwerpen.*

³⁶² Artikel 17 Grondwet.

³⁶³ Wet van 29 maart 1828, *Stb.* 14, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 16 februari 2006, *Stb.* 123.

Er is geen arbitrage mogelijk zonder een geldige daartoe strekkende overeenkomst. Dit blijkt reeds uit de Grondwet. In artikel 17 heeft de wetgever namelijk bepaald dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

In de verdere artikelen in Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden de overige onderwerpen met betrekking tot arbitrage nader uitgewerkt, waaronder, o.a. de benoeming van arbiters. Iedere handelingsbekwame, natuurlijke persoon kan tot arbiter worden benoemd. Arbiters worden benoemd op de wijze zoals de partijen zijn overeengekomen. Indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van een arbiter kan deze worden gewraakt.³⁶⁴

Uit bovenstaande omschrijving is duidelijk naar voren gekomen dat bij arbitrage partijen hun geschil onderwerpen aan een onafhankelijke derde, niet zijnde een overheidsrechter. Deze neemt een bindende beslissing over de oplossing van het geschil. Het belangrijkste kenmerk is de vrijwillige onderwerping van partijen aan een andere vorm van geschilbeslechting.

In een brief van de Minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal³⁶⁵ worden een aantal vormen van alternatieve geschillenbeslechting besproken, waaronder arbitrage. Een interessant punt dat in deze brief naar voren komt zijn voorstellen tot herziening van het huidige nationale arbitragerecht. Deze uitgewerkte voorstellen beogen in zijn algemeenheid bestaande knelpunten in de toepassing van arbitrage weg te nemen en verbeteringen aan te brengen in de bestaande procedureregels.

Er wordt in deze voorstellen onder meer tegemoetgekomen aan één van de belangrijkste kritiekpunten op de arbitragepraktijk, te weten het bestaan van de zogenaamde arbitrageclausules in algemene voorwaarden. Die houden in dat partijen die een overeenkomst sluiten, te denken valt aan consumenten en werknemers, via de algemene voorwaarden bij deze overeenkomst, *verplicht* zijn eventuele geschillen uit deze overeenkomst door arbitrage te beslechten. Partijen kunnen niet eenzijdig onder deze verplichting uit, en kunnen daarom niet naar de rechter zonder instemming van de wederpartij.

Deze in elk geval in verhouding met consumenten, als ongewenst beschouwde situatie kan tegengegaan worden door arbitrage te plaatsen op de lijst met van onredelijk bezwarende bedingen. De kern van arbitrage is namelijk gelegen in de

³⁶⁴ Artikel 1033 van de Wet van 29 maart 1828, *Stb.* 14, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2008, 100 (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).

³⁶⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 528 en 29 279, nr. 4.

vrijwillige stap om een geschil aan een arbiter in plaats van een overheidsrechter voor te leggen. De hier geschetste situatie wringt met deze vrijwilligheid.

4.4.1 *De geschilbeslechtende bevoegdheid:*

Geschilbeslechting door de OPTA is, zoals is gebleken uit de vorige paragraaf, geen rechtspraak. Bij geschilbeslechting door de OPTA hebben we net als bij arbitrage te maken met een vorm van geschilbeslechting door een niet-overheidsrechter. Echter, de kern van arbitrage is dat partijen met wederzijds goedvinden ervoor kiezen om niet met hun geschil naar de rechter te stappen, maar naar een zelf gekozen scheidsrechter of arbiter. Dit doen zij door middel van het sluiten van een overeenkomst tot arbitrage (art. 1020 Rv).

Hier kunnen we een groot verschil constateren met geschilbeslechting door de OPTA. De wet draagt namelijk het college van de OPTA in artikel 6.2 Tw en artikel 12.2 Tw op om geschillen te beslechten tussen marktpartijen over de uit de wet of ter uitvoering daarvan gesloten overeenkomsten. Partijen kiezen hier niet zelf voor door middel van het sluiten van een arbitrageovereenkomst waarin zij gezamenlijk overeenkomen om indien een geschil zich voordoet naar de OPTA te stappen. Het gaat hier om een wettelijke verplichting die volgt uit de algemene bepaling die geschilbeslechting voorschrijft, namelijk artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet. De bevoegdheid kent een publiekrechtelijke, een wettelijke grondslag.

Bovendien staat tegen een besluit van OPTA op grond van art 12.2 Tw genomen de weg naar de rechter nog open. Bij arbitrage beoogt men in beginsel de rechter juist uit te sluiten. Het gaat om een alternatief voor rechtspraak, waarbij (in principe) een bindende eindbeslissing wordt genomen. Hier zien we nog een wezenlijk verschil tussen beide alternatieve vormen van geschilbeslechting. Na de beslissing van de OPTA staat de gang naar de bestuursrechter open.

Een belangrijke overeenkomst tussen beide vormen van geschilbeslechting is te vinden in de deskundigheid van arbiters en de OPTA. Eén van de redenen waarom door partijen voor arbitrage wordt gekozen, is de specifieke deskundigheid van arbiters. We vinden arbitragecommissies met name in gebieden waar specialistische kennis bij komt kijken, zoals bijvoorbeeld in bepaalde takken van handel of industrie. De OPTA bezit bij uitstek een specifieke deskundigheid op het gebied van telecommunicatie. De overeenkomst tussen arbitrage en geschilbeslechting is gelegen in de specifieke deskundigheid die bij rechters vaak ontbreekt. Ook de laagdrempeligheid kan worden genoemd als gelijkenis tussen beide vormen van geschilbeslechting.

De OPTA heeft een specifieke kennis op het gebied van telecommunicatie. Dit is ook de reden waarom er voor deze constructie in de Tw is gekozen door de wetgever. De rol van de OPTA is om nog een andere reden vergelijkbaar met die van een arbiter. Een overeenkomst is dat een fundamenteel beginsel van arbitrage betreft dat de arbiter onafhankelijk en onpartijdig is, dat wil zeggen zo neutraal en objectief mogelijk. Dit blijkt uit het Wetboek van Rv, waarin is opgenomen dat indien er een vermoeden bestaat dat een arbiter niet onpartijdig of onafhankelijk is, deze kan worden gewraakt.

Deze objectiviteit wordt bij de OPTA vervolgens echter ingekaderd door de aan haar opgedragen taken en bevoegdheden. De doelstellingen van de Telecommunicatiewet, waaronder het bevorderen van concurrentie in de markt, kleuren de positie van de OPTA, hetgeen afwijkt van gewone arbitrage.

De procedure van geschilbeslechting is in het leven geroepen om tot een snelle conflictoplossing te komen. De telecommunicatiemarkt is een dynamische markt, en spoed bij beslissingen is dan ook vereist, mede vanwege het feit dat er grote financiële belangen meewegen. De snelheid van de procedures ten opzichte van die van rechterlijke procedures is tevens een overeenkomst tussen geschilbeslechting door de OPTA en arbitrage.

Zoals aangetoond bestaan er gelijkenissen tussen geschilbeslechting en arbitrage. Echter, de benaming arbiter voor de OPTA is onjuist, en mijns inziens verwarrend, vanwege de essentiële verschillen die tussen beide rechtsfiguren bestaan. Het gaat bij geschilbeslechting door de OPTA om een nieuwe bevoegdheid die in de Telecommunicatiewet is opgenomen, waarbij geen duidelijk afzonderlijk kader is gegeven door de regelgever. Het is mede om die reden dat het hanteren van de juiste terminologie in dit verband zo belangrijk is.

4.5 Besluitvorming.

In deze paragraaf worden de regels omtrent de besluitvormingsprocedure in de Awb weergegeven. Er wordt geschetst welke aspecten een rol spelen bij de besluitvorming door bestuursorganen. Vervolgens wordt onderzocht of de bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA binnen dit kader van besluitvorming past.

BESLUITVORMING IN DE ZIN VAN DE AWB

De OPTA is op grond van artikel 1:1 lid 1 sub a van de Awb jo. artikel 2 van de Wet OPTA een bestuursorgaan in de zin van de Awb. Het college van de OPTA is een orgaan van een rechtspersoon die is ingesteld krachtens publiekrecht, name-

lijk bij de Wet OPTA. Als gevolg van deze kwalificatie zijn de regels van de Awb te allen tijde op zijn handelen van toepassing. Zowel bij het nemen van besluiten als bij het verrichten van feitelijke handelingen of privaatechtelijke rechtshandelingen is de Awb van toepassing. Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren is gekomen is de OPTA tevens een zelfstandig bestuursorgaan. Dit heeft als gevolg dat er een grote mate van onafhankelijkheid bestaat ten opzichte van de minister. De minister kan slechts algemene aanwijzingen geven aan het college.³⁶⁶

Het college is als bestuursorgaan bevoegd beslissingen te nemen waardoor de belangen van partijen eenzijdig kunnen worden aangetast. Door middel van de uitoefening van een bestuurlijke bevoegdheid door een bestuursorgaan kunnen rechten, plichten of bevoegdheden van een burger eenzijdig worden bepaald. Er bestaat een verticale verhouding tussen dit bestuursorgaan en de burger. Er kunnen verschillende soorten handelingen van bestuursorganen worden onderscheiden.³⁶⁷

Schriftelijke beslissingen van bestuursorganen die publiekrechtelijke rechtshandelingen inhouden worden aangemerkt als besluiten in de zin van de Awb. In artikel 1:3 lid 1 is bepaald dat onder een besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Het moet gaan om een beslissing die is genomen op basis van een publiekrechtelijke regeling. Tevens dient er sprake te zijn van een beoogd rechtsgevolg. Er dient een verandering te zijn beoogd in de rechtspositie van de burger aan wie het besluit is gericht. Een beschikking is een besluit dat niet van algemene strekking is.³⁶⁸

Aan deze kwalificatie van een beslissing als een besluit in de zin van de Awb zijn een aantal belangrijke gevolgen verbonden. Het belangrijkste gevolg is gelegen in de sfeer van de rechtsbescherming. Tegen besluiten staat voor belanghebbenden de weg naar de bestuursrechter open. Uitgezonderd van beroep bij de bestuursrechter zijn besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Onder een belanghebbende wordt ingevolge artikel 1:2 lid 1 van de Awb verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Op het belanghebbende- begrip in relatie tot geschilbesluiten wordt in hoofdstuk 6 nader ingegaan.

Bestuursorganen zijn bij de uitoefening van hun bestuurlijke bevoegdheden gebonden aan verschillende rechtsnormen (bij alle fasen van de besluitvorming). Normen kunnen voortvloeien uit de wet, uit algemene rechtsbeginselen en uit de

³⁶⁶ Paragraaf 2.3.

³⁶⁷ Zie ook: schema in Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 153.

³⁶⁸ Zie ook: paragraaf 2.6.4.

beginselen van behoorlijk bestuur.³⁶⁹ Een aantal van deze beginselen is gecodificeerd. Het overige deel vormt een onderdeel van het ongeschreven recht. Een van deze algemene rechtsbeginselen is het legaliteitsbeginsel. Er bestaat in de regel geen bevoegdheid zonder wettelijke grondslag. Een essentieel vereiste voor overheidshandelen is dat er bevoegd wordt gehandeld. Is dit niet het geval, dan is er geen sprake van een rechtsgeldig genomen besluit. Een besluit genomen zonder publiekrechtelijke bevoegdheid zal, indien er beroep tegen wordt ingesteld bij de rechter, worden vernietigd.

In de Awb zijn verschillende regels opgenomen met als doel bestuursorganen te binden aan het recht en de burgers te beschermen tegen het overheidshandelen. Het bestuursrecht wordt gekenmerkt door een instrumentele functie en een rechtsbeschermende functie. Er is immers sprake van een ongelijke verhouding tussen het bestuursorgaan en de burger waardoor een grotere mate van rechtsbescherming voor de burger gerechtvaardigd wordt geacht. Het bestuursorgaan is namelijk op grond van de wet bevoegd eenzijdig de rechtspositie van de burger te bepalen.

Bij de besluitvorming door een bestuursorgaan kunnen verschillende fasen worden onderscheiden. Doorgaans wordt een indeling gemaakt in de voorbereiding van een besluit, het nemen van het besluit (de belangenafweging), en de motivering. Deze indeling in fasen blijkt tevens uit de opbouw van de Awb.

Eisen die gesteld worden aan de voorbereiding van besluiten zijn te vinden in hoofdstuk 3 van de Awb. Daar wordt tevens de uniforme openbare voorbereidingsprocedure geregeld. De procedure is slechts van toepassing indien dit door de wetgever specifiek wordt bepaald. Deze procedure is, zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, van toepassing verklaard op een aantal besluiten die de OPTA op basis van de Telecommunicatiewet gehouden is te nemen.³⁷⁰ Deze procedure is niet van toepassing op de voorbereiding van geschilbesluiten. In het kader van haar geschilbeslechtende bevoegdheid heeft de OPTA een afzonderlijke procedureregeling opgesteld die bij het nemen van geschilbesluiten in acht moet worden genomen. Deze regeling is in paragraaf 3.5 beschreven.

RECHTSZEKERHEID

Eén van de rechtsbeginselen die bestuursorganen in acht dienen te nemen bij het nemen van besluiten is het rechtszekerheidsbeginsel. Een voorbeeld van een uitspraak waarbij een besluit van de OPTA aan dit beginsel door de rechter is getoetst is een uitspraak van 28 juli 2000. De OPTA had een dwangsom opgelegd

³⁶⁹ Damen e.a. 2005, p. 336.

³⁷⁰ Paragraaf 2.6.2.

aan de KPN op grond van artikel 15.1 lid 3 Tw (oud).³⁷¹ Er was volgens de rechter in deze zaak niet duidelijk aangegeven welke maatregelen door de KPN getroffen moesten worden, teneinde de opgelegde dwangsom te voorkomen.

Het besluit waarin de dwangsom werd opgelegd bevatte termen die volgens de rechter niet duidelijk genoeg waren. De OPTA had als argument aangevoerd dat het ging om maatregelen van zeer complexe aard, en dat daarom niet elke te nemen maatregel in detail in het besluit diende te worden opgenomen. De rechter bevestigt dat niet elke maatregel in detail hoeft te worden opgenomen, echter de norm waaraan wordt getoetst of de dwangsom wordt verbeurd dient volgens de rechter wel duidelijk te zijn. Hij oordeelt de opgelegde last onder dwangsom dan ook in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Bestuurlijke sanctieoplegging dient zodanig scherp te zijn, dat duidelijk is onder welke omstandigheden de dwangsom al dan niet wordt verbeurd. In de annotatie bij deze uitspraak wordt erop gewezen dat ook de Afdeling bestuursrechtspraak eist dat in de dwangsombeschikking duidelijk aangegeven wordt welke maatregelen door de te sanctioneren partij dienen te worden getroffen ten einde verbeurdverklaring van de opgelegde dwangsom te voorkomen.

ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

Bestuursorganen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn specifieke rechtsbeginselen die betrekking hebben op verhoudingen tussen het bestuur en de burger.³⁷² Een groot aantal van deze beginselen is te vinden in bepalingen van de Awb. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen formele beginselen van behoorlijk bestuur en materiële beginselen van behoorlijk bestuur.

De formele beginselen betreffen de voorbereiding, de besluitvorming en de inrichting van besluiten. De materiële betreffen de inhoud, het dictum van het besluit, dat bepalend is voor het rechtsgevolg van het besluit. De formele beginselen zijn: het (formeel) zorgvuldigheidsbeginsel (3:2 Awb), het fairplaybeginsel, oftewel het verbod van vooringenomenheid (2:4 Awb), het specialiteitsbeginsel (3:4 lid 1 Awb) en het motiveringsbeginsel (3:46 e.v.).

De materiële beginselen zijn: het materiële rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het verbod van détournement de pou-

³⁷¹ Pres. Rb. Rotterdam 28 juli 2000, *JB* 2000, 289, m.nt. Albers.

³⁷² Damen e.a. 2005, p. 336.

voir (3:3 Awb), het materiële zorgvuldigheidsbeginsel (3:4 lid 2 Awb), het evenredigheidsbeginsel (3:4 lid 2 Awb) en het willekeurverbod (3:4 lid 1 Awb).³⁷³

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel is nader uitgewerkt in hoofdstuk 4 van de Awb. Bij de voorbereiding van beschikkingen dient de aanvrager in de gelegenheid te worden gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen. Tevens kan een derde belanghebbende worden gehoord. In het kader van de voorbereiding van geschilbesluiten in de procedureregeling geschillen door de OPTA vastgesteld. Daaruit blijkt dat er voor de partijen bij het geschil het recht bestaat te worden gehoord.

Het belang van het onderscheid tussen formele- en materiële beginselen is dat strijd met een formeel beginsel tot een ander besluit *kan* leiden, en dat strijd met een materieel gebrek per definitie tot een ander besluit *moet* leiden, aangezien dit laatste betrekking heeft op de inhoud. De OPTA is zoals gezegd een bestuursorgaan in de zin van de Awb, en op de besluiten die zij neemt zijn de beginselen van de Awb van toepassing. Alle besluiten die OPTA neemt dienen te voldoen aan de beginselen die hier zijn opgesomd. De rechter toetst, indien er beroep is ingesteld tegen een geschilbesluit van de OPTA, mede aan deze beginselen.

VERBOD VAN VOORINGENOMENHEID

Het is dus van groot belang dat een geschilbesluit door de OPTA worden genomen met inachtneming van bestuursrechtelijke beginselen. Een beginsel dat van groot belang is bij de rol van geschilbeslechting is het verbod op vooringenomenheid. De OPTA heeft een publiek belang, namelijk het bevorderen van concurrentie op de telecommunicatiemarkt. In een geschil dient zij zich echter onpartijdig op te stellen ten opzichte van partijen. In de Tw zijn geen afzonderlijke waarborgen opgenomen om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van de OPTA te garanderen. Dit in tegenstelling tot de regeling in het Wetboek van Rv met betrekking tot arbiters, en de eisen die gelden voor rechters.

De taak van geschilbeslechting dient zonder vooringenomenheid te worden uitgeoefend. Tevens dient er tegen te worden gewaakt dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij de besluitvorming hebben, de besluitvorming beïnvloeden.

In paragraaf 3.3 is de uitspraak *Kleyn vs de Staat der Nederlanden* behandeld. In deze uitspraak worden door het EHRM de begrippen onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter besproken. Er wordt onder andere opgemerkt over de onpartijdigheid, dat het essentieel is dat er een '*appearance of independence*' aanwe-

³⁷³ Zie ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 275.

zig is. Tevens wordt over de onpartijdigheid opgemerkt dat het tevens gaat om het vertrouwen dat rechtscolleges wekken bij het publiek en met name bij partijen.

Een mooi voorbeeld in dit kader is dat medewerkers van de OPTA in november 2007 een feest hebben bezocht dat door KPN georganiseerd was ter gelegenheid van het tienjarig jubileum van de telecomtoezichthouder. De overige marktpartijen vonden het ongepast en ongehoord dat de OPTA de uitnodiging voor het feestje van KPN had geaccepteerd. Het bezoek wekte volgens de concurrenten een rare indruk. Dit nieuws met betrekking tot het feestje met inbegrip van de reacties van de concurrenten is in meerdere bladen gepubliceerd.³⁷⁴

Door leden van een politieke partij is vervolgens aan de staatssecretaris om opheldering gevraagd over het bezoek aan het feest door de medewerkers van de OPTA. De leden van de partij zijn de mening toegedaan dat de onafhankelijkheid van de OPTA essentieel is en dat door het accepteren van de uitnodiging de OPTA in ieder geval de verdenking van belangenverstrengeling op zich heeft geladen. De OPTA zou op dit gedrag moeten worden aangesproken om herhaling te voorkomen. Volgens een kamerlid was er sprake van een ernstige aantasting van de geloofwaardigheid van de OPTA als controlerend onafhankelijk orgaan.³⁷⁵

In een antwoord op de vragen van een kamerlid over het ingaan van de OPTA op de uitnodiging van de KPN, antwoordt de minister van Economische zaken dat er volgens hem geen enkele aanleiding is om te twifelen aan de onafhankelijkheid van de OPTA. Er waren ook andere overheid- en marktpartijen aanwezig, waaronder concurrenten van KPN, waardoor de verdenking van belangenverstrengeling volgens de minister geheel niet op zijn plaats is.³⁷⁶ Door de rechter is in de uitspraak Kleyn gesteld dat, onafhankelijkheid en onpartijdigheid nauw met elkaar verbonden zijn. Waarschijnlijk bedoelen de minister en de politici met onafhankelijkheid ook de onpartijdigheid. Echter, mijns inziens zou het hier meer op zijn plaats zijn om op de partijdigheid in te gaan.

In het kader van de onpartijdigheid van de toezichthouder kunnen mijns inziens vraagtekens worden geplaatst bij het vertrouwen dat wordt gewekt door dit handelen van de OPTA bij de overige marktpartijen en bij het publiek. Dit handelen kan als merkwaardig worden bestempeld in het licht van de onafhankelijke positie

³⁷⁴ Zie ook: *NRC Handelsblad* 13 december 2007, 'Opta gaat in op een feestje van KPN'.

³⁷⁵ *NRC Handelsblad* 14 december 2007, 'SP stelt vragen over feest KPN voor Opta'; SP verantwoordigd over fêteren OPTA door KPN, 14-12-2007 (www.sp.nl).

³⁷⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 1074, (Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 17 januari 2008).

ten opzichte van de marktpartijen die de OPTA heeft bij het uitoefenen van haar taken. De OPTA dient de schijn van partijdigheid tegen te gaan.

In de Telecommunicatiewet worden nog extra eisen gesteld waaraan geschilbesluiten dienen te voldoen. De voorschriften of verplichtingen die door de OPTA aan partijen worden opgelegd moeten objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn.³⁷⁷ Hier wordt wederom de eis van de objectiviteit gesteld. Subjectiviteit ofwel onpartijdigheid is een belangrijk aspect van de geschilprocedure.

BESTUURSRECHTELIJKE PROCEDURE

Indien een beslissing wordt gekwalificeerd als een besluit, staat doorgaans de weg naar de bestuursrechter open. In de Awb is tevens het bestuursprocesrecht geregeld. In hoofdstuk 6, hoofdstuk 7 en hoofdstuk 8 is dit procesrecht opgenomen. De hoofdregel is dat indien er beroep mogelijk is bij de bestuursrechter, allereerst bezwaar moet worden ingediend bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Bij wettelijk voorschrift kan van deze hoofdregel worden afgeweken.³⁷⁸ Indien bezwaar wordt ingesteld vindt door het bestuursorgaan aan de hand daarvan een volledige heroverweging plaats. Alle feiten en omstandigheden worden opnieuw meegewogen. Er is sprake van zowel een doelmatigheidstoetsing als een rechtmatigheidstoetsing door het bestuursorgaan.³⁷⁹ Dit in tegenstelling tot de toetsing door de rechter, die slechts een rechtmatigheidstoetsing toepast.

In hoofdstuk 8 Awb zijn de regels met betrekking tot het horen van getuigen en deskundigen nader uitgewerkt. Tevens zijn er bepalingen te vinden met betrekking tot de aanstelling van tolken. In artikel 8:70 jo. artikel 8:72 Awb zijn de dicta opgenomen. Uit deze artikelen blijkt nog eens dat het besluit centraal staat in de bestuursrechtelijke procedure. De vraag is of een besluit rechtmatig kan worden geacht en in stand kan blijven, of dat er sprake is van een onrechtmatig besluit dat dient te worden vernietigd. De rechter voert met het oog op de scheiding der machten een rechtmatigheidstoetsing uit. Het besluit wordt door de rechter marginaal getoetst, indien het gaat om een discretionaire bevoegdheid.

De reguliere besluitvorming bestaat bij beschikkingen uit een aanvraag van een belanghebbende, of het uitvaardigen van een besluit in het kader van de handhaving. In de regel gaat het om een vergunning die wordt aangevraagd, of er wordt verzocht om een vrijstelling. Centraal staat de verticale verhouding tussen het bestuursorgaan en de burger. Het is mogelijk dat daarbij een andere belanghebbende

³⁷⁷ Artikel 6.4 Tw.

³⁷⁸ Artikel 7:1a Awb.

³⁷⁹ Artikel 7:11 Awb.

teggengestelde belangen heeft ten opzichte van de aanvrager, en dat deze als belanghebbende bij de beschikking naar voren treedt. Er is dan sprake van drie partijen. Het besluit is echter gericht tot één partij, en niet direct tot de derde. Centraal staat het besluit waar vervolgens van moet worden vastgesteld, in de regel allereerst op basis van bezwaar, en daarna door de rechter, of dit in stand moet blijven.

ADMINISTRATIEF BEROEP

In paragraaf 1.5 is gewezen is erop gewezen dat in de literatuur verschillende kwalificaties voor de bevoegdheid tot geschilbeslechting door de OPTA worden gehanteerd. *Duijkersloot en Michiels* stellen dat het gaat om een kruising tussen rechtspraak en administratief beroep. De gelijkenis met administratief beroep is volgens hen gelegen in het feit dat een geschil wordt beslecht door een bestuursorgaan.

Onder het instellen van administratief beroep wordt verstaan: het gebruik maken van de ingevolge een wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid, voorziening tegen een besluit te vragen bij een ander bestuursorgaan dan hetwelk het besluit heeft genomen.³⁸⁰ Het andere bestuursorgaan gaat over tot een volledige heroverweging van de beslissing.

4.5.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid:

De OPTA heeft, zoals eerder aangegeven, op grond van de artikel 6.2 Tw en artikel 12.2 Tw de bevoegdheid om geschillen tussen marktpartijen te beslechten. De OPTA beschikt over een bestuursrechtelijke bevoegdheid om wettelijke verplichtingen vast te stellen. Zij heeft de bevoegdheid een bindende beslissing aan partijen op te leggen.

De geschilbeslechtende bevoegdheid tot het nemen van een bindend besluit tussen partijen is een verticale bevoegdheid. De overheid, het bestuursorgaan het college, neemt een bindende beslissing ten opzichte van private partijen. OPTA is bevoegd eenzijdig een beslissing te nemen waarin de belangen van de partijen eenzijdig kunnen worden bepaald.

Artikel 1:3 lid 1 Awb bepaalt dat onder een besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een beslissing van de OPTA op basis van artikelen 6.2 en 12.2 is aan te merken als een besluit. Er is sprake van een beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. De publiekrechtelijke grondslag

³⁸⁰ Artikel 1:5 lid 2 Awb.

om dit besluit te nemen is gelegen in de Telecommunicatiewet. Tevens is er sprake van een beoogd rechtsgevolg, het reguleren van de positie tussen twee partijen.

Van belang is hierbij dat geschilbesluiten kunnen worden getoetst aan de algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur. Het geschilbesluit dient o.a. te zijn gebaseerd op een deugdelijke motivering en OPTA dient bij de voorbereiding van het geschilbesluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

Op een aanvraag tot het nemen van een besluit, als bedoeld in de artikelen 6.2 en 12.2, dient de OPTA binnen 17 weken te beslissen. Het gaat hier om een aanvraag als bedoeld in 1:3 lid 3 Awb. Deze termijn wijkt af van de termijn zoals genoemd in de Awb van acht weken zoals bepaald in artikel 4:13 lid 2. De termijnen zijn in de wet duidelijk weergegeven.

In de rechtspraak is tevens vastgesteld dat er bij het nemen van een beslissing door de OPTA inzake een geschil sprake is van besluitvorming in de zin van de Awb.³⁸¹ Het CBB overweegt dat:

Het College stelt voorop dat weliswaar artikel 8.7 aan OPTA de bevoegdheid geeft om zich beslissend te bemoeien met een conflict tussen twee partijen –zodat de kwalificatie “arbitrage”- op haar plaats zou lijken –maar in feite ziet op die gevallen waarin dit bestuursorgaan, naar aanleiding van een desbetreffende aanvraag van een programma-aanbieder, moet vaststellen dat zich de situatie voordoet waarin een juiste uitvoering/naleving van de Tw- onder meer gelegen in het waarborgen van de toegang tot de omroepnetwerken- noopt tot het geven van een bindende aanwijzing aan de aanbieder van het omroepnetwerk. In verband daarmee zijn de aanwijzingen van OPTA niet te duiden en ook niet te toetsen als uitspraken in een civielrechtelijk geschil zoals arbitrage-uitspraken. Het zijn besluiten in de zin van de Awb, die voor wat betreft hun totstandkoming en toetsing aan de in die wet neergelegde regels zijn onderworpen.³⁸²

Er bestaat echter een verschil met reguliere besluitvorming. Er wordt een geschil aan de OPTA voorgelegd, dat twee partijen met elkaar hebben. Het besluit dat volgt is gericht tot twee partijen, de aanvrager en de andere partij in het geschil. Centraal staat deze driehoeksverhouding. Dit in tegenstelling tot reguliere besluitvorming, waarbij het besluit doorgaans slechts gericht is aan de aanvrager. Bovendien is er een civielrechtelijk aspect bij dat geschil betrokken. Partijen heb-

³⁸¹ CBB 3 december 2003, *UPC en Canal+ t. OPTA*, LJN AO1112.

³⁸² CBB 3 december 2003, *UPC en Canal+ t. OPTA*, LJN AO1112, r.o. 6.2.

ben een geschil over een overeenkomst die zij met elkaar dienen aan te gaan op basis van de Tw, of op basis van een bestaande overeenkomst.

Er kan geconcludeerd kan worden dat er sprake is van besluitvorming in de zin van de Awb, echter met een civielrechtelijk kenmerk. De geschilbeslechtende bevoegdheid is te kwalificeren als zijnde een bestuursbevoegdheid. Geschillenbeslechting door OPTA is dus geen rechtspraak, geen arbitrage, maar een bestuursbevoegdheid.

Behalve de gelijkenis dat er door een bestuursorgaan op een geschil wordt beslist, zijn er met administratief beroep geen gelijkenissen. Deze kwalificatie is dan ook niet op zijn plaats. Bij administratief beroep wordt geoordeeld over een besluit. Bovendien is er een bestuursorgaan partij bij het geschil, terwijl bij een geschil bij de OPTA kenmerkend is de civiele partijen.

Wat de specifieke kenmerken zijn die aan deze vorm van besluitvorming zijn verbonden zal vanaf paragraaf 5.1 nader worden onderzocht. De beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid waarover OPTA in het kader van deze bevoegdheid beschikt, worden in paragraaf 5.2 onderzocht

Allereerst komt echter in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk de vraag aan de orde of de geschilbeslechtende bevoegdheid nog nader valt te kwalificeren. In de literatuur is erop gewezen dat er vanwege de specifieke kenmerken van deze figuur nadere regels nodig zijn in de Awb. Deze zou niet voldoende zijn toegespitst op het onderwerp geschilbeslechting.³⁸³ Dit zal nader worden onderzocht. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de overeenkomsten met andere rechtsfiguren. Vanwege de overeenkomsten zijn er mogelijk regels die zouden kunnen worden overgenomen, om deze bevoegdheid nader te regelen.

In hoofdstuk 1 is naar voren gekomen dat geschilbeslechting wordt uitgeoefend in het kader van het markttoezicht dat door de OPTA wordt uitgevoerd. Deze bevoegdheid wordt uitgeoefend naast de reguliere bevoegdheden die aan de OPTA zijn toegekend in het kader van haar functie als markttoezichthouder. Deze handhavingsbevoegdheden zijn in paragraaf 2.6 vermeld.

Is een geschilbesluit een handhavingsbesluit? Kan deze bevoegdheid worden geplaatst binnen het rijtje van handhavingsbevoegdheden van hoofdstuk 5 van de Awb? Of gaat het om een toezichtsbevoegdheid? Om deze vraag te kunnen be-

³⁸³ Verhey & Verheij 2005, p. 170; Ottow 2006, p. 142.

antwoorden wordt allereerst onderzocht wat onder de begrippen handhaving en toezicht wordt verstaan.

4.6 Vormen van toezicht

In de vorige hoofdstukken is de voornaamste doelstelling van het Europese telecommunicatiebeleid naar voren gekomen: Het tot stand brengen van een concurrerende telecommunicatiemarkt. Om dit te bewerkstelligen is vanuit Brussel een groot aantal regels opgesteld. In die regels is onder andere bepaald dat partijen elkaar toegang dienen te verlenen tot elkanders netwerk, om zo een concurrerende markt te creëren.

Om de naleving van deze regels te garanderen is toezicht noodzakelijk. Er vindt toezicht op markten plaats, ook aangeduid als markttoezicht. In de Richtlijnen die zijn uitgebracht voor de telecommunicatiesector is bepaald dat de Lidstaten hiervoor NRA's dienen in te stellen. Deze NRA's worden ook aangeduid met de term marktautoriteiten, regulators of 'toezichthouders'.

De term 'toezichthouder' die wordt gehanteerd heeft een andere betekenis dan de term 'toezichthouder' die in de Awb wordt gebruikt. Artikel 5:11 Awb bepaalt dat onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bij of krachtens enig wettelijk voorschrift bepaalde. Het gaat in de Awb om natuurlijke personen die toezicht uitoefenen. In de regel zijn dit ambtenaren. De NRA's zijn instanties, zelfstandige bestuursorganen, die als taak hebben om toezicht uit te oefenen op markten. Dit zijn toezichthouders in ruime zin, de personen omschreven in artikel 5:11 van de Awb zijn toezichthouders in enge zin. Het begrip toezichthouder in de Awb dient dan ook duidelijk te worden onderscheiden van het begrip (markt)'toezichthouder'.

Een markttoezichthouder is belast met markttoezicht. In paragraaf 1.2 is de definitie van markttoezicht reeds weergegeven: *Markttoezicht kan worden omschreven als de uitvoering van wet en regelgeving die specifiek tot doel heeft marktwerking te bewaken, te bevorderen of te corrigeren, alsmede de handhaving van die wet en regelgeving door het sanctioneren van overtredingen.*³⁸⁴

Het begrip toezichthouder uit de Awb heeft een zelfstandige betekenis gekregen. Er zou kunnen worden gesteld dat dit een ongelukkig gekozen term is, aangezien het een begrip is dat in het normale taalgebruik tevens wordt gehanteerd om instanties of bestuursorganen die met toezichtstaken zijn belast aan te duiden. Er

³⁸⁴ *Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 4.*

vloeit uit de definitie van artikel 5:11 Awb dan ook een beperking voort.³⁸⁵ De OPTA is geen toezichthouder in de zin van de Awb.

Echter, in normaal spraakgebruik kan de OPTA wel als zodanig worden bestempeld, omdat ook instanties met deze term worden aangeduid. In de Wet op het financieel toezicht (Wft) is ervoor gekozen om onder toezichthouder te verstaan de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM).³⁸⁶ Deze instanties die belast zijn met het toezicht op de financiële sector, worden in afwijking van artikel 5:11 Awb aangemerkt als toezichthouders. Op grond van dit artikel zijn de DNB en de AFM als zelfstandig bestuursorgaan toezichthouders.³⁸⁷

Op basis van artikel 1:72 Wft zijn met het toezicht op de naleving belast de bij het besluit van de toezichthouder aangewezen personen. Deze personen vallen onder de definitie van artikel 5:11 Awb, maar worden niet met de term toezichthouder aangeduid. Dit maakt voor de toepasselijkheid van afdeling 5.2 niet uit, aangezien aan alle materiële criteria uit artikel 5:11 Awb wordt voldaan.³⁸⁸

De OPTA kan bij de uitoefening van markttoezicht zowel *ex ante* als *ex post* maatregelen opleggen aan marktpartijen. Geschilbeslechting wordt in de literatuur aangeduid als een *ex ante* maatregel.³⁸⁹ Dommering *e.a.* merken op dat er bij geschilbeslechting nadrukkelijk is gekozen voor een *ex post* systeem. Eerst wanneer er een geschil is heeft de OPTA de bevoegdheid zich met geschillen tussen marktpartijen te bemoeien.³⁹⁰ Gesteld kan echter worden dat het bij deze bevoegdheid gaat om een mengvorm tussen *ex ante* en *ex post* toezicht. Op basis van de Tw bestaat een onderhandelingsplicht, of, indien er sprake is van een onderneming met Amm, een verzwaarde onderhandelingsplicht. Indien een partij deze plicht schendt is er sprake van een overtreding, en van *ex post* toezicht. Indien partijen wel de onderhandelingsplicht nakomen en geen overeenstemming bereiken, is er sprake van *ex ante* toezicht.

Markttoezicht versterkt het functioneren van markten. Een markttoezichthouder dient te proberen met zo min mogelijk interventies een zo goed mogelijke werking van het marktsysteem te krijgen.³⁹¹ Dit is tevens de visie van de OPTA: *streng waar*

³⁸⁵ Zie ook: Duijkersloot en Michiels 2000, p. 19.

³⁸⁶ Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), *Stb.* 2006, 475.

³⁸⁷ Zie ook: Oppelaar 2007, p. 93.

³⁸⁸ Rogier & Vletter- van Dort 2007, p. 196; Frielink *e.a.* 2007 (MvT Wft), p. 211.

³⁸⁹ Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 126.

³⁹⁰ Dommering *e.a.* 2003, p. 29.

³⁹¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 XIII, nr. 5, p. 4.

*dat noodzakelijk is, en soepel waar mogelijk.*³⁹² Er bestaan meerdere varianten van toezicht. Markttoezicht is een vorm van toezicht.

Om te onderzoeken of geschilbeslechting nader kan worden gekwalificeerd als handhaving of toezicht is het van belang het onderscheid tussen de begrippen handhaving en toezicht weer te geven. Deze begrippen worden vaak door elkaar heen gebruikt terwijl deze niet aan elkaar gelijk zijn. Het gaat om twee verschillende begrippen.

HANDHAVING

Handhaving kan een bestuursrechtelijke, een strafrechtelijke, of een privaatrechtelijke achtergrond hebben. De Raad voor het openbaar bestuur omschrijft, in navolging van de minister van justitie, handhaving als: *‘door toezicht en het toepassen van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke middelen bereiken dat de algemeen geldende rechtsregels en individueel geldende voorschriften worden nageleefd’*³⁹³.

Rogier hanteert de volgende definitie: *het met behulp van dwangmiddelen of sancties reageren op (dreigende) overtredingen van bestuursrechtelijke voorschriften.*³⁹⁴ Bestuursrechtelijke handhaving heeft betrekking op de inzet van instrumenten door het bestuur om, zowel preventief als repressief, de naleving van bestuursrechtelijke voorschriften te bewerkstelligen.

Er rust op bestuursorganen een beginselplicht tot handhaven, waar het de toepassing van herstelsancties betreft.³⁹⁵ In de jurisprudentie is bepaald dat, gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, een bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moet maken in het geval van overtreding van een wettelijk voorschrift. Het spiegelbeeld daarvan is gedogen. Gedogen is het niet optreden tegen overtredingen van regels dat door het bevoegde orgaan dat daartoe feitelijk in staat is. Het bestuursorgaan mag slechts onder bijzondere omstandigheden weigeren om dit te doen.³⁹⁶

³⁹² (www.opta.nl).

³⁹³ Raad voor het openbaar bestuur, *Op de handhaving beschouwd. Toezien op een versterkte en uitvoerbare lokale handhavingsstructuur*, april 1998.

³⁹⁴ Rogier, Hartmann & van der Hulst 2002a, p. 30; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 421.

³⁹⁵ Zie ook: ABRvS 30 juni 2004, JB 2004, 293.

³⁹⁶ Zie o.a.: ABRvS 30 juni 2004, JB 2004, 293; zie ook: Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 460.

Dit kan zich voordoen indien een concreet zicht op legalisatie bestaat. Ook kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen dat van optreden in de concrete situatie dient te worden afgezien. In de jurisprudentie is bepaald dat bestuursorganen met gedogen van een illegale situatie een nog grotere terughoudendheid dienen te betrachten.³⁹⁷

TOEZICHT

Handhaving kan worden onderverdeeld in een keten van activiteiten bestaande uit, preventie, signalering, oordeelsvorming en sanctionering. De fase signalering wordt, mede door de commissie Michiels, als toezicht aangeduid. Hier zien we dat het concept toezicht uitsluitend wordt gebruikt ter aanduiding van de tweede stap van de handhavingsketen. Handhaving bestaat in deze opvatting uit verschillende fasen, waarvan toezicht er één is.³⁹⁸ Nu duidelijk is dat de begrippen toezicht en handhaving elkaar niet overlappen, is de vraag wat er onder het begrip toezicht kan worden verstaan.

Het woordenboek Van Dale geeft als definitie van het begrip toezicht: 'Toezicht is het waken dat een persoon of zaak zich gedraagt of bevindt, dat een handeling geschiedt, overeenkomstig een bepaalde norm'. Juridisch gezien bestaat er geen eenduidige definitie van het begrip toezicht. De Ru en Peters merken op dat in juridische zin het begrip toezicht eenzelfde lot beschoren is als het begrip onderneming: het is alom bekend maar er bestaat geen eenduidige omschrijving.³⁹⁹ Echter, het begrip onderneming is, in de jurisprudentie van het Europese Hof wel gedefinieerd.⁴⁰⁰

De regering verstaat onder toezicht: *'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daartoe vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren'*. Deze definitie wordt gehanteerd in navolging van de Algemene Rekenkamer.⁴⁰¹

Rogier wijst erop dat dit een te ruime beschrijving is. De begrippen handhaving en toezicht worden zoals reeds aangegeven vaak door elkaar gebruikt terwijl deze termen elkaar niet geheel dekken.⁴⁰² De handhaving kan worden ingedeeld in meerdere fasen, waarvan toezicht er één is. De twee laatste elementen van de hier-

³⁹⁷ ABRvS 13 april 2005, AB 2005, 211 m.nt. Michiels.

³⁹⁸ Rogier, Hartmann & Van der Hulst, p. 11.

³⁹⁹ De Ru & Peters 2000, p. 4

⁴⁰⁰ HvJEG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Jur.* 1991, (Höfner).

⁴⁰¹ De Kaderstellende visie op toezicht (tweede kabinetsstandpunt op het rapport van de Ambtelijke Commissie Toezicht), juli 2001, p. 13.

⁴⁰² Rogier, Hartmann & Van der Hulst 2002b, p. 11.

voor gegeven omschrijving van toezicht, de oordeelsvorming en het interveniëren, vallen in deze indeling niet onder de fase van het toezicht. Anderzijds is toezicht niet altijd beperkt tot het verzamelen van informatie en het rapporteren daarover aan de tot sanctionering bevoegde autoriteiten.

VERSCHILLENDE VARIANTEN

Er dienen zich meerdere varianten van toezicht aan, waaronder nalevingstoezicht, uitvoeringstoezicht en bestuurlijk toezicht. Bestuurlijk toezicht betreft de gedragingen van mede-overheden. Het gaat om toezicht op bestuursorganen, door andere, meestal hogere bestuursorganen.

Nalevingstoezicht wordt ook wel aangeduid met de term eerstelijnstoezicht, of als handhavingstoezicht. De Awb behandelt deze vorm van toezicht in afdeling 5.2 van de Awb, met als titel 'Toezicht op de naleving'. Dit begrip wordt daar niet gedefinieerd. In de Aanwijzingen voor de regelgeving is wel een omschrijving opgenomen. Deze luidt: *De werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd*.⁴⁰³

In de literatuur wordt tevens de volgende beschrijving van nalevingstoezicht gehanteerd:

'het door toezichthouders op basis van wettelijke bevoegdheden verzamelen van informatie over de naleving van wettelijke normen die tot burgers en bedrijven zijn gericht en het rapporteren daarover aan de tot sanctioneren bevoegde organen'.⁴⁰⁴

Nalevingstoezicht is toezicht in enge zin en is beperkt tot nalevingstoezicht op de wetstoepassing in concreto. Er wordt door aangewezen toezichthouders gebruik gemaakt van de toezichtsbevoegdheden die in afdeling 5.2 van de Awb staan vermeld. De middelen waar een toezichthouder over beschikt zijn o.a. het betreden van plaatsen⁴⁰⁵, het vorderen van inlichtingen⁴⁰⁶, het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden⁴⁰⁷ en monsterneming⁴⁰⁸. In hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet krijgt de OPTA verschillende bevoegdheden in dit kader toegerekend.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2008, 183, aanwijzing 132.

⁴⁰⁴ Rogier, Hartmann & Van der Hulst 2002b, p. 11.

⁴⁰⁵ Artikel 5:15 Awb.

⁴⁰⁶ Artikel 5:16 Awb.

⁴⁰⁷ Artikel 5:17 Awb.

⁴⁰⁸ Artikel 5:18 Awb.

⁴⁰⁹ Paragraaf 2.5.

Het gaat om het feitelijk uitoefen van toezicht door toezichthouders. Het is van belang toezicht te onderscheiden van opsporing. Opsporingsbevoegdheden kunnen in beginsel worden uitgeoefend als er een verdenking van een strafbaar feit bestaat. toezichtsbevoegdheden daarentegen, kunnen worden uitgeoefend zonder dat er verdenking is van een strafbare feiten.

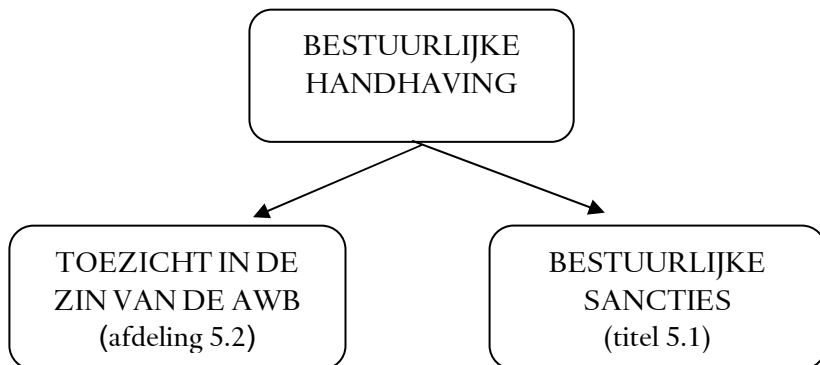
Breder is het uitvoeringstoezicht, dat ook wel toezicht in ruime zin wordt genoemd. Daaronder valt tweedelijnstoezicht, het toezicht op de aangewezen toezichthouders. Uitvoeringstoezicht komt veel voor in de financieel-economische sector en is vaak vanuit Europees recht ingegeven.

Indien een overtreding wordt geconstateerd, kunnen bestuurlijke sancties worden opgelegd aan de overtreder. De bestuursrechtelijke sancties waarover de OPTA beschikt op grond van de Telecommunicatiewet zijn in hoofdstuk 2 genoemd. Deze zijn opgenomen in hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet. De reparatoire sancties hebben als doel om na een overtreding de rechtmatige situatie te herstellen, of indien dit niet langer mogelijk is, een situatie te creëren die legaal is. Punitieve sancties daarentegen hebben een leedtoevoegend element in zich. Bij het opleggen van genoemde sancties gaat het om reactief optreden door de overheid. Het gaat om toezicht achteraf, ofwel *ex post*. Er wordt een overtreding geconstateerd en aan de hand daarvan wordt een bestuursrechtelijke sanctie opgelegd.

Er kunnen voordat er een overtreding heeft plaatsgevonden verplichtingen worden opgelegd door de OPTA. Dit kan worden gezien als toezicht vooraf, ofwel *ex ante* toezicht. Er is nog geen sprake van een overtreding, echter de marktpositie van de onderneming rechtvaardigt het opleggen van maatregelen door de toezichthouder. Door het opleggen van verplichtingen moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat zich in de toekomst problemen kunnen voordoen die de concurrentie kunnen schaden. Indien het college op basis van een uitgevoerde marktanalyse tot de conclusie komt dat bepaalde gedragingen zich kunnen gaan voordoen kunnen bepaalde verplichtingen worden opgelegd.⁴¹⁰ Bij preventieve handhaving gaat het om het treffen van maatregelen om te voorkomen dat bestuursrechtelijke overtredingen en strafbare feiten plaatsvinden.

⁴¹⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 21.

Schematisch kan handhaving zoals dat in de Awb voorkomt als volgt worden weergegeven:



Markttoezicht is breder dan het begrip toezicht uit de Awb. Hier gaat het zoals in deze paragraaf beschreven om nalevingstoezicht. Het nalevingstoezicht vormt in het telecommunicatierecht slecht een onderdeel van het (markt)toezicht. Net als de term toezichthouder uit de Awb heeft het begrip toezicht een betekenis gekregen die gerelateerd is aan de Awb.

Het begrip markttoezicht en de begrippen *ex ante* en *ex post* toezicht zijn niet in een wet terug te vinden. Markttoezicht is een erg ruim begrip. *Ex ante* toezicht is gerechtvaardigd in het licht van de doelstellingen die afkomstig zijn uit het Europese recht. *Ex post* toezicht is toezicht achteraf, indien er reeds een overtreding heeft plaatsgevonden, kunnen bestuurlijke sancties worden opgelegd. In het volgende schema is de verhouding tussen markttoezicht en Awb-toezicht weergegeven:



* Voor zover het gaat om de uitoefening van markttoezicht.

Marktanalysebesluiten vallen onder het begrip *ex ante* toezicht. Er worden verplichtingen aan marktpartijen opgelegd zonder dat deze ondernemingen een overtreding hebben begaan. In geschilbesluiten worden de algemene verplichtingen die zijn opgelegd in aanwijzingsbesluiten, geconcretiseerd. Geschilbeslechting kan ook worden gezien als een vorm van markttoezicht. Het gaat bij geschilbeslechting om de uitvoering van wet- en regelgeving die tot doel heeft het bevorderen van de marktwerking

Partijen kunnen niet tot overeenkomst komen. Dit betekent niet altijd dat zij in strijd handelen met de wet, op basis waarvan een verplichting tot onderhandelen bestaat. Een geschilbesluit is geen reactie op een overtreding die door een onderneming is begaan. Er wordt vastgesteld wat tussen partijen dient te gelden. Vandaar dat dit kan worden aangemerkt als vorm van *ex ante* toezicht. Geschilbeslechting is naar haar aard een *ex ante* concreet regulerende bevoegdheid, waarbij het gaat om het stellen van voorschriften.⁴¹¹ Ook kan worden gesteld dat indien een partij haar verplichting tot onderhandelen niet nakomt, en een geschil wordt aangebracht, er wel sprake is van *ex post* toezicht. Beide elementen zijn in de figuur van geschilbeslechting te vinden. Er is sprake van een mengvorm.

⁴¹¹ Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 126.

Geschilbesluiten zijn besluiten in de zin van de Awb. Geschilbeslechting kan niet worden aangemerkt als zijnde een toezichtsbevoegdheid in de zin van afdeling 5.2 noch als een handhavingbevoegdheid in de zin van afdeling 5.3 van de Awb. Tevens kan het nemen van marktanalysebesluiten niet worden gezien als nalevings-toezicht. Er wordt niet door de toezichthouder onderzocht of de wettelijke regels worden nageleefd. Het aanwijzen van ondernemingen met Amm en het opleggen van verplichtingen kan niet worden gezien als sanctioneren. Het gaat om het uitvoeren van *ex ante* markttoezicht.

Tevens kan het concretiseren van, algemene, aan Amm-houders opgelegde verplichtingen door middel van geschilbesluiten, niet worden gezien als sanctieering.

In geschilbesluiten worden geschillen tussen twee marktpartijen beslecht. Het gaat niet om een handhavingsbevoegdheid.

4.6.1 De geschilbeslechtende bevoegdheid:

Op grond van de Telecommunicatiewet hebben ondernemingen bepaalde verplichtingen. Soms bestaan die verplichtingen uit het komen tot onderlinge afspraken, bijvoorbeeld met betrekking tot het delen van antenne opstelpunten of het aansluiten van netwerken. Het is essentieel voor het ontstaan van de vrije markt dat partijen over deze zaken tot onderlinge afspraken komen. Belangrijk is vervolgens dat partijen zich daaraan houden. Het moge duidelijk zijn dat het lastig kan zijn voor partijen om tot overeenstemming te komen over bepaalde zaken. Vandaar dat de geschilbeslechtende bevoegdheid in het leven is geroepen.

In de vorige paragraaf is gebleken, dat er bij geschillenbeslechting sprake is van besluitvorming. De vraag werd vervolgens gesteld of geschilbeslechting nog nader gekwalificeerd zou kunnen worden als zijnde een handhavingsbevoegdheid of een toezichtsbevoegdheid. De begrippen handhaving en toezicht zijn onderzocht. In hoofdstuk 2 zijn reeds de handhavingsbevoegdheden waarover OPTA beschikt ter sprake gekomen. Deze kunnen worden ingedeeld in herstelsancties en punitieve sancties. Deze sancties zijn gericht aan één partij die een overtreding begaat. In een handhavingsbesluit wordt de rechtspositie van één partij bepaald.

Kenmerkend aan een geschilbesluit is dat het gericht is tot twee partijen. De rechtsverhouding tussen 2 partijen wordt bepaald. Er is hier geen sprake van een sanctie die wordt opgelegd aan één partij om een onrechtmatige situatie te herstellen of om een overtreder te straffen. Het grote verschil zit in de contractuele (horizontale) relatie tussen partijen. Vandaar dat geschilbeslechting niet past bij de handhavingsbesluiten. Deze zijn gericht aan één partij.

Tevens is er geen sprake van een toezichtsbevoegdheid uit afdeling 5.2. Er wordt bij geschilbeslechting namelijk geen feitelijk toezicht uitgeoefend, zoals dat wel het geval is bij het betreden van plaatsen en het nemen van monsters. De bevoegdheid tot geschilbeslechting is niet te vergelijken met deze bevoegdheden. Geconcludeerd kan worden dat er geen sprake is van een feitelijke handeling, immers er is sprake van een besluit. De geschilbeslechtende bevoegdheid is geen toezichtsbevoegdheid en valt niet onder het nalevingstoezicht.

Wel is er sprake van markttoezicht. De definitie van markttoezicht is erg ruim en omvat alle regelgeving die specifiek tot doel heeft de marktwerking te bewaken, bevorderen of corrigeren, alsmede de handhaving van die regelgeving door middel van sanctionering. Geschilbeslechting waarborgt een snelle uitspraak inzake het verlenen van toegang tot netwerken onder redelijke voorwaarden. Geschilbeslechting is bij uitstek een instrument om deze marktwerking te bewaken, bevorderen of corrigeren.

In de literatuur is erop gewezen dat er vanwege de specifieke kenmerken van deze figuur nadere regels nodig zijn in de Awb. Deze zou niet voldoende zijn toegespitst op het onderwerp geschilbeslechting.⁴¹² Dit zal in de hoofdstukken 5 en 6 nader worden onderzocht. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de overeenkomsten met andere rechtsfiguren. Vanwege de overeenkomsten zijn er mogelijk regels die zouden kunnen worden overgenomen, om deze bevoegdheid nader te regelen.

4.7 Samenvatting en Conclusies

Teneinde te bezien hoe de bevoegdheid tot geschilbeslechting dogmatisch moet worden geduid zijn in dit hoofdstuk drie kaders onderscheiden. Het gaat om de kaders rechtspraak, arbitrage en bestuurlijke besluitvorming. Onderzocht is vervolgens of de bevoegdheid tot geschilbeslechting, een bijzondere rechtsfiguur, in een van deze kaders geplaatst kan worden.

Geconcludeerd is dat geschilbeslechting geen rechtspraak is, geen arbitrage is, maar besluitvorming door een bestuursorgaan. Wel zijn er overeenkomsten tussen geschilbeslechting en rechtspraak en tussen geschilbeslechting en arbitrage. Met name op het punt van de civiele geschillen die aan de OPTA als geschilbeslechter worden voorgelegd, ligt een overeenkomst met rechtspraak en arbitrage. Tevens beschikt de OPTA over een specifieke deskundigheid die vergelijkbaar is

⁴¹² Verhey & Verheij 2005, p. 170; Ottow 2006, p. 142.

met die van arbiters. De laagdrempeligheid van arbitrage ten opzichte van de gang naar de rechter vormt tevens een gelijkenis.

Vandaar dat de OPTA in de literatuur wel wordt aangeduid als een arbiter of rechter. Mijns inziens zijn deze benamingen echter verwarrend, aangezien we hier te maken hebben met een bestuursorgaan dat een besluit neemt aan de hand van zijn bestuursbevoegdheid. Geschilbesluiten zijn besluiten in de zin van de Awb. In de jurisprudentie is dit bevestigd.

Er bestaan echter wel verschillen tussen deze vorm van besluitvorming en de besluitvorming zoals die gebruikelijk is in het bestuursrecht. Er is in het geval van geschilbeslechting namelijk sprake van een contractuele relatie tussen partijen. Tevens ligt er een contradictoir geschil aan de procedure van geschilbeslechting ten grondslag, terwijl de focus in traditionele bestuursrechtelijke geschillen is gericht op het besluit. Het zijn de civielrechtelijke aspecten die de geschilbeslechting uitzonderlijk maken.

De rechtsfiguren handhaving en toezicht uit de Awb zijn weergegeven, en onderzocht is of aansluiting bij deze figuren mogelijk is. De uitkomst is echter dat geschilbeslechting geen toezichtsbevoegdheid is, en dat er geen sprake is van een traditionele handhavingsbevoegdheid. Bij toezicht gaat het om feitelijke handelingen. Handhavingsbesluiten hebben tevens een ander karakter dan geschilbeslechting. Hier staat sanctionering centraal.

In het volgende hoofdstuk wordt het bijzondere karakter van de geschilbeslechtende bevoegdheid besproken. Zoals duidelijk is geworden heeft deze figuur namelijk een aantal specifieke kenmerken, waardoor zij niet nader te kwalificeren is. We hebben te maken met een rechtsfiguur 'sui generis'.

De specifieke kenmerken van geschilbeslechting worden uiteengezet. Onderzocht wordt in hoeverre deze vorm van besluitvorming afwijkt van besluitvorming in andere gevallen. Vervolgens zal aan de hand van de uitkomst worden onderzocht of besluitvorming in het kader van geschilbeslechting zodanig afwijkt dat daarvoor een aparte regeling zou moeten worden opgenomen.

Momenteel is er geen sprake van een dergelijke regeling, de Telecommunicatiewet kent geen aparte regelgeving op dit gebied. De (algemene) regels van de Awb zijn van toepassing op geschilbesluiten. Onderzocht wordt of de Awb voldoende geschikt is hiervoor, of dat één en ander nader geregeld zou dienen te worden in de wet. In het kader van jurisprudentie omtrent tuchtrechtspraak is opgemerkt dat

het voorzienbaar was dat de toepassing van de Awb op niet in de reguliere hoofdpatronen passende procedures frictie zou geven.

Indien geconcludeerd wordt dat nadere wettelijke regels noodzakelijk zijn, kan mogelijk een voorbeeld worden ontleend aan de regels die gelden bij arbitrage of rechtspraak. Vanwege de gelijkenissen zijn er mogelijk regels die uit deze kaders zouden kunnen worden overgenomen.

Hoofdstuk 5

Een unieke bevoegdheid; de rol van de OPTA

5.1 Een bevoegdheid met een bijzonder karakter

5.1.1 Een civielrechtelijke verbintenis

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat er bij geschilbeslechting tussen ondernemingen door de OPTA sprake is van besluitvorming. De OPTA neemt op grond van artikel 12.2 Tw, of als het gaat om interconnectie, op grond van artikel 6.1 Tw een beslissing in een geschil tussen twee marktpartijen. Dit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. De beslissing heeft rechtsgevolg voor de twee marktpartijen die onderling een geschil hebben. Het besluit genomen op grond van 12.2 is daarom een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Bij geschilbesluiten dienen de Telecommunicatiewet, en de op basis van die wet genomen marktanalysebesluiten, als wettelijk toetsingskader, waarin bepaald is dat partijen met elkaar tot overeenstemming dienen te komen over verschillende onderwerpen zoals interconnectie en het delen van antenne-opstelpunten.

Het doel van interconnectie is te bewerkstelligen dat eindgebruikers van verschillende openbare telecommunicatienetwerken en diensten met elkaar kunnen communiceren. Er dient communicatie mogelijk gemaakt te worden tussen gebruikers die op verschillende netwerken zijn aangesloten. Om deze interoperabiliteit tot stand te brengen rust op elke marktpartij een interconnectieplicht. Om de daadwerkelijke mededinging te waarborgen rust er op aanbieders met aanmerkelijke marktmacht een verzwaarde interconnectieplicht. Aan partijen die aanmerkelijke marktmacht bezitten op een deelmarkt kunnen door de OPTA extra verplichtingen worden opgelegd. Het uiteindelijke doel van al deze wettelijke bepalingen inzake verplichtingen en geschilbeslechting is een concurrerende markt. De algemene onderhandelingsplicht geldt voor elke aanbieder ongeacht de marktposities van de betreffende aanbieders en moet worden onderscheiden van de verzwaarde verplichting die geldt voor aanbieders met Amm.⁴¹³

Er zijn echter bepaalde kenmerken verbonden aan besluitvorming door middel van geschilbeslechting door de OPTA, waardoor deze afwijkt van de gangbare besluitvorming door een bestuursorgaan. Het gaat bij geschilbeslechting om geschillen tussen twee particulieren die een (potentiële) contractuele relatie met elkaar hebben. Bij de gangbare geschillen tussen partijen in het bestuursrecht, waarin een bestuursorgaan een besluit neemt, ligt doorgaans geen contractuele relatie

⁴¹³ Zie ook: Sintompoel 2000, p. 125.

ten grondslag. Dit is dan ook een bijzonder kenmerk van geschilbeslechting. Dit soort geschillen tussen particulieren over contractuele relaties worden doorgaans niet aan bestuursorganen voorgelegd, maar aan een onafhankelijke rechter of arbiter. Dit verklaart ook de overeenkomsten tussen geschilbeslechting door de OPTA en de rechtsfiguren rechtspraak en arbitrage, die in hoofdstuk 4 zijn geconstateerd.

Een bestuursorgaan richt zich, zoals gezegd, doorgaans niet op een geschil tussen twee ondernemingen. Dit bestuursorgaan heeft namelijk, in tegenstelling tot een onafhankelijke rechter of arbiter, een publieke taak. In het geval van de OPTA bestaat deze uit het bevorderen van de concurrentie op de telecommunicatiemarkt. Dit is het publieke belang dat dient te worden nagestreefd. De OPTA dient nu in een geschilbeslechtingsprocedure een geschil tussen twee ondernemingen te beslechten. In deze procedure dient zij zich onafhankelijk op te stellen ten opzichte van partijen.

Er is dus een duidelijk verschil te constateren tussen geschilbeslechting en ‘reguliere’ besluitvorming. Wel is er bij beide vormen sprake van het eenzijdig opleggen van verplichtingen. De potentiële contractuele relatie tussen ondernemingen ontbreekt echter bij ‘reguliere’ besluiten. Aan de hand van een voorbeeld zal ik dit verschil verduidelijken. Als voorbeeld van gangbare besluitvorming kan fungeren het verlenen van een bouwvergunning. Deze bouwvergunning (normaal besluit) is gericht aan de aanvrager van de bouwvergunning. Bijvoorbeeld in het geval dat een bouwvergunning wordt verleend aan partij X. Deze vergunning bepaalt de rechtspositie van X.

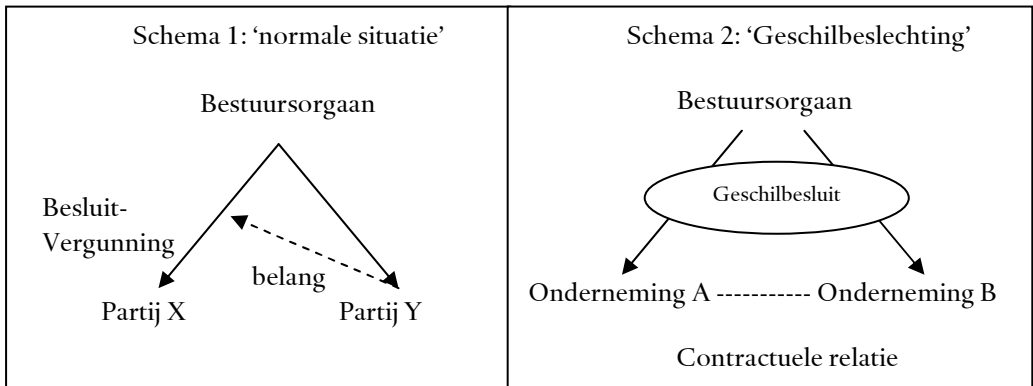
Nu bestaat de mogelijkheid dat Y, de buurman van X, een rechtstreeks belang heeft bij het niet verlenen van de bouwvergunning aan X door het bestuursorgaan. Hiervan zijn talloze voorbeelden te vinden in de praktijk. Y is als hij dit rechtstreekse belang kan aantonen, andere belanghebbende, en kan bezwaar maken tegen de verleende vergunning. Vervolgens vindt een hernieuwde belangenafweging plaats door het bestuursorgaan.⁴¹⁴ In deze bezwaarprocedure moet de vraag beantwoord worden of de vergunning al dan niet terecht is verleend, met andere woorden of de gronden van het bezwaar terecht zijn. De focus van de procedure ligt op de geldigheid van de vergunning. Het grote verschil tussen dit geval, en de geschillen die de OPTA voorgelegd krijgt, is dat in het laatste geval, twee ondernemingen een verbintenis met elkaar dienen aan te gaan op grond van verplichtingen die zijn opgelegd op grond van de Telecommunicatiewet. Bijvoorbeeld onderneming A is, omdat hij Amm heeft op een aangewezen markt, verplicht om

⁴¹⁴ Artikel 7:11 Awb.

toegang te verlenen tot zijn netwerk aan partij B, opdat met partij B eind- tot eind-verbindingen tot stand komen.

Partijen gaan onderhandelen en komen er niet samen uit. Een van beiden kan het geschil aan de OPTA voorleggen, en een besluit aanvragen. Er is sprake van *een geschil* over een verplichting uit de Tw dat aan de OPTA wordt voorgelegd. De OPTA gaat zicht buigen over het geschil met betrekking tot een verbintenis tussen partijen, en niet over de vraag of een vergunning al dan niet aan één van de partijen moet worden verleend. Zij vervult hier niet de traditionele rol van een bestuursorgaan. Het verschil ligt in de verplichting tot onderhandeling met als doel een overeenkomst. Deze (civielrechtelijke) onderhandelingsplicht ontbreekt in het geval van het verlenen van bouwvergunningen.

Schematisch weergegeven ziet dit er als volgt uit:



In het schema komt duidelijk het grote verschil naar voren. Tussen partij X en partij Y in het eerste schema bestaat geen wettelijke verplichting tot onderhandeling om tot een overeenkomst te komen. In het tweede schema is te zien dat er een (mogelijke) contractuele relatie tussen onderneming X en onderneming Y bestaat. Het verschil ligt dus in de civielrechtelijke verbintenis tussen twee partijen. Het tweede verschil is dat het besluit in schema 1 gericht is tot partij X. In schema 2 is het besluit gericht tot onderneming A en onderneming B.

De vraag is nu in hoeverre dit verschil van belang is voor de besluitvorming door de OPTA. Dient de OPTA in haar besluitvorming rekening te houden met andere belangen dan een bestuursorgaan in het eerste schema doet? Dit zal worden onderzocht in de volgende paragrafen. Ook zullen een aantal andere specifieke kenmerken van geschilbesluiten worden behandeld.

In de rol van de OPTA als geschilbeslechter zien we bepaalde kenmerken van de burgerlijke rechter of arbiter terug. Het voorliggende geschil is niet het ‘normale’ bestuursrechtelijke geschil. Het normale besluit is gericht aan één partij, terwijl het geschilbesluit de verhouding tussen twee partijen bepaalt. Er zijn dan ook twee belanghebbenden (niet alleen aanvrager). In een normaal geval is sprake van een directe en een andere belanghebbende.

In de literatuur wordt opgemerkt dat er in beide gevallen sprake is van driehoeksrelaties. Hins is van mening dat er geen wezenlijk verschil is tussen conflicten zoals de OPTA die voorgeschoteld krijgt, en de burenruzies die achter een vergunningaanvraag schuil gaan.⁴¹⁵ Hij wijst op de gelijkenis met verzoeken tot handhaving die aan het bestuur zijn gericht. Het is juist dat in beide situaties de partijen tegenstrijdige belangen hebben, alleen manifesteren die zich anders.

In schema 2 manifesteren de belangen zich in de vorm van een civielrechtelijke verbintenis, in schema 1 in de vorm van het al dan niet verlenen van een vergunning. Het geschil in schema 2 speelt zich af tussen twee private partijen, terwijl in schema 1 het geschil juridisch gezien speelt tussen het bestuursorgaan en een derde partij. Feitelijk is het misschien een burenruzie, echter juridisch hebben we niet te maken met twee private partijen, zoals in artikel 12.2 Tw wel aan de orde is.

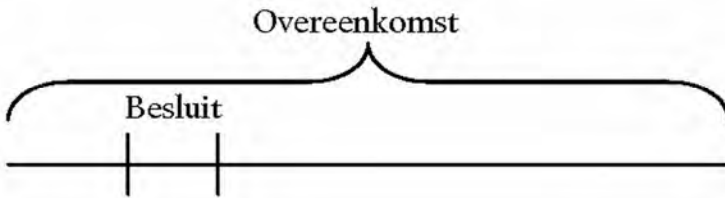
De vergelijking tussen geschilbeslechting en handhaving van vergunningvoorschriften op verzoek is daarom niet mogelijk. Er is geen sprake van vergelijkbare situaties. Verweij en Sauren stellen dan ook terecht dat de voorschriften verbonden aan vergunningen in het reguliere bestuursrecht zelden zullen bestaan uit verplichtingen die betrekking hebben op verbintenissen tussen de vergunninghouder en zijn concurrenten of tussen de vergunninghouder en zijn klanten.⁴¹⁶ Geschilbesluiten zijn besluiten met een geheel eigen karakter. Een geschilbesluit is een *sui generis* besluit.⁴¹⁷ Een bestuursorgaan beslist in een in wezen civielrechtelijk geschil. Er is sprake van een overeenkomst tussen partijen. Een gedeelte van die overeenkomst, in de regel het te hanteren ‘redelijke tarief’, wordt door de OPTA bepaald, door middel van een besluit in de zin van de Awb.

⁴¹⁵ Hins 2003, p. 185.

⁴¹⁶ Verweij & Sauren 2007, p. 35; Ottow 2006, p. 144; Verhey & Verheij 2005, p. 135-332.

⁴¹⁷ Zo ook: Daalder 2004, p. 29.

Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:



Het geschilbesluit bepaalt een stukje van de overeenkomst. De ondernemingen hebben een civielrechtelijke verbintenis. Het onderscheid tussen artikel 12.2 lid 1 en artikel 12.2 lid 2 is in hoofdstuk 2 aan de orde geweest. Lid 1 noemt de situatie waarin de OPTA een geschil kan beslechten indien er nog geen overeenkomst tussen partijen bestaat. De aanvrager van een geschilbesluit dient aan te tonen dat er geen consensus bestaat over een zaak die samenhangt met een bij of krachtens de Telecommunicatiewet gestelde verplichting.⁴¹⁸ Tevens is lid 1 van toepassing in gevallen waar reeds een overeenkomst bestaat waarin bepaalde onderwerpen die voorwerp vormen van geschil niet zijn geregeld.

Lid 2 beschrijft de gevallen waarin al wel een overeenkomst tussen partijen bestaat, maar over bepaalde onderdelen daarvan een conflict bestaat. In het geval dat er inderdaad sprake is van strijd met de Telecommunicatiewet is OPTA bevoegd om vast te stellen welke regels tussen partijen dienen te gelden.⁴¹⁹ Dit onderscheid tussen lid 1 en lid 2 is niet te vinden in artikel 20 van de Kaderrichtlijn. Evenmin is het te vinden in de Telecommunicatiewet 1998. Niet duidelijk is wat de achterliggende gedachte is geweest van de wetgever om deze splitsing te maken, en het artikel op deze manier op te stellen. In artikel 20 is bepaald dat het gaat om een geschil in verband met verplichtingen tussen ondernemingen. Hier kan zowel sprake van zijn in het geval er een overeenkomst is gesloten en als er nog geen overeenkomst is tussen partijen. Het is duidelijk dat hier sprake is van een verregaande inbreuk op de contractsvrijheid van partijen. Op dit punt van de contractsvrijheid wordt in paragraaf 5.5 nader ingegaan.

Van groot belang is tevens de vraag, of het geschilbesluit waarin de OPTA bepaalde voorschriften geeft aan partijen, automatisch in de plaats treedt van de verbintenis die tussen partijen bestaat, of dat partijen nog afzonderlijk van het besluit een nieuwe verbintenis dienen aan te gaan waarin de voorschriften die de OPTA in het besluit heeft gegeven, dienen te worden opgenomen. Deze vraag wordt in paragraaf 5.6 nader onderzocht.

⁴¹⁸ CBB 16 juni 2005, *KPN Telecom en Versatel t. OPTA*, LJN AT7789, r.o. 6.2.1

⁴¹⁹ CBB 27 september 2006, LJN AY8879.

Als de geschilbeslechtingsprocedure is afgerond volgt er een geschilbesluit, waarin de regels zijn opgenomen die volgens de OPTA tussen partijen dienen te gelden. De OPTA heeft een hoge mate van keuzevrijheid met betrekking tot de inhoud van dit besluit, aangezien verdere wettelijke regels in dit kader ontbreken. Er bestaat een aanzienlijke marge om tot een oplossing tussen partijen te komen, waarbij de OPTA niet gebonden is aan de voorstellen die partijen doen om tot een oplossing te komen.⁴²⁰

Daalder geeft aan dat aangezien het gaat om een *sui generis* besluit, dat karaktertrekken van een arbitraal vonnis heeft, de logische gedachtegang is dat de rechter deze bijzondere positie van de OPTA erkent, en geschilbesluiten terughoudend toetst.⁴²¹ Hij gaat er daar bij van uit dat het bij geschilbeslechting gaat om een bevoegdheid waarbij aan de OPTA een bepaalde mate van vrijheid toekomt. *Daalder* constateert tevens dat de rechter niet altijd deze keuzevrijheid heeft erkend.

In paragraaf 3 zal het onderscheid worden weergegeven tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid. Alvorens, op basis van jurisprudentie, zal worden onderzocht hoe groot de keuzevrijheid van de OPTA is, zal allereerst in de volgende paragraaf de discussie worden weergegeven, over hoe de toekenning van deze bevoegdheid, waarin de OPTA over een bepaalde mate van keuzevrijheid beschikt, zich verhoudt tot het legaliteitsbeginsel.

5.2 Het legaliteitsbeginsel

Alvorens nader zal worden ingegaan op de begrippen discretionaire bevoegdheid, ‘beleid’ en ‘beleidsregels’, is het van belang stil te staan bij het legaliteitsbeginsel ofwel het wetmatigheidsbeginsel.⁴²² In de klassieke opvatting wordt onder het legaliteitsbeginsel verstaan: het door de overheid gebiedend of verbiedend ingrijpen in de rechtspositie van burgers.⁴²³ Later is bepaald dat tevens voor presterend overheidsoptreden een wettelijke basis vereist is. Dit blijkt uit artikel 4:23 Awb waarin is opgenomen dat voor het toekennen van subsidies een wettelijke grondslag vereist is. Overheidsoptreden dient plaats te vinden door de instanties waaraan door of krachtens de wet de bevoegdheid is gegeven. Een klassieke uitspraak waaruit dit blijkt is het Fluorideringsarrest, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat:

⁴²⁰ CBB 16 april 2004, Tiscali en OPTA t. KPN Telecom, LJN AO8356.

⁴²¹ Daalder 2004, p. 29.

⁴²² Zie ook: paragraaf 3.1, het legaliteitsbeginsel als element van de rechtsstaat.

⁴²³ Damen e.a. 2005, p. 52 e.v., (Eingriffsverwaltung).

‘De toevoeging van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen daarom een maatregel is van zo ingrijpende aard dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in art. 4 lid 1 van de Wet opgedragen taak tot het leveren van deugdelijk drinkwater de vrijheid heeft.’⁴²⁴

Een belangrijk aspect van dit beginsel is dat bij de uitoefening van een wettelijke bevoegdheid een bestuursorgaan binnen zijn grenzen moet blijven. Een bestuursorgaan dat een bevoegdheid toegekend heeft gekregen, dient de grenzen van die bevoegdheid te respecteren en daarbinnen te handelen.

Er is veel literatuur met betrekking tot het legaliteitsbeginsel in verhouding tot de (geschilbeslechtende) bevoegdheden van de OPTA. Met betrekking tot de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA gebaseerd op artikel 6.3 Tw 1998 (oud) stelde *de Ru* dat deze bepaling niet voldeed aan het legaliteitsbeginsel. Voor het opleggen van verplichtingen is een wettelijke grondslag vereist. *De Ru* stelt dat deze grondslag erg ruim is en te veel beoordelings- en beleidsvrijheid aan de toezichthouder zou laten, wat staatsrechtelijk niet zou passen bij de status van een zelfstandig bestuursorgaan. Voorzover door de wetgever onvoldoende specifieke normen worden geboden zou de toezichthouder onbevoegd zijn.⁴²⁵

In de rechtspraak is -volgens *Ottow* terecht- aangenomen dat de OPTA over deze bevoegdheid beschikt op basis van het genoemde artikel.⁴²⁶ De vraag die wel aan de orde is gesteld hoe ruim deze bevoegdheid is. Dit hangt samen met het feit dat er geen nauwkeurig toetsingskader in de wet is vastgelegd.

Bij het gebruik van haar bevoegdheden is de OPTA er regelmatig door de rechter op gewezen buiten de door haar door de wet toegekende bevoegdheden te zijn getreden. Volgens *Ottow* heeft de OPTA om die reden niet altijd optimaal haar taken kunnen uitoefenen en haar doelstellingen kunnen realiseren. *Ottow* pleit in het algemeen voor een niet-restrictieve toepassing van het legaliteitsbeginsel met betrekking tot de bevoegdheden van de OPTA. Zij vindt dat de OPTA de ruimte moet hebben om zijn taak als toezichthouder, het bevorderen van concurrentie op de telecommunicatiemarkt, naar behoren te kunnen uitvoeren. Daarvoor heeft de OPTA ruime bevoegdheden nodig op basis waarvan zij kan inspelen op de ontwikkelingen in de markt. Deze bevoegdheden moet zij inkleden met de doelstel-

⁴²⁴ HR 22 juni 1973, AB 1973, 187 m.nt. Van der Horst.

⁴²⁵ De Ru 2001, p. 347.

⁴²⁶ Ottow 2003, p. 214.

lingen die in de Tw en de Europese richtlijnen worden genoemd. Dit is conform de wens van de Europese wetgever.⁴²⁷

De Ru zet hier vraagtekens bij, en vindt dat een oprekking van het legaliteitsbeginsel niet mogelijk is. Hij merkt op dat indien ingrijpen in marktverhoudingen de vrijheid van marktdeelnemers aantast, wat vaak het geval zal zijn, het daardoor ook letterlijk zo ingrijpend is, dat dan niet kan worden aangenomen dat dit zonder wettelijke grondslag kan geschieden. De OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan en staat op afstand van de minister. De OPTA heeft een grote mate van zelfstandigheid, de minister kan slechts algemene aanwijzingen geven. Er is derhalve slechts een beperkte democratische controle mogelijk. Daarom moet voorzichtig worden omgegaan met het toekennen van te ruime bevoegdheden aan toezicht-houders.⁴²⁸

Er is in de literatuur op meerdere plaatsen verwezen op het belang van het onderscheid tussen taken en bevoegdheden.⁴²⁹ Uit taken kunnen geen bevoegdheden worden afgeleid die niet specifiek door de wetgever zijn toegekend. Het opdragen van een taak aan een bestuursorgaan houdt niet in dat daarmee ook een bevoegdheid is verleend, op basis waarvan de taak kan worden vervuld. Taakstelling en bevoegdheidsverlening hangen sterk met elkaar samen. In de praktijk kan wordt dit onderscheid niet altijd scherp gemaakt, wat op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel. *Duijkersloot en Michiels* stellen dan ook dat de wetgever, de rechter en zbo's zich scherper bewust zouden moeten zijn van dit onderscheid.⁴³⁰

Arnbak en Mulder wijzen op het stelsel van *checks and balances* dat in de Tw is ingebouwd. Er wordt gewezen op het feit dat de minister beleidsregels kan geven aan het college, in de zin van algemene aanwijzingen. De minister stelt de begroting en tarieven vast.⁴³¹ Ook bestaan wederzijdse informatieafspraken, deze zijn echter niet als verticale relatie, maar als horizontale relatie geformuleerd. Er vindt om de vier jaar een evaluatie plaats waarvan de resultaten door de minister aan het parlement worden voorgelegd. *Ottow* stelt dat hieruit blijkt dat de OPTA aan de nodige banden kan worden gelegd, waardoor het argument dan democratische beginselen eraan in de weg staan dat er meer bevoegdheden aan de OPTA worden toegekend, dient te worden genuanceerd.⁴³² Mijns inziens gaat dat argument slechts op voor de mogelijkheid van het geven van beleidsregels door de minister, aange-

⁴²⁷ VAR discussie 2003, o.a. p.18-20; p. 27 e.v.

⁴²⁸ VAR discussie 2003, o.a. p. 14 e.v; p. 21-22.

⁴²⁹ Zie ook: *Duijkersloot & Michiels* 2000, p. 25.

⁴³⁰ *Duijkersloot & Michiels* 2000, p. 25.

⁴³¹ *Arnbak & Mulder* 2000, p. 112.

⁴³² *Ottow* 2003, p. 160.

zien dit de enige materiële ‘check’ is. Ook kan nog genoemd worden, binnen het systeem van *checks and balances*, dat er controle door de Europese Commissie plaatsvindt, die over een vetorecht beschikt inzake marktanalysebesluiten. Van democratische controle daarbij is echter geen sprake.

Opgemerkt kan worden dat er in de Aanwijzingen voor de regelgeving die betrekking hebben op zbo's geen bepalingen voorkomen omtrent geschilbeslechting. De Aanwijzingen verzetten zich niet tegen toekenning van de bevoegdheid tot geschilbeslechting aan zbo's.⁴³³

In de Europese regelgeving is aangegeven, dat de NRI's in al hun handelen rekening moet houden met de doelstellingen van het telecommunicatiebeleid. Deze zijn opgenomen in artikel 8 van de Kaderrichtlijn, en geïmplementeerd in artikel 1.3 van de Tw. De discretionaire bevoegdheden van de OPTA moeten worden ingekleed aan de hand van de doelstelling tot het bevorderen van de concurrentie in de markt. De OPTA heeft een specifieke deskundigheid op het gebied van Telecommunicatie, en heeft ruimte nodig om op de markt te kunnen inspelen ten einde gevolg te geven aan de doelstellingen van de Europese wetgever.

Er dient richtlijnconform te worden geïnterpreteerd bij de taak die de OPTA heeft als geschilbeslechter. Dit is ook specifiek door de Europese wetgever aangegeven in artikel 20 lid 3 van de Kaderrichtlijn. Daar staat vermeld dat bij het beslechten van een geschil de nationale regelgevende instantie zich moet laten leiden door het nastreven van de doelstellingen van artikel 8. Deze doelstellingen bestaan uit het bevorderen van de concurrentie, het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van burgers van de Europese Unie. Dit zijn niet echt concrete normen of een concreet toetsingskader voor de OPTA.

Er dient echter tevens rekening te worden gehouden met de onafhankelijke positie van de OPTA ten opzichte van de gekozen volksvertegenwoordiging. Volgens *Zijlstra* dienen marktautoriteiten die de status van zbo hebben, zo min mogelijk beleidsruimte te krijgen.⁴³⁴ Er is sprake van een zeker spanningsveld. Aan de ene kant wordt gesteld dat de OPTA een bepaalde mate van vrijheid dient te hebben om optimaal toezicht te kunnen uitoefenen, aan de andere kant dient deze vrijheid op grond van het legaliteitsbeginsel te worden ingeperkt.

Hier zal door de wetgever een balans moeten worden gevonden. De VAR discussie in 2003 heeft zich met name op het legaliteitsbeginsel ten opzichte van de be-

⁴³³ Duijkersloot & Michiels 2000, p. 29.

⁴³⁴ Zijlstra 2005, p. 6.

voegdheden van de OPTA toegespitst. De vraag stond centraal of er een restrictieve of een extensieve interpretatie van het legaliteitsbeginsel zou moeten worden gehanteerd.

De Ru wijst er op dat de laatste jaren de concurrentie goed tot stand is gekomen, en vaagt zich af of dit niet aantoonst dat ruimere bevoegdheden overbodig zijn. De wetgever zal ernaar moeten streven de bevoegdheden van de OPTA zo specifiek mogelijk op te nemen in de Telecommunicatiewet. Het instrument van geschilbeslechting moet flexibel zijn, echter er dient in het oog te worden gehouden dat een taak geen bevoegdheid is. Slechts aan een bevoegdheid kan een bestuursorgaan een wettelijke grondslag tot optreden verlenen, en niet aan een wettelijk omschreven taak.

De wetgever zal zo nauwkeurig mogelijk dienen aan te geven wat het toetsingskader is van de OPTA bij geschilbeslechting. Een algemene bevoegdheid zonder nadere specificatie is niet mogelijk op basis van het legaliteitsbeginsel. De wetgever dient een duidelijk kader te schetsen, en te stellen dat bedoeld wordt een ruime bevoegdheid te geven. Uiteindelijk controleert de rechter de beslissingen van het zbo. Dit leidt tot de nodige rechtswaarborgen.⁴³⁵

5.3 Een discretionaire bevoegdheid: beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is uiteengezet dat geschilbesluiten niet volledig overeenkomen met de besluiten die doorgaans door een bestuursorgaan worden genomen. Het verschil is gelegen in het onderliggende geschil dat bij een geschilbesluit over een (potentiële) contractuele relatie gaat. Dit hangt samen met het stelsel in het telecommunicatierecht waar asymmetrische verplichtingen op marktpartijen rusten, teneinde concurrentie op de markt te bevorderen. Indien op grond van een aanwijzingsbesluit Amm is toegekend aan een marktpartij kunnen extra verplichtingen worden opgelegd.⁴³⁶ Partijen dienen onderling overeenkomsten te sluiten op grond van deze verplichtingen. Dit is doorgaans niet het geval bij besluiten die door een bestuursorgaan worden genomen.

⁴³⁵ De discussie omtrent de noodzaak van ruime bevoegdheden in het kader van het uitoefenen van goed toezicht is in deze paragraaf weergegeven, en is verder niet relevant voor dit onderzoek. Ook de vraag of aan zbo's ruime bevoegdheden mogen worden toegekend in het licht van het legaliteitsbeginsel valt buiten het bereik van dit onderzoek. Zie voor een uitgebreide uitwerking van dit onderwerp o.a.: het proefschrift van Lavrijssen, 2006; zie in dit kader ook het poefschrift van Ottow, 2006.

⁴³⁶ Zie ook: paragraaf 2.5, over de aanwijzingsprocedure in de Telecommunicatiewet.

Bij reguliere besluitvorming is er sprake van een aanvraag van een belanghebbende om een besluit te nemen. Centraal staat de verhouding tussen het bestuursorgaan en de aanvrager. Er kan een andere belanghebbende in het spel zijn, echter de relatie tussen het bestuursorgaan en de aanvrager blijft centraal staan en niet die tussen de derde en de aanvrager. Bij geschilbesluiten staat in de eerste instantie het geschil tussen de aanvrager en de wederpartij centraal. Daarover wordt een besluit gevraagd aan de OPTA. Er wordt een geschil voorgelegd dat bij besluit wordt opgelost.

Het besluit heeft een andere plaats en functie dan in het reguliere besluitvormingsproces. De functie van het besluit is het beslechten van een geschil. De functie van een regulier besluit is niet het beslechten van een geschil tussen twee partijen, maar het vaststellen van een rechtsbetrekking –zodanig opnieuw na bezwaar– tussen een bestuursorgaan en een andere partij. Geschilbesluiten hebben een bijzonder karakter, vanwege het civielrechtelijke aspect dat eraan kleefte.⁴³⁷ Het besluit regelt de contractuele verhouding tussen partijen.

Het college van de OPTA is een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid a Awb. Het gevolg hiervan is dat de Awb te allen tijde op haar handelen van toepassing is. In paragraaf 4.5 is beschreven dat de OPTA bij het nemen van besluiten bepaalde regels en beginselen in acht dient te nemen. Dit is het geval bij alle besluiten die zij neemt. Dus zowel bij handavingsbesluiten, aanwijzingsbesluiten en geschilbesluiten dient zij deze regels toe te passen in de besluitvormingsfase en bij het nemen van het besluit. Geschilbesluiten zijn ook besluiten in de zin van de Awb, hetgeen betekent dat de Awb van toepassing is op de verschillende fasen van de besluitvorming.⁴³⁸

In artikel 12.2 worden geen nadere regels gegeven waaraan geschilbesluiten dienen te voldoen. Dit betekent dat de algemene regels uit de Awb van toepassing zijn bij de voorbereiding van een besluit en tevens bij het nemen van het besluit en de motivering daarvan. In artikel 12.2 wordt bepaald dat aan het college van de OPTA de bevoegdheid tot geschilbeslechting toekomt, indien een partij een aanvraag doet om een geschil te beslechten. De voorwaarden die in het artikel genoemd zijn, zijn slechts dat er sprake dient te zijn van ‘een geschil’, en een partij dient ‘een aanvraag’ tot geschilbeslechting in te dienen bij de OPTA. Een aanvraag in de zin van de Awb is een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen (art. 1:3 lid 3). De OPTA omschrijft ‘geschillen’ als conflicten tussen aanbieders

⁴³⁷ Paragraaf 5.1 (schema 1).

⁴³⁸ Zo ook: Daalder 2004, p. 30.

over toegang tot en interconnectie van netwerken.⁴³⁹ In de regel zijn dit conflicten over de onderling te hanteren tarieven inzake het verlenen van toegang.

Er bestaat een onderscheid tussen bevoegdheden die aan een bestuursorgaan zijn toegekend waarin de wetgever een bestuursorgaan een bepaalde mate van vrijheid heeft gegeven om de bevoegdheid naar eigen inzicht in te vullen, en bevoegdheden waarbij het bestuursorgaan strikt gebonden is aan de wet, en geen vrijheid heeft om de toepassing van de bevoegdheid zelf nader in te vullen. Dit verschil tussen discretionaire bevoegdheden, ofwel vrije bevoegdheden enerzijds, en gebonden bevoegdheden anderzijds, is reeds in hoofdstuk 2 ter sprake gekomen.

Bij een gebonden bevoegdheid wordt aan het bestuursorgaan een wettelijke bevoegdheid toegekend met een duidelijk omschreven kader op grond waarvan het een beslissing dient te nemen en waarvan het niet kan afwijken. Er is geen ruimte voor eigen beleid binnen deze strikte bevoegdheden.⁴⁴⁰ Het bestuursorgaan kan niet afwijken van de criteria waaronder de vergunning verleend kan worden. Het bestuursorgaan is strikt gebonden aan wet en zijn rol is beperkt tot louter mechanische wetstoepassing.⁴⁴¹

Een discretionaire bevoegdheid daarentegen, is een bevoegdheid op grond waarvan het bestuursorgaan een bepaalde mate van vrijheid krijgt toegekend om deze in haar uitoefening zelf nader in te vullen. Deze bevoegdheid wordt gekenmerkt door een terminologie waarin open normen worden gehanteerd.

Er is sprake van twee typen mogelijke beslissingsruimte. In de doctrine wordt dit onderscheid aangeduid met de termen beoordelingruimte en beleidsruimte.⁴⁴² Hoe preciezer de voorwaarden zijn omschreven, des te geringer de beoordelingsruimte van het bestuursorgaan. Indien er sprake is van beoordelingsruimte zijn de omstandigheden waaronder een bevoegdheid kan worden ingezet niet precies omschreven. Indien er door de wetgever vrijheid van beoordeling aan een bestuursorgaan is gegeven, betekent dit niet dat er tevens sprake is van vrijheid in beleid.

Soms heeft deze beoordelingsruimte het karakter van beoordelingsvrijheid. Er is, volgens de definitie van Duk sprake van beoordelingsvrijheid *voor zover rechtens aan een bestuursorgaan is overgelaten zelfstandig, en in beginsel met uitsluiting van ieder*

⁴³⁹ (www.opta.nl).

⁴⁴⁰ Als voorbeeld van een dergelijke bevoegdheid kan worden genoemd artikel 40 Woningwet

⁴⁴¹ Van Wijk/ Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 142.

⁴⁴² Duk is de grondlegger van dit onderscheid.

*ander, te beoordelen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van een van zijn rechten of bevoegdheden in concreto zijn vervuld.*⁴⁴³

Het rechtszekerheidsbeginsel brengt met zich mee dat de beoordelingsnormen die het bestuursorgaan hanteert bij voorkeur worden vastgelegd in beleidsregels. Dit blijkt ook uit artikel 1:3 lid 4 Awb, waar is opgenomen het bij een beleidsregel kan gaan om een regel omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid.

Voor de rechter heeft de toekenning van beoordelingsvrijheid aan een bestuursorgaan eveneens gevolgen. Hij zal de aan het bestuursorgaan toegekende vrijheid dienen te respecteren. Dit houdt in dat de rechter besluiten die zijn genomen door het bestuursorgaan waarin dit een mate van beoordelingsvrijheid heeft, slechts marginaal mag toetsen. Marginale toetsing houdt in dat de rechter slechts de beoordeling van het bestuursorgaan rechtens als onjuist mag kwalificeren, indien het bestuursorgaan niet in redelijkheid daartoe heeft kunnen komen. Bij gebonden bevoegdheden of beoordelingsruimte toetst de rechter niet marginaal maar indringend of het bestuur de wet naleeft. Meestal heeft de wetgever echter aan het bestuur overgelaten om zelf te bepalen hoe het van een wettelijke bevoegdheid gebruik zal maken en is er beleidsvrijheid aan het bestuursorgaan toegekend.

Bij de vraag of een bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt, speelt een rol *hoe* het die bevoegdheid wil invullen. Een bestuursorgaan heeft volgens *Duk* beleidsvrijheid voorzover het hem rechtens vrijstaat, van gebruik van een recht of bevoegdheid af te zien in gevallen waarin de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening daarvan wel vervuld zijn.⁴⁴⁴ Het bestuursorgaan heeft de vrijheid om te kiezen, de inhoud van het te nemen besluit staat niet vast. De rechter kan in beroep niet tot een volledige herwaardering van de belangen overgaan. Er zal terughoudend worden getoetst door de rechter. De rechter dient de door de wetgever aan het bestuursorgaan toegekende vrijheid te respecteren. Bij beleidsvrijheid komt net als bij beoordelingsvrijheid het rechtszekerheidsbeginsel om de hoek kijken. Er dienen beleidsregels te worden opgesteld om de discretionaire ruimte nader in te vullen omtrent de afweging van belangen.⁴⁴⁵ Beoordelingsvrijheid voor zelfstandige bestuursorgaan wordt meer aanvaardbaar geacht dan beleidsvrijheid. Beleidsvorming wordt aangemerkt als exclusieve taak van de politiek.⁴⁴⁶

⁴⁴³ Duk 1988, p. 157.

⁴⁴⁴ Duk 1988, p. 157.

⁴⁴⁵ Artikel 1:3 lid 4 Awb.

⁴⁴⁶ Verhey & Verheij 2005, p. 204.

In de literatuur is omtrent het onderscheid tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid opgemerkt dat dit niet altijd duidelijk is te onderscheiden. Het door *Duk* gemaakte onderscheid is door verschillende auteurs nader uitgewerkt.⁴⁴⁷ Er bestaan situaties in de praktijk van grensgevallen. Ook bestaan er verschillende benaderingen omtrent definities.

Verhey en Verheij hanteren bijvoorbeeld de volgende definities: Onder beoordelingsvrijheid wordt verstaan: de ruimte van het bestuur om een algemeen verbindend voorschrift te interpreteren. Hoe meer vage normen de wet bevat, hoe groter de beoordelingsvrijheid. Beleidsvrijheid is aan de orde wanneer een algemeen verbindend voorschrift een bestuursorgaan de bevoegdheid toekent om zelf beleid vast te stellen.⁴⁴⁸ In dit onderzoek zal vanwege de heldere formulering worden aangesloten bij deze definities van beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid.⁴⁴⁹ Bij beleidsvrijheid wordt de aanvulling gemaakt dat de inhoud van het besluit niet volledig door de wetgever is ingevuld. Er zal in de praktijk per geval moeten worden vastgesteld of er sprake is van een discretionaire bevoegdheid, en of er sprake is van beoordelings- of beleidsvrijheid. Dit dient beoordeeld te worden aan de hand van de wettekst en de bedoeling van de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid.

Bij geschilbeslechting dient de vraag te worden beantwoord of één van beide partijen de verplichtingen nakomt die bij of krachtens de Telecommunicatiewet op hem rusten. In de praktijk gaan geschillen vaak over de vraag over de uitleg van verplichtingen die door de OPTA bij besluit zijn opgelegd, en de uitleg van min of meer vage wettelijke normen. Bij geschilbeslechting op basis van dit artikel speelt ook artikel 1.3 Tw een rol. De OPTA dient ervoor te zorgen dat al haar besluiten bijdragen aan de doelstellingen genoemd in dit artikel. De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag hoe groot de rol moet zijn van dit artikel. Er kan worden gesteld dat bepaalde onderdelen van artikel 1.3 een bepaalde mate van beoordelings- en beleidsvrijheid veronderstellen bij de OPTA.⁴⁵⁰

De OPTA moet zoals, reeds opgemerkt, een aantal vage normen en begrippen invullen bij geschilbeslechting. Er zijn door de wetgever vage normen gehanteerd. Het toetsingskader opgenomen in artikel 1.3 Telecommunicatiewet bevat tevens open normen. Als voorbeeld kan verder worden genoemd de term interconnectie.

⁴⁴⁷ Zie ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 141 e.v.; Damen e.a. 2005, p. 344 e.v.; Klap 1994, p. 244 e.v.

⁴⁴⁸ Verhey & Verheij 2005, p. 204.

⁴⁴⁹ In dit onderzoek blijft de term beoordelingsruimte verder buiten beschouwing.

⁴⁵⁰ Meijer 2005, commentaar bij artikel 12.2 Tw, p. 315.

Dit is een zeer technische term. Bij de term ‘redelijke verzoeken’ is de norm vaag. Deze term was opgenomen in artikel 3.11 (oud) over het delen van antenne-opstelpunten. Bij geschilbeslechting op basis van artikel 6.2 Telecommunicatiewet is volgens de wetgever de redelijkheid van het interoperabiliteitsverzoek het toetsingskader waarbinnen de OPTA tot een oordeel dient te komen over een ingediende aanvraag.⁴⁵¹

Wat redelijk is wordt in beginsel door de OPTA bepaald.⁴⁵² Er zijn in artikel 12.2 Tw door de wetgever geen verdere eisen aan de voorbereidingsprocedure of aan de inhoud van het te nemen geschilbesluit zelf opgenomen. Hier ligt in de praktijk het probleem. De OPTA dient de vage normen te interpreteren om na te gaan of er sprake is van een geschil. Hier is sprake van beoordelingsvrijheid.⁴⁵³

De wetgever heeft wel bepaald wat voor verplichtingen kunnen worden opgelegd door de OPTA, maar heeft deze niet specifiek uitgewerkt. De OPTA kiest welke verplichtingen passend zijn, en werkt deze nader uit. Vervolgens kunnen beleidsregels worden opgesteld om de verplichtingen nader in te kleden. In een geschil worden deze regels vervolgens individueel en concreet toegepast. De OPTA kan bijvoorbeeld bepalen welke kostentoerekeningsmethode het meest geschikt is in een bepaald geval. De OPTA heeft de keuze uit verschillende maatregelen die zij kan nemen om een geschil te beslechten. De inhoud van het besluit is niet door de wetgever bepaald. Er kan worden geconstateerd dat op basis van de artikelen 6.2 en 12.2 Tw aan de OPTA zowel een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid als beleidsvrijheid toekomt.

Daalder merkt op dat het verschil tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid zich met name in de literatuur afspeelt. In de praktijk en de jurisprudentie zou dit onderscheid minder duidelijk worden gehanteerd.⁴⁵⁴ Ook *Klap* stelt dit vast.⁴⁵⁵ Bij geschilbeslechting gaat het volgens *Daalder* niet om een bevoegdheid maar om een verplichting. Volgens hem spitst de vraag omtrent de beslissingsruimte van de OPTA zich met name toe op de beoordelingsvrijheid.⁴⁵⁶ Met verplichting bedoelt hij dat de OPTA niet de mogelijkheid heeft om af te zien van geschilbeslechting indien aan de voorwaarden is voldaan.

⁴⁵¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 107.

⁴⁵² Zie ook: Tempelman 2005, p. 139.

⁴⁵³ Zie ook: Verweij & sauren, p. 36.

⁴⁵⁴ *Daalder* 2004, p. 30.

⁴⁵⁵ *Klap* 1994, p. 245 en p. 255.

⁴⁵⁶ *Daalder* 2004, p. 30.

Verweij en Sauren stellen daarentegen dat artikel 12.2 Tw de vorm heeft van een kan-bepaling. Er is volgens hen geen principieel verschil met beleidsvrijheid bij geschilbeslechting en beleidsvrijheid die op het punt van op te leggen maatregelen is toegekend aan bestuursorganen die met handhaving zijn belast. Bestuursorganen zouden net als bij handhaving de mogelijkheid hebben om af te zien van geschilbeslechting.⁴⁵⁷

Niet blijkt uit de jurisprudentie dat de OPTA van geschilbeslechting kan afzien. Wel staat vast dat de OPTA voor ambtshalve handhaving kan kiezen in plaats van voor geschilbeslechting⁴⁵⁸. In dat kader kan van een bepaalde mate van beleidsvrijheid worden gesproken.

Ook heeft de OPTA keuzevrijheid bij welke maatregelen worden opgelegd, bij het ontbreken van een wettelijk kader. Er kan ook van beleidsvrijheid worden gesproken indien de inhoud van een besluit niet door de wetgever is vastgesteld. In dat kader kan wel gesteld worden dat de OPTA over een bepaalde mate van beleidsvrijheid beschikt.⁴⁵⁹

Nu het theoretische kader met betrekking tot beoordelings- en beleidsvrijheid is geschetst, wordt gezien hoe de rechter hiermee omgaat in het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA.

RECHTSPRAAK:

In het volgende overzicht van jurisprudentie wordt onderzocht wat de rechter heeft bepaald omtrent de beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid van de OPTA met betrekking tot haar geschilbeslechtende bevoegdheid.

In de rechtspraak is verschillende keren de vraag aan de orde geweest of aan de OPTA beoordelings- of beleidsvrijheid toekomt in het kader van haar geschilbeslechtende taak. De antwoorden op deze vraag variëren echter. In een uitspraak van het CBB gedateerd 25 april 2001, over het delen van antenne opstelpunten kwam de beleidsvrijheid van de OPTA in het kader van haar geschilbeslechtende taak op grond van artikel 3.11 (oud) ter sprake.⁴⁶⁰ In artikel 3.11 Tw (1998) werd bepaald dat houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte over en weer zijn gehouden om te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten. Dit medegebruik diende op grond van lid 2 ter beschikking te worden gesteld tegen een redelijke vergoeding. In lid 4 is opgeno-

⁴⁵⁷ Verweij & Sauren, p. 37.

⁴⁵⁸ Zie ook: paragraaf 5.8.

⁴⁵⁹ Zie ook: Verweij & Sauren, p. 37.

⁴⁶⁰ CBB 25 april 2001, *KPN t. OPTA en Dutchtone*, LJN AB1647, r.o. 6.3.

men dat indien de houders geen overeenstemming bereiken over het medegebruik, het college op aanvraag van een der partijen de regels kan vaststellen die tussen hen zullen gelden.

In deze zaak heeft Dutchtone de OPTA verzocht om met toepassing van dit vierde lid regels vast te stellen die tussen haar en KPN zouden moeten gelden met betrekking tot het delen van antenne-opstelpunten. De OPTA heeft vervolgens de regels vastgesteld bij besluit. In dit besluit is door de OPTA onder andere bepaald dat KPN de plicht heeft informatie te verstrekken met betrekking tot de coördinatie-opstelpunten. Tegen dit besluit is beroep ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank oordeelt dat de verplichting om een lijst met coördinaten te verstrekken redelijkerwijs niet binnen de reikwijdte van artikel 3.11 valt. De OPTA is volgens de rechter in eerste aanleg buiten de grenzen van haar geschilbeslechtende bevoegdheid getreden. De rechtbank vernietigde het besluit en heeft de OPTA opgedragen een nieuwe beslissing te nemen.

In hoger beroep overweegt het CBB dat de OPTA op grond van lid 4 bevoegd is regels vast te stellen. Deze bepaling bevat zelf geen beperking van de inhoud van de aldus te stellen regels. Nu de door OPTA geformuleerde regel omtrent de verstrekking van coördinaten niet onverenigbaar is met art 3.11 en ook haar doelstellingen dient, komt deze slechts in aanmerking voor vernietiging indien geoordeeld moet worden dat de OPTA niet in redelijkheid tot de vaststelling ervan heeft kunnen komen. *‘Aldus komt tot uitdrukking dat aan de OPTA als de telecomdeskundige toezichthouder een zekere beleidsvrijheid toekomt bij het gebruik van de door artikel 3.11 van de wet aan haar toegekende bevoegdheid’*. Er kan vanuit worden gegaan dat deze uitspraak nog steeds haar werking heeft onder de huidige Tw. Op meerdere plaatsen wordt in deze uitspraak gewezen op de beoordelings- en beleidsvrijheid die de OPTA toekomt, waarbij door de rechter een kennelijke onredelijkheidstoets dient te worden gehanteerd.⁴⁶¹

In haar uitspraak van datum 21 juni 2001⁴⁶² verwijst de rechtbank Rotterdam naar deze uitspraak van het CBB. *‘De rechtbank dient gelet op de artikelen 7.7 en 7.8 van de Telecommunicatiewet te beoordelen of de OPTA op goede gronden tot het oordeel is gekomen dat het handelen of nalaten van KPN telecom waarvan DMM verweerder om een oordeel heeft gevraagd, onredelijk is. Gelet op de uitspraak van het CBB van 25 april 2001 gaat de rechtbank ervan uit dat daarbij heeft te gelden dat die regels niet onverenigbaar mogen zijn met de tekst van de wettelijke bepaling(en) waarop zij zijn gebaseerd en voorts één of meer van de doelstellingen van die bepaling(en) moeten dienen.*

⁴⁶¹ CBB 25 april 2001, *KPN t. OPTA en Dutchtone*, LJN AB1647, r.o. 6.5.

⁴⁶² Rb. Rotterdam 21 juni 2001, *KPN en Denda t. OPTA*, LJN AB2611.

Indien aan de voorwaarden is voldaan, komen die regels alleen dan voor rechterlijke vernietiging in aanmerking als moet worden geoordeeld dat verweerder in redelijkheid niet tot de vaststelling daarvan heeft kunnen komen.'

In een uitspraak in een geschil tussen UPC en Canal+ tegen de OPTA oordeelt het CBB dat de OPTA vrijheid toekomt bij het opstellen van beleid om een 'redelijk' tarief vast te stellen.⁴⁶³ Deze lijn in de rechtspraak is niet altijd gevolgd in andere uitspraken. Er is een aantal keer door de rechter bepaald dat aan de OPTA geen beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitleg van wettelijke bepalingen. In een uitspraak van het CBB van 16 april 2004⁴⁶⁴ stelt de OPTA dat bitstroomtoegang dient te worden gezien als een vorm van bijzondere toegang. KPN moet op grond van een geschilbesluit van de OPTA toegang verlenen tot haar vaste openbare telefoonnetwerk.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de OPTA alleen bevoegd is bij geschillen over bijzondere toegang met betrekking tot een telefoonnetwerk en niet tot een telecommunicatienetwerk. Tiscali voert in hoger beroep aan dat de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is het realiseren van daadwerkelijke mededinging op een voormalige monopolistische markt en dat in dat kader het begrip bijzondere toegang ruim dient te worden uitgelegd. De gevraagde bitstroomtoegangsdiens is een vorm van bijzondere toegang.

KPN stelt dat zij slechts gehouden is toegang te verlenen tot die onderdelen van haar netwerk die vallen onder de definitie van vast openbaar telefoonnetwerk, en niet verplicht is toegang te verlenen tot elementen van haar netwerk die niet worden gebruikt voor openbare spraak. Omdat DSL-stream onder andere bestaat uit elementen die uitsluitend worden gebruikt voor datadiensten en in het geheel niet voor openbare spraak, ontbeert de OPTA de bevoegdheid om hierover een geschilbesluit te nemen. De rechter volgt de OPTA niet in haar uitleg, en stelt dat de OPTA niet bevoegd was een besluit te nemen omdat het punt van geschil niet valt binnen het wettelijk kader waarop de OPTA haar bevoegdheid baseert. De OPTA was niet bevoegd tot het nemen van het besluit. Het college overweegt het volgende:

'Nu vaststaat dat Tiscali met haar verzoek toegang verlangt tot een gedeelte van het telecommunicatienetwerk dat elementen bevat die niet zijn te brengen onder het begrip vast openbaar telefoonnetwerk, dient als volgt te worden geconcludeerd. Artikel 6.9 van de Tw brengt voor KPN (...) niet de verplichting met zich om te voldoen aan het verzoek tot

⁴⁶³ CBB 3 december 2003, *UPC en Canal+ t. OPTA*, AB 200, 189, m.nt. Cartigny.

⁴⁶⁴ CBB 16 april 2004, *Tiscali en OPTA t. KPN Telecom*, LJN AO8356.

bijzondere toegang van Tiscali. De rechtbank heeft dan ook terecht geconstateerd, dat de OPTA niet de bevoegdheid toekwam om met toepassing van artikel 6.3 eerste lid, in samenhang met artikel 6.9, tweede lid, van de Telecommunicatiewet regels vast te stellen als is geschied bij het na bezwaar gehandhaafde besluit.'

Het college gaat daarbij voorbij aan de stelling van appellanten, dat het risico van een minder ruime uitleg van artikel 6.9 Tw is, dat zulks partijen die zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht de mogelijkheid biedt om door een beperkte technische ingreep, waardoor één of meer elementen niet voor spraaktelefonie worden gebruikt, te bewerkstelligen, dat geen verplichtingen voor het verlenen van bijzondere toegang ontstaan. Hier wordt aan de OPTA geen beoordelingsruimte toegekend. De OPTA heeft bepaald dat aan de toepasselijkheidscondities om van haar bevoegdheid gebruik te maken was voldaan. OPTA gaf zelf een invulling aan een open norm en de rechter is het niet eens met deze beoordeling.

De rechter komt zelf tot een andere invulling, en laat de OPTA geen vrijheid. De toezichthouder heeft inderdaad de beoordelingsruimte nodig om zelf te kunnen oordelen in specifieke gevallen, om op de markt te kunnen inspelen. In deze zaak is echter door de rechter geoordeeld dat de OPTA buiten de grenzen van haar bevoegdheid is getreden, door een oordeel in een geschil te geven waartoe zij niet bevoegd was. De OPTA had niet de vrijheid om te oordelen dat een bitstroomtoegangsdienst een vorm van bijzondere toegang is. Aan de hand van deze uitspraak wordt duidelijk dat de rechter niet altijd van oordeel is dat beoordelingsruimte toekomt aan de OPTA in de praktijk.

In een uitspraak van 25 april 2003 is de vraag aan de orde of de OPTA een geschil kon beslechten over indirecte interconnectie met gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 6.3 lid 1 Tw oud. De rechtbank komt tot de conclusie dat interconnectie slechts directe interconnectie omvat, en niet tevens de figuur van indirecte interconnectie (koppeling van netwerken via het netwerk van en derde). De annotator bij deze uitspraak in *Mediaforum* merkt op dat de rechter hier op een veel te restrictieve toer gaat. De uitleg van de rechter valt moeilijk te rijmen met het doel en de strekking van Europese en nationale bepalingen ten aanzien van interconnectie.⁴⁶⁵ Dit in tegenstelling tot het CBB in zijn uitspraak van 25 april 2001, dat oordeelde dat de OPTA wel een zekere beleidsruimte had die door de rechter slechts marginaal mocht worden getoetst.

In een uitspraak tussen KPN en de OPTA stelt het CBB expliciet dat aan de OPTA een aanzienlijke beoordelingsruimte toekomt bij het vaststellen van de voorlig-

⁴⁶⁵ Rb. Rotterdam 25 april 2003, *Mediaforum* 2003-6 m. nt. A.T. Ottow, *LJN* AF8138.

gende interconnectietarieven. Nu de wijze van vaststelling van FTA tarieven⁴⁶⁶ niet nader is genormeerd, komt de OPTA als bestuursorgaan dat bevoegd is tot het beslechten van hierop betrekking hebbende geschillen, een aanzienlijke beoordelingsruimte toe bij het beantwoorden van de vraag op welk niveau de FTA tarieven van Casema moeten worden vastgesteld.⁴⁶⁷

In de praktijk heeft de OPTA geschilbeslechting en beleidsvorming door elkaar heen laten lopen. De OPTA heeft haar beleidsvorming voor een belangrijk deel via geschilbesluiten ontwikkeld. Dit punt is naar voren gekomen in de zaak O2 vs. OPTA.⁴⁶⁸

Verzoeksters stellen dat de OPTA haar bevoegdheid te buiten is gegaan door algemeen regulerend te gaan optreden op basis van haar geschilbeslechtende bevoegdheid art 6.3 (oud) Tw.

De Voorzieningenrechter merkt hieromtrent op dat van een bestuursorgaan wordt gevraagd om binnen een kort tijdsbestek min of meer gelijksoortige geschillen te beslechten. Deze geschillen dienen uit het oogpunt van consistentie wel op ongeveer dezelfde wijze te worden beslecht. De NRI gaat op die wijze dan ook onvermijdelijk in algemene zin regulerend te werk. In casu was echter het probleem gelegen in het feit dat de OPTA niet de specifieke positie van individuele partijen tot uitgangspunt had genomen.

Een geschilbesluit is gericht tot twee partijen. Echter op grond van het gelijkheidsbeginsel dienen gelijke gevallen gelijk te worden behandeld. De OPTA kan van te voren beleid opstellen om haar bevoegdheid nader in te kleden. Dit beleid draagt tevens bij aan een consistente invulling van haar geschilbeslechtende taak. Bij de invulling van de redelijkheid in een geschil op basis van artikel 6.2 Tw zijn de factoren die daarbij in aanmerking dienen te worden genomen niet op voorhand in de wet bepaald. Er mag dan ook van de OPTA verwacht worden dat de OPTA het toetsingskader voor de beoordeling van de redelijkheid van interoperabiliteitsverzoeken in beleidsregels nader zal concretiseren.⁴⁶⁹ In de volgende paragraaf komen (een aantal van) de beleidsregels die door de OPTA in het kader van haar taak tot geschilbeslechting heeft opgesteld aan de orde.

⁴⁶⁶ Fixed terminating tarieven (vaste terminating tarieven).

⁴⁶⁷ CBB 16 juni 2005, *KPN t. OPTA en Casema* LJN AT 7786, r.o. 6.3.3; CBB 16 juni 2005, *KPN en Versatel t. OPTA*, LJN AT7789, r.o. 6.6.4.

⁴⁶⁸ Rb Rotterdam 29 november 2002, *O2 e.a. t. OPTA*, LJN AF1538, (2.4).

⁴⁶⁹ Tempelman 2005, p. 140.

5.4 De invulling van open normen; beleidsregels

In de vorige paragraaf is de jurisprudentie uiteengezet waarin is bepaald dat aan de OPTA een bepaalde mate van vrijheid toekomt in het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid. De geschilbeslechtende bevoegdheid is een discretionaire bevoegdheid.

Er zijn in de Telecommunicatiewet door de wetgever veel (vage) open normen en technische begrippen opgenomen, die op meerdere manieren kunnen worden uitgelegd.

Eén daarvan is de term ‘redelijkheid’. De OPTA dient ‘de redelijkheid’ als maatstaf te hanteren in geschilprocedures. De OPTA zal in een geschil vaak vast moeten stellen of er sprake is van een ‘redelijk verzoek’ tot toegang.⁴⁷⁰ Tevens dient zij, indien partijen een geschil hebben over het onderling te hanteren tarief, vast te stellen wat een ‘redelijk tarief’ is.⁴⁷¹

Er dient interoperabiliteit tot stand te komen. Indien een partij die interoperabiliteit of interconnectie wenst, de gevraagde tarieven te hoog vindt, kan hij de OPTA vragen om over de tarieven te beslissen. Het college kan dan bepalen of de gevraagde tarieven te hoog zijn, en daarom een ongerechtvaardigde belemmering vormen voor de totstandkoming van interoperabiliteit en interconnectie.⁴⁷² Dit is in overeenstemming met de doelstelling van bevordering van de concurrentie.

Indien een partij is aangewezen als een onderneming met Aanmerkelijke marktmacht worden aan deze partij passende en proportionele verplichtingen opgelegd. De verplichtingen die kunnen worden opgelegd zijn in de Telecommunicatiewet opgenomen.⁴⁷³ Deze verplichtingen kunnen de verplichting tot transparantie, non-discriminatie en tariefregulering op basis van kostenoriëntatie omvatten.

In artikel 6a.7 is bepaald dat voor door het college te bepalen vormen van toegang het college een verplichting kan opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoerekening. Dit kan inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief moet worden gerekend of dat een door het college goed te keuren kostentoerekeningssysteem moet worden gehanteerd. Deze bepaling geldt slechts voor ondernemingen die beschikken over Aanmerkelijke marktmacht. Indien er geen plicht tot kostenoriëntatie geldt op basis van een

⁴⁷⁰ Indien er sprake is van een verplichting op basis van artikel 6a.6 Tw.

⁴⁷¹ Het begrip ‘redelijk’ is niet hetzelfde als ‘niet onredelijk’. Dat laatste ziet op het verbod van willekeur bij redelijkheidstoetsing. Redelijk is (dus) geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

⁴⁷² *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 38.

⁴⁷³ Zie ook: hoofdstuk 2.

Amm- aanwijzing, kan het begrip kostenoriëntatie toch een rol spelen. Zo kan in een geschil tussen partijen die geen Amm hebben, toch dit beginsel worden toegepast.⁴⁷⁴

In de jurisprudentie is over redelijke tarieven het volgende overwogen:

*De Tw (oud) noch de Tw schrijft voor hoe OPTA de tarieven moet vaststellen van een aanbieder die niet is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de aan de orde zijnde markt(en), indien de betrokken partijen hierover geen overeenstemming bereiken en OPTA wordt gevraagd dit geschil te beslechten. De in par. 2.1 genoemde passages uit de wetsgeschiedenis bevatten weliswaar een aantal mogelijke aanknopingspunten voor een dergelijke vaststelling, maar hieruit blijkt niet dat OPTA tarieven waarover geen overeenstemming is bereikt op een bepaalde wijze moet vaststellen. Aangenomen moet worden dat OPTA redelijke tarieven moet vaststellen.*⁴⁷⁵

Deze redelijkheid dient de OPTA in te vullen in het licht van haar publieke taak. In artikel 20 lid 3 van de kaderrichtlijn is opgenomen dat de OPTA haar geschilbeslechtende taak uitoefent in het licht van de doelstellingen die in de richtlijn zijn opgenomen. De OPTA dient bij haar handelen rekening te houden met de doelstellingen die de Europese wetgever heeft opgesteld. Het gaat om een richtlijnconforme interpretatie. In dat kader dient invulling te worden gegeven aan de open normen.

De invulling van het begrip redelijkheid kwam in een geschilprocedure waarbij Orange en Vodafone de partijen waren naar voren.⁴⁷⁶ Orange en Vodafone zijn beiden aanbieders van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in Nederland. Zij dienen in het kader van interoperabiliteit met elkaar te onderhandelen en tot overeenkomst te komen. Zij bereiken geen overeenstemming en leggen hun geschil aan de OPTA voor.

Het verkeer afkomstig van Orange werd ten tijde van de geschilaanvragen afgeleverd bij Vodafone door middel van eenzijdige indirecte interconnectie. Tussen partijen bestaat een overeenkomst waarin afspraken zijn opgenomen ten aanzien van betalingen en zekerheidsstellingen. In de overeenkomst is vastgelegd dat indien uiterlijk 18 december 2006 geen overeenstemming is bereikt over een nieuwe overeenkomst, de dienstverlening per 31 januari 2007 zal worden beëindigd.

⁴⁷⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 38.

⁴⁷⁵ CBB 16 juni 2005, *KPN en Versatel t. OPTA*, LJN AT7789, r.o. 6.5.

⁴⁷⁶ Besluit in geschil tussen Orange en Vodafone van 4 mei 2007 inzake directe interconnectie (www.opta.nl).

Vodafone dreigt nu vanwege het gebrek aan overeenstemming de interconnectieverbinding te beëindigen. Orange verzoekt het college om Vodafone op te dragen alle bestaande directe interconnectieverbindingen waarover Orange verkeer kan afleveren bij Vodafone in stand te houden. Tevens verzoekt zij het college te bepalen welke tarieven Vodafone in redelijkheid aan Orange in rekening mag brengen ter zake van de door haar in verband met de genoemde interconnectieverbindingen verleende diensten.

In het besluit is het juridische kader opgenomen waar de OPTA aan toetst. In dit kader staat artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet genoemd, waarin is opgenomen dat het college er zorg voordraagt dat zijn besluiten bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen als bedoeld in artikel 8 van de Kaderrichtlijn, namelijk het bevorderen van de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt, het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, kwaliteit en prijs.

Het college kan blijkens de Memorie van Toelichting voorschriften geven ter beslechting van het geschil. Bij de beoordeling van het geschil dient het college in de eerste plaats de vraag te beantwoorden of Vodafone in strijd handelt met het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet. Het college beantwoordt deze vraag bevestigend. Het college is van oordeel dat het verzoek van Orange aan Vodafone niet onredelijk is. Zij overweegt hieromtrent dat het in stand laten van de verbinding geen kosten met zich mee brengt. Het tot stand brengen van een nieuwe verbinding brengt daarentegen wel kosten met zich mee.

Nu Vodafone dreigt de verbinding te beëindigen betekent dat, dat zij weigert de wettelijk verplichte eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen en te waarborgen. Het college is van oordeel dat Vodafone in strijd handelt met artikel 6.3 Telecommunicatiewet.

Met betrekking tot het tarief overweegt het college het volgende:

‘Voor de in geschil zijnde dienstverlening gelden voor Vodafone thans geen verplichtingen op grond van een marktanalysebesluit. Dit betekent dat er dus ook geen verplichtingen gelden inzake tariefregulering op basis van kostenoriëntatie voor de genoemde dienstverlening.’

‘In de Tw is niet bepaald wat de norm is voor het vaststellen van een tarief door het college indien de betrokken partijen hierover geen overeenstemming bereiken en het college wordt verzocht hierover een geschil te beslechten. De MvT biedt aanknopingspunten en gelet op de jurisprudentie moet ervan uit worden gegaan dat dit een redelijk tarief moet zijn. Dit is dan ook de norm die het college zal toepassen’.

Het college gaat allereerst na of er sprake is van aanmerkelijke marktmacht aan de kant van Vodafone, op basis waarvan verplichtingen gelden. Dan zou namelijk een kostengeoriënteerd tarief kunnen worden gehanteerd. Daar is echter geen sprake van en het tarief zal op basis van de jurisprudentie aan de hand van de redelijkheid moeten worden vastgesteld.

In een uitspraak van 16 februari 2001 wordt door de voorzieningenrechter opgemerkt dat het niet goed mogelijk is om een limitatieve opsomming te geven van de normen die de OPTA in het geval van een interconnectiegeschil mag toepassen om de redelijkheid in te vullen. Deze zullen veelal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kunnen volgens de voorzieningenrechter een aantal publiekrechtelijke normen worden genoemd, zoals de mogelijke bedreiging van netwerkindegriteit, de gevolgen voor de concurrentie en het bevorderen van product- en prijsdifferentiatie.⁴⁷⁷

In de uitspraak Mailmerge is bepaald dat het geschilbesluit slechts werking heeft tussen de twee partijen waaraan de OPTA dit besluit richt.⁴⁷⁸ Derden kunnen hier geen rechtstreekse rechten aan ontlenen. Een geschilbeslechtend besluit heeft in beginsel slechts werking tussen de twee bij het geschil betrokken partijen. De OPTA is echter bij de inhoud van het geschilbesluit. Met name indien op een partij met aanmerkelijke marktmacht een verplichting rust tot non-discriminatoir handelen zal in een volgend geschil weinig ruimte zijn om van een eerder genomen besluit af te wijken. Dit zou namelijk tot gevolg hebben dat partijen verschillend worden behandeld.⁴⁷⁹ Er kan daarom worden gesteld dat een geschilbesluit een ‘*erga omnes*’ werking heeft. Het besluit schept rechten voor alle partijen die een overeenkomst met de Amm houder willen aangaan.

Het doel van geschilbeslechting is om te komen tot een materiële oplossing van het voorgelegde geschil. Teneinde het geschil te beslechten kan het college voorschriften geven. Het is gebruikelijk dat er een toetsingskader, meestal in de vorm van beleidsregels, wordt geformuleerd voordat de OPTA overgaat tot het beslechten van het geschil.⁴⁸⁰ Dit hangt samen met het gelijkheidsbeginsel. Het optreden van de OPTA mag niet willekeurig zijn. Met het opstellen van beleidsregels wordt de consistentie gewaarborgd. De beleidsregels die de OPTA heeft opgesteld in het kader van haar geschilbeslechtende taak worden nu besproken.

⁴⁷⁷ Vz. Rechtbank Rotterdam 16 februari 2001, (*KPN Telecom t. OPTA en MCI Worldcom*), LJN AB0027.

⁴⁷⁸ Rb. Rotterdam 12 augustus 2003, *TPG t. OPTA*, (reg. nr. *TELEC 02/168-MES*), niet gepubliceerd.

⁴⁷⁹ Zie ook: Daalder 2004, p. 28.

⁴⁸⁰ Daalder 2004, p. 32; Tempelman 2005, p. 140.

RECHTSZEKERHEID: INVULLING VAN EEN BEVOEGDHEID DOOR MIDDEL VAN BELEIDSREGELS:

Bij geschilbeslechting gaat het om het beslechten van een individueel geschil tussen twee partijen. Het ligt in een situatie als deze echter voor de hand dat voordat tot geschilbeslechting wordt overgegaan er beleidsregels worden vastgesteld. Op basis van het gelijkheidsbeginsel dienen geschilbesluiten in een consistente lijn te worden vastgesteld. In artikel 1:3 lid 4 van de Awb wordt bepaald dat onder een beleidsregel wordt verstaan:

Een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.

Het gaat, zoals uit de definitie blijkt, om regels bij het gebruik van een bevoegdheid door een bestuursorgaan. Bestuursorganen krijgen (doorgaans) op grond van de wet bestuursbevoegdheden toegekend. In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat indien er sprake is van discretionaire bevoegdheden het bestuursorgaan de ruimte of de verplichting heeft om beleidsregels vast te stellen. Hiermee wordt de rechtszekerheid gediend, aangezien voor de burgers duidelijk wordt waar ze aan toe zijn en welke gedragslijn het bestuursorgaan tegenover hen zal volgen. In beleidsregels wordt bepaald op welke wijze een bestuursbevoegdheid zal worden uitgeoefend.⁴⁸¹ Door middel van beleidsregels wordt duidelijk gemaakt op welke manier het bestuursorgaan van zijn bevoegdheid gebruik zal maken.

Het gaat bijna altijd om in meer of mindere mate discretionaire bevoegdheden. Dan heeft het bestuursorgaan immers ruimte voor een eigen invulling en om een bepaald beleid op te stellen. Tevens vermeldt de definitie van het begrip beleidsregel dat het gaat om een bij besluit vastgestelde regel. Het besluit-begrip wordt in de Awb gedefinieerd in artikel 1:3 lid 1, en daar worden een aantal elementen genoemd waaraan moet zijn voldaan wil er sprake zijn van een besluit in de zin van de Awb, waaronder het schriftelijkheidsvereiste. Een beleidsregel dient dus op schrift te zijn gesteld. Er is echter meer beleid dan datgene wat in beleidsregels is neergelegd. Ongeschreven beleid valt niet onder artikel 1:3 lid 4 en is geen beleidsregel. Doorgaans zal het bestuursorgaan er echter voor kiezen om zijn beleid te op schrift te stellen, aangezien het anders zeer lastig wordt om naar dit beleid te verwijzen.

In artikel 3:42 Awb wordt de bekendmaking geregeld van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht. Dit artikel is van toepassing op beleidsre-

⁴⁸¹ Damen e.a. 2005, paragraaf 5.4.

gels, die pas gelden nadat zij bekend zijn gemaakt. Het gaat bij beleidsregels om algemene regels, niet gericht tot een of meer belanghebbenden. Een beleidsregel heeft een algemeen karakter en is gericht tot een onbepaalbare en voor uitbreiding vatbare groep personen.⁴⁸²

In artikel 4.82 Awb is bepaald dat ter motivering van een besluit kan worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn, voorzover deze gedragslijn is neergelegd in een beleidsregel. Hier is sprake van een verlichte motiveringsplicht. Dit is niet mogelijk indien er sprake is van ongeschreven beleid oftewel ongeschreven gedragslijnen van een bestuursorgaan. Het bestuursorgaan dient conform de beleidsregel te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.⁴⁸³

In dit kader wordt nog gewezen op de verzwaarde motiveringsplicht die geldt bij marktanalysebesluiten. In artikel 1:3 lid 4 van de Tw is opgenomen dat, indien een besluit aanzienlijke gevolgen heeft voor de desbetreffende markt, het college dient te motiveren dat de maatregel noodzakelijk is voor de in het eerste lid genoemde doelstellingen. Tevens dient het college aan te geven dat een andere, minder ingrijpende maatregel niet effectief is.

In de Awb komt het onderscheid naar voren tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften. Een beleidsregel heeft betrekking op de uitoefening van een reeds bestaande bestuursbevoegdheid. Er kan in een beleidsregel niet meer worden geregeld dan datgene wat op grond van deze aan het bestuursorgaan toegekende bevoegdheid reeds mogelijk is. Het is niet mogelijk om door middel van een beleidsregel nieuwe zelfstandige verplichtingen of aanspraken te creëren of nieuwe bevoegdheden aan bestuursorganen toe te kennen.⁴⁸⁴ Dit kan slechts op basis van een algemeen verbindend voorschrift. Het legaliteitsbeginsel speelt hier een rol.⁴⁸⁵ Bevoegdheden kunnen slechts op grond van een wettelijk voorschrift aan bestuursorganen worden toegekend.

In het reeds aangehaalde artikel 4:84 van de Awb wordt aan bestuursorganen een afwijkingsmogelijkheid gegeven. In bijzondere gevallen kan worden afgeweken van beleidsregels. Het bestuursorgaan dient overeenkomstig de beleidsregel te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die

⁴⁸² Damen e.a. 2005, paragraaf 5.4.1.2

⁴⁸³ Artikel 4:84 Awb

⁴⁸⁴ Damen e.a. 2005, paragraaf 5.4.1.3

⁴⁸⁵ Zie paragraaf 4.1, waar het legaliteitsbeginsel is besproken.

wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Bij beleidsregels is er geen sprake van wetgeving vanwege het feit dat het bestuursorgaan zelf, ter uitoefening van zijn eigen bevoegdheid, regels opstelt. Dit zijn echter geen wettelijke regels, die door een tot regelgeving bevoegd orgaan zijn opgesteld. Zij kennen echter wel een binding voor de burgers. Het bestuursorgaan kan zoals reeds opgemerkt slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen in een bepaald geval van de beleidsregel afwijken.

Er is geen mogelijkheid om rechtstreeks beroep op grond van de Awb in te stellen tegen beleidsregels. In artikel 8:2 sub a Awb worden besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels van beroep uitgezonderd. Het is voor de rechter echter wel mogelijk om beleidregels indirect te toetsen. Indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit dat is gebaseerd op een beleidsregel, toetst de rechter eerst het aan het besluit ten grondslag liggende beleid aan de wet en vervolgens het op basis daarvan genomen besluit aan de beleidsregels, en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Dit komt naar voren in een eerder genoemde uitspraak van het CBB.⁴⁸⁶ Daarin wordt door de rechter overwogen dat: *Voorzover KPN de rechtmatigheid van de Beleidsregels op andere onderdelen ter discussie heeft gesteld, bijvoorbeeld(.....), overweegt het College dat het uitsluitend de rechtmatigheid van het bestreden besluit, waaronder de in dat besluit gegeven toepassing aan de beleidsregels, dient te beoordelen. De doelmatigheid en rechtmatigheid van de Beleidsregels in algemene zin staat niet ter beoordeling en tegen de Beleidsregels kon ingevolge artikel 8:2, aanhef en onder a, Awb ook geen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld.*

BELEIDSREGELS TER INVULLING VAN HET BEGRIP 'REDELIJKHEID' EN PROCEDUREREGELS:

Aan marktpartijen waarvan op grond van een marktanalyse is vastgesteld dat zij over Amm beschikken kunnen passende verplichtingen worden opgelegd. De OPTA dient in Amm besluiten asymmetrische maatregelen op te nemen waaraan de Amm partij de komende reguleringsperiode aan is gebonden. De door de OPTA op te leggen verplichtingen hebben daardoor meer het karakter van algemene voorschriften dan van specifieke regels zoals die kunnen worden gegeven bij geschilbeslechting. Daar is het juist de bedoeling dat algemene normen zoals deze asymmetrische verplichtingen uit een marktanalysebesluit in een specifieke rechtsverhouding worden geconcretiseerd.

⁴⁸⁶ CBB 16 juni 2005, *KPN t OPTA en Casema*, LJN AT 7786, r.o. 6.3.6.

Verplichtingen die worden opgelegd dienen voldoende specifiek te zijn in het belang van de rechtszekerheid. Deze verplichtingen dienen zo duidelijk en precies mogelijk te worden omschreven. Bij geschilbeslechting dient op grond van feiten en omstandigheden van het voorliggende geval te worden beoordeeld of er sprake is van een redelijk verzoek. Amm besluiten waarin verplichtingen zijn opgenomen omtrent tarieven zijn over het algemeen meer gespecificeerd.

De algemene normen die rechtstreeks uit de wet of de Amm besluiten voortvloeien, kunnen vervolgens nader worden uitgewerkt in beleidsregels. Indien een verplichting wordt opgelegd tot kostenoriëntering, kan vervolgens een berekeningsmodel in beleidsregels nader worden uitgewerkt. Er kan van verschillende berekeningsmethoden worden uitgegaan. Bij kostenoriëntatie gaat het erom dat Amm partijen hun tarieven op de werkelijk gemaakte kosten moeten baseren, en daar een redelijk rendement aan toe mogen voegen. De OPTA dient dit te controleren. Verder kunnen kosten worden berekend volgens een EDC model, een BU model of een LRIC of BULRIC methode.⁴⁸⁷

In het kader van de invulling van de term redelijkheid en het bepalen van kostengeoriënteerde tarieven heeft de OPTA tevens beleid vastgesteld. Als voorbeeld van beleidsregels inzake tarieven kunnen de beleidsregels inzake de maximaal redelijke tarieven voor gespreksafgifte op de markten voor afgifte op geografische nummers 084/087- nummers en 088-nummers worden genoemd, ofwel verkort aangeduid met de term beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit.⁴⁸⁸ Hierin zijn rekenregels uitgewerkt om de redelijkheid van afgiftetarieven te bepalen. Het college verplicht andere aanbieders (dan KPN) van vaste gespreksafgifte hun tarieven voor vaste gespreksafgifte te baseren op deze beleidsregels.⁴⁸⁹ In een geschilbeslechttingsprocedure over dit onderwerp zal dan ook aan deze regels worden getoetst.

Tevens heeft de OPTA beleidsregels opgesteld inzake de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels.⁴⁹⁰ Het college geeft in de beleidsregels invulling aan zijn taken en bevoegdheden die verband houden met de aanleg, instandhouding en

⁴⁸⁷ Deze kostenberekeningsmethoden staan in het woordenboek van de OPTA (www.opta.nl).

⁴⁸⁸ Beleidsregels van 29 april 2008, ter vervanging van de beleidsregels van 13 februari 2007, inzake de maximaal redelijke tarieven voor gespreksafgifte op de markten voor afgifte op geografische nummers, 084/087- nummers en 088- nummers (Beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit) (www.opta.nl).

⁴⁸⁹ Wijzigingsbesluit voor de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke vaste telefoonnetwerken van 29 april 2008 (www.opta.nl).

⁴⁹⁰ Beleidsregels inzake de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels van 27 juni 2008, *Stcrt.* 2008, 122.

opruiming van kabels ten behoeve van elektronische kabelnetwerken. De aanleg van kabels is geregeld in hoofdstuk 5 Tw. Dit hoofdstuk is op 1 februari 2007 ingrijpend veranderd. De beleidsregels hebben ten doel inzicht te verschaffen in de criteria die het college hanteert bij de uitoefening van zijn bevoegdheden op basis van hoofdstuk 5, waaronder de bevoegdheid tot geschilbeslechting. Het college is bevoegd om geschillen te beslechten ten aanzien van de gedoogplicht (artikel 5.3 Tw), de kosten die verband houden met het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels (artikel 5.8 Tw) en het medegebruik van voorzieningen (artikel 5.12 jo. artikel 12.2 Tw).

Per onderwerp worden de geschilbeslechtingsprocedures uiteengezet. Er kan alvorens door het college wordt overgegaan tot geschilbeslechting door partijen worden geprobeerd alsnog op minnelijke wijze overeenstemming te bereiken. Dit kan op verzoek van partijen of op aanbod van het college, onder leiding van een neutrale voorzitter. Doel is het vermijden van de kosten van langdurige procedures. Indien blijkt dat partijen onvoldoende hebben getracht om tot overeenstemming te komen, is het college niet bevoegd om de aanvraag in behandeling te nemen, en moet het partijen opdragen om alsnog tot onderhandeling over te gaan.

Er worden tevens overwegingen opgenomen omtrent welke benadering wordt gevolgd inzake de redelijkheid van vergoedingen bij verzoeken tot het delen van antenne opstelpunten. In overweging 94 wordt overwogen wat onder een redelijke vergoeding wordt verstaan. Het college overweegt dat een meer gedetailleerde invulling op dit punt niet mogelijk is, en dat in een concreet geval zal worden bepaald. Opgemerkt wordt dat voor gelijke gevallen in principe geldt dat deze gelijk zullen worden behandeld. Er wordt gekeken naar specifieke omstandigheden, en het is lastig om dit op voorhand algemeen te regelen.

Ook heeft de OPTA in het verleden de regels opgesteld inzake de invulling van artikel 8.7 Tw (oud). Het ging om richtlijnen met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken.⁴⁹¹ De richtlijnen hadden ten doel vooraf inzicht te verschaffen in de criteria die gehanteerd zouden worden bij het gebruik van deze bevoegdheid. Er zijn overwegingen te vinden omtrent welke kostenberekeningsmethoden worden gehanteerd, en in welke gevallen toegangsweigering in beginsel slechts was toegestaan.

De OPTA heeft in het kader van de haar toekomstige beleidsvrijheid met betrekking tot haar geschilbeslechtende bevoegdheid de 'Procedureregeling geschillen'

⁴⁹¹ Intrekking richtsnoeren m.b.t. geschillen over toegang tot omroepnetwerken, *Stcrt.* 2006, 170.

opgesteld. Deze regeling is in hoofdstuk 2 omschreven. In deze regeling wordt de procedure beschreven die wordt gevolgd indien er een aanvraag bij OPTA wordt ingediend door een partij om een geschil te beslechten. De reguliere procedure die dient te worden gevolgd bij de voorbereiding van besluiten is opgenomen in de Awb.

Op grond van de omschreven beleidsregels kan worden geconcludeerd dat de OPTA vage normen en begrippen in de praktijk nader invult door middel van beleidsregels. Bij het nemen van geschilbesluiten wordt aan dit beleid getoetst. Er dient altijd rekening gehouden te worden met de doelstellingen die in de Tw zijn opgenomen. Op grond van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatie beginsel hebben geschilbesluiten, die slechts gelden tussen de twee partijen met het geschil, toch doorwerking naar andere gelijke geschillen.

In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op het beginsel van de redelijkheid en de billijkheid. Dit is een privaatrechtelijk beginsel en het wordt niet toegepast in het publiekrecht. In de literatuur en jurisprudentie is echter de vraag aan de orde geweest of dit beginsel, gezien de privaatrechtelijke verhouding tussen ondernemingen in een geschil, alsnog een rol zou moeten spelen naast de publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur. Dit beginsel zou dan het begrip redelijkheid een nadere invulling kunnen geven. De vraag is of door dit bijzondere civielrechtelijke kenmerk er andere belangen dienen te worden meegewogen dan bij reguliere besluitvorming door een bestuursorgaan.

5.5 Toe te passen rechtsregels en rechtsnormen: de redelijkheid en billijkheid

Welke rechtsregels en normen de OPTA bij de beoordeling van een geschil mag betrekken is een andere vraag dan die naar de beoordelingsvrijheid van de OPTA. In hoofdstuk 3 zijn de rechtsbeginselen genoemd waar de OPTA, zowel bij de voorbereiding van besluiten als bij de inhoud van het besluit, aan gehouden is. Hier is een splitsing gemaakt tussen formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur. Strijd met de eerste categorie beginselen heeft tot gevolg dat een bestuursorgaan inhoudelijk hetzelfde besluit kan nemen, er kleefte een gebrek aan een formeel punt.

Strijd met de tweede categorie heeft vernietiging tot gevolg. Het college van de OPTA is een a-orgaan met als gevolg dat de Awb te allen tijde op haar handelen van toepassing is. In de vorige paragraaf is het begrip redelijkheid uitgewerkt. Dit begrip is op meerdere plaatsen in de Telecommunicatiewet opgenomen en moet in de geschilprocedure als maatstaf worden gehanteerd om tarieven tussen onder-

nemingen vast te stellen. Tevens kan in een geschil de vraag naar voren komen of er sprake is van een redelijk verzoek tot toegang tot een netwerk. De redelijkheid moet worden beoordeeld aan de hand van publiekrechtelijke normen.⁴⁹² Dat wil zeggen dat het begrip ‘redelijk tarief’ dient te worden bepaald in het licht van de doelstellingen van de wet en de Kaderrichtlijn.

Er is in paragraaf 5.1 naar voren gebracht dat geschilbesluiten het specifieke kenmerk hebben dat er een contractuele relatie aan ten grondslag ligt. Dit is een privaatrechtelijk aspect, dat in reguliere besluitvorming niet aan de orde is. Partijen dienen met elkaar te onderhandelen omtrent het verlenen van toegang en tegen welk tarief dit verleent dient te worden. De afspraken dienen zij in een contract op te nemen. Het geschil heeft niet slechts bestuursrechtelijke aspecten, maar tevens privaatrechtelijke, vanwege het onderliggende contract tussen partijen.

In Nederland staat de contracteervrijheid hoog in het vaandel. Het contractenrecht bestaat grotendeels uit regelend recht, dat geldt indien partijen geen regeling hebben getroffen en waar partijen van kunnen afwijken. Dit principe kan slechts in uitzonderingssituaties worden doorbroken. Er zijn enkele gevallen waarin de wetgever is afgeweken van het principe van contractsvrijheid. Meestal is dit indien er sprake is van ongelijkheid van partijen en de wetgever de zwakkere partij wil beschermen. Het arbeidsovereenkomstenrecht kent veel dwingendrechtelijke bepalingen. De verplichting tot onderhandelen over interoperabiliteit in samenhang met de bevoegdheid van de OPTA om onder bepaalde omstandigheden de inhoud van een interconnectie-overeenkomst vast te stellen is een zeer ingrijpende inbreuk.⁴⁹³

De vraag is in hoeverre beginselen van contractenrecht een rol spelen in de beoordeling van een geschil door de OPTA. Met welke aspecten moet de OPTA rekening houden? Een belangrijke vraag is of de OPTA in haar besluitvorming tevens rekening dient te houden met de privaatrechtelijke aspecten van het geschil. Is dit privaatrechtelijke aspect relevant voor de besluitvorming door de OPTA en heeft dit consequenties met betrekking tot de besluitvorming? Dient zij in haar besluitvorming rekening te houden met andere belangen dan een bestuursorgaan dit in het eerste schema doet dat in paragraaf 5.1 is opgenomen?

In de parlementaire geschiedenis van de Tw 1998 (oud) wordt bij artikel 6.3 Tw, waar de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA met betrekking tot interconnectie geschillen en geschillen met betrekking tot bijzondere toegang is gere-

⁴⁹² Artikel 20 lid 3 Kaderrichtlijn.

⁴⁹³ Zie ook: Sintompoel (2000), p. 123.

geld, opgemerkt dat ook in de onderhandelingsfase (de pre contractuele fase) partijen zich jegens elkaar dienen te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Indien partijen er niet uit komen en het ontstane geschil aan de OPTA wordt voorgelegd, dan zal de OPTA aan de hand van de wettelijk vastgestelde normen en de algemene norm van de redelijkheid en billijkheid moeten beoordelen welke regels tussen partijen gelden.⁴⁹⁴

Dit punt of de normen uit het civiele recht naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tevens van invloed zijn op de beoordeling van het geschil in bestuursrechtelijke context is in de jurisprudentie naar voren gekomen. In de uitspraak tussen KPN en Energis gaat de rechter in op de rol van de redelijkheid en billijkheid bij geschilbeslechting. De rechtbank merkt op dat de beslissing van de OPTA genomen is op basis van artikel 6.3 tweede lid Tw. In lid 2 is in tegenstelling tot een 'lid 1 geschil', de reeds gesloten interconnectieovereenkomst het uitgangspunt. In de volgende passage gaat de rechter in op de rol van de redelijkheid en billijkheid:

Nu volgens onder andere artikel 6:248 eerste lid van het burgerlijk wetboek een overeenkomst niet slechts leidt tot de expliciet overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook tot die welke voortvloeien uit de eisen van de redelijkheid en de billijkheid (zie ook artikel 6:2 BW), terwijl volgens de vaste jurisprudentie bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de letterlijke tekst beslissend is, maar ook hetgeen partijen gelet op de gegeven omstandigheden over en weer van elkaar mogen verwachten, acht de rechtbank een binnen het kader van artikel 6.3 tweede lid van de Tw passende aanvullende bevoegdheid van verweerder ten opzichte van de oorspronkelijke overeenkomst tussen partijen aanvaardbaar. Wel dient de verweerder daarbij binnen de grenzen van artikel 6.3 eerste en tweede lid, van de Tw te blijven, dus binnen de grenzen van het voorgelegde geschil. Bovendien vormen, als hierna aan te geven, de zojuist genoemde redelijkheid en billijkheid ook een beperking van de regelvaststellende bevoegdheid van verweerder op grond van artikel 6.3, tweede lid, van de TW.⁴⁹⁵

Er wordt hier door de rechter een groot belang gehecht aan de privaatrechtelijke norm van de redelijkheid en billijkheid. Het gaat hier echter niet om een normale contractuele relatie tussen partijen, waarin zij vrij zijn om met elkaar een overeenkomst te sluiten. Er zijn, zoals in de vorige paragraaf is aangetoond, publiekrechtelijke normen van toepassing op de overeenkomst.⁴⁹⁶ De OPTA heeft een publieke taak, bestaande uit het bevorderen van concurrentie in de telecommunicatiesector. Het college is een bestuursorgaan en het publiekrecht is van toepassing. De taak

⁴⁹⁴ Van Breugel & Daalder 1999, p. 292.

⁴⁹⁵ Rb. Rotterdam 31 januari 2003, *KPN t. OPTA*, *Mediaforum* 2003-4, m.nt. Annetje Ottow.

⁴⁹⁶ Zie ook artikel 20 lid 3 Kaderrichtlijn.

van de OPTA bestaat uit het dienen van het algemeen belang, en niet slechts uit het dienen van de belangen van partijen. Om die reden is het bestuursorgaan mijns inziens in eerste instantie gebonden aan publieke belangen, en niet slechts aan privaatrechtelijke beginselen. Het gaat om een bevoegdheid tot regulering die wordt uitgeoefend, waarbij publiekrecht voor privaatrecht gaat.

De norm redelijkheid die gehanteerd wordt in de telecommunicatiesector is naar de mening van de OPTA dan ook een publiekrechtelijke norm. Deze dient te worden ingekleed naar de doelstellingen genoemd in de Europese regelgeving en niet zoals de rechter hier aangeeft op een privaatrechtelijke manier te worden ingevuld. De beperkte civielrechtelijke uitleg die in deze uitspraak door de rechter wordt gehanteerd is dan ook niet juist, met name gelet op de taak van de markttoezichthouder.⁴⁹⁷ In latere jurisprudentie is dit privaatrechtelijke criterium niet langer op deze wijze gehanteerd.⁴⁹⁸ Wel dient naast de publiekrechtelijke normen ook rekening te worden gehouden met de specifieke positie van de bij het geschil betrokken partijen bij de invulling van de redelijkheid.⁴⁹⁹

Deze conclusie betekent dat hoofdzakelijk publiekrechtelijke normen van toepassing zijn op de besluitvormingsprocedure bij geschilbesluiten. Het gaat om publiekrechtelijke beginselen die van toepassing zijn. Deze publiekrechtelijke normen hebben voorrang boven de privaatrechtelijke beginselen. Uit het beginsel van de redelijkheid en billijkheid kan geen beperking voortvloeien ten opzichte van de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA.

5.6 Het geschilbesluit in verhouding tot de overeenkomst

De vraag is nu hoe een geschilbesluit zich tot de tussen partijen bestaande verbintenis of overeenkomst verhoudt. In het geval van een geschil op basis van het tweede lid van artikel 12.2 Tw is het de vraag, of het besluit rechtstreeks in de plaats treedt van de bestaande overeenkomst, of dat partijen een nieuwe overeenkomst aan dienen te gaan waarin zij de regels die in het besluit worden genoemd dienen op te nemen. In het geval er sprake is van een geschil op basis van het eerste lid van artikel 12.2 Tw vormt het besluit dan een overeenkomst tussen partijen, of dienen partijen aan de hand van het besluit een overeenkomst aan te gaan?

⁴⁹⁷ Zie ook: annotatie Ottow bij CBB 31 januari 2003 in *Mediaforum* 2003-4; Daalder 2004, p. 31.

⁴⁹⁸ Zie o.a. CBB 16 juni 2005, *KPN en Versatel t. OPTA*, LJN AT7789, (paragraaf 5.4).

⁴⁹⁹ Vz. Rb. Rotterdam 29 november 2002, (*O2 e.a. t. OPTA*), LJN AF1538.

Allereerst is van belang wat de wet zelf hieromtrent regelt. In het vorige hoofdstuk is uiteengezet dat in de Telecommunicatiewet 1998 verschillende terminologie werd gehanteerd in de verschillende artikelen waarin de OPTA de bevoegdheid toebedeeld kreeg tot geschilbeslechting. In deze wet werd deze bevoegdheid afzonderlijk per onderwerp geregeld. De terminologie verschilde in deze wet per artikel. In artikel 6.3 bepaalde de wetgever dat de OPTA ‘regels kan vaststellen die tussen partijen zullen gelden’ met betrekking tot interconnectie. In het tweede lid was bepaald dat indien een bestaande verbintenis in strijd was met het bepaalde bij of krachtens de wet, die regels in de plaats konden treden van de tot dan toe bestaande verbintenissen. In artikel 5.3 kon een partij ‘een beschikking vragen’. In de huidige Tw is gekozen voor de term ‘het geschil beslechten’.

Aan de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet 1998 is de volgende tekst ontleend: *‘Opta de mogelijkheid heeft bij besluit te bewerkstelligen dat tussen de bij interconnectie betrokken partijen nieuwe (civielrechtelijke verbintenissen) ontstaan. In het voorkomende geval, dat wil zeggen indien de met het bij of krachtens dit wetsvoorstel strijdige verbintenissen niet reeds op grond van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek nietig zijn, treden de uit de door de OPTA gestelde regels voortvloeiende verbintenissen in de plaats van de oude verbintenissen’.*⁵⁰⁰

Uit deze tekst blijkt dat er door de wetgever van wordt uitgegaan dat er door middel van het geschilbesluit van de OPTA een nieuwe verbintenis tussen partijen ontstaat.

Hier blijkt duidelijk dat het de intentie van de wetgever is dat het besluit van de OPTA als verbintenis tussen partijen geldt. Er is sprake van een rechtstreekse doorwerking van het besluit in de civielrechtelijke verhouding tussen partijen. Deze bedoeling van de wetgever is echter noch uit de oude Telecommunicatiewet zelf, noch uit de huidige wet af te leiden. In artikel 6.3 Tw (oud) stond wel dat de OPTA de regels tussen partijen kon vaststellen. De laatste volzin van lid 2 luidde: *In voorkomende gevallen treden bedoelde regels in de plaats van de tot dan toe bestaande verbintenissen.* Hieruit blijkt een rechtstreekse doorwerking.

In de literatuur wordt benadrukt dat in de Telecommunicatiewet duidelijk zou moeten worden opgenomen dat het geschilbesluit van de OPTA in de plaats treedt van de verbintenissen tussen partijen.⁵⁰¹ Dit zou noodzakelijk zijn om op dit punt discussie in de toekomst te voorkomen. Publiekrecht gaat hier boven privaatrecht.

⁵⁰⁰ Van Breugel & Daalder 1999, p. 293.

⁵⁰¹ Ottow 2006, p. 149.

In de literatuur wordt tevens gesteld dat uit het verschil in wettekst van de nieuwe Tw ten opzichte van die van de huidige Tw zou kunnen worden afgeleid dat het besluit niet langer in de plaats treedt van verbintenissen tussen partijen.⁵⁰² Uit het verschil zou namelijk ook kunnen worden afgeleid dat het juist niet (meer) de bedoeling is dat het besluit van de OPTA doorwerkt in een overeenkomst tussen partijen. Als argument wordt aangevoerd dat een dergelijke vergaande bevoegdheid niet meer bestaat indien deze bewust niet door de wetgever in de wettekst is opgenomen.⁵⁰³

De wetgever geeft expliciet als reden voor een wijziging in redactie van ‘regels stellen’ naar ‘het geschil beslechten’, dat op deze manier meer recht wordt gedaan aan het doel van het beslechten van geschillen, namelijk te komen tot een materiële oplossing van het voorgelegde geschil.⁵⁰⁴

Indien er geen sprake zou zijn van rechtstreekse doorwerking van het geschilbesluit in de overeenkomst zouden partijen de voorschriften uit het besluit zelf in hun overeenkomst moeten opnemen. Uit artikel 12.6 Tw blijkt dat partijen gebonden zijn aan het geschilbesluit.

Uit de parlementaire geschiedenis is echter niet af te leiden dat een wijziging in de bestaande bevoegdheden om geschillen te beslechten en handhavend op te treden de bedoeling was. Dit is mijns inziens een sterker argument, omdat nergens blijkt dat door de wetgever een verandering is beoogd. De oude wettekst was op dit punt ook niet duidelijk, echter wel is aangenomen dat rechtstreekse doorwerking door de wetgever werd beoogd. Ik sluit mij in deze aan bij *Ottow*: De wetgever zal duidelijk in de wet moeten vermelden dat een geschilbesluit rechtstreeks doorwerkt in de civielrechtelijke verhoudingen tussen partijen, waarmee wordt aangetoond dat een verandering ten opzichte van de Telecommunicatiewet 1998 niet de bedoeling is geweest. Nu ontbreekt een dergelijke bepaling.

5.7 Alsnog overeenstemming na geschilbesluit

Het bijzondere karakter van geschilbesluiten wordt nog eens bevestigd in de uitspraak ‘Mailmerge’.⁵⁰⁵ De rechtbank Rotterdam doet hier uitspraak in het geding tussen TPG en de OPTA. Bij besluit van 4 juli 2001 heeft de OPTA naar aanleiding van een verzoek van Mailmerge Nederland de voorwaarden vastgesteld die

⁵⁰² Meijer 2005, p. 319.

⁵⁰³ Verweij & Sauren 2007, p. 36.

⁵⁰⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851 nr. 3, p. 166.

⁵⁰⁵ Rb. Rotterdam 12 augustus 2003, *TPG t. OPTA* (reg. nr. *TELEC 02/168-MES*), niet gepubliceerd.(Mailmerge).

tussen TPG en Mailmerge hebben te gelden inzake de toegang tot postbussen van TPG.

Dit verzoek heeft plaatsgevonden op grond van artikel 2d van de Postwet. Dit artikel is in hoofdstuk 2 opgenomen. Hierin wordt bepaald dat de houder van een concessie verplicht is aan andere aanbieders van postvervoer toegang te verlenen tot zijn postbussen tegen redelijke, objectieve gerechtvaardigde en non-discriminatoire voorwaarden en vergoedingen. Bij gebreke van overeenstemming kan op verzoek de OPTA de voorwaarden en vergoedingen vaststellen op grond van lid 2.

Zoals gezegd heeft de OPTA aan dit verzoek voldaan bij besluit van 4 juli 2001. TPG stelt tegen dit besluit beroep in bij de rechter.

Vervolgens komen partijen, nadat de OPTA haar besluit heeft genomen, tot een definitieve overeenkomst, waarin zij de tussen hen bestaande geschillen, welke voorwerp vormden van de besluiten van verweerder, beëindigen. Daarna verzoekt TPG de OPTA om het besluit in te trekken, en deelt de rechtbank mede dat het, nu overeenstemming is bereikt, in de rede ligt haar beroep in te trekken. Zij meent dat het besluit anders formele rechtskracht verkrijgt.

De OPTA stelt zich op het standpunt dat zij geen aanleiding ziet om het bestreden besluit in te trekken. Zij stelt dat nu er een afwijkende overeenkomst is genomen, de werking aan het besluit is ontnomen. Het ligt in de rede het beroep in te trekken, tenzij er enig procesbelang zou zijn. TPG stelt zich vervolgens op het standpunt dat er wel belang is bij intrekking, vanwege het feit dat het besluit anders formele rechtskracht zou verkrijgen, en dat anderen een beroep zouden kunnen doen op het besluit.

De rechtbank overweegt als volgt:

Uit de tekst van artikel 2d blijkt, dat de geschilbeslechtende bevoegdheid van verweerder bestaat 'bij gebreke van overeenstemming' tussen partijen omtrent de voorwaarden voor toegang tot postbussen. In dat geval kan verweerder op grond van artikel 2d inhoud geven aan de rechtsverhouding tussen twee partijen. De wet noch de totstandkomingsgeschiedenis daarvan geeft grond om te veronderstellen dat een alsnog tussen partijen bereikte overeenstemming aan een eerder genomen geschilbeslechtend besluit zijn werking niet zou kunnen ontnemen. Dit in aanmerking genomen, is de rechtbank, met verweerder, van oordeel dat de aard van de bevoegdheid van artikel 2d meebrengt dat wanneer partijen alsnog overeenstemming bereiken, de rechtsrelatie tussen partijen primair door de naderhand gesloten overeenkomst wordt bepaald. Wanneer een dergelijke overeenkomst deze relatie uitputtend regelt, doet deze overeenkomst de werking van het geschillenbeslechtende besluit dan ook eindigen.

Tevens zegt de rechter nog dat andere partijen dan Mailmerge evenmin de formele rechtskracht kunnen tegenwerpen, nu dit besluit hoe dan ook slechts werking heeft tussen TPG en Mailmerge. De rechter doet hier een zeer belangrijke uitspraak. Wanneer partijen alsnog overeenstemming bereiken nadat de OPTA een geschilbesluit heeft genomen, eindigt de werking van dit besluit. De bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA bestaat namelijk *bij gebreke van overeenstemming*. Als deze vervolgens wel wordt bereikt heeft het geschilbesluit geen werking meer.

Dit is een belangrijk kenmerk van geschilbesluiten: Partijen kunnen door middel van het sluiten van een overeenkomst achteraf die uitputtend regelt welke voorwaarden van toepassing zijn, de werking aan een bestuursrechtelijk besluit ontnemen. Hier doorkuist het civiele recht het publiekrecht, waarbij voorrang wordt toegekend aan de contractsvrijheid van partijen, en daarmee aan het civiele recht. TPG stelt zich op het standpunt dat het besluit dient te worden ingetrokken of vernietigd, aangezien dit anders formele rechtskracht verkrijgt. De OPTA is volgens de rechter echter niet rechtens verplicht om het besluit in te trekken. In het bestuursrecht verliest een besluit slechts zijn kracht als het wordt ingetrokken of vernietigd. Bij geschilbesluiten ligt dit, op basis van de genoemde uitspraak, anders.

De rechter baseert deze uitspraak op de aard van de bevoegdheid. In de verschillende wetten waar deze bevoegdheid voorkomt staat de contractsvrijheid centraal. Deze vormt dan ook het uitgangspunt van de rechter en wordt als doorslaggevend gezien. Echter, er zou ook kunnen worden gesteld dat dit niet mogelijk is, en dat conform de hoofdregel het besluit zal moeten worden vernietigd of herroepen. Niet duidelijk is waarom deze uitzondering hier van toepassing is, aangezien daarentrent niets door de wetgever is opgenomen.

Er is in de vorige paragraaf geconcludeerd dat het besluit rechtstreekse werking heeft in de civiele verhouding tussen partijen. *Meijer* stelt echter dat dit mogelijk niet het geval is, gezien de redactie van artikel 12.2 Tw. Hij stelt dat onder huidig recht om die reden onzekerheid bestaat of partijen de werking aan het besluit kunnen ontnemen door overeenstemming achteraf. Hij doet het voorstel dat de OPTA in geschilbesluiten uitdrukkelijk bepaalt dat deze eindigen op het moment dat de partijen alsnog afspraken hebben gemaakt die uitdrukkelijk beogen het geschilbesluit opzij te zetten.⁵⁰⁶ Andere auteurs gaan echter uit van de regel dat partijen het besluit onder de huidige regelgeving nog steeds kunnen overrulen.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Meijer 2005, p. 319.

⁵⁰⁷ Verweij & Sauren 2007, p. 36.

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat het besluit rechtstreeks doorwerkt in de contractuele verhouding tussen partijen. Er wordt voorrang gegeven aan het publiekrecht. In het geval van overeenstemming achteraf lijkt voorrang aan het privaatrecht te worden gegeven. Dit hangt samen met de contractsvrijheid van partijen. Indien er geen sprake is van een geschil, zijn partijen vrij om zelf een contract te sluiten. Met het oog op de voorrang van het publiekrecht boven het privaatrecht is dit uitzonderlijk. Er dient hieromtrent een aparte bepaling te worden opgenomen waarin deze uitzondering is geregeld.

De overeenkomst doet de werking van het geschilbesluit eindigen. Een regeling die ter vergelijking van hetgeen zich hier voordoet kan worden genoemd is artikel 122 van de Gemeentewet. Dit artikel luidt als volgt:

De bepalingen van gemeentelijke verordeningen in wier onderwerp door een wet, een algemene maatregel van bestuur, of een provinciale verordening wordt, voorzien, zijn van rechtswege vervallen.

Hogere regelgeving gaat voor lagere regelgeving. De wet bepaalt hier heel duidelijk, dat indien een onderwerp dat in een gemeentelijke verordening is geregeld, vervolgens door een hogere wet wordt geregeld, van rechtswege vervalt. Dit betekent dat de verordening niet meer bestaat, en geen deel meer uit maakt van het rechtssysteem. Dit is heel helder geformuleerd in de Gemeentewet. Verschil is ook dat het hier gaat om regelgeving.

Dit is echter niet het geval met een overeenkomst die in de plaats treedt van een geschilbesluit. De overeenkomst doet de werking van het geschilbesluit eindigen. De hoofdregel is dat publiekrecht voor privaatrecht gaat, en dat een civielrechtelijke overeenkomst nimmer de werking aan een besluit kan ontnemen. De werking ontnemen staat niet gelijk aan van rechtswege vervallen. De werking ontnemen wil zeggen dat het besluit nog deel uitmaakt van het rechtssysteem, en in principe indien de overeenkomst vervalt weer tot leven kan worden geroepen. Het besluit staat anders gezegd 'in de ijskast'. De wetgever zou specifiek moeten regelen in de Telecommunicatiewet welke regels in dit kader van toepassing zijn. Zij zou bijvoorbeeld de OPTA kunnen verplichten tot intrekking van het besluit of het vervallen ervan kunnen regelen.

In de zaak Mailmerge heeft de OPTA verklaard, dat zij in toekomstige juridische procedures aan partijen niet zal tegenwerpen, dat het besluit niet is ingetrokken. Aanbeveling verdient dat de wetgever hier een bepaling over opneemt in de Telecommunicatiewet.

5.8 Geschilbeslechting naast de handhaving

De basis voor het opleggen van *ex ante* verplichtingen aan een onderneming is in de meeste gevallen gerelateerd aan de aanwijzing ‘aanmerkelijke marktmacht’. Indien een onderneming de op hem rustende (onderhandelings)verplichtingen niet nakomt, kan er een geschil aan de OPTA worden voorgelegd. Echter, tevens kan ervoor gekozen worden om een aanvraag tot de OPTA te richten om handhavend op te treden tegen de partij die betreffende verplichtingen niet nakomt.

In de Telecommunicatiewet is niet opgenomen hoe de algemene geschilbeslechtende bevoegdheid zich verhoudt tot de bevoegdheid waarover de OPTA beschikt om handhavend op te treden. Een verzoek tot handhaving kan gezien worden als een alternatief voor een verzoek tot geschilbeslechting. De OPTA kan tevens ambtshalve beslissen handhavend op te treden.⁵⁰⁸ Uit een kwantitatieve analyse van uitspraken kan worden afgeleid dat de OPTA haar prioriteit lijkt te leggen bij het beslechten van geschillen en niet bij de zelfstandige handhaving van wettelijke verplichtingen.⁵⁰⁹

Indien een wettelijke verplichting niet wordt nagekomen door een partij kan een verzoek worden gericht aan de OPTA om te handhaven. De handhavingsmiddelen waarover de OPTA beschikt zijn opgesomd in hoofdstuk 2. Uiteraard dienen de handhavingsbesluiten te voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dienen de middelen in verhouding te staan tot het doel.

In principe staat het vrij aan een onderneming om een verzoek tot geschilbeslechting aan de OPTA te richten, of om een verzoek tot handhaving te kiezen. Deze bevoegdheden bestaan naast elkaar. Uit de cijfers genoemd in hoofdstuk 1 blijkt dat er door de marktpartijen meer gebruik is gemaakt van de mogelijkheid tot het aanvragen van een geschilbesluit bij de OPTA, dan van de mogelijkheid een verzoek tot handhaving in te dienen.

In de Procedureregeling geschillen en handhaving overweegt het College dat voor een aanvraag tot handhaving met name aanleiding bestaat, indien het betrokken voorschrift een duidelijke, goed objectieveerbare verplichting betreft. Hieruit kan worden afgeleid dat indien er geen sprake is van heldere goed geobjectiveerde verplichtingen een verzoek tot geschilbeslechting de voorkeur heeft boven een verzoek tot handhaving. De OPTA heeft verder geen beleid uitgevaardigd omtrent de afbakening tussen geschilbeslechting en handhaving. De beleidsregels die door

⁵⁰⁸ Zie ook: Verweij en Sauren 2005, p. 35.

⁵⁰⁹ Ottow e.a. 2004, p. 52.

de OPTA zijn uitgevaardigd in het kader van haar handhavingsbeleid zijn de procedureregels die toezien op de procedure en de boetebeleidsregels die toezien op haar boetebeleid.

In de procedureregeling wordt benadrukt dat de partij die om handhaving verzoekt er rekening mee dient te houden dat het college beslist wat een passende sanctiemaatregel is. Dat betekent dat de sanctie die de OPTA oplegt een andere kan zijn dan die waarom een partij heeft verzocht. Het college gaat er in de procedureregeling echter van uit dat de meeste handhavingsverzoeken de vraag betreffen of er een last onder dwangsom zou kunnen worden opgelegd om aan de overtreiding een einde te maken. Uit onderzoek blijkt daarnaast dat de OPTA zich bijna volledig geschilafhankelijk heeft opgesteld in de praktijk. Terwijl de OPTA ook over de mogelijkheid beschikt om buiten een geschil om op te treden.⁵¹⁰

In paragraaf 4.6, waarin wordt beschreven wat wordt verstaan onder de begrippen handhaving en toezicht, is tevens de beginselplicht tot handhaving aan de orde geweest. Bestuursorganen hebben op basis van de jurisprudentie in beginsel de plicht om indien er sprake is van een overtreding handhavend op te treden ter herstel van de rechtmatige situatie. Er kan van handhaving worden afgezien indien er een concreet zicht bestaat op legalisatie of indien handhaving in een concreet geval niet in verhouding staat met de door middel van handhaving te dienen doelen.

Het college van de OPTA is een bestuursorgaan. Het toezicht op de telecommunicatiesector is bestuursrechtelijk georganiseerd. Deze specifieke tak van bestuursrecht wordt aangeduid als economisch bestuursrecht. De vraag kan worden gesteld of de beginselplicht tevens onbeperkt geldt voor deze markttoezichthouders.

Door Rogier wordt gesteld dat de beginselplicht zich zonder meer uitstrekt tot het financieel-economisch bestuursrecht.⁵¹¹ Ottow concludeert op basis van specifieke jurisprudentie uit het economisch bestuursrecht dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen ambtshalve handhaving aan de ene kant, en de handhaving op verzoek aan de andere kant. Volgens haar lijken er voor ambtshalve handhaving in het economisch bestuursrecht goede gronden te bestaan om uit te gaan van een prioriteringsbeleid, waarbij de toezichthouder duidelijke vooraf kenbare keuzes maakt ten aanzien van de handhaving.

Indien het echter gaat om uitdrukkelijke verzoeken tot handhaving, lijkt er op de OPTA een zwaarder plicht te rusten om het verzoek in overweging te nemen en een duidelijke belangenafweging te maken. Als de OPTA ervoor kiest om af te

⁵¹⁰ Dommering e.a. 2003, p. 40.

⁵¹¹ Rogier 2004, p. 68.

zien van handhaven zal duidelijk moeten worden gemotiveerd op welke gronden dit gebeurt.⁵¹² Indien aan alle voorwaarden voor het indienen van een geschil is voldaan dient de OPTA het geschil te beslechten.⁵¹³ Wel kan de OPTA een poging tot bemiddeling doen alvorens tot geschilbeslechting wordt overgegaan.⁵¹⁴ De OPTA kan niet afzien van geschilbeslechting, behalve indien de keuze wordt gemaakt tot ambtshalve handhaving over te gaan in plaats van tot geschilbeslechting. Dit is een belangrijk verschil met handhaving, waar ook van kan worden afgezien na een belangenafweging.

Het telecommunicatierecht is gebaseerd op Europese regelgeving. Ten aanzien van Europese regels geldt artikel 10 van het EG verdrag. Hierin is het beginsel van de gemeenschapstrouw opgenomen. De Lidstaten dienen al het mogelijke te doen om de naleving van de regels uit het EG verdrag te verzekeren.⁵¹⁵ *Verhey en Verheij* stellen dat het gemeenschapsrecht –net als de Afdeling- niet meer eist dan een redelijk niveau van handhaving. Absolute handhaving zou onrealistisch zijn.⁵¹⁶

5.9 Geschilbeslechting naast rechtspraak door de burgerlijke rechter; artikel 112 Grondwet

Er is gewezen op de overeenkomst tussen de rol van de OPTA als geschilbeslechter en de rol van de burgerlijke rechter. In de vorige paragrafen is duidelijk geworden dat het bij geschilbeslechting gaat om een bestuursrechtelijke bevoegdheid. Echter, er kleven civielrechtelijke aspecten aan geschilbesluiten die op basis van deze bestuursbevoegdheid door de OPTA worden genomen. Partijen dienen immers met elkaar een civielrechtelijke verbintenis aan te gaan op grond van publiekrechtelijke verplichtingen die voortvloeien uit de Telecommunicatieregelgeving.

De procedure die wordt gevolgd op grond van artikel 12.2 Tw heeft echter veel weg van een procedure zoals die voor de civiele rechter wordt gevoerd. Geschilbeslechting is in de regel ook een rechterlijke taak. Het geschilbesluit heeft echter niet de pretentie de rechtsverhouding tussen de eerste en de ander belanghebbende in civielrechtelijke zin definitief vast te stellen. Een actie uit onrechtmatige daad blijft mogelijk voor partijen. De beleidsvrijheid van het bestuursorgaan dient het algemeen belang, en niet tevens de belangen van partijen. Ten aanzien van bestuursorganen worden de hun toevertrouwde belangen als hun belangen gezien.

⁵¹² Ottow 2006, p. 293.

⁵¹³ Zo ook: Daalder 2004, p. 30.

⁵¹⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 50.

⁵¹⁵ Zie ook: Zaak C-68/88, Griekse Maïs, *Jur.* 1989, p. 2965; zaak C-265/95, Spaanse aardbeien, *Jur.* 1998, p. I-963.

⁵¹⁶ Verhey & Verheij 2005, p. 289.

De OPTA heeft als taak het bevorderen en in stand houden van de concurrentie op de verschillende deelmarkten in de Telecommunicatiesector. De OPTA heeft een publieke taak. Dit is een groot verschil met de taak van de civiele rechter. Op grond van artikel 2:4 Awb, dient een bestuursorgaan zonder vooringenomenheid besluiten te nemen. De onpartijdigheid van de OPTA is door middel van dit artikel gewaarborgd. De rechter kan een geschilbesluit aan dit beginsel toetsen.

Een interessant punt is hoe de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA zich verhoudt tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Kunnen partijen in plaats van naar de OPTA te stappen met een geschil, tevens naar de burgerlijke rechter met dit geschil? Het gaat immers over een geschil over een burgerlijk recht, en dit is in de Grondwet aan de burgerlijke rechter opgedragen. In artikel 112 wordt uitdrukkelijk bepaald in het eerste lid dat *'Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen'*.

De wet is op dit punt zeer duidelijk: met een burgerrechtelijk geschil kunnen partijen naar de burgerlijke rechter. Tussen de telecomondernemingen onderling is sprake van burgerrechtelijke geschillen. Het gaat hier namelijk om een geschil tussen twee private partijen. Het geschil gaat over het verlenen van toegang tot netwerken, en de tarieven die daarvoor worden gehanteerd. De burgerlijke rechter is bevoegd indien er sprake is van een geschil tussen twee private partijen. *Verhey en Verheij* wijzen in dit kader op is het arrest Zegwaard/Knijnenburg.⁵¹⁷ Een geschil tussen private partijen kan altijd aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.

In lid 5 van artikel 20 Kaderrichtlijn wordt tevens duidelijk gesteld dat de procedure tot geschilbeslechting door de OPTA het recht van elk der partijen om bij de rechterlijke instanties een procedure in te leiden onverlet laat. Er is letterlijk opgenomen dat *"De procedure van de leden 1, 3 en 4 het recht van elk der partijen onverlet laat om bij de rechterlijke instanties een procedure in te leiden."*

Het is de bedoeling van de wetgever geweest om een laagdrempelig alternatief te bieden aan partijen door middel van het toekennen van deze taak tot geschilbeslechting aan NRI's. Belangrijke elementen die hierbij een rol spelen zijn de snelheid van de procedure ten opzichte van een rechterlijke procedure, en de specifieke deskundigheid van de toezichthouder. Zoals reeds benadrukt, is snelheid van procedures zeer belangrijk in de telecommunicatiesector, waar grote financiële belangen een rol spelen, en ondernemingen baat hebben bij snelle definitieve uitspraken.

⁵¹⁷ HR 17 september 1982, AB 1982, 573 en NJ 1983, 278; Verhey & Verheij 2005, p. 161.

De Lidstaat zou op basis van het tweede lid van artikel 20 Kaderrichtlijn er ook voor kunnen kiezen om een andere vorm van geschilbeslechting open te stellen voor ondernemingen die een geschil hebben als bedoeld in artikel 12.2 van de Tw. Gedacht kan worden aan de mogelijkheid tot arbitrage. Tevens wordt bemiddeling door de Europese wetgever als mogelijkheid genoemd. De Nederlandse wetgever heeft hier echter geen gebruik van gemaakt. Wel kan de OPTA eerst een poging tot bemiddeling doen voordat zij over gaat tot het beslechten van een geschil.⁵¹⁸ De Griekse wetgever heeft naast de mogelijkheid voor partijen om een geschil voor te leggen aan de regulator, ook een regeling opgenomen op basis waarvan partijen zich tot een arbiter kunnen richten.⁵¹⁹

Indien een onderneming de onderhandelingsplicht die op grond van artikel 6.1 eerste lid Tw geldt, niet nakomt kan het college worden verzocht om onderhandelingsvoorschriften te geven op basis van artikel 6.1 lid 3. Ook heeft een onderneming in zo'n geval de mogelijkheid om een vordering in te stellen bij de civiele rechter. Daar kan hij voortzetting van de onderhandelingen eisen of schadevergoeding. Een dergelijke vordering kan met name worden gedaan indien de onderhandelingen dusdanig ver gevorderd waren dat hij er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand kon komen.⁵²⁰

De stelling dat naast de door de wet geregelde mogelijkheid om een geschil aan te brengen bij een bestuursorgaan tevens de mogelijkheid blijft bestaan om een procedure bij de civiele rechter te starten wordt mede ondersteund door jurisprudentie op basis van de Ziekenfondswet (oud). In paragraaf 2 is aangegeven dat in de Ziekenfondswet een vergelijkbare regeling tot geschilbeslechting was opgenomen als in de Telecommunicatiewet.

Op grond van artikel 44 Ziekenfondswet waren ziekenfondsen verplicht om met personen en instellingen die zorg kunnen verlenen schriftelijke overeenkomsten te sluiten. Een ziekenfonds was in beginsel verplicht om met iedere instelling die binnen het werkgebied van het ziekenfonds was gelegen of waarvan de bevolking van het werkgebied van het ziekenfonds regelmatig gebruik zou maken op haar verzoek een dergelijke overeenkomst te sluiten.

Bij afwijzing van een verzoek tot het sluiten van een overeenkomst kan de beslissing van het College zorgverzekeringen worden ingeroepen. In een reeds aangehaalde uitspraak heeft een zorginstelling (Medisch Centrum Boerhaave B.V.) een

⁵¹⁸ Zie ook: Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 50; Meijer 2005, p. 316.

⁵¹⁹ Zie hoofdstuk 7.

⁵²⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 106.

behandeling uitgevoerd en vervolgens de kosten van deze behandeling doorberekend aan een zorgverzekeraar (Agis Zorgverzekeringen).⁵²¹

Agis stelt zich echter op het standpunt dat er geen vergoeding plaatsvindt omdat tussen de zorginstelling en haar geen overeenkomst bestaat. Agis stelt tevens dat een dergelijke overeenkomst ook niet kan worden gesloten vanwege het feit dat Boerhaave niet beschikt over de benodigde vergunning. Volgens Boerhaave is Agis verplicht om een overeenkomst met haar te sluiten. Zij heeft daarbij aangevoerd dat verweerder een bestuursorgaan is in de zin van de Awb en is belast met de publiekrechtelijke taak ter uitvoering van de Wet Tarieven Gezondheidszorg, waar het betreft de vergoeding van het poliklinisch kostentarif. Boerhaave ziet de weigering derhalve als besluit en stelt beroep in bij de bestuursrechter tegen de weigering van de vergoeding.

Dit is interessant, omdat op basis van de Ziekenfondswet tevens de mogelijkheid op basis van artikel 77 openstaat om een beslissing te vragen van het College van zorgverzekeringen over de verplichting tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst. In plaats van deze procedure in te stellen wordt het geschil direct bij de bestuursrechter neergelegd.

Bij dit beroep is door eiseres aangetekend dat verweerder een bestuursorgaan is in de zin van de Awb en belast met de publiekrechtelijke taak waar het betreft de vergoeding van het poliklinisch kostentarif. Volgens Boerhaave heeft verweerder zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat de wet verbiedt om een overeenkomst te sluiten.

De rechtbank overweegt als volgt:

De bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten met betrekking tot medische zorg is niet bij of krachtens de wet uitsluitend aan het openbaar bestuur toegekend. Dat wordt niet anders doordat in artikel 44 van de Ziekenfondswet aan ziekenfondsen is opgedragen zulke overeenkomsten te sluiten. De uitvoering van de bevoegdheid om overeenkomsten met betrekking tot het verstrekken van medische zorg te sluiten moet dus worden aangemerkt als een civielrechtelijke rechtshandeling, omdat die bevoegdheid niet is ontleend aan een grondslag die speciaal voor het openbaar bestuur in het leven is geroepen.

De schriftelijke reactie van Agis op het verzoek van eiseres om een overeenkomst te sluiten kan volgens de rechter dan ook niet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dit heeft tot gevolg dat er geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb. De rechter concludeert dat om deze reden niet de be-

⁵²¹ Rb. Amsterdam 3 augustus 2006, *Medisch Centrum Boerhaave t. Agis Zorgverzekeringen* (reg. nr. AWB 04/5596 AWBZ), niet gepubliceerd.

stuursrechter maar de burgerlijke rechter bevoegd is om het geschil tussen partijen te beoordelen.

Tegen deze uitspraak van de rechtbank is hoger beroep ingesteld door de zorginstelling bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.⁵²² Met betrekking tot het sluiten van een overeenkomst op basis van de Ziekenfondswet overweegt de Afdeling als volgt: *Het sluiten van een overeenkomst als bedoeld in artikel 44, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 47, tweede lid, van de Ziekenfondswet, dan wel het weigeren een dergelijke overeenkomst te sluiten behelst niet de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, maar de verrichting van een privaatrechtelijke rechtshandeling.*⁵²³

Dat in de Ziekenfondswet was voorzien in een regeling tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten, maakt dit volgens de rechter niet anders. Het sluiten van een overeenkomst op basis van een verplichting neergelegd in de wet blijft een privaatrechtelijke rechtshandeling. In plaats van een beslissing te vragen aan het College besluit de zorginstelling direct naar de bestuursrechter te stappen. Deze beslist echter dat het gaat om een privaatrechtelijk geschil en de burgerlijke rechter bevoegd is om hierover te oordelen.

De mogelijkheid om naar het College te stappen is vergelijkbaar met de mogelijkheid om een geschil voor te leggen aan het college van de OPTA. Dit is in paragraaf 3.6.3 aangetoond. Er kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat indien een onderneming een geschil heeft ter beslechting waarvan zij een beslissing van de OPTA kan krijgen, tevens de keuze kan maken om naar de civiele rechter te gaan in plaats van naar de OPTA. De vraag is echter welk inhoudelijke uitspraak de civiele rechter kan doen in een dergelijk geschil.

Over de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de OPTA bestaat ook jurisprudentie.⁵²⁴ De civiele rechter heeft in een uitspraak tussen KPN en Energis bepaald dat:

De rechtbank acht zich in deze situatie (waarin het dus niet gaat om een vordering tot nakoming van een reeds uit de overeenkomst blijkenende betalingsverplichtingen) niet be-

⁵²² ABRvS 20 juni 2007, *Medisch Centrum Boerhaave t. Agis Zorgverzekeringen*, JB 2007, 148, LJN BA7617.

⁵²³ R.o. 2.7.

⁵²⁴ Deze jurisprudentie is niet officieel gepubliceerd. Aangehaald in: Ottow 2002 en Ottow 2006, p. 362 e.v.

*voegd om vast te stellen welke tarieven vanaf die datum tussen partijen hebben te gelden.*⁵²⁵

De OPTA is volgens de rechter daartoe ingesteld met speciale bevoegdheden en deskundigheid en de civiele rechter acht zich niet bevoegd tot tariefvaststelling. De rechtbank geeft aan slechts bevoegd te zijn in een zaak waar het gaat om een vordering tot nakoming van reeds uit de overeenkomst blijken betalingsverplichtingen.

In het geval van een vordering tot nakoming bij de civiele rechter, zal eerst moeten worden bepaald of er een geldig tarief is overeengekomen. Indien dit niet het geval is, zal de OPTA in een geschil alsnog de tarieven moeten vaststellen. De burgerlijke rechter acht zich slechts bevoegd om nakoming uit te spreken indien de tarieven vast staan.

Ottow stelt dat de burgerlijke rechter op basis van zijn algemene bevoegdheid de tarieven kan vaststellen die tussen partijen hebben te gelden.⁵²⁶ Zij merkt op dat het zeer de vraag is of deze uitspraak strookt met artikel 20 lid 5 van de Kaderrichtlijn.⁵²⁷

Het is inderdaad mogelijk dat de civiele rechter de tarieven tussen partijen vaststelt op basis van zijn algemene bevoegdheid. Op grond van artikel 112 Grondwet is de civiele rechter de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen opgedragen. Deze bevoegdheid bestaat in principe naast de bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA. Dit blijkt ook uit artikel 20 lid 5, waarin is bepaald dat de procedure van geschilbeslechting bij de NRI de bestaande rechterlijke procedures onverlet laat.

De vraag is echter of er van de procedure voor de OPTA geen voorrang verdient, en de burgerlijke rechter partijen naar de OPTA dient te verwijzen voor tariefvaststelling.⁵²⁸ De burgerlijke rechter is wel bevoegd, de vraag is echter of hij een vordering zal toewijzen, en partijen niet zal doorverwijzen naar de OPTA. Dit blijkt ook uit de uitspraak van de civiele rechter van 29 november 2001.⁵²⁹

⁵²⁵ Rechtbank Rotterdam 21 december 2000, *Energis N.V. vs. KPN Telecom B.V.* (rolnummer: 138043/HA ZA 00-1088), *niet officieel gepubliceerd*.

⁵²⁶ Ottow 2002, p. 318; Ottow 2006, p. 367.

⁵²⁷ Ottow 2006, p. 367.

⁵²⁸ Zie over de voorrangsregeling Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 665 e.v.

⁵²⁹ Rechtbank Rotterdam 29 november 2001, (*Baby XL t. KPN Telecom B.V.*), zaak/rolnummer: 156783/HA ZA 01-1308, *niet officieel gepubliceerd*. Aangehaald in Ottow 2002, p. 318 en Ottow 2006, p. 365-366.

De civiele rechter overweegt in deze zaak dat:

Deze specifieke bevoegdheid van OPTA en de aansluitende met waarborgen omringde rechtsgang hebben tot gevolg dat de burgerlijke rechter zich –uitzonderlijke gevallen daargelaten- heeft te onthouden van zelfstandige beoordeling van de vraag of de genoemde in verband met interconnectie en bijzondere toegang bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet. Dat raakt evenwel niet de bevoegdheid van de rechtbank in de zin van artikel 53 RO, doch betreft de vraag of de vordering kan worden toegewezen.

Gezien het dubbele karakter van geschilbesluiten, het gaat zowel om civiel recht als om bestuursrecht, dient deze vraag omtrent bevoegdheidsverdeling zich aan. Normaliter is een geschil te kwalificeren als burgerrechtelijk of bestuursrechtelijk. Deze geschillen worden gekenmerkt door zowel civielrechtelijke kenmerken als publiekrechtelijke. Dit is het gevolg van de introductie van deze onbekende rechtsfiguur in ons rechtssysteem op grond van Europese regelgeving.

In het volgende hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan de rechtsbeschermings-procedure die openstaat tegen geschilbesluiten in de Telecommunicatiewet. Tevens komen meerdere procesrechtelijke aspecten van deze bevoegdheid aan de orde. Aan het eind van het volgende hoofdstuk zal worden gezien of, gezien de bijzondere kenmerken die aan de geschilbeslechtende bevoegdheid kleven, nadere regels noodzakelijk zijn.

5.10 Samenvatting en conclusies

Geschilbesluiten van de OPTA wijken af van normale besluiten door bestuursorganen genomen. De reden is gelegen in het feit dat er sprake is van een privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen die centraal staat. Er is tevens sprake van twee belanghebbenden bij een geschilbesluit. In paragraaf 5.1 is dit bijzondere aspect van geschilbesluiten schematisch weergegeven. Er kleeft derhalve een civielrechtelijk aspect aan geschilbesluiten.

Indien partijen niet tot een vergelijk komen over de onderling te rekenen tarieven of over andere voorwaarden kan de OPTA een geschilbesluit nemen. Ook indien partijen onderling reeds een overeenkomst hebben gesloten, en een geschil hebben over de inhoud van deze overeenkomst, kunnen partijen zich tot de OPTA wenden. Het geschilbesluit dat de OPTA neemt heeft betrekking op één of enkele onderdelen van de overeenkomst die partijen dienen te sluiten of reeds hebben gesloten. Het gaat om het onderdeel met betrekking waarover een geschil bestaat.

In de rechtspraak is geconcludeerd dat aan de OPTA een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid toekomt met betrekking tot haar bevoegdheid tot geschilbeslechting. De OPTA dient zelf een aantal vage en open normen in de wet nader in te kleden. Een voorbeeld hiervan is de term 'redelijkheid'. De OPTA dient in het kader van een aanhangig geschil vast te stellen of het gaat om een redelijk verzoek tot toegang of om een redelijk tarief.

Ook de term interconnectie is een voorbeeld van een term die op verschillende manieren kan worden uitgelegd. Het hanteren van vage normen in de wet is een indicatie voor beoordelingsvrijheid. Er kan daarnaast worden gesteld dat er sprake is van beleidsvrijheid aangezien de inhoud van het besluit niet door de wetgever is vastgesteld.

Over de vraag hoe deze vrijheid die aan de OPTA is toegekend zich verhoudt tot het legaliteitsbeginsel, zijn de meningen verdeeld. Er wordt enerzijds gesteld dat de OPTA zoveel mogelijk vrijheid nodig heeft bij de uitoefening van haar taken, om de doelstellingen van de Europese wetgever in het kader van concurrentie na te streven.

Anderzijds wordt gesteld dat veel beoordelings- en beleidsvrijheid niet past bij de status van zelfstandige bestuursorganen. Zbo's worden gekenmerkt door een hoge mate van zelfstandigheid ten opzichte van de politiek. Dit betekent dat minder controle op de uitoefening van zijn taken mogelijk is. Ook kan de vraag worden gesteld of goed toezicht niet ook kan worden gehouden zonder dat er ruime bevoegdheden aan de OPTA worden toegekend. *De Ru* wijst in dit kader op de resultaten die reeds zijn behaald met betrekking tot de marktontwikkelingen in de telecommunicatiesector. Dit kan worden vastgesteld op basis van nader marktonderzoek.

Het legaliteitsbeginsel houdt in: geen bevoegdheid zonder wettelijke grondslag. Het is belangrijk een onderscheid te maken tussen taken en bevoegdheden. In de praktijk wordt dit niet altijd erkend. Als er een taak aan een bestuursorgaan is toegekend, wil dit nog niet zeggen dat er een bevoegdheid bestaat.

In het kader van de haar toekomende vrijheid met betrekking tot de geschilbeslechtende bevoegdheid zijn door de OPTA beleidsregels opgesteld. Dit dient de rechtszekerheid. Partijen weten op voorhand waar ze aan toe zijn in het geval van een geschil. Er zijn procedureregels opgesteld om de procedure zo snel en efficiënt mogelijk te laten verlopen voor partijen. In het kader van de grote financiële belangen en het belang aan snelheid in deze sector is dit zeer gunstig.

Tevens heeft de OPTA inzake een aantal onderwerpen beleid geformuleerd waarin wordt aangegeven op welke manier zij een geschil tussen partijen inhoudelijk zal beoordelen. In een geschilbesluit worden algemene normen geconcretiseerd in een specifieke situatie. Voorbeelden zijn de beleidsregels inzake reciprociteit waarin een berekening is opgenomen om redelijke tarieven vast te stellen.

De redelijkheid is een begrip dat dient te worden ingekleed aan de hand van publiekrechtelijke normen. Dit blijkt ook uit artikel 20 lid 3 van de Kaderrichtlijn. In dit artikel is bepaald dat de NRI zich bij het beslechten van het geschil dient te laten leiden door de doelstellingen die zijn opgenomen in artikel 8 van de Kaderrichtlijn. Artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet vormt een implementatie van artikel 8 van de Kaderrichtlijn.

In een aantal uitspraken is door de rechter bepaald dat de OPTA rekening dient te houden met de redelijkheid en de billijkheid bij het beslechten van een geschil. In latere uitspraken lijkt van dit standpunt te zijn afgestapt. Op basis van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel gaat er invloed uit van een geschilbesluit ten opzichte van partijen die niet bij het geschil zijn betrokken.

Bijzondere kenmerken zijn tevens gelegen in het feit dat het geschilbesluit rechtstreeks doorwerkt in de civiele verhouding tussen partijen. Omtrent deze rechtstreekse doorwerking van het besluit is geen bepaling opgenomen in de Telecommunicatiewet. Dat er sprake is van rechtstreekse werking is echter af te leiden uit de parlementaire geschiedenis bij de Telecommunicatiewet 1998. Er zou uit de nieuwe redactie van artikel 12.2, waarin in tegenstelling tot in de Tw 1998 niet wordt gesproken van regels stellen maar van geschil beslechten, kunnen worden afgeleid dat rechtstreekse werking niet meer de bedoeling is. Een sterker argument is mijns inziens dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat een wijziging is beoogd. Er zal in het kader van de rechtszekerheid door de wetgever hieromtrent een duidelijkheid moeten worden verschaft door het opnemen van een bepaling in de wet.

Een ander bijzonder kenmerk dat in de jurisprudentie naar voren is gekomen is het in het feit dat indien partijen na een geschilbesluit alsnog tot een vergelijk komen, het besluit geen werking meer heeft. De rechter overweegt dat de bevoegdheid tot geschilbeslechting bestaat bij gebreke van overeenstemming. Indien deze overeenstemming vervolgens wel wordt bereikt heeft komt aan het geschilbesluit geen werking meer toe. In de literatuur is gesteld dat onder de nieuwe redactie van artikel 12.2 Telecommunicatiewet partijen een geschilbesluit achteraf niet langer zouden kunnen overrulen, omdat er geen sprake meer zou zijn van rechtstreekse doorwerking van het besluit in de overeenkomst tussen partijen.

De algemene regel in het bestuursrecht is dat een besluit zijn werking slechts verliest bij intrekking of vernietiging. De mogelijkheid dat partijen door middel van het sluiten van een overeenkomst de werking aan een geschilbesluit kunnen ontnemen is uitzonderlijk, aangezien in het bestuursrecht normaliter besluiten slechts geen werking meer toekomt indien zij worden vernietigd of ingetrokken. Het is wenselijk dat de wetgever dit punt nader regelt.

Naast de mogelijkheid om een geschil aan de OPTA voor te leggen kan een partij de OPTA verzoeken om handhavend op te treden. Een belangrijk verschil tussen handhaving en geschilbeslechting is dat de OPTA op basis van een belangenafweging van handhaving kan afzien. Deze mogelijkheid bestaat niet bij geschilbeslechting. De OPTA heeft zich in de praktijk geschilafhankelijk opgesteld.

Een geschilbesluit is een besluit waaraan civielrechtelijke aspecten kleven. Op basis van artikel 112 Grondwet kunnen civiele geschillen te allen tijde aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Ook in artikel 20 lid 5 van de Kaderrichtlijn is expliciet vermeld dat de geschilbeslechtende bevoegdheid het recht van elk der partijen onverlet laat om bij de rechterlijke instanties een procedure in te leiden. Naast de mogelijkheid tot geschilbeslechting bestaat voor partijen dan ook de mogelijkheid om hun geschil bij de civiele rechter voor te leggen.

Hoofdstuk 6

De rol van de rechter

6.1 Inleiding

De eindconclusie uit hoofdstuk 4 luidt dat de geschilbeslechtende bevoegdheid vanwege haar specifieke kenmerken een bijzonder karakter heeft, en een bevoegdheid *sui generis* vormt. Deze bijzondere kenmerken zijn in het vorige hoofdstuk omschreven.

Aangezien deze bevoegdheid uniek is en de contouren van de bevoegdheid niet specifiek zijn geregeld in de Tw, zijn er hieromtrent zowel in de literatuur als in de praktijk verschillende vragen gerezen. Zowel bij marktpartijen, OPTA, en de rechter rijzen vragen over de grenzen van deze bevoegdheid, vanwege het specifieke karakter. De OPTA heeft regelmatig de grenzen van haar bevoegdheid opgezocht.⁵³⁰ In de literatuur wordt gesteld dat de Awb onvoldoende waarborgen biedt in het kader van deze bevoegdheid.⁵³¹ Er zou namelijk onvoldoende rekening gehouden zijn met de civielrechtelijke kenmerken van deze bevoegdheid.

In deze paragraaf komt allereerst de rechtsbeschermingsprocedure die in de Telecommunicatiewet is opgenomen aan de orde. In de volgende paragrafen van dit hoofdstuk zal worden onderzocht in welke opzichten geschilbesluiten, die zoals aangetoond dankzij de civielrechtelijke aspecten die hieraan zijn verbonden een bijzonder fenomeen vormen binnen ons rechtssysteem, door de rechterlijke macht worden getoetst. Daarnaast worden een aantal procesrechtelijke punten onderzocht, zoals wie als belanghebbenden bij een geschilbesluit worden aangemerkt. Vervolgens wordt onderzocht of de wettelijke regeling omtrent geschilbeslechting in de huidige vorm volstaat of dat er nadere regels omtrent deze bevoegdheid wenselijk zijn. In grote lijnen zal worden aangegeven welke aanpassingen aan te bevelen zijn.

6.2 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen geschilbesluiten

Beslissingen van de OPTA op grond van haar geschilbeslechtende bevoegdheid zijn besluiten in de zin van de Awb. Dit betekent dat daartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat. De hoofdregel in de Awb is alvorens beroep kan worden ingesteld, bezwaar dient te worden ingediend bij het bestuursorgaan dat het pri-

⁵³⁰ Dommering e.a. 2004, p. 40.

⁵³¹ Ottow 2003, p. 137-138, p. 233; Daalder p. 32.

maire besluit heeft genomen. In de bijzondere wetten kan worden afgeweken van deze regel.

Hoofdstuk 17 heeft als titel ‘beroep’ en bestaat uit één artikel. Op grond van het eerste lid van artikel 17.1, staat tegen besluiten die door het college zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, 6A, 6B, 12 of 15, voor belanghebbenden beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In lid 2 is bepaald dat tegen besluiten niet zijnde besluiten in het eerste lid beroep bij de rechtbank Rotterdam kan worden ingesteld. Dit in afwijking van artikel 8:7 Awb, waarin de relatieve competentie is geregeld.

Er is gekozen voor concentratie bij één rechtbank. Eerder in dit onderzoek is aangegeven dat het telecommunicatierecht onderdeel uitmaakt van het economisch bestuursrecht. Het is een moeilijk rechtsgebied vanwege de technische aspecten en economische aspecten die voorkomen in de wetgeving. Bij het gerecht met de exclusieve bevoegdheid bestaat doorgaans een grotere specialisatie in het rechtsgebied waar het om gaat.

Als voordeel voor concentratie bij één gerecht wordt door *Mak* genoemd een grotere effectiviteit en efficiëntie van de gerechtelijke procedure.⁵³² Tevens zou er sprake zijn van een verhoging van de juridisch-inhoudelijke correctheid van uitspraken, een snellere afdoening van zaken en kostenbesparing op verschillende vlakken.⁵³³

Het derde en tevens laatste lid, stelt dat tegen besluiten op grond van hoofdstuk 6, 6A en 6B en hoofdstuk 12 artikel 7:1 van de Awb buiten toepassing blijft. De geschilbeslechtende bevoegdheid is opgenomen in de hoofdstukken 6 en 12 Tw. Dit betekent dat tegen geschilbesluiten geen bezwaar kan worden ingesteld, en dat rechtstreeks beroep bij het CBB openstaat. Op basis van artikel 3:45 Awb dient er bij elk geschilbesluit dat door het college wordt genomen een rechtsmiddelenverwijzing te zijn opgenomen, waarin vermeld moet worden door wie, binnen welke termijn en bij welk orgaan beroep kan worden ingesteld.

In dit artikel wordt afgeweken van de reguliere rechtsbeschermingsprocedure uit de Awb. De hoofdregel is dat alvorens beroep bij de rechtbank wordt ingesteld allereerst bezwaar wordt gemaakt bij het bestuursorgaan dat de primaire beslissing heeft genomen. Er dient een volledige heroverweging van het primaire besluit plaats te vinden.⁵³⁴ Doordat het bestuursorgaan nog eens de gelegenheid krijgt

⁵³² Mak 2007, p. 253.

⁵³³ Mak 2007, p. 253.

⁵³⁴ Artikel 7:11 Awb.

naar zijn eigen besluitvorming te kijken, kunnen gebreken worden gesignaleerd - bijvoorbeeld de motivering bij het besluit kan worden verbeterd- en mogelijke rechtsgedingen worden voorkomen.⁵³⁵

De reden voor het afwijken van de hoofdregel hangt samen met de lange doorlooptijden in de Telecommunicatiesector, welke de concurrentie in de sector niet ten goede kwamen.⁵³⁶ In een onderzoek van het IVIR worden de lange doorlooptijden schematisch weergegeven.⁵³⁷ In een zich dusdanig snel ontwikkelende sector waar technologische innovaties snel opeenvolgend plaatsvinden hebben nieuwkomers een groot belang bij snelle beslissingen. Indien definitieve besluiten te lang op zich laten wachten kan dit de concurrentie verstoren. Nu de bezwaarfase is geschrapt ontstaat eerder rechtszekerheid voor partijen. Eerder stelde de regering zich op het standpunt dat in het belang van een goede rechtsbescherming de bezwaarfase niet geschrapt diende te worden uit de Telecommunicatiewet.⁵³⁸ In het jaarverslag van 2005 stelt de OPTA, aan de hand van de in dit verslag genoemde cijfers, dat partijen belangrijke tijdswinst boeken door het overslaan van de bezwaarfase en beroep bij de rechtbank.⁵³⁹

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat de OPTA een in wezen particulier geschil beslecht. De vraag is of een heroverweging daar bij past, aangezien die heroverweging zich in feite richt op een beslissing waarbij de rechtsverhouding tussen één partij en het bestuursorgaan centraal staat. Op grond van artikel 6 EVRM geldt in ieder geval de eis dat beroep bij een onafhankelijke rechter moet kunnen worden ingesteld⁵⁴⁰, waaraan in de regeling in de Tw wordt voldaan. Er is door de wetgever gekozen de bezwaarschriftprocedure achterwege te laten in de Tw 2004.

Een interessante uitspraak in het kader van de lange doorlooptijden in de sector die specifiek gaat over de bezwaarfase is die van het CBB van 6 april 2006 over de redelijke termijn onder artikel 6 EVRM.⁵⁴¹ Naar het oordeel van het CBB heeft de OPTA niet binnen een redelijke termijn beslist op de bezwaren van Enertel en Versatel. De OPTA heeft gewezen op de ingewikkeldheid van de zaak en op de grote aantallen bezwaren. Het college overweegt dat deze factoren niet rechtvaardigen

⁵³⁵ Schreuder Vlasblom 2001, p. 71.

⁵³⁶ Zie ook: Dommering e.a. 2003, p. 35 e.v.; Ottow 2004, p. 2; paragraaf 1.5.

⁵³⁷ Zie ook: Dommering e.a. 2003, p. 84 e.v.; paragraaf 1.5.

⁵³⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 26.

⁵³⁹ OPTA jaarverslag 2005, p. 25, (www.opta.nl).

⁵⁴⁰ Zie paragraaf 4.3.

⁵⁴¹ CBB 6 april 2006, *OPTA e.a. t. UPC, Computerrecht* 1/2007 m.nt. Roel de Lange en Alexandra Danopoulos.

digen dat de OPTA, die door de wetgever juist vanwege haar specifieke deskundigheid is belast met de goedkeuring van systemen van kostentoerekening, zolang heeft gedaan over de besluitvorming in bezwaar. Blijkens de jurisprudentie van het EHRM is een periode van totale inactiviteit een belangrijke factor bij het beantwoorden van de vraag of de redelijke termijn is overschreden. Het CBB overweegt als volgt:

‘Dat Enertel, MCI ,Priority en Versatel geen zichtbare pogingen hebben gedaan om de besluitvorming te versnellen, bijvoorbeeld door beroep in te stellen tegen het niet tijdig nemen van een beslissing, op bezwaar of een verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar in te dienen doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van de OPTA om binnen een redelijke termijn op hun bezwaren te beslissen.’⁵⁴²

Het is voldoende dat de betrokken belangen op geld waardeerbaar zijn om aan te nemen dat zij binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen. In het geval van twee telecommunicatieondernemingen die een geschil hebben met elkaar over verplichtingen over de Tw, is dit het geval. Uit deze uitspraak blijkt dat de OPTA niet mag stilzitten en gebonden is aan de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM.

FORMELE EISEN:

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat aan de OPTA bij de toekenning van de geschilbeslechtende bevoegdheid een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid is toegekend. De rechter heeft dit in verschillende uitspraken bevestigd. Dit heeft zowel gevolgen voor de OPTA, als voor de rechter. Van de OPTA wordt verwacht dat zij in het belang van de rechtszekerheid beleidsregels opstelt, waarin de beoordelingsnormen die zullen worden gehanteerd worden opgenomen.

Voor de rechter ligt het gevolg in het feit dat hij vanwege de aan het bestuursorgaan toegekende vrijheid het omstreden besluit slechts terughoudend zal mogen toetsen. Dit wordt aangeduid met marginale toetsing. Dit betekent dat de rechter de beoordeling slechts als rechtens onjuist mag kwalificeren als het bestuursorgaan daartoe *niet in redelijkheid* heeft kunnen komen.⁵⁴³ Het gaat om een terughoudende of marginale beoordeling van een onevenwichtigheid waarvan een belangenafweging niet mag getuigen. Er mogen door de rechter geen te strenge eisen aan de motivering worden gesteld, aangezien op deze manier de beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid die aan een bestuursorgaan door de wetgever zijn toegekend worden aangetast.⁵⁴⁴

⁵⁴² R.o. 10.6.4.

⁵⁴³ Damen e.a. 2005, p. 350.

⁵⁴⁴ Damen e.a 2005, p. 428.

In een procedure bij de bestuursrechter staat de rechtmatigheid van het besluit centraal. Er wordt door de bestuursrechter getoetst of een geschilbesluit voldoet aan de formele en materiële eisen die door de Awb en de Tw aan het besluit worden gesteld. Daarbij is van belang dat de bepalingen in de Tw mede in samenhang met het Europese recht dienen te worden gelezen.

Voordat de rechter het geschilbesluit inhoudelijk zal toetsen, en zal onderzoeken of de OPTA het geschil op de juiste wijze heeft beslecht, onderzoekt hij eerst of aan een aantal formele vereisten is voldaan.

De rechter onderzoekt of hij bevoegd is. Hij kijkt of aan alle gestelde voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan. In de Telecommunicatiewet is in artikel 17.1 bepaald dat voor de gevallen die in lid 1 genoemd zijn het CBB bevoegd is. Lid 2 bepaald dat, in afwijking van de Awb, dat tegen besluiten, niet zijnde besluiten genoemd in lid 1, de rechtbank Rotterdam bevoegd is.

Vervolgens zal de rechter toetsen of de appellant ontvankelijk is in zijn beroep. Er worden aan een beroepschrift een aantal ontvankelijkheidseisen gesteld. Een beroepschrift moet:

- door of namens een belanghebbende zijn ingediend
- gericht zijn tegen het geschilbesluit
- aan een aantal vormvereisten voldoen
- tijdig zijn ingediend
- bij de bevoegde rechter worden ingediend
- er dient griffierecht te zijn betaald⁵⁴⁵

Daarnaast toetst de rechter of er sprake is van een procesbelang. Indien een persoon als belanghebbende wordt aangemerkt wil dat nog niet zeggen dat hij of zij in een procedure ontvangen zal worden.⁵⁴⁶ Er dient een belang bij het proces aanwezig te zijn. Tevens onderzoekt de rechter of er sprake is van een geschil, aangezien de bevoegdheid tot geschilbeslechting slechts bestaat indien er sprake is van een geschil. Dit blijkt duidelijk uit de redactie van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet.

Indien er een verzoek plaatsvindt voor een voorlopige voorziening onderzoekt de rechter of er sprake is van een spoedeisend belang en of er voldaan is aan het conexiteitsvereiste. Er dient op grond van art 8:81 Awb sprake te zijn van onverwijl-

⁵⁴⁵ Goorden 2003, p. 181.

⁵⁴⁶ Pennarts 1998, p. 22.

de spoed, en er dient tegen het geschilbesluit reeds bezwaar of beroep bij de rechter te zijn ingesteld.

Pas indien aan de formele eisen voldaan is zal de rechter toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het voorgelegde geschil. De hier genoemde formele eisen zullen in het vervolg van dit hoofdstuk per paragraaf afzonderlijk worden behandeld. Allereerst komt het belanghebbende-begrip aan de orde, vervolgens het procesbelang en tenslotte het vereiste dat er sprake dient te zijn van een geschil. Centraal staat hoe deze formele vereisten worden toegepast op de specifieke categorie van besluiten.

De procedureregeling geschillen is in hoofdstuk 2 besproken. Hierin zijn de formele regels opgenomen met betrekking tot de procedure voorafgaande aan het primaire geschilbesluit. Het gaat om regels met betrekking tot de procedure voor de OPTA.

Tevens is in hoofdstuk 2 artikel 6b.6 Tw behandeld. Dit is naast artikel 17.1 Tw een belangrijk artikel met betrekking tot beroep op basis van de Tw. In dit artikel is namelijk bepaald dat voor de mogelijkheid van beroep een aantal beslissingen als één besluit worden aangemerkt. Een marktanalysebesluit bestaat uit 4 verschillende elementen. Alvorens op de procedurele aspecten van geschilbesluiten nader wordt ingegaan worden eerst enkele opmerkingen gemaakt over de procedurele aspecten van marktanalysebesluiten. Hier wordt kort aandacht aan besteed aangezien geschilbesluiten veelal in het verlengde liggen van deze besluiten.

Er zou kunnen worden gesproken van een gelede normstelling. Allereerst vloeien direct uit de Tw verplichtingen voort voor marktpartijen. Vervolgens worden door de OPTA nadere regels gesteld door middel van marktanalysebesluiten, die op grond van de Tw worden genomen. Daarna worden deze verplichtingen uit de marktanalysebesluiten nader geconcretiseerd voor partijen, door middel van geschilbesluiten.

6.3 De rechterlijke toetsing van marktanalysebesluiten

Alvorens verder wordt ingegaan op de rol van de rechter ten aanzien van geschilbesluiten, wordt in deze paragraaf ingegaan op de rol van de rechter inzake marktanalysebesluiten. Eind 2007 is door de rechter beslist op de eerste ronde van marktanalysebesluiten die door de OPTA zijn genomen op basis van de Telecommunicatiewet 2004. In artikel 12.2 van deze wet is bepaald dat geschillen aan de OPTA kunnen worden voorgelegd. Deze kunnen betrekking hebben op verplichtingen die rechtstreeks uit de Tw voortvloeien of die op ondernemingen die een Amm aanwijzing hebben verkregen rusten.

Deze verplichtingen zijn opgenomen in hoofdstuk 6a van de Tw en kunnen door de OPTA, indien zij passend worden geacht, worden opgelegd. Aan ondernemingen kan bijvoorbeeld de verplichting worden opgelegd om een kosten georiënteerd tarief te hanteren, of om een gescheiden boekhouding te voeren. Deze systematiek wijkt af van die van de oude Tw.⁵⁴⁷

In paragraaf 2.7 is reeds aan de orde geweest dat alvorens een Amm- besluit kan worden genomen eerst een nationale consultatieprocedure en een Europese consultatieprocedure dienen te worden gehouden. In de nationale procedure kunnen partijen hun zienswijzen omtrent de ontwerpbesluiten naar voren brengen. Het CBB heeft zich gebogen over de vraag of er, na vernietiging door de rechter, door de OPTA een nieuw ontwerpbesluit had moeten worden genomen voordat zij een nieuw definitief besluit nam.⁵⁴⁸

Indien een besluit wordt vernietigd moet er in de regel een nieuw besluit worden genomen op basis van dezelfde procedure die is gevolgd bij het nemen van het vernietigde besluit. Door de rechter is echter bepaald, dat aangezien er tot partiële vernietiging was overgegaan er geen nieuw nationale en Europese consultatierondes hoefden te worden gehouden.

Er dient bij het opleggen van verplichtingen sprake te zijn van *passende* verplichtingen. De rechter heeft hier erkend dat de OPTA beschikt over een grote beleidsvrijheid. Een procedureel aspect dat aan de orde kwam, is de vraag wie als belanghebbenden bij een marktanalysebesluit kunnen worden aangemerkt. De hoofdregel is dat de concurrenten van degenen tot wie het besluit is gericht aangemerkt worden als belanghebbenden. Een vraag die zich voordeed is of KPN als belanghebbende kon worden beschouwd bij een besluit van de OPTA dat betrekking had op de kabeltelevisiemarkt waarop KPN zelf niet actief is. De rechter oordeelt dat gezien het feit dat de belangen van KPN echter evident betrokken zijn bij het onderdeel marktafbakening van de bestreden besluiten, KPN in dit geval wel als belanghebbende wordt aangemerkt.⁵⁴⁹

Verder komen een aantal andere procedurele kwesties zoals het procesbelang en de motiveringsplicht aan de orde. Op grond van artikel 1.3 lid 4 Tw rust op de OPTA een verzwaarde motiveringsplicht. Over de rechterlijke toetsing kan worden opgemerkt dat in een aantal uitspraken door de rechter is opgemerkt dat een terughoudende toetsing op zijn plaats is. De OPTA is bij uitstek aangewezen om

⁵⁴⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 88.

⁵⁴⁸ CBB 25 september 2007, *Broadcast t. OPTA*, LJN BB4187.

⁵⁴⁹ CBB 24 juli 2007, *Casema e.a. t. OPTA*, LJN BB0186.

een oordeel te geven over de meest waarschijnlijke toekomstige marktontwikkelingen.

Als de OPTA het nodige onderzoek verricht, en met behulp van duidelijke en inzichtelijke redeneringen haar conclusie bereikt, ligt het niet op de weg van de rechter om zijn eigen oordeel te geven over de marktontwikkelingen en dit in de plaats van dat van de OPTA te stellen. *Pietermaat* en *Ottow* concluderen dat indien besluiten van OPTA sneuvelen dit meestal betrekking heeft op een ontoereikende motivering.⁵⁵⁰ In de praktijk neigt de toetsing door het CBB meer naar terughoudend dan naar indringend, zeker wat betreft de toetsing van de door de OPTA opgelegde verplichtingen.⁵⁵¹

6.4 Een reëel geschil

De rechter onderzoekt indien beroep tegen een geschilbeslechtend besluit is ingediend, of er inderdaad sprake is van een geschil tussen partijen. Indien er geen geschil is tussen partijen, heeft de OPTA namelijk geen bevoegdheid om een geschilbesluit te nemen. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 12.2 Tw. De bevoegdheid bestaat slechts indien er sprake is van een geschil, en een van de partijen de OPTA om een besluit verzoekt. Een geschil wordt door de OPTA zelf gedefinieerd als zijnde: *‘conflicten tussen aanbieders over toegang tot en interconnectie van netwerken.’*⁵⁵²

Voor de rechter is meerdere keren door marktpartijen gesteld dat er geen sprake was van een geschil, waardoor de OPTA onbevoegd een geschilbesluit zou hebben genomen. In een uitspraak van het CBB van 25 april 2007 komt dit punt aan de orde.⁵⁵³ De OPTA heeft in een geschilbesluit de regels vastgesteld op basis van artikel 3.11 Tw (oud) tussen KPN en Dutchtone. De rechtbank heeft de beslissing van de OPTA vernietigd omdat artikel 3.11 Tw nog geen grondslag bood om ten aanzien van vergoedingen en regel te stellen, aangezien er tussen Dutchtone en KPN nog geen sprake was van een geschil ter zake van de vergoedingen. Het College overweegt hieromtrent het volgende:

‘In de bestreden besluiten (onder nr. 130) overweegt de OPTA dat nog geen sprake is van de situatie dat partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken. Naar het oordeel van het College heeft de OPTA uit hetgeen Dutchtone dienaangaande tot aan de bestreden besluiten had aangevoerd, terecht deze conclusie getrokken. Het voorgaande leidt

⁵⁵⁰ Pietermaat & Ottow 2007, p. 347.

⁵⁵¹ Glazener & Kroes 2007, p. 343.

⁵⁵² (www.opta.nl).

⁵⁵³ CBB 25 april 2001, *KPN t. OPTA en Dutchtone*, LJN AB1647.

*ertoe dat de OPTA ten tijde van de in beroep bestreden besluiten in artikel 3.11, vierde lid, van de Wet (nog) geen grondslag kon vinden om regels als bedoeld in deze bepaling te stellen. Dat wellicht bij sommigen behoefte bestond aan een –wat de OPTA noemt– vingerwijzing voor de wijze waarop geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld, kan hieraan niet afdoen. Op grond van het vorenoverwogene dient het oordeel van de rechtbank omtrent regel 6 in hoger beroep te worden bevestigd.*⁵⁵⁴

In een uitspraak van 13 september 2000, over het medegebruik van antenne-opstelpunten, heeft de rechter geoordeeld dat de OPTA niet bevoegd was, om regels ten aanzien van een vergoeding voor het medegebruik van antenne-opstelpunten vast te stellen, aangezien terzake van de vergoedingen nog geen sprake was van een geschil.⁵⁵⁵

In de Elektriciteitssector heeft zich met betrekking tot dit punt tevens een belangrijke uitspraak voorgedaan.⁵⁵⁶ De vraag was hier echter niet of er sprake was van een geschil, maar of er sprake was van een geschil dat viel onder de werking van artikel 51 van de Elektriciteitswet.⁵⁵⁷

Op grond van artikel 51 lid eerste lid van de Elektriciteitswet, kan een partij, die een geschil heeft met een netbeheerder over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van de Elektriciteitswet 1998 uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van deze wet voldoet, een klacht indienen bij de NMa.

De NMa is door Essent verzocht om een geschil te beslechten tussen haar en NRE, over de vraag wie als netbeheerder exclusief gerechtigd is een aantal elektriciteitsnetten op een bepaald terrein te vervangen. Er is tevens aan de mededingingsautoriteit door Essent verzocht om een uitspraak te doen over de vraag of het terrein onder het exclusieve gebied van Essent viel, of onder dat van NRE.

De NMa heeft een besluit genomen op basis van artikel 51, waarin is bepaald dat Essent gerechtigd is tot het aanleggen en vervolgens beheren van de elektriciteitsnetten in het bepaalde gebied. NRE heeft vervolgens aangevoerd dat de NMa Essent niet ontvankelijk had moeten verklaren in haar verzoek om geschilbeslechting, omdat deze procedure niet is bedoeld voor geschillen tussen netbeheerders over de vraag wie in een bepaald gebied als netbeheerder moet worden aange-

⁵⁵⁴ R.o. 6.7.

⁵⁵⁵ Rb. Rotterdam 13 september 2000, *Koninklijke PTT Nederland t. OPTA*, LJN AA7093.

⁵⁵⁶ CBB 16 januari 2008, *NRE t. NMa*, LJN BC4130.

⁵⁵⁷ Dit artikel is opgenomen in paragraaf 3.6.2.

merkt. Op basis van artikel 7:1a wordt de bezwaarfase door NRE overgeslagen, en wordt rechtstreeks beroep ingesteld bij het CBB.

Het College overweegt dat NRE op de in het geding zijnde terreinen geen netbeheerderstaken heeft uitgeoefend en ook niet uitoefent. Het verzoek van Essent ziet derhalve niet op de wijze waarop NRE als netbeheerder taken en bevoegdheden uitoefent of in die hoedanigheid aan verplichtingen op grond van de Elektriciteitswet voldoet. Het College overweegt verder dat:

*‘Noch aan de tekst noch aan de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 51 EW ‘98 kan grond worden ontleend voor het oordeel dat een kwestie als hier aan de orde, waarbij voorligt wie als netbeheerder kan worden aangemerkt, ter beslechting als geschil in de betekenis van dit voorschrift aan NMa kan worden voorgelegd’.*⁵⁵⁸

Dit leidt tot de slotsom dat de NMa zich ten onrechte bevoegd heeft geoordeeld tot het geven van een besluit op grond van artikel 51 Elektriciteitswet. Het college verklaart het beroep dan ook gegrond en vernietigt het bestreden besluit.

De meest gerede weg om alsnog een oordeel te krijgen over de vraag wie de netbeheerder is op de betreffende terreinen, is dat de NMa een bindende aanwijzing geeft op basis van artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet. Het College draagt de NMa op om binnen 6 weken een dergelijke aanwijzing aan partijen te geven.

Mede op basis van deze jurisprudentie over de vergelijkbare positie van de NMa kan worden geconcludeerd dat de OPTA slechts bevoegd is te oordelen indien er sprake is van een geschil. Dit blijkt duidelijk uit de tekst van artikel 12.2 Tw en is nog eens benadrukt in de jurisprudentie. In de uitspraak van de voorzieningenrechter van 29 november 2002 is de volgende passage te vinden:

*...het gegeven dat geschilbeslechting slechts op aanvraag geschiedt; de wetgever heeft kennelijk niet willen uitsluiten dat marktpartijen, zolang geen van hen een geschil aan verweerder voorlegt, vrij zijn in het onderling vaststellen van interconnectie-voorwaarden.*⁵⁵⁹

Uit deze passage blijkt nog eens dat de contractsvrijheid een belangrijke plaats inneemt in de Telecommunicatiewet (1998). Slechts indien partijen na onderhandelingen niet met elkaar tot een vergelijk komen, en één van hen een aanvraag indient bij de OPTA, is de OPTA bevoegd een geschil te beoordelen.

⁵⁵⁸ CBB 16 januari 2008, *NRE t. NMa*, LJN BC4130, r.o. 2.3.

⁵⁵⁹ Rb. Rotterdam 29 november 2002, *Dutchtone e.a. t. OPTA*, LJN AF1538

In artikel 6.2 lid 2 van de Telecommunicatiewet 2004 is echter ook de bevoegdheid van de OPTA opgenomen om ambtshalve -al dan niet aan de hand van een aanvraag- aan ondernemingen verplichtingen opleggen om eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen. Dit artikel is nieuw ten opzichte van de Tw 1998. De OPTA dient terughoudend te zijn in het gebruik van deze bevoegdheid, aangezien hier het uitgangspunt van de contractsvrijheid terzijde wordt geschoven.⁵⁶⁰

6.5 Andere belanghebbenden

In de Algemene wet Bestuursrecht wordt in artikel 1:2 het begrip belanghebbende gedefinieerd. Dit artikel luidt als volgt:

Art 1:2

- 1. *Onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.*
- 2. *Ten aanzien van bestuursorganen worden de hun toevertrouwde belangen als hun belangen beschouwd.*
- 3. *Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.*

Uit Lid 1 van dit artikel blijkt dat om belanghebbende te zijn in op grond van de Awb er sprake dient te zijn van *een rechtstreeks belang* bij het genomen besluit. Een persoonsgebonden besluit bepaalt de rechtspositie van degene aan wie het is gericht, oftewel de geadresseerde. Hij is de geadresseerde van de norm: de norm-adressaat. De geadresseerde is belanghebbende. Bij normadressaten kan het gaan om natuurlijke personen, rechtspersonen, bestuursorganen of andere ‘entiteiten’.⁵⁶¹ Indien een persoon of rechtspersoon niet degene is aan wie het besluit is gericht, zal per geval, aan de hand van de feiten en omstandigheden, bepaald moeten worden of er sprake is van een rechtstreeks belang.

Dit beoordeelt de rechter aan de hand van een aantal in de jurisprudentie ontwikkelde criteria. De rechter toetst of er in casu sprake is van een objectief, persoonlijk, eigen, actueel en direct geraakt belang.⁵⁶² Een belang dat via het belang van een ander bij een besluit is betrokken is een afgeleid belang en geen direct belang. Er is dan geen sprake van een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb. Dat

⁵⁶⁰ Tempelman 2005, p. 141.

⁵⁶¹ Damen e.a. 2005, p. 130.

⁵⁶² Damen e.a. 2005, p. 131.

er sprake is van een afgeleid belang is in ieder geval duidelijk indien er sprake is van een contractuele relatie tussen de betrokkene en degene met het meer directe belang.⁵⁶³

Het geschilbesluit is gericht aan twee partijen. Zij zijn beiden normadressaten bij het besluit. De belangen van deze beide partijen zijn rechtstreeks bij het besluit betrokken. Er ontstaat door middel van het besluit een civielrechtelijke verbintenis tussen deze partijen.⁵⁶⁴ Nu doet zich de vraag voor of andere partijen ook als belanghebbenden bij het geschilbesluit kunnen worden aangemerkt. Indien de OPTA namelijk een interconnectiegeschil beslecht en daarbij een tarief vaststelt, geldt dit tarief op grond van het non-discriminatiebeginsel tevens voor andere partijen.

In het telecommunicatierecht is het uitgangspunt echter, dat concurrenten niet als belanghebbenden worden aangemerkt bij een geschilbesluit. Dit is door de rechter voor het eerst bepaald in een zaak tussen Versatel en de OPTA⁵⁶⁵. De OPTA heeft in deze zaak een besluit genomen inzake een interconnectiegeschil tussen Telfort en KPN. Tegen deze beslissing in een geschil tussen twee partijen komt een derde partij, Versatel, op met als reden dat die beslissing tevens bepalend is voor de tarieven die KPN jegens haar zal gaan hanteren. De vraag is of het belang van Versatel bij dit geschilbesluit tussen Telfort en KPN inderdaad een rechtstreeks belang is, met andere woorden: of Versatel belanghebbende is bij dit besluit.

De rechter stelt vast dat Versatel inderdaad belang heeft bij het primaire geschilbesluit. De tarieven die aan Versatel door KPN worden berekend zijn namelijk mede gebaseerd op de beslissing in het interconnectiegeschil. Er zijn feitelijk rechtstreekse gevolgen voor de belangen van derden. Er is volgens de rechter echter geen sprake van een rechtstreeks betrokken belang. Voor dit oordeel acht de rechter doorslaggevend dat Versatel de mogelijkheid heeft om zelf een interconnectiegeschil voor te leggen aan de OPTA indien zij het niet eens is met de aan haar voorgestelde tarieven. De rechter overweegt vervolgens:

‘Bij de beoordeling van een dergelijk geschil is verweerder anders dan verzoekster heeft betoogd, niet gebonden aan de beslissing in een eerder interconnectiegeschil. Verzoekster kan in die procedure al haar argumenten aanvoeren.’⁵⁶⁶

Versatel heeft de gelegenheid om in een dergelijke procedure al haar argumenten aan te voeren. Indien de OPTA op basis daarvan tot een ander inzicht komt, neer-

⁵⁶³ Damen e.a. 2005, p. 137.

⁵⁶⁴ Paragraaf 5.6.

⁵⁶⁵ Pres. rechtbank Rotterdam 18 februari 1998, *Versatel t. OPTA*, AB 1998, 313, m.nt. G.J.M Cartigny.

⁵⁶⁶ Overwegingen op p. 1505.

gelegd in een geschilbesluit, dan dient dan nieuwe geschilbesluit te leiden tot aanpassing van de tarieven die worden gehanteerd ten opzicht van Versatel, en vervolgens ook ten aanzien van de andere contractspartijen. Hier geldt het beginsel van non-discriminatie. Beslissingen in interconnectiegeschillen dienen altijd te worden doorvertaald naar andere contractspartijen. Een beslissing in een interconnectiegeschil is derhalve voor anderen dan partijen niet een onherroepelijke en bindende beslissing. Daarom is er geen sprake van een rechtstreeks belang op basis van artikel 1:2 eerst lid Awb.

De rechter vindt voor zijn oordeel steun in het stelsel van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTV). Daar is door de wetgever gekozen voor de constructie waarbij wordt uitgegaan van een geschil tussen twee partijen, waarbij geen mogelijkheden bestaan voor anderen dan de contractspartijen om een geschil aanhangig te maken. Tevens bestaan er geen mogelijkheden voor derden om enige inbreng te hebben in een aanhangig interconnectiegeschil. Zo wordt tevens bereikt dat bedrijfsvertrouwelijke informatie niet aan andere marktpartijen bekend wordt. Er vindt dan ook geen toepassing plaats van artikel 8:26 Awb, op grond waarvan belanghebbenden in de gelegenheid kunnen worden gesteld om als partij aan het geding deel te nemen.

De rechter bepaalt op 23 december 1999 dat Versatel, die verzocht heeft deel te nemen in een geding tussen Libertel en de OPTA, geen rechtstreeks bij het geschilbesluit betrokken belang heeft.⁵⁶⁷ Deze stelling wordt verder niet door de rechter gemotiveerd. In een uitspraak tussen KPN en de OPTA⁵⁶⁸ acht Level 3 zich belanghebbende bij het geschilbesluit dat geldt tussen KPN en MCI Worldcom. Level 3 voert daarbij als argument om deze stelling te onderbouwen aan dat:

‘haar belang is gelegen in de schending van het beginsel van non-discriminatie, veroorzaakt doordat verweerder in het bestreden besluit heeft bepaald dat verzoekster met voorrang aan MCI Worldcom dient te leveren. Daardoor worden de concurrentieverhoudingen op een sterk competitieve markt aangetast en dreigt een achterstelling van Level 3 op die markt. Dat dit belang rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken, volgt aldus Level 3, uit het feit dat verweerder zich daarin, gelet op de opmerkingen over een mogelijke voorrangpositie van MCI ook heeft uitgelaten over de positie van niet geadresseerde marktpartijen en het zeer aannemelijk is dat verweerder bij de beoordeling van de aanvraag van Level 3 op die overwegingen zal voortbouwen.’

⁵⁶⁷ Pres. rechtbank Rotterdam 23 december 1999, *Libertel t. OPTA*, AB 2000, 430.

⁵⁶⁸ Rb. Rotterdam 16 februari 2001, *KPN t. OPTA*, LJN AB0027.

De rechter overweegt dat vast staat dat Level 3 enig belang heeft bij het bestreden besluit. Er is echter volgens de rechter geen sprake van een rechtstreeks belang. Vervolgens verwijst de rechter naar zijn overwegingen uit de hierboven genoemde uitspraak tussen KPN en Versatel uit 1998. Hij voegt daar de opmerking aan toe dat het niet goed denkbaar zou zijn een derde te laten participeren in een geschil dat er uiteindelijk toe strekt de civielrechtelijke relatie tussen twee contractspartijen vast te leggen. Elke aanvraag inzake geschilbeslechting dient door de OPTA zelfstandig te worden beoordeeld en levert voor andere partijen niet een onherroepelijke bindende beslissing op. Dat er een grote mate van gelijkenis is tussen de twee geschillen maakt dit niet anders. Ook niet het feit dat OPTA zich in haar beslissing heeft uitgelaten over andere marktpartijen. Het beginsel van non-discriminatie kan in volle omvang aan de orde komen bij de beoordeling van het geschil tussen KPN en Level 3. Er zou ook kunnen worden beredeneerd dat het op grond van het gelijkheidsbeginsel *wel* voor de hand ligt om Level 3 in het geschil te laten participeren.

Het CBB heeft zich in 2003 in hoger beroep in nog eens over het belanghebbende-begrip inzake geschilbesluiten uitgelaten. Versatel heeft betoogd dat het besluit van de OPTA, gelet op de structuur van de markt, alle marktpartijen rechtstreeks in hun concurrentiepositie raakt. Het College overweegt met betrekking tot het standpunt van Versatel, dat Versatel haar betoog doet steunen op de stelling dat, het besluit betrekking heeft op MTA tarieven voor diensten die via het vaste netwerk van KPN, dus indirect worden aangeboden, dat de interconnectie tussen alle partijen in de markt via dit vaste net verloopt, en dat in door het geschilbesluit van de OPTA tussen O2 en KPN in feite alle andere soortgelijke geschillen tussen alle andere aanbieders van soortgelijke diensten op dezelfde manier zullen worden, cq zijn beslecht.⁵⁶⁹

Het CBB concludeert dat dit betoog faalt vanwege het feit dat de stelling die hieraan ten grondslag ligt onjuist is. Er is tijdens de zitting door KPN en Telfort namelijk onweersproken gesteld dat in de markt niet alleen indirecte interconnectie met gebruikmaking van het vaste netwerk van KPN voorkomt, maar ook directe connectie zonder gebruik van dit netwerk. Tevens is vastgesteld dat op de markt van indirecte interconnectie wel degelijk verschillende tarieven voor MTA-diensten voorkomen.

De rechter overweegt vervolgens dat Versatel, noch juridisch, noch feitelijk beperkt is door het besluit om met andere partijen over MTA tarieven te onderhandelen en overeenkomsten te sluiten. Bovendien heeft Versatel de mogelijkheid om

⁵⁶⁹ CBB 19 november 2003, *Versatel e.a.*, LJN AO1107.

zich met een interconnectiegeschil tot de OPTA te wenden, waarbij zij zich de door haar gestelde situatie, dat zij geen mobiele diensten aanbiedt en aldus wel de lasten draagt van het hoge kostenniveau van het mobiele telefoonverkeer, en geen opbrengsten daaruit heeft, kan voorleggen. Het oordeel van het College is dat er geen sprake is van een rechtstreeks bij het door de OPTA genomen geschilbesluit betrokken belang.

In een uitspraak tussen Globalcall en de OPTA komt tevens het belanghebbende-begrip aan de orde.⁵⁷⁰ Het College oordeelt dat Globalcall niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb kan worden aangemerkt.

*‘De bestreden besluiten hebben geen rechtstreekse gevolgen voor Globalcall in de zin dat afbreuk zou worden gedaan aan haar recht op bijzondere toegang tot het vaste openbare telefoonnetwerk van KPN. Globalcall heeft aangegeven dat de besluiten die OPTA heeft genomen in het geschil tussen KPN en Tele 2, voor haar consequenties hebben via de contractuele relatie die zij met KPN is aangegaan. Naar vaste jurisprudentie hebben degenen die in hun belangen worden geraakt uit hoofde van een contractuele relatie met de geadresseerde van een besluit, niet het vereiste rechtstreekse, maar slechts een afgeleid belang.’*⁵⁷¹

De rechter overweegt wederom dat indien een geschil zich mocht voordoen, het ter beslechting aan de OPTA kan worden voorgelegd. Tevens wordt overwogen dat er niet is aangetoond dat er sprake is van een specifiek en individueel belang waardoor de positie van Globalcall zich onderscheidt van andere aanbieders. Globalcall heeft juist aangegeven dat voor hen dezelfde gevolgen gelden.

Uit de weergegeven jurisprudentie blijkt dat andere partijen dat de twee partijen die bij het geschil zijn betrokken niet als belanghebbenden worden aangemerkt. Zij zijn rechte niet aan het geschilbesluit verbonden. Een belangrijk gegeven in dit kader is echter, dat van een geschilbesluit binding uitgaat via het gelijkheidsbeginsel. Ook kan het non-discriminatiebeginsel een rol spelen. Een nieuwe beslissing van de OPTA inzake een geschil werkt wel door in de tarieven die aan derden mogen worden berekend.

Cartigny stelt dan ook in zijn annotatie bij de uitspraak van 18 februari 1998 dat het voor de OPTA in ieder geval een aansporing zal vormen om een beslissing inzake een interconnectietarief zo gedegen mogelijk te motiveren, zodat de kans klein is dat de OPTA tot een ander inzicht zal komen, met het gevolg dat inzicht

⁵⁷⁰ CBB 12 december 2005, *Globalcall e.a.*, LJN AU8620.

⁵⁷¹ R.o. 2.4.

vervolgens weer zal moeten worden doorvertaald in de aan derden in rekening gebrachte tarieven. Ook kunnen door de OPTA aan de hand van een geschil, of op voorhand, beleidsregels zijn vastgesteld waarin is bepaald welk beleid er zal worden gevolgd bij het beslechten van geschillen.

Door de rechter wordt echter een vaste lijn gehanteerd, andere partijen kunnen indien zich een geschil voordoet dit zelf aan de OPTA voorleggen. Het zou niet goed denkbaar zijn een derde te laten participeren in een geschil dat er uiteindelijk toe strekt om de contractuele verhouding tussen twee partijen vast te stellen.

Deze visie is te verdedigen. Het gaat uiteindelijk om een civielrechtelijk geschil tussen twee partijen. Bij deze overweging kunnen wel vraagtekens worden gezet in het geval een vast tarief wordt vastgesteld dat een partij ten opzichte van alle andere partijen verplicht is te hanteren. Er bestaat indien een derde niet als belanghebbende wordt aangemerkt echter voldoende rechtsbescherming. Er kan door partijen altijd zelf een geschil aanhangig worden gemaakt. Het niet worden aangemerkt als belanghebbende doet niets af aan de mogelijkheden van rechtsbescherming.

Het feit blijft echter dat door de gelaagde structuur van in de wettelijke bepalingen opgenomen verplichtingen, Amm- besluiten, beleidsregels en geschilbesluiten het één en ander door elkaar heenloopt. En dat heeft gevolgen voor met name het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel.

6.6 Procesbelang

De rechter stelt zich naast de vraag of iemand belanghebbende is ambtshalve de vraag of er sprake is van een procesbelang. Indien iemand als belanghebbende is aangemerkt wil dit nog niet zeggen dat diegene in een procedure zal worden ontvangen. Er dient een belang aanwezig te zijn bij het proces. Iemand zal met het beroep ook iets moeten kunnen bereiken.⁵⁷²

Dit beginsel geldt op alle rechtsgebieden en is gecodificeerd in artikel 3:303 BW, dat als volgt luidt: *‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.’*⁵⁷³ Het procesbelang geldt bij voorprocedures en bij de procedure voor de rechter, inclusief hoger beroep.⁵⁷⁴

⁵⁷² Vgl. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 77.

⁵⁷³ Burgerlijk Wetboek Boek 3, *Stb.* 1980, 430, laatstelijk gewijzigd bij beschikking van 16 augustus 2002, *Stb.* 2002, 429.

⁵⁷⁴ Schreuder Vlasblom 2001, p. 94.

Procesbelang kan worden omschreven als het doel dat degene die een rechtsbeschermingsprocedure entameert, met deze procedure wil bereiken.⁵⁷⁵ Deze moet indien de indiener in het gelijk wordt gesteld, nog kunnen leiden door het tot de indiener daarmee beoogde doel.

Het belang dient actueel te zijn en tevens dienen rechtsmiddelen er niet toe om kwesties van enkel principiële aard beslist te zien. De rechtsgang moet voor de rechtszoekende in concreto tot een beter resultaat kunnen leiden.⁵⁷⁶ Dit vereiste wordt om redenen van doelmatigheid gesteld. Het is niet wenselijk dat er nodeloos beslag wordt gelegd op de beperkte capaciteit van het rechterlijk apparaat. Ook spelen de belangen van de wederpartij een rol. Er kan niet worden verwacht dat deze zonder gegronde reden kosten van verweer maakt.⁵⁷⁷

Het procesbelang kan van begin af aan ontbreken. Ook kan het procesbelang hangende een procedure vervallen. Bijvoorbeeld indien een nieuw besluit wordt genomen door het bestuursorgaan dat gunstig uitpakt voor de belanghebbende. Wanneer iemand slechts een verbeterde motivering wil, terwijl de bestaande motivering het besluit reeds kan dragen, heeft hij geen procesbelang en is niet-ontvankelijk. Ook degene die een sloopvergunning wil bestrijden, en de actie gericht is op het tegengaan van de sloop en niet op schadevergoeding, terwijl de sloop al is voltooid, heeft geen procesbelang. Ook het opkomen tegen niet-tijdig besluiten, terwijl er intussen al wel een besluit is genomen kan in dit kader worden genoemd.⁵⁷⁸

De vraag of er sprake was van procesbelang is in een aantal rechterlijke uitspraken inzake telecommunicatie aan de orde geweest.⁵⁷⁹ In de in hoofdstuk 3 reeds aangehaalde uitspraak 'Mailmerge', waarin door de rechter werd gesteld dat, indien partijen na een geschilbesluit onderling tot overeenstemming zijn gekomen, het geschilbesluit geen werking meer heeft, komt tevens het punt van procesbelang aan de orde.

TPG voert aan dat zij er belang bij heeft dat het bestreden geschilbesluit wordt vernietigd of ingetrokken. Het in stand blijven van het besluit zou er toe leiden dat

⁵⁷⁵ Pennarts 1998, p. 23.

⁵⁷⁶ Zie voor een analyse van de relevante jurisprudentie in dit kader Schreuder Vlasblom 2001, p. 94.

⁵⁷⁷ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 569.

⁵⁷⁸ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, p. 77.

⁵⁷⁹ Dommering e.a. 2003 noemen in hun kwantitatieve en kwalitatieve analyse van rechtspraak, zes jaar bestuur en rechtspraak in de telecommunicatiesector, een aantal niet gepubliceerde uitspraken in hoofdlijnen, p. 110.

ook andere aanbieders van postvervoer met een beroep op het discriminatiebeginsel en de rechtszekerheid, jegens de OPTA en TPG een beroep zou kunnen doen op de verplichtingen die in het besluit aan eiseres worden opgelegd.

De rechtbank overweegt dat, indien er in de toekomst een geschil ontstaat, dan wel herrijst tussen partijen, dat zij aan het oordeel van de OPTA wensen voor te leggen, zij opnieuw een verzoek dienen te doen op grond van artikel 2d van de Postwet, zodat dit op zichzelf voor eiseres geen procesbelang kan opleveren.⁵⁸⁰

Kortom, naast de vraag of er sprake is van belanghebbende zal altijd de vraag dienen te worden beantwoord of er sprake is van een procesbelang. Het moet gaan om een geobjectiveerde doelstelling. Het ontbreken van procesbelang heeft tot gevolg dat er geen toegang wordt verkregen tot de gewenste procedure.

6.7 De rechterlijke toetsing van geschilbesluiten; marginale toetsing

In paragraaf 6.2 werd duidelijk dat het CBB zich in het kader van de toetsing van marktanalysebesluiten heeft uitgesproken voor een enigszins terughoudende toetsing. De toetsing van geschilbesluiten kan worden ingedeeld in twee stappen. De bestuursrechter zal allereerst na gaan of aan alle voorwaarden voor het kunnen uitoefenen van de bevoegdheid tot geschilbeslechting is voldaan. De vraag is of de OPTA bevoegd is tot het beslechten van het geschil. De tweede vraag is of de OPTA het geschil op de juiste wijze heeft beslecht.

Allereerst zal door de aanvrager aannemelijk moeten worden gemaakt dat partijen niet tot overeenstemming hebben kunnen komen over een kwestie die verband houdt met een bij of krachtens de Tw gestelde verplichting. Het eerste lid van artikel 12.2 geldt voor de situaties waar nog geen sprake is van een overeenkomst tussen partijen. In het geval van een geschil op basis van het tweede lid moet het gaan om geschillen over de vraag of de overeenkomst in overeenstemming is met de wettelijke verplichtingen.

Bij de vraag naar de bevoegdheid van de OPTA gaat het regelmatig om de uitleg van technische begrippen. In paragraaf 5.3 is weergegeven dat de OPTA in het kader van haar bevoegdheid tot geschilbeslechting over een bepaalde mate van beoordelings- en beleidsvrijheid beschikt.

In paragraaf 5.4 is een aantal beleidsregels opgenomen die de OPTA in het kader van deze vrijheid met betrekking tot de geschilbeslechtende bevoegdheid heeft

⁵⁸⁰ Rb. Rotterdam 12 augustus 2003, *TPG t. OPTA (TELEC 02/168-MES)*, niet gepubliceerd.

opgesteld. De term redelijkheid dient door de OPTA op basis van publiekrechtelijke normen te worden ingevuld, en niet op basis van privaatrechtelijke beginselen.

De rechter toetst of de OPTA het geschil op de juiste wijze heeft beslecht. Er is in paragraaf 5.3 een overzicht van jurisprudentie weergegeven, waaruit blijkt dat de rechter erkent dat de OPTA bij de uitoefening van deze bevoegdheid een bepaalde mate van vrijheid toekomt. Er zijn een aantal uitspraken waarin de rechter niet erkende dat de OPTA een bepaalde mate van vrijheid heeft bij de uitoefening van haar bevoegdheid.

De OPTA heeft de taak tot geschilbeslechting toebedeeld gekregen vanwege haar specifieke deskundigheid als toezichthouder op de telecommunicatiemarkt. Bij de uitoefening van haar taak en het inspelen op de markt past dan ook enige flexibiliteit. Een terughoudende toetsing lijkt daarbij op zijn plaats.⁵⁸¹ Voor een overzicht van jurisprudentie inzake de rechterlijke toetsing van geschilbesluiten wordt verwezen naar paragraaf 5.3.

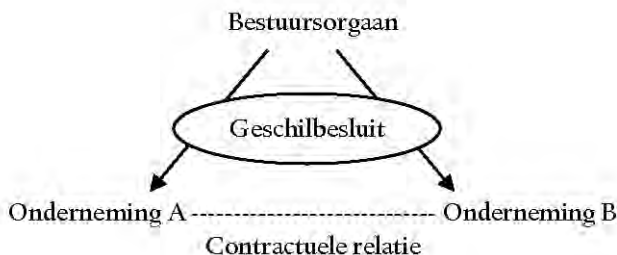
6.8 Beroep bij de civiele rechter in plaats van de bestuursrechter

In paragraaf 4.6 is uiteengezet dat geschilbeslechting een rechtsfiguur is waarbij een bestuursrechtelijk besluit door een bestuursorgaan wordt genomen. Dit besluit regelt de rechtsverhouding tussen twee private partijen. Partijen dienen op grond van de wet een privaatrechtelijke overeenkomst te sluiten. Tegen het besluit van de OPTA staat de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure open. Er kan beroep worden ingesteld bij het CBB. Geschilbesluiten dienen door het CBB marginaal te worden getoetst.⁵⁸² Dat wil zeggen dat het CBB de door de beoordeling van de OPTA slechts als rechtens onjuist mag kwalificeren als de OPTA daartoe in redelijkheid niet heeft kunnen komen.

In paragraaf 4.7 is een schema opgenomen waaruit de driehoeksverhouding tussen de OPTA en de twee contractspartijen blijkt:

⁵⁸¹ Zie ook: Daalder 2004, p. 29.

⁵⁸² Zie ook: paragrafen 5.2 en 6.2.



In ons rechtssysteem staat tegen besluiten in de zin van de Awb beroep bij de bestuursrechter open.⁵⁸³ De moeilijkheid in het geval van geschilbesluiten is dat de uitzonderlijke situatie zich voordoet dat het besluit tussen partijen geldt en de contractuele relatie regelt. Het gaat in beginsel om een contractuele, privaatrechtelijke verhouding tussen twee private partijen.

Ottow werpt de vraag op of, gezien de civielrechtelijke aspecten die verbonden zijn aan de geschilbeslechtende bevoegdheid, het wel voor de hand ligt dat er bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat tegen geschilbesluiten van de OPTA. Zou het niet logischer zijn om een civiele procedure open te stellen indien partijen beroep bij de rechter in willen stellen bij de rechter na de geschilprocedure die bij de OPTA heeft plaatsgevonden? Zij stelt dat de weg naar de burgerlijke rechter geschikter is dan die naar de bestuursrechter. Vanwege de noodzakelijke deskundigheid dient slechts één civiele rechter te worden aangemerkt als bevoegde rechter.

Ook dient in het kader van de snelle doorlooptijden, slechts beroep in één instantie open te staan. Zij doet de aanbeveling om de Telecommunicatiewet op dit punt te wijzigen.⁵⁸⁴ Verder zouden de gewone procesregels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing moeten zijn.

Zij wijst op het Franse systeem, waarin een keuze is gemaakt om beroep tegen geschilbesluiten van de Franse toezichthouder open te stellen bij de civiele rechter. In deze procedures staan de twee partijen die bij het geschil zijn betrokken tegenover elkaar, en de toezichthouder vervult de rol van deskundige in het proces. Dit wordt gerechtvaardigd vanwege de aard van het geschil en de procedure, die anders dan in het bestuursrecht, meer contradictoir is en meer civielrechtelijke aspecten kent, terwijl bij een procedure in het bestuursrecht niet dit contradictoire karakter centraal staat maar het door de toezichthouder genomen besluit.

⁵⁸³ Behoudens de besluiten waar geen beroep tegen openstaat, zie hoofdstuk 8 Awb.

⁵⁸⁴ Ottow 2006, p. 368.

Volgens *Franken* is het privaatrecht gericht op de regeling van de rechtsverhoudingen tussen de burgers onderling. Het publiekrecht heeft betrekking op de organisatie van de gemeenschap en de zorg voor algemene belangen. Het gaat om de bemoeienis van de overheid in het maatschappelijk leven.⁵⁸⁵ Het verschil in rechtsgebieden is gebaseerd op het verschil in karakter tussen deze twee soorten verhoudingen. Hij noemt een viertal criteria die bij het onderscheiden van de beide rechtsgebieden in acht kunnen worden genomen.⁵⁸⁶

Het eerste criterium is de aard van de partijen of het type van de rechtsverhouding. In het privaatrecht gaat het om de rechtsverhouding tussen particulieren, terwijl in het publiekrecht de verhouding tussen de overheid en burgers en tussen overheidsorganen onderling centraal staat.

Het tweede criterium is de vraag wie belast is met de handhaving van een bepaalde regel c.q. een bepaald recht; van wie gaat het initiatief daartoe uit? In het privaatrecht komt aan burgers de vrijheid toe om hun betrekkingen onderling zelf te regelen. Zij kunnen dit naar eigen inzicht doen en zijn vrij om zelf te bepalen of zij hun belangen willen handhaven. Het gaat met name om regelend recht. Zij zijn daarbij wel aan procedureregels gebonden. In het publiekrecht bepaalt de overheid eenzijdig de rechtsverhouding met de burgers, en heeft zij doorgaans de rechthandhaving in eigen hand. Het derde criterium richt zich op de aard van het te beschermen belang. Het privaatrecht heeft betrekking op bijzondere belangen. Bij het publiekrecht gaat het om algemene belangen.

Het laatste criterium betreft de middelen tot rechtshandhaving. In het privaatrecht kunnen acties bij de rechter worden ingesteld om nakoming, schadevergoeding of ontbinding of vernietiging van een rechtsverhouding te realiseren. In het publiekrecht kan de overheid zelf optreden om handhaving te realiseren, bijvoorbeeld door middel van het toepassen van bestuursdwang.

Ten Berge merkt op dat aan het stelsel van juridische voorzieningen dat bescherming moet bieden tegen de overheid diverse uitgangspunten en vereisten ten grondslag liggen. Deze uitgangspunten van het stelsel van juridische voorzieningen worden door hem benaderd vanuit de optiek van de wetgever. Het gaat om het recht op toegang tot de rechter. De administratieve rechter is de eerst aangewezen waar het gaat om geschillen over publiekrechtelijke besluiten.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Franken e.a. 1995, p. 192.

⁵⁸⁶ Franken 1995, p. 192-195.

⁵⁸⁷ Ten Berge 1999, p. 30.

Bij geschillen waarover in de Telecommunicatiewet naar wordt verwezen gaat het om geschillen waarbij twee partijen tegenover elkaar staan, en waarbij aan de toezichthouder de rol van geschilbeslechter is toebedeeld. In het bestuursprocesrecht gaat het om procedures waarbij het besluit centraal staat, dat door een bestuursorgaan is genomen, gericht aan een belanghebbende. Hier staan het bestuursorgaan en de belanghebbende voor de bestuursrechter tegenover elkaar in de procedure.

Indien beroep bij de civiele rechter zou worden opengesteld zouden daar volgens *Ottow* voordelen aan verbonden zijn, zoals de vergemakkelijking van de nakoming van verbintenissen. In paragraaf 6.10 komt dit punt aan de orde. Als nadeel van de keuze voor de gang naar de civiele rechter kan worden genoemd dat tegen andere, nauw met het geschilbesluit samenhangende besluiten, wel beroep bij de bestuursrechter openstaat. Te denken valt met name aan marktanalysebesluiten, maar ook aan handhavingbesluiten. Echter, de civiele rechter kan rekening houden met de uitspraken van de bestuursrechter bij de beoordeling van het geschilbesluit.⁵⁸⁸

6.8.1 *Twee benaderingen*

Er zijn hier mijns inziens twee benaderingen mogelijk, waarbij het verschil is gelegen in het accent. Indien het accent ligt op de inhoud van het contract waar de overheid zich mee bemoeit, ligt het voor de hand te kiezen voor de civiele rechter. Bij deze benadering staat het contract centraal en is de weg naar de civiele rechter de meest voor de hand liggende weg.

Bij de tweede benadering wordt het besluit centraal gesteld. Het gaat om de verticale rechtsverhouding tussen partijen waarover een oordeel aan de rechter wordt gevraagd. Het gaat om de verhouding tussen de overheid en particuliere partijen. Indien het accent ligt op de inhoud van het besluit dat gevolgen heeft voor het contract, dan ligt de keuze voor de bestuursrechter meer voor de hand.

In de visie waar wordt gekozen voor de civiele rechter staat de contractsvrijheid van partijen centraal. Er wordt gekozen voor het uitgangspunt dat partijen vrij zijn om met elkaar te onderhandelen en tot overeenstemming te komen. Er is sprake van individuele belangen van partijen, en niet zozeer van een algemeen belang.

Er kan worden opgemerkt dat in de telecommunicatieregelgeving het algemeen belang centraal staat. Door het reguleren van deze sector wordt bewust gekozen voor een rol van de overheid. Er is niet gekozen voor zelfregulering. De Europese wetgever heeft een beleid uitgewerkt in regelgeving waarin marktregulering door de overheid centraal staat. Dit is het geval in de telecommunicatiesector, de ener-

⁵⁸⁸ *Ottow* 2006, p. 368.

giesector, de spoorwegsector etc. In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen dat de wetten in deze sectoren zijn doordrenkt van publiekrechtelijke inmenging in civiele verhoudingen. Er kan dan ook gesteld worden dat publiekrecht in deze wetten overheerst.

De Ru spreekt over dwangcontracten die op basis van de Tw dienen te worden gesloten.⁵⁸⁹ *Sintompoel* merkt op dat een essentieel beginsel in het contractenrecht de contractsvrijheid is. Zij stelt dat hier sprake is van een zeer vergaande inbreuk op deze contractsvrijheid.⁵⁹⁰ *Wit* merkt op dat de OPTA in feite de inhoud van tussen marktpartijen te sluiten of reeds gesloten overeenkomsten bepaald, hetgeen op gespannen voet staat met het civielrechtelijk beginsel van contractsvrijheid.⁵⁹¹

De vraag is of er eigenlijk nog wel gesproken kan worden van contractsvrijheid. Het gaat om een markt die gereguleerd wordt, en waar verplichtingen op partijen rusten, op basis waarvan zij gehouden zijn om te onderhandelen en toegangsovereenkomsten te sluiten, waarbij ook niet vrij onderhandeld kan worden over de af te spreken tarieven. Ook deze zijn in heel veel gevallen gereguleerd door de overheid, vanwege een achterliggend publiek belang. Men kan dus eigenlijk niet kiezen voor niet-contracteren.

Naast deze theoretische argumenten kan er bij de keuze tussen de civiele rechter en de bestuursrechter ook voor een pragmatische insteek worden gekozen. Zoals gezegd is een nadeel van de keuze om tegen geschilbesluiten beroep bij de civiele rechter open te stellen dat er tegen de overige besluiten van de OPTA wel bij de bestuursrechter beroep openstaat. De OPTA waakt over de inbreng van het algemeen belang. Er is een civielrechtelijk aspect, echter het publiekrecht overheerst. De OPTA dient de doelstellingen van de Europese wetgever mee te wegen in haar beslissing omtrent een geschil. Dit doet zij binnen de beleidsvrijheid die aan haar is toebedeeld. Het is daarmee een bestuursbevoegdheid.

In het Nederlandse rechtssysteem staat tegen besluiten beroep open bij de bestuursrechter. In plaats van de regeling in de Telecommunicatiewet op dit punt aan te passen en beroep mogelijk te maken bij de civiele rechter, zou ook omgekeerd geredeneerd kunnen worden, en gepleit kunnen worden voor een aanpassing in de Telecommunicatiewet, waarbij extra regels worden geformuleerd bij voor de be-

⁵⁸⁹ De Ru 2001, p. 347.

⁵⁹⁰ Sintompoel 2000, p.

⁵⁹¹ Wit 2004, p. 110.

stuursrechtelijke procedure. Die regels kunnen dan nader toe worden gespist op de civielrechtelijke aspecten van de zaak en op het contradictoire karakter.

Op geschilbesluiten zou dan een aparte, van de Awb afwijkende, procedureregeling kunnen worden ogenomen, die meer recht doet aan het bijzondere (civiele) karakter van geschilbesluiten. Het gaat in de geschilprocedure uiteindelijk om een verhouding tussen overheid en burgers, waarbij het niet gaat om gelijke verhoudingen tussen partijen.

Publieke regulering van geschilbeslechting in deze gevallen is vaak een mengvorm van privaats- en publiekrecht. In Griekse literatuur over geschilbesluiten wordt deze bevoegdheid ook wel aangeduid met de term '*hermafroditische creatie*'.⁵⁹² Deze benaming toont aan dat er in de geschilbeslechtende bevoegdheid zowel een publiekrechtelijk element als een privaatrechtelijk element bevat. Er wordt gesteld dat deze geschillen een dubbele aard hebben. De besluiten behelzen tegelijkertijd zowel een privaatrechtelijke verhouding, als een publiek belang.

In de VAR discussie 2003 werd de vraag opgeworpen of het bij deze bevoegdheid gaat om 'privaatrecht met een publiekrechtelijk sausje', of om 'publiekrecht met een privaatrechtelijk sausje'. Ottow antwoordt dat het gaat om 'publiekrecht met een privaatrechtelijke saus'.⁵⁹³ Het publiekrecht is doorslaggevend. Zij acht een interconnectiegeschil geen burgerrechtelijk geschil. In haar proefschrift stelt zij evenwel dat de civiele rechter bevoegd zou moeten zijn, aangezien hier de contractsvrijheid centraal staat en het gaat om een contradictoir geschil tussen partijen. Indien het gaat om publiekrecht met een privaatrechtelijk aspect, lijkt de gang naar de bestuursrechter meer voor de hand te liggen.

Mijns inziens gaat het, in aansluiting op de visie van Dellis, om een bevoegdheid die in beide rechtsgebieden past: we hebben hier te maken met zowel privaatrecht als publiekrecht. Er is sprake van een civielrechtelijk contract, en van een bestuursrechtelijk besluit. Een andere vraag is vervolgens, op welke manier deze bevoegdheid qua rechtsbescherming moet worden ingevuld. Met andere woorden: wat is de meest geschikte manier om deze *hermafroditische* bevoegdheid te regelen, moet het besluit worden getoetst door de burgerlijke rechter of door de bestuursrechter?

Voor beide opties kan worden gekozen. Echter, in het verlengde van het kiezen voor regulering door de overheid, ligt het mijns inziens meer voor de hand het

⁵⁹² Dellis 2008b, p. 375.

⁵⁹³ VAR discussie 2003, p. 49-50.

besluit aan de bestuursrechter voor te leggen. De OPTA is een bestuursorgaan dat belast is met het uitvoeren van dwingend overheidsingrijpen. Er is hier geen sprake van vrijwillige zelfbinding, dat voor het civiele recht kenmerkend is. Partijen kunnen eigenlijk niet kiezen voor niet-contracteren.

Mijns inziens heeft het publiekrecht bij deze bevoegdheid de overhand. Het publiekrecht en de bescherming van de algemene belangen uit de Telecommunicatiewet spelen een overheersende rol, en niet de particuliere belangen van partijen. Dit blijkt mede uit de doelstellingen opgenomen in artikel 1.3 Tw, die de OPTA in haar beslissingen dient mee te wegen. De bestuursrechter is de aangewezen rechter om over deze bestuursrechtelijke besluiten te oordelen.

Daarnaast past dit beter in het Nederlandse systeem, waarbij ook meespeelt dat tegen besluiten beroep tegen de bestuursrechter openstaat op basis van de Awb. De OPTA speelt namelijk, zoals in hoofdstuk 4 is aangetoond en in de jurisprudentie is bevestigd, niet de rol van onafhankelijke arbiter of rechter in een privaatrechtelijk geschil, nee, de OPTA is tevens overheidsorgaan met een publiek belang dat *moet* worden meegewogen in een beslissing tussen twee private partijen.

De bestuursrechter is ingesteld om overheidsbesluiten in verticale verhoudingen te toetsen. In dit onderzoek is naar voren gekomen dat de privaatrechtelijke aspecten procedureel van aard zijn en niet materieel. De redelijkheid en billijkheid spelen geen rol bij de beoordeling van het geschil. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel. Het gaat om gereguleerde prijzen en voorwaarden die door de OPTA zijn vastgesteld, die moeten worden getoetst op het ontbreken van onredelijkheid en overige publiekrechtelijke beginselen. Het gaat om markttoezicht door de overheid.

De burgerlijke rechter kan dit uiteraard ook, maar mijns inziens bestaat er geen duidelijke reden, aangezien het gaat om een bestuursbevoegdheid, een besluit in de zin van de Awb- om publiekrecht met een privaatrechterlijk sausje-, om de rechtsbeschermingsregeling zo als deze is opgenomen in de Tw te veranderen. De bestuursrechter in Rotterdam bezit bovendien specifieke kennis op dit punt. Het ligt meer voor de hand alle samenhangende besluiten in dit kader door dezelfde rechterlijke instantie te laten beoordelen.

In dit onderzoek is aangetoond dat geschilbesluiten op bepaalde punten afwijken van reguliere besluiten. Ze wijken echter niet zo veel af van reguliere besluiten, dat daar grote inhoudelijke privaatrechtelijke gevolgen aan zijn verbonden die een gang naar de civiele rechter zouden rechtvaardigen boven de in de Awb en Tw geregelde gang naar de bestuursrechter. Eén civielrechtelijk punt komt nog aan de

orde in paragraaf 6.10, waarbij ook nog zal worden ingegaan op de keuze tussen de civiele- en de bestuursrechter.

6.9 Terugwerkende kracht

In de literatuur en in de jurisprudentie is de vraag vanaf welk moment de voorschriften uit het geschilbesluit tussen partijen gelden aan de orde geweest. Heeft een geschilbesluit terugwerkende kracht? Is het moment van inwerkingtreding van het geschilbesluit het moment dat de voorschriften uit het geschilbesluit gelden tussen partijen? Tevens zou het moment waarop de aanvrager een geschil aanhangig maakt het moment van inwerkingtreding van de maatregelen kunnen zijn. Als derde mogelijkheid is denkbaar dat de voorschriften gelden vanaf het moment dat het geschil tussen partijen ontstaat.⁵⁹⁴

De hoofdregel in het bestuursrecht is dat terugwerkende kracht bij begunstigende beschikkingen mogelijk is. Terugwerkende kracht bij belastende beschikkingen is slechts in bijzondere gevallen mogelijk.⁵⁹⁵

In de jurisprudentie over het telecommunicatierecht is het punt van de terugwerkende kracht meerdere malen aan orde geweest. In een geschil tussen KPN en Dutchtone over het delen van antenne opstelpunten (sitiesharing) heeft de OPTA op basis van artikel 3.11 lid 4 Tw (oud) een geschilbesluit uitgevaardigd. Nu voert Dutchtone voor het CBB aan dat de rechtbank zich ten onrechte niet heeft uitgesproken over haar grief dat de OPTA ten onrechte heeft nagelaten de regels op enige wijze werking te geven over de periode voorafgaand aan de vaststelling ervan.

Ten aanzien van de bedoelde grief overweegt het College het volgende:

‘Artikel 3.11, vierde lid, van de Wet verschaft de bevoegdheid om, nadat is gebleken dat vergunninghouders zelf geen overeenstemming kunnen bereiken, op verzoek regels te stellen die tussen hen zullen gelden. De redactie van deze bepaling en de rechtszekerheid staan eraan in beginsel aan in de weg aan de inwerkingtreding van regels als hier bedoeld terugwerkende kracht toe te kennen. Voor het maken van een uitzondering op dit uitgangspunt acht het College in het onderhavige geval in ieder geval geen plaats, nu het verzoek van Dutchtone aan de OPTA om tot het stellen van regels over te gaan, met voortvarendheid is behandeld.’⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ Ottow 2006, p. 155; Verweij & Sauren 2007, p. 37.

⁵⁹⁵ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 316.

⁵⁹⁶ CBB 25 april 2001, KPN t. OPTA en Dutchtone, LJN AB1647, r.o. 6.8.

De rechter oordeelt dat in beginsel het rechtszekerheidsbeginsel eraan in de weg staat dat aan maatregelen die de OPTA voorschrijft terugwerkende kracht toekomt. Daarop zijn volgens het CBB wel uitzonderingen mogelijk; echter in deze uitspraak zijn die niet van toepassing. Dit is overeenkomstig de hoofdregel in het bestuursrecht. In principe geen terugwerkende kracht, tenzij er sprake is van een bijzonder situatie.

Op 16 juni 2005 wordt door het CBB verwezen naar de bovengenoemde uitspraak.⁵⁹⁷ In rechtsoverweging 6.3 overweegt het CBB dat:

Versatel heeft betoogd dat de bevoegdheid van de OPTA zich slechts uitstrekt over de periode na de inwerkingtreding van het besluit, althans de periode na indiening van het verzoek van KPN. Versatel heeft haar standpunt onderbouwd met verwijzing naar de uitspraak van 25 april 2001 van het College inzake sitesharing, waaruit zij afleidt dat een geschilbesluit geen betrekking mag hebben op het verleden. Het College volgt Versatel niet in dit betoog. In de desbetreffende zaak stond de rechtmatigheid van door OPTA gestelde regels met betrekking tot sitesharing centraal, waarbij in het bijzonder bepaald gedrag aan een marktpartij KPN werd voorgeschreven. Gezien het rechtszekerheidsbeginsel lag het niet in de rede dat dergelijke voorschriften met terugwerkende kracht zouden worden gegeven. In het onderhavige geval evenwel heeft OPTA een geschil beslecht over de hoogte van de FTA tarieven die tussen partijen zullen gelden voor verkeer dat op het netwerk van Versatel wordt afgewikkeld. In aanmerking genomen dat KPN van meet af aan duidelijk heeft gemaakt dat zij niet instemde met de verschillende FTA tarieven die Versatel vanaf 1 juni 2000 wenste te hanteren en KPN ter zake reeds op 8 juli 2002 een eerste verzoek om geschilbeslechting heeft ingediend bij OPTA, diende Versatel rekening te houden met de mogelijkheid dat de FTA tarieven op een lager niveau zouden worden vastgesteld dan het door haar gewenste niveau en kan aan het rechtszekerheidsbeginsel geen argument worden ontleend dat het besluit slechts kan gelden voor de periode van 2 november dan wel 14 mei 2004. (2 november is de datum waarop het besluit is genomen, en 14 mei is de datum van de aanvraag).

Het CBB oordeelt dat er geen argument kan worden ontleend aan het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien KPN al vanaf het begin door middel van het indienen van een aanvraag tot geschilbeslechting had duidelijk gemaakt dat zij het niet eens was met de door Versatel gehanteerde tarieven.

In een uitspraak van de rechtbank van 22 augustus 2006 komt wederom de terugwerkende kracht van geschilbesluiten aan de orde. De rechtbank overweegt dat:

⁵⁹⁷ CBB 16 juni 2005, *KPN e.a. t. OPTA*, AB 2005, 326, m.nt. G.J.M. Cartigny, *LJN* AT7789.

‘De rechtbank merkt hieromtrent allereerst op met verweerder van oordeel te zijn dat artikel 6.3, tweede lid, van de Tw noch de Richtsnoeren er aan in de weg staan dat tarieven achteraf worden vastgesteld dan wel beoordeeld en volgt niet het standpunt van KPN, dat verweerder zich in het licht van artikel 6.3 van de Tw enkel kan uitspreken over regels die voor de toekomst gelden. De rechtbank merkt in dit verband op dat uit de wetsgeschiedenis niet volgt dat de zinsnede “zullen gelden” in artikel 6.3, tweede lid, van de Tw zo begrepen dient te worden dat de door verweerder vast te stellen regels alleen betrekking kunnen hebben op de toekomst. Daarenboven ziet de rechtbank niet in waarom regels die voor de toekomst gelden er niet toe kunnen strekken om zaken uit het verleden te redresseren.’⁵⁹⁸

Voorts overweegt de rechtbank dat:

‘als een beschikking is gegeven op grond van onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken die te wijten is aan de betrokkene, terwijl het bestuursorgaan een andere (minder gunstige) beschikking zou hebben genomen als het destijds wel de juiste feiten had gekend, eventueel een wijziging van het besluit met terugwerkende kracht mogelijk is.’

Tegen deze uitspraak van de rechtbank is hoger beroep ingesteld.⁵⁹⁹ Het CBB verwijst allereerst naar zijn uitspraak van 16 juni 2005. Het CBB stelt dat in deze zaak het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel er niet aan in de weg staan dat de OPTA in het geschilbesluit tarieven met terugwerkende kracht vast heeft gesteld. Het College overweegt daarbij dat bij een wijziging in benadering door de OPTA, die voor een belanghebbende tot belastende resultaten leidt, deze beginselen een dergelijke vaststelling over het algemeen niet zullen verhinderen indien de reden is gelegen in een factor die voor rekening komt voor de belanghebbende. In dit kader is met name van belang in hoeverre de omstandigheid dat de OPTA van onjuiste feiten is uitgegaan, aan KPN kan worden toegerekend.⁶⁰⁰ Het CBB komt tot de conclusie dat aan KPN kan worden toegerekend dat zij geen complete en correcte informatie heeft verstrekt, en de OPTA niet volledig heeft geïnformeerd.

Door KPN is gesteld dat terugwerkende kracht bij een geschilbesluit in elk geval niet verder mag teruggaan dan de datum van de aanvraag van de geschilbeslechting. Het College overweegt hieromtrent dat een geschilbesluit, afhankelijk van de verplichting waarop het betrekking heeft, in beginsel de hele periode kan betreffen gedurende welke voor de betrokken partijen duidelijk is dat verschil in inzicht bestaat.

⁵⁹⁸ Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, *KPN t. OPTA*, *LJN* AZ0135, 2.5.

⁵⁹⁹ CBB 18 juli 2008, *KPN t. OPTA e.a.*, AB 2008, 295 m.nt. G.J.M Cartigny, *LJN* BE9674.

⁶⁰⁰ R.o. 7.3.4.

Ottow stelt dat het de voorkeur verdient om een objectief bepaalbaar moment in de Telecommunicatiewet vast te leggen, waarin wordt opgenomen dat het besluit van de OPTA terugwerkende kracht heeft tot het moment dat het geschil bij de OPTA aanhangig is gemaakt door de aanvrager.⁶⁰¹

Ik onderschrijf dit standpunt. Er zal *ook* op dit punt een duidelijk wettelijk kader dienen te worden gecreëerd door de wetgever. De lijn in de jurisprudentie is duidelijk, er wordt een mogelijkheid tot terugwerkende kracht open gelaten, tenzij de rechtszekerheid hieraan in de weg staat. In het kader van de rechtszekerheid dient dit punt te worden gedekt met een wettelijke regeling.

6.10 Handhaving van geschilbesluiten

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de mogelijkheden zijn indien een geschilbesluit niet wordt nageleefd. Een regeling op basis waarvan tot executie van geschilbesluiten van de OPTA kan worden overgegaan ontbreekt in de Telecommunicatiewet. Het besluit van de OPTA verschaft partijen geen titel tot executie.

In hoofdstuk 3 is het verschil tussen handhaving en toezicht aan de orde geweest. Toezichtsbevoegdheden zijn opgenomen in titel 5.2 Awb, en de handhavingsinstrumenten zijn bestuursdwang, last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Op basis van de haar toekomende bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen heeft de OPTA de boetebeleidsregels opgesteld. Indien een geschilbesluit niet wordt nageleefd kan de OPTA bestuursrechtelijke sancties opleggen aan de overtreder. De OPTA kan ambtshalve of op verzoek een last onder dwangsom opleggen. Tevens kan zij een bestuurlijke boete opleggen om te bewerkstelligen dat het geschilbesluit alsnog wordt nageleefd.

In de literatuur en de praktijk is de vraag gesteld of de OPTA door middel van een last onder dwangsom ervoor kan zorgen dat te veel betaalde bedragen worden teruggevorderd.⁶⁰² De rechter heeft geoordeeld dat de OPTA hiertoe niet bevoegd is. De civiele rechter is de instantie die bevoegd is om een betaling af te dwingen.⁶⁰³ Er ontstaat pas een verplichting tot betaling na de tussenkomst van de civiele rechter. De geschilbeslechtende bevoegdheid zou teveel worden opgerekt door deze in te zetten voor deze civielrechtelijke kwestie.

⁶⁰¹ Ottow 2006, p. 158.

⁶⁰² Verweij & Sauren 2007, p. 40; Ottow 2003, p. 230.

⁶⁰³ CBB 13 juli 2006, *MCI Nederland e.a.*, LJN AY3826.

Ook in de in paragraaf 5.9 aangehaalde jurisprudentie is door er door de civiele rechter op gewezen dat de OPTA niet de bevoegdheid heeft om partijen te veroordelen wegens onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad:

*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 de 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 Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet bieden dus niet een procedure waarin BabyXL een zelfde uitspraak, of een uitspraak met in wezen hetzelfde effect, kan krijgen als zij thans vordert. Daardoor staat die procedure aan de bevoegdheid van de rechtbank om van de vordering kennis te nemen niet in de weg.*⁶⁰⁴

Een procedure om tot executie van besluiten van de OPTA over te gaan ontbreekt in zowel de Telecommunicatiewet en in de Algemene wet Bestuursrecht.

Aan een beslissing van de OPTA kan een partij dus geen executoriale titel verlenen. Er kan alleen betaling worden afgedwongen via de civiele rechter. *Ottow* stelt dat het weglaten van een specifieke regeling in de Telecommunicatiewet ten nadele komt van een effectieve rechtsbescherming.⁶⁰⁵ Er wordt tekort gedaan aan de effectiviteit van het ingrijpen van de OPTA en het duurt op deze manier voor partijen lang voordat zij hun geld kunnen incasseren. Spoed is een vereiste in het licht van de concurrentie op de markt.

Er zou dan ook een regeling in de Telecommunicatiewet moeten worden opgenomen omtrent de terugvordering van teveel betaalde gelden. Het dient dan te gaan om een snelle procedure, op basis waarvan tot incasso kan worden overgegaan. Zij doet daarnaast, in navolging van *Daalder*, die spreekt over een bestuursrechtelijk exequatur, een voorstel tot het instellen van een rechterlijk verlot.⁶⁰⁶ Het gaat dan om een regeling in de Awb, waarin wordt bepaald dat een bestuursorgaan een besluit kan nemen- waartegen geen bezwaar en beroep openstaat- waarin wordt vermeld welke norm wordt overtreden en welke sanctie het bestuursorgaan toepasselijk acht. Vervolgens legt het bestuursorgaan dit besluit aan de rechter voor, met het verzoek daaraan een dwangsom of een boete te verbinden. De voornaamste aspecten van deze procedure zijn de snelheid en de effectiviteit, welke in de telecommunicatiesector een grote rol spelen.

⁶⁰⁴ Rechtbank Rotterdam 29 november 2001, zaak/rolnummer: 156783/HAZA 01-1308, niet officieel gepubliceerd. Aangehaald in *Ottow* 2002, p. 318 en *Ottow* 2006, p. 365-366.

⁶⁰⁵ *Ottow* 2003, p. 229.

⁶⁰⁶ *Daalder* 2002, p. 242.

In het Wetsvoorstel Vierde Tranche van de Awb is in artikel 4.4.1.2 bepaald dat de verplichting tot betaling van een geldsom bij beschikking wordt vastgesteld. In paragraaf 4.4.4.1 is opgenomen dat een bestuursorgaan een schuldenaar die in verzuim is schriftelijk aanmaant tot betaling binnen twee weken.⁶⁰⁷ Deze aanmaning vermeldt dat bij niet tijdige betaling deze kan worden afgedwongen door op kosten van de schuldenaar uit te voeren invorderingsmaatregelen.

Er kan bij wet een bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel aan een bestuursorgaan worden toegekend. Het gaat dan om een schriftelijk bevel van een bestuursorgaan dat ertoe strekt tot betaling van een geldsom. Een dwangbevel levert een executoriale titel op, die met de voorschriften van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering kan worden tenuitvoergelegd.⁶⁰⁸ Bij deze regeling gaat het om geldschulden in de verhouding tot een bestuursorgaan. Bij geschilbesluiten gaat het om vorderingen tussen partijen onderling. Deze regeling zou echter als voorbeeld kunnen dienen voor een bestuursrechtelijke regeling inzake de executie van geschilbesluiten.

Er zij ter nakoming van verbintenissen dus ook bestuursrechtelijke wegen mogelijk, zoals het voorstel van *Daalder* inzake een bestuursrechtelijk exequatur, waarbij de gang naar de bestuursrechter beter past.

6.11 Aanbevelingen: De Algemene wet Bestuursrecht en geschilbesluiten

In de parlementaire geschiedenis bij artikel 6.3 van de Telecommunicatiewet 1998 is te vinden dat leden van de VVD-fractie vragen waarom de procedure voor de behandeling van geschillen met betrekking tot interconnectie en bijzondere toegang, alsmede de normen op grond waarvan deze geschillen moeten worden beslecht, niet in het wetsvoorstel zijn opgenomen.⁶⁰⁹

Het antwoord luidt dat een uitspraak van het college in een geschil betreffende interconnectie of bijzondere toegang is aan te merken als een beschikking. De in de Algemene wet bestuursrecht voorkomende regeling ten aanzien van besluiten en beschikkingen zou afdoende zijn om een in alle opzichten correcte afhandeling van de bedoelde geschillen te garanderen. Door VVD-leden was aangevoerd dat er geen normen in de wet zijn opgenomen aan de hand waarvan de OPTA een geschil dient te beslechten.

⁶⁰⁷ Voorontwerp vierde tranche Awb, paragraaf 4.4.4.1.

⁶⁰⁸ Paragraaf 4.4.4.2, Voorontwerp vierde Tranche Awb.

⁶⁰⁹ Van Breugel & Daalder 1999, p 291-292.

In de uitspraak tussen Nellen en de Raad van beroep van de NAKG, die in paragraaf 4.3 is genoemd, wordt de Raad van Beroep aangemerkt als een bestuursorgaan, wat tot gevolg heeft dat de Awb van toepassing is op beslissingen van het tuchtgerecht. De annotator merkt op dat het voorzienbaar was dat de toepassing van de Awb op in de reguliere hoofdpatronen passende procedures en instellingen enige fricties zou geven. Dit geldt met name in situaties waarin de aanpassingswetgeving juist op dat punt niet voldoende blijkt te zijn.

Geschilbesluiten wijken af van reguliere besluiten. Het bijzondere kenmerk van een geschilbesluit is de civiele rechtsverhouding tussen partijen. In de jurisprudentie is een aantal vraagstukken omtrent deze bevoegdheid aan de orde geweest, en is op een aantal vragen waar de wetgever geen duidelijkheid heeft verschaft een antwoord gegeven.

Er is door de wetgever geen duidelijk kader opgesteld voor de geschilbeslechtende bevoegdheid en daaruit volgende geschilbesluiten. *Ottow* heeft met betrekking tot een aantal punten van deze bevoegdheid aanbevelingen gedaan aan de wetgever. Zij richt zich daarbij specifiek tot de telecommunicatiewetgever. In hoofdstuk 3 is echter aangetoond dat deze rechtsfiguur van geschilbeslechting tussen particulieren door een bestuursorgaan ook in andere wetten dan de Telecommunicatiewet is opgenomen. *Verhey en Verheij* merken dan ook op: *Als het EG-recht op grotere schaal aan marktautoriteiten en wellicht ook aan andere bestuursorganen zou gaan opdragen om geschillen te beslechten, zou het overweging verdienen om daarvoor in de Awb een aparte regeling te treffen.*⁶¹⁰

Zij geven tevens aan dat het probleem is gelegen in het feit dat de Awb eigenlijk niet is toegespitst op het beslechten van geschillen. De constructie van geschilbeslechting door marktautoriteiten wringt. Dat wordt ook duidelijk uit de verschillende bijzondere kenmerken die aan deze specifieke besluiten zijn verbonden. Ook *Daalder* stelt dat het goed zou zijn om een onderzoek te doen naar de mogelijkheid om enkele algemene bepalingen over geschilbeslechtende besluiten in de Awb op te nemen.⁶¹¹

Deze bevoegdheid is in meerdere sectoren aan bestuursorganen toebedeeld. *Steyger* stelt dat het voorstelbaar is dat toezichthouders met geschilbeslechtingsbevoegdheden uiteindelijk in de Awb een specifieke regeling krijgen, met een status aparte van het genus bestuursorgaan.⁶¹²

⁶¹⁰ Verhey & Verheij 2005, p. 170.

⁶¹¹ Daalder 2004, p. 32.

⁶¹² Steyger 2007, p. 16.

In hoofdstuk 1 is de hoofdvraag van dit onderzoek gesteld, luidende: Wat zijn de gevolgen voor het bestuursrecht van de toekenning door de (Europese) wetgever van geschilbeslechtende bevoegdheden aan bestuursorganen? In dit onderzoek is een aantal verschillen naar voren gekomen tussen besluiten en geschilbesluiten. Dit zijn de volgende:

- Aan geschilbesluiten ligt een civielrechtelijke verbintenis ten grondslag.
- Het geschilbesluit is gericht aan twee partijen. Er zijn automatisch twee belanghebbenden.
- Het besluit treedt in de plaats van de overeenkomst tussen partijen. Het regelt de civielrechtelijke verhouding.
- Geschilbesluiten hebben zowel een publiekrechtelijk als een privaatrechtelijk element in zich.
- Overeenstemming naderhand ontnemt de werking aan het besluit.

Vooropgesteld is dat geschilbeslechting besluitvorming is in de zin van de Awb. Door de bijzondere kenmerken bestaan er echter wel degelijk gevolgen voor het bestuursrecht. Het gevolg is dat er een nieuwe bestuursrechtelijke figuur is geïntroduceerd in ons rechtstelsel. Er is een nieuwe, bijzondere categorie van besluiten ontstaan: geschilbesluiten. Het is bijzonder dat bestuursorganen een extra taak hebben toegekend gekregen, namelijk het beslechten van geschillen tussen private ondernemingen.

Deze specifieke rechtsfiguur vergt echter een aantal aanpassingen in het regelgevingskader, vanwege de bijzondere kenmerken die eraan zijn verbonden, met name in het belang van de rechtszekerheid. Door de wetgever dient nader te worden geregeld dat een geschilbesluit rechtstreeks doorwerkt in de overeenkomst tussen partijen. Tevens verdient aanbeveling een regeling op te nemen inzake het gevolg van de situatie dat partijen na een geschilbesluit overeenstemming bereiken. Ook dient formeel te worden geregeld tot welk moment een geschilbesluit kan terugwerken.

Inzake de handhaving van geschilbesluiten zal door de wetgever moeten worden nagedacht over een efficiënte regeling, waarbij partijen snel hun financiële rechten kunnen effectueren. Hierbij is de marktontwikkeling zeer gebaat. Dat is uiteindelijk de doelstelling van de introductie van deze nieuwe rechtsfiguur.

6.12 Samenvatting en conclusies

Het feit dat geschilbesluiten besluiten zijn in de zin van de Awb heeft als gevolg dat daartegen beroep openstaat bij de bestuursrechter. Er is door de wetgever de

keuze gemaakt om het beroep tegen geschilbesluiten te concentreren bij één instantie, het CBB. De reden hiervoor is gelegen in de grotere specialisatie in het economische bestuursrecht.

Er staat tegen geschilbesluiten geen bezwaar open. In de Telecommunicatiewet 1998 stond nog wel bezwaar open tegen geschilbesluiten. In verschillende onderzoeken waaronder naar de lange doorlooptijden in de telecommunicatiesector is gepleit voor het afschaffen van de bezwaarfase. Deze lange doorlooptijden waren nadelig voor de marktontwikkeling. In het jaarverslag van de OPTA van 2005 is opgemerkt dat is gebleken dat het overslaan van de bezwaarfase belangrijke tijdswinst oplevert voor marktpartijen.

In marktanalysebesluiten worden verplichtingen aan partijen met Amm opgelegd. Geschilbesluiten zijn vaak een nadere concretisering van marktanalysebesluiten. Eind 2007 is door de rechter beslist op de eerste ronde van marktanalysebesluiten die door de OPTA zijn genomen op basis van de Telecommunicatiewet 2004. Uit een analyse van de rechterlijke uitspraken blijkt dat de rechter meer neigt naar een terughoudende toetsing dan naar een indringende toetsing van marktanalysebesluiten.

Indien beroep is ingesteld tegen een geschilbesluit onderzoekt de rechter of er daadwerkelijk sprake is van een geschil tussen partijen. Uit de jurisprudentie blijkt dat indien er geen sprake is van een geschil, de OPTA geen bevoegdheid heeft om een beslissing te nemen.

Uit de jurisprudentie in het telecommunicatierecht blijkt dat het uitgangspunt is dat concurrenten niet als belanghebbenden worden aangemerkt bij geschilbesluiten. De rechter gaat er daarbij van uit dat andere partijen indien zich een geschil voordoet zelf met dit geschil naar de OPTA kunnen stappen. In de jurisprudentie wordt overwogen dat het niet goed denkbaar zou zijn om een derde in een geschil te laten participeren dat er uiteindelijk toe strekt om de contractuele verhouding tussen twee partijen vaststelt.

Daar kan echter tegen worden ingebracht dat het wel voor de hand ligt derden als belanghebbenden aan te merken bij een geschilbesluit, indien er een vast tarief wordt vastgesteld dat ook op dezelfde manier voor andere partijen zal gelden. Op basis van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zal de OPTA echter in dezelfde lijn deze geschillen moeten beslechten.

Het gaat bij geschilbesluiten om een mengvorm van publiekrecht en privaatrecht. In de Griekse literatuur wordt door *Dellis* gesproken van een *hermafroditische* be-

voegdheid. Er kleven zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke kenmerken aan een geschilbesluit. Gezien de civielrechtelijke aspecten die aan een geschilbesluit kleven, kan de vraag worden gesteld of er tegen geschilbesluiten niet beter beroep bij de civiele rechter kan worden ingesteld.

Bij de vraag aan welke rechter het geschil dient te worden voorgelegd zijn mijns inziens twee benaderingen mogelijk. In de visie waar de privaatrechtelijke kenmerken van geschilbesluiten voorop worden gesteld staat de contractsvrijheid centraal. Er is sprake van een civielrechtelijk geschil waarbij het gaat om civiele partijen de belangen op geld waardeerbaar zijn. De vraag bij deze benadering kan worden gesteld is echter in hoeverre er daadwerkelijk nog kan worden gesproken van contractsvrijheid. Niet contracteren is op basis van de wet geen optie.

Uit de verschillende wetten waarin de geschilbeslechtende bevoegdheid aan bestuursorganen is toegekend blijkt dat publiekrechtelijke inmenging in contracten expliciet de bedoeling is van de wetgever. Dit blijkt ook uit de Europese richtlijnen in de telecommunicatiesector. Er wordt een rol aan bestuursorganen toegekend in het beslechten van geschillen vanwege de expertise die deze organen toekomt. Dit bestuursorgaan wordt geacht het geschil te toetsen aan publiekrechtelijke normen. Mijns inziens hebben de bestuursrechtelijke elementen hier dan ook de overhand en ligt de weg naar de bestuursrechter meer voor de hand. Mede met inachtneming van het feit dat de overige OPTA besluiten ook bij de bestuursrechter worden voorgelegd lijkt dit logisch. In het kader van de rechtszekerheid kan ook een argument worden gevonden aangezien partijen voor overige zaken ook de bestuursrechter adiëren en hier één lijn wordt getrokken. Mijns inziens ligt de benadering waarbij de bestuursrechtelijke kenmerken voorop worden gesteld dan ook meer voor de hand.

De conclusie luidt dat geschilbeslechting een *hermafroditische* bevoegdheid is. Geschilbesluiten zijn zowel privaatrecht als publiekrecht. Echter, het publiekrecht heeft hier de overhand.

In de jurisprudentie is bepaald dat het uitgangspunt is dat het toekennen van terugwerkende kracht aan geschilbesluiten slechts bij uitzondering mogelijk is. Door het CBB is overwogen dat een geschilbesluit, afhankelijk van de verplichting waarop het betrekking heeft, in beginsel de hele periode kan betreffen gedurende welke voor de betrokken partijen duidelijk is dat verschil in inzicht bestaat. In het kader van de rechtszekerheid verdient het de voorkeur een objectief bepaalbaar moment in de wet op te nemen.

In de literatuur rijst de vraag of de OPTA door middel van een last onder dwangsom te veel betaalde gelden tussen partijen kan terugvorderen. De rechter heeft geoordeeld dat dit niet mogelijk is en dat de civiele rechter de bevoegde instantie is om een betaling af te dwingen. Aan een geschilbesluit kan geen executoriale titel worden verleend. Het duurt op deze manier lang voordat partijen hun geld hebben, wat nadelig kan zijn voor de concurrentie. Op basis van het wetsvoorstel Vierde Tranche van de Awb kan aan bestuursorganen een bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel aan een bestuursorgaan worden toegekend. Deze bepaling kan als voorbeeld dienen voor een bestuursrechtelijke regeling omtrent de executie van geschilbesluiten.

Uit de hoofdstukken 5 en 6 is gebleken dat er een aantal specifieke kenmerken aan geschilbesluiten zijn verbonden. Er is sprake van een aantal onduidelijkheden omtrent de bevoegdheid tot geschilbeslechting. Het wordt aanbevolen om deze nader te regelen. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat deze bevoegdheid in meerdere wetten voorkomt. Er kan voor worden gekozen om een aantal bepalingen omtrent geschilbesluiten in de bijzondere wetten op te nemen of een regeling in de Awb op te stellen. Er wordt echter wel aanbevolen dit nader te regelen in het kader van de rechtszekerheid.

Hoofdstuk 7

Griekenland

7.1 Griekenland:

In dit hoofdstuk vindt een rechtsvergelijking plaats met het Griekse telecommunicatie-recht. In paragraaf 1.6 is reeds gewezen op het gegeven dat het bij het Nederlandse en het Griekse systeem gaat om vergelijkbare systemen. Voor Griekenland als EU-lidstaat gelden dezelfde Europese telecommunicatieregels als in Nederland. Ook in Griekenland diende het ‘telecompakket’ te worden geïmplementeerd. In Griekenland duiken omtrent de bevoegdheid tot geschilbeslechting dezelfde vragen op als in Nederland. Vandaar dit extra hoofdstuk waaruit mogelijkere interessante informatie naar voren komt.

LIBERALISERING

De liberalisering in de telecommunicatiesector in Griekenland is in vergelijking met andere EU Lidstaten traag van de grond gekomen. Hiervoor zijn een tweetal oorzaken aan te wijzen. Eén daarvan is gelegen in de zwakkere economische groei van het land. Ten tweede spelen de geografische factoren die de aanleg van communicatienetwerken bemoeilijken een rol.⁶¹³ Het land wordt gekenmerkt door een berglandschap en honderden eilanden die aan het netwerk moeten worden aangesloten.

Om die redenen heeft Griekenland een wat langere overgangstijd gekregen om tot volledige liberalisering van de telecommunicatiemarkt te komen. Tot de groep van andere landen die een weinig ontwikkeld netwerk hadden behoorden Spanje, Ierland en Portugal. Ook zij hebben uitstel gekregen om tot volledige liberalisering over te gaan.

In de Europese richtlijnen was 1 januari 1998 als datum vastgesteld waarop de liberalisering in de Lidstaten een feit zou moeten zijn.⁶¹⁴ Er is door de Commissie aan Griekenland uitstel verleend tot 31 december 2000.

Op 19 december 2000 werd de volledige liberalisering in Griekenland een feit, door middel van de inwerkingtreding van wet nummer 2867 over de Organisatie en de exploitatie op het gebied van Telecommunicatie en andere voorschriften.⁶¹⁵ De doelstellingen in deze wet bestonden uit het beschermen van de belangen van

⁶¹³ Zie ook: Anastasyadis, p. 95.

⁶¹⁴ Zie ook: paragraaf 2.2.1.

⁶¹⁵ Wet nr. 2867/2000, FEK A' 273/19.12.00. (FEK is de afkorting voor Fyllon Efimeridas tis Kyverniseos, het Griekse Staatsblad).

consumenten, het beschermen van persoonlijke gegevens en data van gebruikers, de ontwikkeling van vrije concurrentie en de algehele ontwikkeling van de telecommunicatiesector.

TOEZICHTHOUDER

In 1992 werd op basis van wet nummer 2075 als Griekse regulator in de telecommunicatiesector de EET (Ethniki Epitropi Tilepikinonion) opgericht.⁶¹⁶ In 1998 kreeg de EET het toezicht op de postsector als taak erbij, en werd de naam veranderd in EETT (Ethniki Epitropi Tilepikinonion Kai Tachidromion). Op basis van de reeds genoemde wet nummer 2867/2000 omtrent de Organisatie en Exploitatie op het gebied van telecommunicatie en andere voorschriften werden haar regulerende taken verder uitgebreid en versterkt. De voormalig staatsmonopolist in Griekenland is de OTE (Organismos Tilepikinonion Tis Ellados).

In artikel 3 van wet nummer 2867/2000 werden de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de EETT expliciet opgenomen. Het college van de EETT is een zelfstandig bestuursorgaan. Het bestaat uit negen leden, waaronder een president en twee vice-presidenten. Op grond van wet 3371/2005 worden deze drie leden gekozen door de Ministerraad.⁶¹⁷ Dit gebeurt op voorstel van de minister van Transport en Communicatie en het speciale permanente comité van instuten en transparantie. De overige zes leden worden gekozen door de minister van transport en communicatie. Het gaat om personen met een bijzondere deskundigheid: *'EETT members are members of high status, enjoy wide social approval and are distinguished for their scientific expertise and for their professional ability in the technical, economic or legal field'*.⁶¹⁸ De leden voeren hun taken op geheel onafhankelijke en onpartijdige wijze uit. In deze wet is opgenomen dat de ambtstermijn van de leden vijf jaar bedraagt.

De regulator heeft op basis van wet 2867 onder andere de bevoegdheid om administratieve sancties of boetes op te leggen aan telecommunicatieaanbieders.⁶¹⁹ Daarnaast heeft zij de bevoegdheid tot het verlenen, schorsen of intrekken van vergunningen die telecommunicatieondernemingen nodig hebben om in Griekenland te kunnen opereren. Tegen alle beslissingen van de regulator staat de weg naar de bestuursrechter open.

De visie van de regulator is om de elektronische communicatie in Griekenland uit te breiden en constant te verbeteren zodat iedereen kan deelnemen in de kennis-

⁶¹⁶ Wet nr. 2075/1992, FEK A' 129.

⁶¹⁷ Wet nr. 3371/2005, FEK A' 178/14.7.2005.

⁶¹⁸ (www.EETT.gr).

⁶¹⁹ Deze sancties zijn vergelijkbaar met de handhavingsbevoegdheden genoemd in paragraaf 2.6.5.

maatschappij.⁶²⁰ Haar missie is het bewerkstelligen van toegang op grote schaal tot communicatienetwerken en -diensten. Het beschermen van de rechten van consumenten staat tevens centraal in haar beleid.

GESCHILBESLECHTING

Op basis van de nieuwe Europese richtlijnen uit 2002 is in 2005 een ontwerp van een nieuwe Telecommunicatiewet uitgevaardigd.⁶²¹ Op basis van dit ontwerp werden alle belanghebbende partijen in staat gesteld om hierop hun commentaar te geven. In 2006 is het voorstel wet geworden. Het is de wet nummer 3431.⁶²² In deze wet is zoals gezegd het nieuwe Europese regelgevingskader opgenomen. Op basis van deze wet is de taak tot geschilbeslechting voor het eerst aan de EETT toegekend. Eerder was er door de Griekse wetgever niet voor gekozen om de bevoegdheid tot geschilbeslechting toe te kennen aan de EETT.

Deze bevoegdheid is opgenomen in artikel 18 van de Griekse Telecommunicatiewet.⁶²³ De EETT kan een bindende beslissing nemen in een geschil tussen twee telecommunicatieondernemingen. Het gaat om geschillen die voortvloeien uit verplichtingen die gelden op basis van de wet of uit andere regelingen of besluiten die op deze wet zijn gebaseerd. In lid 3 van artikel 18 is opgenomen dat de regulator kan afzien van geschilbeslechting indien zij van mening is dat er andere, betere, mechanismen bestaan om het voorgelegde geschil te beslechten.

Dit is overeenkomstig artikel 20 Kaderrichtlijn, waarin is vermeld dat de Lidstaat de regulator de bevoegdheid kan toekennen om te besluiten een geschil niet op te lossen door middel van een bindend besluit wanneer er andere mechanismen bestaan, met inbegrip van bemiddeling, die beter zouden bijdragen tot het tijdig beslechten van het geschil. In Nederland kan de OPTA ervoor kiezen tot bemiddeling over te gaan voordat zij tot geschilbeslechting over gaat. Tevens is voor partijen de weg naar de civiele rechter op basis van artikel 112 Grondwet niet uitgesloten.⁶²⁴ De OPTA staan geen andere mechanismen ter beschikking.

De EETT neemt zo snel mogelijk een beslissing en heeft ten hoogste vier maanden de tijd om het geschil te beslechten. Indien het geschil wordt doorverwezen naar een andere instantie, dient deze het geschil ook binnen vier maanden te beslechten. Gebeurt dit niet binnen die termijn, dan beslecht de EETT alsnog zelf het geschil.

⁶²⁰ (www.EETT.gr).

⁶²¹ Zie voor een overzicht van deze richtlijnen paragraaf 2.5.

⁶²² Wet nr. 3431/2006 FEK 'A 13/3.2.2006, (Griekse Telecommunicatiewet).

⁶²³ Artikel 18 (bindende geschilbeslechting tussen ondernemingen) Wet nr. 3431/2006.

⁶²⁴ Zie paragraaf 5.9.

In artikel 20 van wet nr. 3431/2006 is tevens de mogelijkheid opgenomen voor partijen om voor arbitrage te kiezen. Dit is een mogelijkheid naast geschilbeslechting. Door de EETT wordt een permanente arbitrage-commissie aangesteld. De arbiters worden gekozen uit een lijst met experts die door de EETT is opgesteld.

Zowel de toezichthouder als beide marktpartijen moeten instemmen met de keuze voor arbitrage. Bij geschilbeslechting is dit niet het geval. Daar is het verzoek van één partij bij de regulator voldoende om tot geschilbeslechting over te gaan. De beslissing die bij arbitrage wordt genomen ziet op het gehele geschil. Bij geschilbeslechting ligt de focus op een bepaald aspect van het geschil. Het bindende effect van een beslissing op basis van arbitrage is groter aangezien het lastiger is een arbitrage-uitspraak aan een civiele rechter voor te leggen. Dit hangt samen met het feit dat partijen vrijwillig overeengekomen zijn hun geschil aan een arbiter voor te leggen.

Arbitrage verschilt van geschilbeslechting in die zin dat bij arbitrage de civiele geschillen niet door de regulator zelf worden beslecht maar door derde personen. Er zijn bij de arbitrage-regeling minder problemen in het licht van de scheiding der machten, maar het uniforme karakter van de regulering die wordt bereikt door geschilbeslechting door de regulator vervalst. De toetsing achteraf door de rechter van deze arbitrage-vonnissen is zeer beperkt, vanwege de vrijwillige keuze van partijen voor deze vorm van geschilbeslechting. Van de mogelijkheid tot arbitrage op grond van artikel 20 van wet 3431 is tot op heden geen gebruik gemaakt. Dit heeft te maken met de hogere kosten die aan deze procedure verbonden zijn. Ook speelt mee dat de regulator niet erg positief tegen arbitrage aankijkt. Dit alternatief voor geschilbeslechting blijkt in de praktijk dan ook niet effectief. In Nederland is een dergelijk artikel waarin de mogelijkheid van arbitrage is opgenomen niet in de Telecommunicatiewet opgenomen.

Het grootste gedeelte van de praktijk van de Griekse regulator bestaat uit handhaving door middel van bestuurlijke boetes. Hieruit bestaat 90 procent van de Griekse regulering. Er zijn met name aan OTE hoge boetes opgelegd. In augustus 2005 is aan OTE een boete opgelegd van 500.000 euro omdat zij in strijd hadden gehandeld met regelgeving inzake nummerportabiliteit.

Dat de nadruk door de EETT op handhaving wordt gelegd hangt mogelijkkerwijs samen met de late introductie van de bevoegdheid tot geschilbeslechting in het Griekse systeem. De OPTA heeft zich bij de uitoefening van haar taken juist geschilafhankelijk opgesteld en zich minder op handhaving gericht.⁶²⁵ Ook in Grie-

⁶²⁵ Paragraaf 5.8.

kenland ontbreken duidelijke beleidsregels omtrent de keuze van de regulator tussen geschilbeslechting en handhaving.

BESTUUR OF RECHTSPRAAK?

Ook in Griekenland vormt geschilbeslechting door de regulator een bijzonder fenomeen. In de Griekse literatuur spelen dezelfde vragen omtrent het rechtskarakter van deze bevoegdheid als in Nederland.

De Griekse Grondwet maakt een onderscheid tussen strafrechters, bestuursrechters en civiele rechters. In de Griekse literatuur wordt, zoals in het vorige hoofdstuk reeds is weergegeven, gesteld dat de bevoegdheid tot geschilbeslechting een dubbel karakter heeft. Het gaat zowel om publiekrecht als om privaatrecht. Opgemerkt wordt dat het fenomeen regulator is ontstaan in de Angelsaksische '*common law*' systemen waar de scheiding der machten op een andere manier wordt gezien dan in de '*civil law*' systemen.⁶²⁶

Het Griekse stelsel en de overige Europese stelsels worden gekenmerkt door een strenge scheiding tussen bestuur en rechter. Bij dit onderscheid past niet goed het fenomeen dat de regulator geschillen beslecht en de rechter zich opstelt als een regulator. *Dellis* concludeert dat de Europese juridische systemen niet zijn ingesteld op geschilbeslechting door regulators. De 'figuur van de regulator' is een vreemde gezien de constitutionele achtergrond.⁶²⁷

In paragraaf 5.2 is de discussie omtrent het legaliteitsbeginsel weergegeven. Ook in Griekse literatuur komt dit punt naar voren. Regulators hebben volgens *Dellis* een meer dan bestuurlijke functie. Hij stelt de vraag of het legaliteitsbeginsel op een minder strikte manier zou moeten worden gehanteerd. Moeten regulators ook kunnen optreden indien er geen specifieke bevoegdheid bestaat maar slechts een algemene taak? Deze vraag beantwoordt hij echter niet.⁶²⁸

De EETT is een bestuursorgaan, maar kijkt op een aantal punten af van andere bestuursorganen. *Dellis* stelt dat de EETT een aantal quasi-judiciële bevoegdheden heeft. Hij noemt geschilbeslechting, arbitrage en het nemen van voorlopige maatregelen.⁶²⁹ Het nemen van voorlopige maatregelen is gebaseerd op artikel 18 lid 7 van de Griekse Telecommunicatiewet.⁶³⁰

⁶²⁶ *Dellis* 2008b, p. 132 e.v.

⁶²⁷ *Dellis* 2008b, p. 134.

⁶²⁸ *Dellis* 2008b, p. 132 e.v.

⁶²⁹ *Dellis* 2008b, p. 119-126.

⁶³⁰ Artikel 18 lid 4 van Wet nr. 3431/2006; In Nederland is deze bevoegdheid opgenomen in artikel 12.5 lid 2 van de Telecommunicatiewet 2004; zie ook paragraaf 2.

Dellis gaat na op basis van het formele criterium van rechtspraak of het bij geschilbeslechting gaat om rechtspraak, en komt tot een aantal conclusies. De leden van de EETT zijn formeel geen rechters, ze hebben niet de constitutionele waarborgen die rechters hebben. Een regulator is geen onafhankelijke derde partij aangezien zij altijd de legaliteit en de controle van haar eigen keuzes en beslissingen dient na te gaan.

Een regulator kan ook onofficieel aan een zaak werken, wat een civiele rechter of een bestuursrechter niet kunnen. Geschilbeslechting is min of meer een uitzondering en niet verplicht, terwijl rechters niet een zaak kunnen afwijzen. Beslissingen van regulators produceren geen *res judicata*. In dat opzicht gaat het om een bestuurlijke handeling en niet om rechtspraak. Er is dus geen sprake van rechtspraak, maar er zijn wel gelijkenissen gezien het civiele geschil dat aan de beslissing van de regulator ten grondslag ligt.⁶³¹

De conclusie is dat het bij geschilbeslechting gaat om besluitvorming. Gelet op het feit dat er zowel publiekrechtelijke als civielrechtelijke aspecten aan de figuur van geschilbeslechting kleven spreekt *Dellis* over een hermafroditische bevoegdheid.⁶³² Het gaat om een bevoegdheid met een dubbel karakter.

In elke lidstaat speelt het mededingingsrecht dat is opgenomen in de artikelen 81 en 82 van het EG verdrag ook een rol naast de specifieke telecomunicatiewetgeving, zo ook in Griekenland. In het Griekse systeem zijn de algemene mededingingsregels opgenomen in wet nummer 703/1977 betreffende de controle op monopolies en oligopolies en de bescherming van vrije mededinging, zoals gewijzigd bij wet nr. 2941/2001.⁶³³ In deze wet worden onder meer het verbod op prijsafspraken geregeld. Ook het misbruik van machtspositie en ander gedrag van ondernemingen welke de mededinging beperkt of de opzet heeft de mededinging te beperken. Artikel 2 van deze wet komt in wezen overeen met het bepaalde in artikel 82 EG.

In paragraaf 2.2.3 is reeds gewezen op het feit dat het algemene mededingingsrecht ook een pijler is van het telecomunicatierecht. Door de NMa en de OPTA zijn onderling afspraken gemaakt om de samenwerking tussen beide toezichthouders te regelen om *forum-shopping* tegen te gaan. Ook tussen de EETT en de Griekse NMa (de Epitropi Antagonismou) zijn dergelijke afspraken gemaakt.

⁶³¹ *Dellis* 2008b, p. 128-129.

⁶³² Zie ook: hoofdstuk 5 en 6.

⁶³³ Wet nr. 703/1977 FEK 'A 20/26.9.1977.

JURISPRUDENTIE

De Epitropi Antagonismou heeft grotendeels dezelfde structuur als de EETT. In jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is bepaald dat de Griekse mededingingsautoriteit geen rechter is als bedoeld in artikel 234 van het EG verdrag.⁶³⁴ Dit bevestigt de conclusie dat geschilbeslechting door de EETT geen rechtspraak is.

Bij een geschil tussen een apothekersvereniging en een leverancier van farmaceutische middelen is aan de Griekse mededingingsautoriteit een vraag gesteld in het kader van dit geschil. Aan de hand van deze vraag stelt de Mededingingsautoriteit een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

Allereerst gaat het Hof na of de Mededingingsautoriteit een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG verdrag.

In artikel 8 lid 1 van wet nr. 703/1977 is bepaald:

“Er wordt een Epitropi Antagonismou ingesteld, dat als onafhankelijke autoriteit functioneert. Zijn leden genieten persoonlijke en functionele onafhankelijkheid en zijn in de uitoefening van hun functie enkel gebonden door de wet en hun geweten. Het Epitropi Antagonismou beschikt over administratieve en economische autonomie. Het staat onder toezicht van de minister van... (Ontwikkeling)....”

Verder vermeldt het artikel dat het Epitropi Antagonismou negen leden telt. Deze leden en hun plaatsvervangers worden aangewezen volgens de samenstelling die in artikel 8 lid 3 is opgenomen. Vier leden, inclusief hun plaatsvervangers, worden gekozen door de minister op de door vier beroepsorganisaties ingediende lijsten van telkens drie kandidaten.

Tot de overige leden behoren een lid van de juridische dienst van de staat, of een andere hoge magistraat, twee universitaire docenten, waaronder een jurist en een econoom, en twee gezaghebbende personen met ervaring op het gebied van economisch recht en mededingingsbeleid.

Op grond van het vijfde lid van artikel 8 worden de leden van de Mededingingsautoriteit benoemd door de minister van Ontwikkeling voor een mandaat van drie jaar. In lid 6 is bepaald dat de voorzitter van de Mededingingsautoriteit wordt aangewezen uit de leden. De president van de autoriteit is staatsambtenaar en oefent deze functie tijdens de gehele duur van zijn mandaat als enige taak uit.

⁶³⁴ HvJEG 31 mei 2005, zaak C53-03, *Jur.* 2005, p. I-4609.

Tijdens de duur van hun mandaat mogen de voorzitter en de leden geen andere, al dan niet bezoldigde, publieke functie of particuliere beroepsactiviteit uitoefenen, die onverenigbaar is met de hoedanigheid en de verplichtingen als lid van het Epitropi Antagonismou.

Het Hof overweegt dat:

*Volgens vaste rechtspraak houdt het Hof, om te beoordelen of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen op een procedure na tegenspraak, de toepassing van het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.*⁶³⁵

De rechter verwijst hier naar het arrest *Dorsch Consult*, dat in paragraaf 4.3 is besproken. De rechter wijst er tevens op dat de nationale rechter alleen bevoegd is tot verwijzing naar het Hof indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont.

Het Hof overweegt vervolgens dat:

*Dienaangaande zij allereerst opgemerkt, dat het Epitropi Antagonismou onder toezicht van de minister van Ontwikkeling staat. Dit toezicht brengt met zich mee dat deze minister, binnen zekere grenzen, bevoegd is om de rechtmatigheid van beslissingen van het Epitropi Antagonismou te toetsen.*⁶³⁶

*Volgens de bewoordingen van wet nr. 703/1977 genieten de leden van het Epitropi Antagonismou weliswaar een persoonlijke en functionele onafhankelijkheid en zijn zij in de uitoefening van hun functie enkel gebonden door de wet en hun geweten, doch dit neemt niet weg dat de herroeping of intrekking van hun benoeming kennelijk niet aan bijzondere waarborgen is onderworpen. Een dergelijk systeem lijkt geen doeltreffende waarborg te bieden tegen ongeoorloofde druk of tussenkomst van de uitvoerende macht jegens de leden van de Epitropi Antagonismou.*⁶³⁷

Ten slotte wordt door het Hof opgemerkt dat een mededingingsautoriteit als het Epitropi Antagonismou nauw samen dient te werken met de Commissie van de Europese Gemeenschappen en dat een dergelijke autoriteit krachtens artikel 11 lid 6 van Verordening nummer 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het

⁶³⁵ R.o. 29.

⁶³⁶ R.o. 30.

⁶³⁷ R.o. 31.

Verdrag⁶³⁸, door de Commissie zijn bevoegdheid in individuele gevallen kan worden ontnomen. In dit artikel is vermeld dat indien de Commissie een procedure inleidt die tot het geven van een beschikking moet leiden, dit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 wordt ontnomen.⁶³⁹

Het Hof kan slechts worden aangezocht door een orgaan dat uitspraak moet doen in een bij hem aanhangig geding dat uitmondt in een beslissing die kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont. Echter, telkens als de Commissie een zaak aan het Epitropi onttrekt, mondt de bij de instantie ingeleide procedure niet uit in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont.

Uit alle onderzochte factoren tezamen leidt het Hof af dat de Griekse mededingingsautoriteit geen rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG. Het Hof is dan ook niet bevoegd om de door deze autoriteit gestelde vragen te beantwoorden.⁶⁴⁰

CONCLUSIE

Hetgeen door het Hof is overwogen kan ook worden toegepast op de Griekse Telecommunicatieautoriteit, de EETT. Voor de aanstelling van de leden geldt grotendeels hetzelfde.⁶⁴¹ De EETT is een bestuursorgaan en geschilbesluiten zijn bestuursbesluiten. Het gaat niet om de uitoefening van een rechterlijke taak, of zoals *Dellis* het stelt, om quasi-judiciële taken.

Wel heeft deze figuur civiele kenmerken. De regulering door de toezichthouder en daarmee het publiekrecht overheersen echter. Er is in Griekenland dan ook, net als in Nederland, voor gekozen om beroep bij de bestuursrechter open te stellen tegen deze geschilbesluiten en geen beroep bij de civiele rechter. Ook in Griekenland is dus overwogen dat de bestuursrechter de meest aangewezen instantie is om een geschilbesluit te toetsen.

⁶³⁸ (*PbEU* 2003, L1/1).

⁶³⁹ R.o. 34.

⁶⁴⁰ R.o. 37.

⁶⁴¹ Zie ook: *Dellis* 2008b, p.

Hoofdstuk 8

Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden op basis van de onderzoeksresultaten uit de vorige hoofdstukken de onderzoeksvragen die in hoofdstuk 1 zijn geformuleerd beantwoord.

De hoofdvraag van dit onderzoek luidt:

- *Wat zijn de gevolgen voor het bestuursrecht van de toekenning door de (Europese) wetgever van geschilbeslechtende bevoegdheden aan bestuursorganen?*

Deze geschilbeslechtende bevoegdheden zijn in verschillende wetten aan verschillende bestuursorganen toebedeeld. Het is in ons rechtssysteem niet gebruikelijk dat een bestuursorgaan een geschil tussen twee particuliere ondernemingen beslecht. Er rijzen in de literatuur en jurisprudentie dan ook allerlei vragen naar aanleiding van deze constructie. In dit onderzoek zijn de verschillende onduidelijkheden die omtrent deze figuur bestaan onderzocht. Dit is des te meer van belang nu deze bevoegdheid in meerdere regelingen te vinden is.

In dit onderzoek staat de geschilbeslechtende bevoegdheid die aan de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) in de Telecommunicatiewet is toegekend centraal. De reden hiervoor is dat op basis van deze bevoegdheid de meeste besluiten zijn genomen en de meeste jurisprudentie bestaat. Er is in dit onderzoek een rechtsvergelijking met het Griekse telecommunicatierecht opgenomen. Deze vergelijking is toegespitst op de geschilbeslechtende bevoegdheid van de Griekse Telecommunicatie Autoriteit, de Ethniki Epitropi Tilepikinonion kai Tachidromion (EETT).

Om de hoofdvraag te kunnen beantwoorden zijn een aantal deelvragen geformuleerd.

De eerste deelvraag van dit onderzoek is:

- *Wat is de achtergrond van deze geschilbeslechtende bevoegdheid en waarom is de keuze gemaakt deze bevoegdheid toe te kennen aan de OPTA?*

In de hoofdstukken 2 en 3 is een overzicht gegeven van de regelgeving die in het kader van deze bevoegdheid relevant is. Uit dit overzicht blijkt dat in de telecommunicatiesector sinds de jaren '80 van de vorige eeuw een beleid van liberalisering en harmonisering wordt gevoerd. Er zijn in dit kader door de Europese Commis-

sie talloze richtlijnen uitgevaardigd. Op basis van deze richtlijnen zijn de staatsmonopolies in de lidstaten opgebroken en is er concurrentie op de telecommunicatiemarkten tot stand gebracht.

De redenen voor dit beleid zijn van economische aard. Als voordelen van het tot stand brengen van vrije concurrentie worden gezien een verbetering van de concurrentiepositie van Europa ten opzichte van andere landen zoals de Verenigde Staten en Japan, meer technologische innovatie en meer keuzemogelijkheden voor de consument.

Er dienden op basis van de Europese telecommunicatieregelgeving nationale toezichthouders te worden ingesteld met specifieke kennis op het gebied van telecommunicatie. Deze toezichthouders worden in de Richtlijnen aangeduid als National Regulatory Authorities (NRA's). Aan deze toezichthouders werd de eis gesteld dat zij in grote mate onafhankelijk van de marktpartijen en van lidstaten die nog zeggenschap hadden in (voormalig) staatsbedrijven konden opereren.

Aan de hand van deze richtlijnen is in Nederland de OPTA opgericht. De OPTA heeft de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan. Dit betekent dat de minister slechts algemene aanwijzingen aan de toezichthouder kan geven, en geen aanwijzingen in concrete gevallen. Op deze manier kan de OPTA in hoge mate onafhankelijk van de politiek opereren. Aan de toezichthouders worden in het kader van de in de verschillende richtlijnen vermelde doelstellingen verschillende taken toebedeeld.

Eén van de taken die in de richtlijnen wordt genoemd is geschilbeslechting door de nationale toezichthouders. Deze taak is in Nederland geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet. Indien twee telecommunicatieondernemingen met elkaar een geschil hebben omtrent het verlenen van toegang tot elkaars netwerken kan de OPTA op verzoek van één der partijen het geschil beslechten. Deze bevoegdheid is opgenomen in de artikelen 6.2 en 12.2 van de Telecommunicatiewet.

Geschilbeslechting door een deskundige toezichthouder wordt gezien als een goede, snelle en efficiënte methode van geschilbeslechting. Deze vorm van geschilbeslechting is bedoeld als een laagdrempelig alternatief voor een rechterlijke procedure. Deze procedure is zowel qua tijd als qua kosten voordeliger dan een procedure bij de rechter. Deze redenen worden ook door de Nederlandse wetgever aangevoerd in de Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet.

Op basis van de richtlijnen kunnen de lidstaten ook bepalen dat de NRA's kunnen besluiten om het geschil niet zelf te beslechten door middel van een bindend be-

sluit. Zij kunnen andere mechanismen van geschilbeslechting openstellen, waarvoor de NRA zou kunnen kiezen. Wel is de OPTA bevoegd om alvorens zij tot geschilbeslechting overgaat, een poging tot bemiddeling te doen.

In Griekenland is in de Griekse Telecommunicatiewet naast de bevoegdheid tot geschilbeslechting ook een mogelijkheid opgenomen voor partijen om zich met hun geschil tot een arbiter te richten. Zowel de NRA als beide partijen moeten hiermee instemmen. Van deze mogelijkheid is door partijen nog nooit gebruik gemaakt. Dit hangt samen met de hogere kosten die aan deze procedure verbonden zijn. Hieruit blijkt dat marktpartijen zelf ook een voorstander zijn van de geschilbeslechtingsprocedure door de NRA.

De tweede deelvraag is:

- *In welke andere sectoren is een dergelijke bevoegdheid aan bestuursorganen toegekend?*

In hoofdstuk 3 is de regeling waarin een bevoegdheid tot geschilbeslechting in de Postwet aan de OPTA toekomt opgenomen. Aan de OPTA kan een geschil tussen de concessiehouder en andere aanbieders van postvervoer worden voorgelegd. Ook in de Energiesector komt de bevoegdheid tot geschilbeslechting voor. In de Gaswet wordt een bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen particulieren aan de Raad van Bestuur van de NMa toegekend. Geschillen met netbeheerders, LNG-bedrijven en gasopslagbedrijven kunnen door de NMa bindend worden beslecht. Ook op grond van de Elektriciteitswet heeft de NMa een bevoegdheid tot geschilbeslechting toebedeeld gekregen. De NMa kan een bindende beslissing nemen in een geschil dat een partij heeft met een netbeheerder.

In de oude Ziekenfondswet was tevens een bevoegdheid tot geschilbeslechting aan een bestuursorgaan, het College Zorgverzekeringen toegekend. In de huidige Wet Marktordening gezondheidszorg staat de bevoegdheid van de Zorgautoriteit om een geschilbesluit te nemen. De Zorgautoriteit kan een tarief vaststellen tussen een zorgaanbieder en ziektekostenverzekeraar, die op grond van de Wmg samen een overeenkomst dienen te sluiten.

Ten slotte kan in dit kader worden gewezen op de Spoorwegwet. Partijen dienen op basis van deze wet tot overeenkomst te komen omtrent het verlenen van toegang tot infrastructuur. Hier kan door een partij aan de NMa een oordeel worden gevraagd over het gedrag van de wederpartij. Ook hier komt de inmenging van een bestuursorgaan in een civiele verhouding terug.

In de genoemde regelingen zijn gemeenschappelijke kenmerken te vinden. Het gaat in alle sectoren om sectoren waarbij specifiek toezicht wordt gehouden op markten. De conclusie van hoofdstuk 3 is dat het gaat om regelingen waarbij civiele partijen in het kader van het tot stand brengen van concurrentie dienen te onderhandelen omtrent het sluiten van contracten. Deze partijen dienen op basis van het publiekrecht met elkaar te onderhandelen. Bestuursorganen kunnen zich beslissend mengen in deze contracten door middel van geschilbeslechting. Geconcludeerd wordt dat er aan de geschilbeslechtende bevoegdheid van de bovengenoemde bestuursorganen zowel een privaatrechtelijk als een publiekrechtelijk element kleeft. De bevoegdheid is een mengvorm van publiekrecht en privaatrecht.

De derde deelvraag is:

– *Hoe kan de geschilbeslechtende bevoegdheid worden gekwalificeerd?*

In hoofdstuk 4 is onderzocht wat het karakter is van de geschilbeslechtende bevoegdheid, die aan een aantal bestuursorganen (in geregeerde sectoren) toekomt.

In de literatuur en in de jurisprudentie wordt deze bevoegdheid op verschillende manieren gekwalificeerd. De bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA wordt aangeduid als zijnde arbitrage, rechtspraak en besluitvorming. Ook is in de literatuur opgemerkt dat er een gelijkenis is met administratief beroep.

Allereerst is onderzocht of deze vorm van geschilbeslechting valt te kwalificeren als rechtspraak. Er bestaat zowel een formele als een materiële benadering van het rechtspraakbegrip. Bij de formele benadering staat het orgaan centraal. Dit dient onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Op basis van artikel 1:1 lid 2 sub c van de Algemene wet bestuursrecht kan worden geconcludeerd dat de OPTA formeel geen rechter is.

Aan de hand van de materiële benadering is onderzocht of de taak die de OPTA uitoefent een rechterlijke taak is. Bij rechtspraak wordt getoetst aan de hand van rechtsnormen. Een criterium om te bepalen of er al dan niet sprake is van rechtspraak is of er ook getoetst mag worden aan eigen beleid. Geconcludeerd is dat de OPTA ook eigen beleid in haar beslissing kan meewegen. Hieruit kan worden afgeleid dat er ook op basis van de materiële benadering geen sprake is van rechtspraak.

Onderzocht is of geschilbeslechting door de OPTA kan worden gekwalificeerd als arbitrage. Bij arbitrage staat de vrijwillige onderwerping van partijen aan arbiters op basis van een overeenkomst centraal. Bij geschilbeslechting gaat het om een

wettelijke regeling. De OPTA ontleent haar bevoegdheid tot geschilbeslechting niet aan een overeenkomst tussen partijen. De conclusie luidt dat geschilbeslechting door de OPTA geen arbitrage is. Een gelijkenis tussen beide vormen van geschilbeslechting is dat het bij beide gaat om geschilbeslechting door een niet-overheidsrechter. Daarnaast speelt de specifieke deskundigheid van arbiters en de toezichthouder een rol. Ook de laagdrempeligheid ten opzichte van een gerechtelijke procedure kan als gelijkenis worden genoemd.

Geconcludeerd is dat het bij geschilbeslechting gaat om een bestuursbevoegdheid. Een beslissing van een bestuursorgaan in een geschil is een besluit in de zin van de Awb. Echter, in tegenstelling tot reguliere besluiten, kleeft er aan geschilbesluiten een civielrechtelijk kenmerk. Er is sprake van een contractuele verhouding tussen partijen. Dit is een bijzonder aspect van geschilbesluiten.

Onderzocht is of er een nadere kwalificatie mogelijk is. In de literatuur is gewezen op de gelijkenis met administratief beroep, die gelegen zou zijn in het beslechten van een geschil door een bestuursorgaan. Er is geen sprake van administratief beroep. Bij administratief beroep is er sprake van een geschil tussen een bestuursorgaan en een andere partij. Tevens staat in de procedure in administratief beroep een besluit –en niet een civiel geschil- centraal.

Ten slotte is er geen sprake van een handhavingsbevoegdheid. De handhavingsbevoegdheden van de OPTA zijn opgenomen in hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet en bestaan onder andere uit het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete. Deze handhavingsbesluiten zijn gericht aan één partij. De civiele verhouding tussen partijen wordt niet bepaald door middel van een dergelijk besluit. Het civielrechtelijke kenmerk dat bij geschilbesluiten een rol speelt ontbreekt. Ook van het uitoefenen van een toezichtsbevoegdheid is geen sprake, aangezien het daarbij gaat om het uitvoeren van feitelijke handelingen.

Ook in het Griekse systeem rijzen vragen omtrent deze bevoegdheid tot geschilbeslechting. In Griekse literatuur wordt gesproken van semi-judiciële bevoegdheid. Ook daar wordt echter geconcludeerd dat er geen sprake is van rechtspraak. In een Europese uitspraak over een beslissing van de Griekse mededingingsautoriteit worden door het Hof van Justitie een aantal criteria nagelopen om te beoordelen of de Griekse mededingingsautoriteit een rechterlijke instantie is die op basis van artikel 234 EG-verdrag een prejudiciële vraag mag stellen. Geconcludeerd wordt dat er geen sprake is van een rechterlijk orgaan in de zin van artikel 234 EG-verdrag. Gezien de vergelijkbare samenstelling van de Griekse mededingingsautoriteit en de Griekse Telecomautoriteit (EETT), kan deze conclusie ook worden getrokken voor de EETT. Ook in Griekenland vormt de bevoegdheid om geschil-

len tussen ondernemingen te beslechten een bestuursbevoegdheid en is er sprake van een bestuursrechtelijk besluit.

De vierde deelvraag is:

- *Wat zijn de specifieke kenmerken van de geschilbeslechtende bevoegdheid?*

Geschilbesluiten zijn besluiten in de zin van de Awb. Er kleven echter een aantal bijzondere kenmerken aan geschilbesluiten. Ten eerste is het besluit gericht aan twee partijen, de normadressaten. Zij zijn beiden belanghebbenden bij het besluit. Zij hebben onderling een civielrechtelijke verhouding. Partijen dienen op basis van de Telecommunicatiewet een overeenkomst te sluiten omtrent het verlenen van toegang tot elkaanders netwerken. Ook kunnen partijen een conflict hebben over een reeds bestaande overeenkomst.

Het bestuursorgaan OPTA kan zich in beide situaties bindend mengen in deze civiele verhouding door middel van een geschilbesluit. In dit geschilbesluit stelt de OPTA de regels vast die tussen partijen zullen gelden. Partijen kunnen een conflict hebben over het in rekening te brengen tarief of over andere voorwaarden die met het verlenen van toegang samenhangen. Er kleeft zowel een privaatrechtelijk als een bestuursrechtelijk element aan geschilbesluiten. In Griekse literatuur wordt dan ook gesproken over een *hermafroditische* bevoegdheid.

De vraag rijst of het besluit van de OPTA eerst moet worden omgezet in de overeenkomst die partijen dienen te sluiten of reeds hebben gesloten, of dat het besluit rechtstreeks doorwerkt in de overeenkomst. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis bij de Telecommunicatiewet 1998 is geconcludeerd dat geschilbesluiten direct doorwerken in de civiele verhouding tussen partijen. In de Telecommunicatiewet 1998 werd bij het toekennen van de geschilbeslechtende bevoegdheid echter de term ‘de regels tussen partijen vaststellen’ gehanteerd. In de Telecommunicatiewet 2004 wordt gesproken over ‘het geschil beslechten’. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat rechtstreekse doorwerking niet meer de bedoeling is. In de Telecommunicatiewet 2004 is hierover geen bepaling opgenomen. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Er dient een wettelijke bepaling te worden opgenomen, waarin de rechtstreekse werking wordt bevestigd.

Ook is geconcludeerd dat aan de OPTA in het kader van deze bevoegdheid tot geschilbeslechting tussen twee telecommunicatieondernemingen een bepaalde mate van beoordelings- en beleidsvrijheid toekomt. De OPTA dient vage normen en begrippen uit de Telecommunicatiewet nader in te vullen. Een voorbeeld van een

dergelijke norm is de term 'redelijkheid'. Vaak dient de OPTA in een geschilprocedure te oordelen over de redelijkheid van tarieven.

De OPTA dient deze vage normen en technische begrippen aan de hand van publiekrechtelijke normen in te vullen. Uit artikel 20 van de Kaderrichtlijn blijkt dat de OPTA bij het beslechten van een geschil de doelstellingen van artikel 8 Kaderrichtlijn in haar beslissing dient mee wegen. Deze doelstellingen zijn geïmplementeerd in artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet en bestaan uit: het bevorderen van de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. Geconcludeerd is dat het privaatrechtelijke beginsel van de redelijkheid en de billijkheid daarnaast een aanvullende rol kan spelen bij het beslechten van een geschil door de OPTA, maar dat de redelijkheid met name publiekrechtelijk wordt ingekleurd.

In het kader van haar beoordelings- en beleidsvrijheid heeft de OPTA voor verschillende onderwerpen beleidsregels opgesteld. Op deze manier weten partijen op voorhand aan de hand van welke criteria de OPTA een geschil zal beslechten. Gevolg van de beoordelings- en beleidsvrijheid van de OPTA is dat de rechter geschilbesluiten slechts marginaal kan toetsen.

In de literatuur speelt de discussie omtrent het legaliteitsbeginsel. Deze discussie is in dit onderzoek weergegeven. Aan de ene kant wordt gesteld dat ruime bevoegdheden voor de OPTA noodzakelijk zijn om goed toezicht te houden. Aan de andere kant wordt gesteld dat de OPTA als zelfstandig bestuursorgaan niet te ruime bevoegdheden toebedeeld kan krijgen. De vraag die in dit kader van belang is, is of goed toezicht zonder ruime bevoegdheden wel mogelijk is. Met andere woorden er dient aan de hand van een (economisch) marktonderzoek te worden bepaald wat de verwachte resultaten zijn.

In de jurisprudentie is tevens bepaald dat indien partijen na een geschilbesluit alsnog overeenstemming bereiken over de inhoud van hun overeenkomst, het besluit geen werking meer heeft. Dit betekent dat een overeenkomst een besluit van een bestuursorgaan opzij kan zetten. Dit is bijzonder aangezien besluiten normaliter alleen de werking kan worden ontnomen door vernietiging of intrekking. Deze regel zou dan ook in een wettelijke bepaling dienen te worden opgenomen.

In plaats van over te gaan tot geschilbeslechting kan een partij ook een verzoek tot handhaving doen aan de OPTA. Ook is de OPTA te allen tijde bevoegd om ambtshalve handhavend op te treden. De OPTA heeft geen beleidsregels uitgevaardigd waarbij zij aangeeft hoe de keuze tussen beide instrumenten wordt gemaakt. In de praktijk heeft de OPTA zich met name gericht op het beslechten van geschillen.

In Griekenland is de bevoegdheid tot geschilbeslechting (pas) in 2006 geïntroduceerd. De praktijk van de Griekse toezichthouder bestaat grotendeels uit het inzetten van handhavingsbevoegdheden. Het instrument van de bestuurlijke boete is veelvuldig gehanteerd als reactie op overtredingen van de telecomcommunicatiereggeving.

De regeling van geschilbeslechting door de OPTA sluit de weg naar de civiele rechter niet uit. Dit is interessant omdat in beginsel bij een besluit de weg naar de bestuursrechter openstaat. Er kan echter worden gesteld dat hier sprake is van een burgerrechtelijk geschil. Op basis van artikel 112 Grondwet kan dan altijd de civiele rechter worden benaderd. Dit is overeenkomstig artikel 20 lid 5 van de Kaderrichtlijn, waarin is bepaald dat deze bevoegdheid tot geschilbeslechting van de OPTA geen afbreuk doet aan het recht van partijen om een gerechtelijke procedure te starten. De vraag is echter of de civiele rechter op grond van de voorrangregel partijen niet behoort te verwijzen naar de bestuursrechtelijke weg.

De vijfde deelvraag is:

– *Wat is de rol van de rechter bij geschilbesluiten?*

In de jurisprudentie is bepaald dat anderen dan de twee direct bij het geschil betrokken partijen geen belanghebbenden zijn bij het geschilbesluit. Via het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel gaat er wel enige invloed uit van het besluit. De OPTA zal op basis van deze beginselen in soortgelijke geschillen dezelfde beslissing dienen te nemen. Te denken valt aan de situatie dat de OPTA in een geschilbesluit een tarief vaststelt, dat door KPN aan elke partij moet worden doorberekend. Er zou dan wat voor te zeggen zijn derden ook als belanghebbenden aan te merken, aangezien het tarief ook voor hen geldt. In de jurisprudentie is echter bepaald dat doorslaggevend is dat bij de geschilbeslechtende bevoegdheid het concrete geschil centraal staat, en het niet past dat derden zich daarin mengen. Ook het feit dat partijen zelf een geschil aanhangig kunnen maken speelt daarbij een rol.

Een probleem in de praktijk vormt het feit dat partijen aan geschilbesluiten geen executoriale titel kunnen ontleen. Dit speelt met name bij het effectueren van terugbetaling van teveel betaalde gelden. Hiervoor dient de weg naar de civiele rechter gevolgd te worden. Op basis van een besluit van de OPTA kan er niet tot executie worden overgegaan. Deze procedure is niet efficiënt, omdat de civiele rechter er pas vanuit gaat dat tarieven vaststaan als het besluit van de OPTA niet meer in rechte kan worden aangetast. Hier kan een lange tijd overheen gaan, wat nadelig kan zijn voor de concurrentie op de markt. Er wordt aanbevolen een be-

stuursrechtelijke titel tot executie, zoals opgenomen in het wetsvoorstel Vierde Tranche van de Awb voor geldschulden, aan geschilbesluiten van de OPTA toe te kennen.

Geconcludeerd is dat aan geschilbesluiten in beginsel geen terugwerkende kracht toekomt. Er is in de jurisprudentie bepaald dat er wel uitzonderingen op deze hoofdregel mogelijk zijn. Het toekennen van terugwerkende kracht is een mogelijkheid indien het bestuursorgaan niet over de juiste feiten beschikte op grond van een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken door een partij. Het CBB concludeert dat terugwerkende kracht kan worden toegekend voor de gehele periode dat duidelijk is dat tussen partijen een verschil in inzicht bestaat.

Bij de vorige deelvragen is reeds naar voren gekomen dat er een aantal bijzondere aspecten aan geschilbesluiten kleven. Het geschilbesluit regelt namelijk rechtstreeks de civiele verhouding tussen partijen. Het besluit werkt door in de overeenkomst. Zoals bij vraag 4 is geconcludeerd omvat de geschilbeslechtende bevoegdheid zowel een bestuursrechtelijk als een civielrechtelijke component. De bevoegdheid is een mengvorm tussen civiel recht en publiekrecht.

Gelet op het civielrechtelijke aspect wordt in de literatuur het voorstel gedaan voor geschilbesluiten de rechtsgang naar de civiele rechter open te stellen. Dit in aansluiting op het Franse systeem, waar voor deze route is gekozen. Op deze manier zou ook de vordering tot nakoming bij de zelfde rechter kunnen worden geëffectueerd en op deze manier efficiënter zijn geregeld.

Er zijn om de vraag bij welke rechter beroep zou moeten openstaan te beantwoorden, twee benaderingen mogelijk. De benadering waarin het contract centraal wordt gesteld, waarmee het privaatrecht doorslaggevend wordt geacht, en de benadering waar wordt gesteld dat het overheidsbesluit, waarmee het publiekrecht centraal staat.

In de benadering waarbij de contractsvrijheid centraal staat en waarmee wordt gesteld dat het gaat om privaatrecht gaat, zou de meest logische weg die naar de civiele rechter zijn. Hierbij wordt gewezen op het voordeel dat dezelfde rechter zich over de executie kan uitspreken.

In de tweede benadering wordt de nadruk gelegd op de bedoeling van de (Europese) wetgever tot regulering en daarmee op overheidsinvloed in de verschillende markten. In deze visie speelt het publiekrecht de doorslaggevende rol. Geconcludeerd kan worden dat er eigenlijk geen sprake is van contractsvrijheid. De OPTA kan partijen op basis van de Telecommunicatiewet dwingen om een contract te

sluiten. Partijen zijn niet vrij om zelf de prijs in hun overeenkomst te bepalen. Een overheidsorgaan heeft de bevoegdheid gekregen om een inbreuk te maken op de contractsvrijheid. Dit is een sterk argument om te stellen dat het publiekrecht hier overheerst en om de gang naar de bestuursrechter te handhaven.

Geconcludeerd wordt dat het publiekrecht de overheersende rol speelt bij geschilbeslechting, en dat de tweede benadering de voorkeur verdient. Er is geen sprake van vrijwillige zelfbinding, wat kenmerkend is voor het privaatrecht, maar van regulering door de overheid. Het algemeen belang, de doelstellingen uit de Telecommunicatiewet uit artikel 1.3, staan in dit beleid centraal, en niet de privé belangen van de ondernemingen.

Aansluitend kan worden opgemerkt dat tegen andere besluiten van de OPTA de gang naar de bestuursrechter openstaat. In het kader van rechtszekerheid en uniformiteit verdient het vanuit praktische overwegingen in dit opzicht ook de voorkeur om beroep bij de bestuursrechter tegen geschilbesluiten te handhaven.

In Griekenland spelen dezelfde vragen. In Griekse literatuur wordt ook de vraag of het bij geschilbeslechting door de NRI gaat om een publiekrechtelijke bevoegdheid of een privaatrechtelijke gesteld. De conclusie wordt getrokken dat het gaat om een *hermafroditische* bevoegdheid, het zou zowel gaan om een publiekrechtelijke als een civielrechtelijke bevoegdheid. Op basis van de rechtsvergelijking is geconcludeerd dat ook de Griekse wetgever ervoor gekozen heeft om tegen geschilbesluiten de weg naar de bestuursrechter open te stellen. Dit geeft aan dat ook in Griekenland het publiekrecht voorop staat bij deze bevoegdheid.

De hoofdvraag:

Naar aanleiding van de hoofdvraag wat de gevolgen zijn voor het algemene bestuursrecht (de Awb) van het introduceren van geschilbeslechtende bevoegdheden aan bestuursorganen is het volgende geconcludeerd:

Het gaat bij een geschilbeslechtende bevoegdheid om een bijzondere, vrij nieuwe bevoegdheid, die in meerdere wetten is geïntroduceerd. In een aantal sectoren is er sprake van implementatie van deze bevoegdheid op grond van Europese regelgeving. In een aantal sectoren gaat het om spontane harmonisatie.

Duidelijk is dat het gaat om een aparte rechtsfiguur. Er is sprake van een mengvorm tussen publiekrecht en privaatrecht. In Griekenland wordt gesproken over een *hermafroditische* bevoegdheid; het gaat zowel om een publiekrechtelijke als een civielrechtelijke bevoegdheid. De contractsvrijheid is in de verschillende wetten

het uitgangspunt. Telecommunicatieondernemingen sluiten onderling overeenkomsten. Een bestuursorgaan kan zich echter in deze contractuele verhouding mengen. Bij deze figuur geeft het overheidsingrijpen, het publiekrecht, de doorslag.

Het gaat om een bevoegdheid die afwijkt van de reguliere bevoegdheden van bestuursorganen. Er kleven een aantal bijzondere aspecten aan. De contouren van deze rechtsfiguur zijn thans niet geheel duidelijk, wat meerdere vragen oproept bij de verschillende actoren in het proces van marktregulering.

Deze bevoegdheid past niet zonder meer in het stelsel van de Awb, gezien de bijzondere kenmerken die eraan kleven. In de jurisprudentie zijn deze bijzondere kenmerken aan de orde geweest en zijn er op verschillende onduidelijkheden antwoorden geformuleerd. Echter een specifieke wettelijke regeling ontbreekt

Indien deze bevoegdheid gehandhaafd blijft in de bijzondere bestuursrechtelijke wetten is het van belang de bijzondere kenmerken van deze bevoegdheid omwille van de rechtszekerheid nader wettelijk vorm te geven. De wetgever zal ergens in de formele wetgeving de contouren van deze bevoegdheid in het kader van de transparantie en de rechtszekerheid nader moeten regelen. De jurisprudentie biedt voldoende aanknopingspunten voor beantwoording van de belangrijkste vragen die daarbij rijzen. De telecommunicatiesector kan als voorbeeld dienen voor de overige sectoren.

De mogelijkheid bestaat om geschilbeslechting door bestuursorganen in de verschillende bijzondere wetten nader te regelen. Tevens bestaat de mogelijkheid, aangezien deze bevoegdheid in verschillende bijzondere wetten is toegekend, een algemene regeling in de Awb op te stellen. Er kan dan voor worden gekozen een afzonderlijke paragraaf over geschilbesluiten in de Awb op te nemen. De keuze tussen een regeling in de Awb of in de afzonderlijke wetten hangt samen met het voortbestaan van deze bevoegdheid en de mogelijke toekomstige introductie ervan in overige wetten

In de nadere wettelijke regeling zou dan vermeld dienen te worden dat een geschilbesluit een schriftelijk besluit is inzake een publiekrechtelijke rechtshandeling door een bestuursorgaan dat directe werking heeft in de civiele verhouding tussen partijen. Van belang is dat wordt opgenomen dat het besluit direct doorwerkt in de overeenkomst. Dit om discussie omtrent rechtstreekse doorwerking in een overeenkomst te voorkomen.

Daarnaast is van belang dat wordt opgenomen wat er dient te gebeuren als partij- en nadat het besluit is genomen alsnog tot overeenstemming komen. Uit de jurisprudentie is gebleken dat aan het besluit dan geen werking meer toekomt. Dit is bijzonder aangezien normaliter een besluit slechts zijn werking verliest na intrekking of vernietiging. Een regeling voorkomt tevens dat de OPTA het besluit niet alsnog kan handhaven. Er bestaan verschillende mogelijkheden. De OPTA kan verplicht worden om in het besluit hieromtrent een bepaling op nemen. Ook kan de OPTA verplicht worden tot de intrekking van het geschilbesluit indien partijen achteraf alsnog onderling tot overeenkomst komen.

Ook verdient het aanbeveling om een wettelijke bepaling op te nemen omtrent de terugwerkende kracht van geschilbesluiten. Een objectief bepaalbaar moment van de inwerkingtreding van het geschilbesluit kan in de wet worden voorgeschreven.

Geconcludeerd is dat bij deze rechtsfiguur, die een mengvorm is van publiekrecht en civiel recht, het publiekrecht overheerst. Contractsvrijheid is kenmerkend voor het civiele recht. Er kan door telecommunicatieondernemingen echter niet worden gekozen voor niet contracteren. Er is sprake van dwingend overheidsingrijpen gebaseerd op het algemeen belang. In die lijn is geconcludeerd dat tegen de beslissingen inzake geschillen beroep bij de bestuursrechter, zoals daar nu sprake van is, dient open te staan, en niet bij de civiele rechter. De regeling zoals die nu is opgenomen in de Telecommunicatiewet kan gehandhaafd blijven. Vanwege de benodigde specialisatie en de snelheid is beroep bij één instantie wenselijk gebleken.

Momenteel ontbreekt een bestuursrechtelijke weg om tot executie van geschilbesluiten over te kunnen gaan. Slechts door tussenkomst van de civiele rechter kunnen door middel van een vordering tot nakoming te veel betaalde gelden worden teruggevorderd. Dit kost veel tijd en is nadelig voor de concurrentie. Het is daarom van groot belang dat er een nadere regeling komt inzake deze bevoegdheid, in die zin dat het besluit van de OPTA of de uitspraak van de bestuursrechter een executoriale titel opleveren. De nieuwe executieregeling opgenomen in het wetsvoorstel Vierde Tranche kan hier als voorbeeld dienen.

De wetgever kan lering trekken uit de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in de telecommunicatiesector. In de jurisprudentie zijn belangrijke vragen aan de orde gesteld aan de hand van de door de OPTA genomen geschilbesluiten.

De wetgever kan dit in aanmerking nemen voor de andere bijzondere rechtsgebieden waar geschilbeslechtende bevoegdheden aan bestuursorganen zijn toegekend. Er zijn verschillen tussen de telecommunicatiesector en de overige sectoren. Er zijn echter tevens grote gelijkenissen. In elke sector is er sprake van een beleid

van liberalisering en marktordening. De verschillende wetten worden dan ook gekenmerkt door dezelfde structuur. Het gaat bij elke sector om een publieke inmenging in privaatrechtelijke verhoudingen ter wille van de marktordening. Bij elke regeling is er sprake van een inmenging van publiekrecht in privaatrecht, waardoor onduidelijkheden ontstaan omtrent de van toepassing zijnde regels. Op basis daarvan kan geconcludeerd worden dat een uniforme regeling zal bijdragen aan de rechtszekerheid en aan een duidelijk wettelijk kader.

De eindconclusie van dit onderzoek is dat het bestuursrecht er een nieuwe rechtsfiguur bij heeft met specifieke kenmerken: geschilbeslechting door bestuursorganen. Nadere regeling van deze bevoegdheid is noodzakelijk.

Hoofdstuk 9

Samenvatting

Tegen het eind van de jaren '70 van de vorige eeuw zijn de Europese Lidstaten begonnen te onderhandelen over een nieuw telecommunicatiebeleid. Er was in de Lidstaten sprake van een monopolistische structuur op de telecommunicatiemarkten. Het aanbieden van telecommunicatiediensten werd gezien als publiek belang dat alleen door de overheid goed kon worden geregeld. In Nederland bestond het staatsbedrijf der PTT (Posten, Telegrafie en Telefonie) als enige aanbieder van telefoondiensten op de telecommunicatiemarkt.

In het nieuwe Europese beleid stonden liberalisering en harmonisering centraal. De telecommunicatiemarkten dienden te worden opgebroken zodat marktwerking tot stand kon komen. Als voordelen van marktwerking werden gezien het stimuleren van technologische innovaties, meer keuzevrijheden voor de consument, en uiteindelijk een grotere welvaart.

Om dit beleid te realiseren zijn talloze Europese richtlijnen uitgevaardigd. In deze richtlijnen werd bepaald dat er nationale toezichthouders dienden te worden ingesteld die belast zouden worden met het houden van toezicht op de markt. Dit toezicht wordt aangeduid als sectorspecifiek markttoezicht.

De toezichthouders dienden onafhankelijk te zijn van de marktpartijen en de politiek om hun taken goed te kunnen uitoefenen. In Nederland is in 1997 de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) opgericht, om aan deze eisen te voldoen. De OPTA heeft de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan. Bij deze vorm bestaat een grote zelfstandigheid ten opzichte van de minister van Economische zaken. Deze kan slechts algemene aanwijzingen geven, en geen aanwijzingen in concrete gevallen.

De toezichthouders kregen op basis van de richtlijnen verschillende taken en bevoegdheden toebedeeld om de doelstellingen uit de richtlijnen, met name het creëren van marktwerking, te bereiken. Eén van de taken die in de Europese richtlijnen wordt genoemd is geschilbeslechting tussen twee telecommunicatieondernemingen. Deze bevoegdheid tot geschilbeslechting staat in dit onderzoek centraal.

In de Nederlandse Telecommunicatiewet 1998, waarin de Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd, werd de geschilbeslechtende bevoegdheid in verschillende artikelen per onderwerp aan de OPTA toegekend. Op grond van artikel 6.1 van deze wet gold voor ondernemingen een algemene onderhandelingsplicht omtrent het tot stand brengen van interconnectie. Op basis van artikel 6.2 had de OPTA de

bevoegdheid om geschillen omtrent interconnectie te beslechten. Op grond van artikel 8.7 konden geschillen omtrent het delen van antenne-opstelpunten worden aangebracht bij de OPTA.

Bezwaar aan deze manier van het toekennen van geschilbeslechtende bevoegdheden per onderwerp was dat nieuwe technologische ontwikkelingen niet altijd onder deze artikelen vielen, met als gevolg dat de OPTA deze geschillen niet kon beslechten. In 2002 is er een nieuw pakket richtlijnen aangenomen, dat meer was toegespitst op de huidige marktsituatie. Dit pakket bestaat uit een Kaderrichtlijn, een Toegangsrichtlijn, een Machtigingsrichtlijn, een Universeledienstrichtlijn en een Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie.

In de Kaderrichtlijn worden onder andere een marktanalyseprocedure en een procedure tot het vaststellen van Aanmerkelijke marktmacht (Amm) geregeld. Op alle partijen rust de verplichting om te onderhandelen met elkaar over het sluiten van overeenkomsten tot het verlenen van toegang tot elkanders netwerk. De OPTA dient aan de hand van een aanbeveling van de Europese Commissie markten af te bakenen en te analyseren of er sprake is van Amm op de verschillende deelmarkten. Indien dit het geval is kan de OPTA passende verplichtingen opleggen aan partijen met Amm. Aan partijen met Amm kan een verzwaarde interconnectieplicht worden opgelegd. Ook kan een verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven worden opgelegd.

Indien partijen gezamenlijk niet tot overeenstemming komen over toegang of de voorwaarden, bijvoorbeeld het onderling te hanteren tarief, kunnen zij hun geschil aan de OPTA voorleggen. In artikel 20 van de Kaderrichtlijn is de geschilbeslechtende bevoegdheid geregeld. Het gaat om een algemene bevoegdheid. De NRI dient te allen tijde bij het beslechten van geschillen rekening te houden met de doelstellingen genoemd in artikel 8 van de Kaderrichtlijn.

Deze nieuwe richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet 2004. De geschilbeslechtende bevoegdheid is voor interconnectiegeschillen opgenomen in artikel 6.2 Tw. Verder is in artikel 12.2 Tw een algemeen artikel opgenomen over geschilbeslechting. Dit is een verbetering ten opzichte van het oude systeem van het toekennen van geschilbeslechtende bevoegdheden per artikel. De doelstellingen van artikel 8 Kaderrichtlijn, waarmee zoals reeds opgemerkt bij geschilbeslechting rekening moet worden gehouden, zijn opgenomen in artikel 1.3 Tw.

Ook in andere sectoren zijn geschilbeslechtende bevoegdheden aan bestuursorganen toegekend. De OPTA heeft in de Postwet ook een bevoegdheid tot geschilbe-

slechting toebedeeld gekregen. In de Energiesector is deze bevoegdheid aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) toegekend in de Gaswet en in de Elektriciteitswet. In de Zorgsector is in de Wet Marktordening gezondheidszorg een soortgelijke bevoegdheid aan de Zorgautoriteit toegekend. Ook in de Spoorwegwet is een dergelijke bevoegdheid te vinden.

In de literatuur en in de praktijk rijzen veel vragen omtrent deze geschilbeslechtende bevoegdheid. Het is bijzonder dat een bestuursorgaan een geschil tussen twee private partijen beslecht. In de jurisprudentie wordt de bevoegdheid aangeduid als ‘publiekrechtelijke arbitrage’. Ook wordt de OPTA ‘door verschillende auteurs aangeduid als zijnde een soort rechter. In andere uitspraken stelt de rechter vast dat het gaat om besluitvorming in de zin van de Awb. Dit zijn drie verschillende kwalificaties voor dezelfde bevoegdheid. Door de bijzondere constructie bestaat onduidelijkheid omtrent de aard en de contouren van deze bevoegdheid.

De vraag is hoe deze bevoegdheid te kwalificeren is. Allereerst is onderzocht of de geschilbeslechting door de OPTA kan worden gekwalificeerd als zijnde rechtspraak. Er bestaat zowel een formele benadering van het rechtspraakbegrip, als een materiële benadering. Bij de formele benadering, welke de meest gangbare is, staat het orgaan centraal. Op grond van deze benadering wordt onderzocht of er waarborgen zijn om de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het orgaan te waarborgen. Uit artikel 1:1 Awb blijkt dat de OPTA geen rechterlijk orgaan is.

Op basis van de criteria om te bepalen of er sprake is van een rechterlijke taak die de OPTA uitoefent kan worden geconstateerd dat er ook in de materiële opvatting geen sprake is van rechtspraak. De OPTA stelt zelf beleidsregels en Amm- besluiten vast, wat betekent dat eigen beleid wordt meegewogen in de beslissing. Geschillen hebben vaak betrekking op verplichtingen die zijn opgelegd in Amm- besluiten. Geschilbesluiten vormen een nadere concretisering van deze besluiten.

De vraag is vervolgens of de OPTA een arbiter is. Kenmerkend voor arbitrage is de vrijwillige onderwerping van partijen aan de arbiter door middel van een overeenkomst. Dit is afwijkend van de bevoegdheid van de OPTA. Dit gaat om een keuze van de wetgever. Overeenkomst tussen beide is wel de specifieke deskundigheid van de OPTA en de arbiters.

Een beslissing in een geschil is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Geschilbesluiten zijn besluiten in de zin van de Awb. Dit betekent dat de rechter geschilbesluiten toetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Geschilbeslechting is dus besluitvorming. Echter, er kleven een aantal afwijkende aspecten aan deze vorm van besluitvorming. Kenmerkend is de onderliggende civiele verhouding tussen partijen. Partijen dienen met elkaar te onderhandelen en tot overeenkomst te komen. Indien partijen niet tot een vergelijk komen, kan er een geschil aan de OPTA worden voorgelegd. De OPTA neemt vervolgens een geschilbesluit over een civielrechtelijke verhouding.

Onder de vorige Telecommunicatiewet werd ervan uitgegaan dat het besluit rechtstreeks doorwerkte in de civiele verhouding tussen partijen. In de huidige wet is hieromtrent door de nieuwe redactie twijfel ontstaan. Er wordt niet meer gesproken van regels stellen maar van geschil beslechten. Het verdient aanbeveling dat de wetgever in de TW opneemt dat er sprake is van rechtstreekse doorwerking van het besluit in de civiele verhouding tussen partijen.

Indien partijen nadat door de OPTA een geschilbesluit is genomen alsnog overeenstemming bereiken, heeft het besluit geen werking meer. Dit is in de jurisprudentie bepaald. Dit betekent dat een overeenkomst de werking aan een bestuursrechtelijk besluit kan ontnemen. Dit is bijzonder aangezien de hoofdregel in het bestuursrecht is dat de werking slechts kan worden ontnomen door herroeping of vernietiging. Ook hieromtrent dient de wetgever een bepaling op te nemen.

In de rechtspraak is de vraag naar voren gekomen of aan een geschilbesluit terugwerkende kracht kan toekomen, en tot welk moment. In verschillende rechterlijke uitspraken is bepaald dat onder bepaalde omstandigheden aan een geschilbesluit terugwerkende kracht kan worden toegekend.

Tegen geschilbesluiten staat rechtstreeks beroep open bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. De bezwaarfase is die in de Tw 1998 openstond tegen geschilbesluiten is geschrapt, vanwege de lange doorlooptijden in de telecommunicatiesector. In artikel 112 Grondwet is bepaald dat geschillen inzake burgerlijke rechten en schuldvorderingen door de civiele rechter worden beslecht. De aard van het door de partijen voorgelegde geschil bepaald of er sprake is van een civielrechtelijk geschil. De regeling in de Tw sluit de gang naar de civiele rechter niet uit. Bij een geschilbesluit zijn twee belanghebbenden betrokken. Concurrenten worden bij een geschilbesluit niet als belanghebbenden aangemerkt. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat partijen zelf over de mogelijkheid beschikken om een geschil bij de OPTA aanhangig te maken. Wel gaat er van geschilbesluiten binding uit op grond van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel.

De rechter heeft in de jurisprudentie erkend dat aan de OPTA bij de uitoefening van haar taak tot geschilbeslechting een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid

en beleidsvrijheid toekomt. Dit houdt in dat de rechter geschilbesluiten slechts marginaal dient te toetsen. Er zijn in de Tw veel vage, open normen opgenomen zoals de term interconnectie en het begrip redelijkheid. Dit is een indicatie voor beoordelingsvrijheid. De OPTA beschikt over beleidsvrijheid ten aanzien van de maatregelen die zij in een geschilbesluit kan opnemen.

Er zijn door de OPTA beleidsregels opgesteld inzake de procedureregeling die dient te worden gevolgd indien een geschil bij de OPTA ter beslechting wordt aangebracht. Ook zijn door de OPTA beleidsregels opgesteld inzake de invulling van het begrip redelijkheid inzake het vaststellen van bepaalde tarieven. De term redelijkheid is een norm die door publiekrecht dient te worden ingevuld. De OPTA dient te allen tijde in haar besluitvorming rekening te houden met de doelstellingen genoemd in artikel 1.3 Tw. De civielrechtelijke redelijkheid en de billijkheid dienen daarnaast een aanvullende rol te spelen als norm die de OPTA dient toe te passen.

In de literatuur is gesteld dat de OPTA vrijheid nodig heeft om haar taken te kunnen uitoefenen. Daartegenover wordt gesteld dat er rekening dient te worden gehouden met het legaliteitsbeginsel, en dat het niet past bij de status van een zelfstandig bestuursorgaan om te open bevoegdheden toe te kennen omdat deze op afstand staat van de politiek en er geen sprake is van een volledige democratische controle.

Partijen hebben de mogelijkheid om in plaats van een verzoek tot geschilbeslechting een verzoek tot handhaving bij de OPTA in te dienen. De OPTA heeft altijd de mogelijkheid om tot ambtshalve handhaving over te gaan in plaats van tot geschilbeslechting. Er is geen beleid opgesteld waarin duidelijkheid wordt gegeven omtrent de afweging die de OPTA maakt om een keuze te maken tussen geschilbeslechting of handhaving.

Een knelpunt in de praktijk bij de handhaving van geschilbesluiten is de terugvordering van teveel betaalde gelden. Hiervoor is tussenkomst van de civiele rechter vereist. Dit is nadelig voor de concurrentie, aangezien hier de nodige tijd mee gemoeid is. Er dient een mogelijkheid in de wet te worden gecreëerd om sneller tot executie van een geschilbesluit over te kunnen gaan.

Geschilbeslechting is een mengvorm van bestuursrecht en privaatrecht.

In de literatuur wordt de weg naar de civiele rechter genoemd als alternatief voor de weg naar de bestuursrechter tegen geschilbesluiten. De reden zou zijn dat deze gang meer recht doet aan het contradictoire geschil en aan het civielrechtelijke karakter van het geschil.

Er kan worden gekeken naar een meer theoretisch model om de keuze tussen de bestuursrechter en de civiele rechter te benaderen. Tevens kan een praktische benadering worden gevolgd. Bij geschilbeslechting gaat het zowel om privaatrecht als publiekrecht. Waar echter bij privaatrecht keuzevrijheid van partijen centraal staat, staan in het Telecommunicatierecht dwangcontracten centraal. Er is sprake van een verticale verhouding tussen partijen en de toezichthouder. De keuze om beroep bij de bestuursrechter tegen geschilbesluiten open te stellen, lijkt meer voor de hand te liggen.

De conclusie van het onderzoek is dat er bij geschilbeslechting sprake is van besluitvorming in de zin van de Awb. Er zijn echter een aantal bijzondere kenmerken aan geschilbesluiten verbonden, welke door de wetgever nader dienen te worden geregeld. De keuze kan worden gemaakt om dit in de Telecommunicatiewet te doen. Er kan echter ook voor worden gekozen om een regeling in de Awb op te nemen, aangezien de bevoegdheid tot geschilbeslechting in meerdere wetten aan bestuursorganen is toegekend.

Ter vergelijking is tenslotte gekeken naar geschilbeslechting in het Griekse telecommunicatierecht. Ook door de Griekse wetgever is ervoor gekozen om de bevoegdheid tot geschilbeslechting aan de Griekse regulator, de EETT (Epitropi Tilepikinionion kai Tachidromion), toe te kennen. Deze bevoegdheid is echter pas in 2006 door de wetgever in de Griekse Telecommunicatiewet geïntroduceerd. In het beleid van de Griekse regulator ligt de nadruk op handhaving door middel van bestuurlijke sancties en niet op geschilbeslechting. In de Griekse literatuur wordt gesproken over een *hermafroditische* bevoegdheid om aan te tonen dat het zowel om publiekrecht als privaatrecht gaat. Ook in Griekenland staat tegen geschilbesluiten de weg naar de bestuursrechter open.

SUMMARY

Towards the end of the 1970's, the member states of the European Community began to negotiate on the establishment of a new telecommunication policy. Monopoly structures dominated the telecommunication markets within the member states. Providing telecommunication services was regarded as a matter of public interest which could only be regulated by the state.

In The Netherlands, state-owned company "PTT" (Posten, Telegrafie en Telefonie) was the sole provider of telecommunication services. The new policy was aimed at liberalization and harmonization. Free markets, ruled by the principle of supply and demand, needed to be established. Stimulating technological innovation, advancing the position of consumers and – eventually – increased prosperity in general, were seen as the main advantages of a free market.

To effectuate this policy, numerous directives were adopted. These directives determined that national regulatory authorities needed to be established, tasked with supervisory authority. The national regulatory authorities were entrusted with different powers in order to meet the aims of the directives, in particular the establishment of free markets.

In order to be able to carry out their functions properly, these national supervisory authorities needed to be independent from both politics as well as the players within the market. In 1997, the "OPTA" (Independent Post and Telecommunications Authority) was established in the Netherlands for this purpose. The OPTA was founded as an independent administrative body, enjoying a large degree of independence from the Minister of Economic Affairs, who could only issue general instructions but could not intervene in individual cases.

The European regulations included several directives which entrusted the national regulatory authorities with the authority to settle disputes between providers. This dispute settlement authority represents the focal point of attention of this research. In The Netherlands, these directives were implemented through the "WTV" and, subsequently, the "Telecommunications Act 1998" (TA 1998). Several articles of the TA 1998 authorized the OPTA topically to settle disputes. Pursuant to article 6.2 of the TA 1998, the OPTA had the authority to settle disputes related to interconnection, and based upon article 8.7 of the same law, disputes regarding sitiesharing could be brought before the OPTA. The OPTA could only settle disputes explicitly mentioned in this Act.

Consequently, new technological developments could not be read into the above mentioned law, leaving the OPTA without jurisdiction in matter related to these developments. In 2002, a set of new directives was adopted, more oriented towards the current state of affairs in the market. This new set included a Framework directive, an Access directive, a Privacy directive and an Authorization directive.

The Framework directive regulates amongst others the concept of significant market power and market analysis procedure. All parties are obliged to negotiate mutual access to their respective networks. Pursuant to recommendations given by the European Commission, the OPTA needs to define the various market segments and analyze them in search of potential significant market power. If the existence of such significant market power is determined, the OPTA can impose adequate measures on the party enjoying significant market power. Such measures can include the imposition of cost oriented tariffs or can lead to additional obligations related to access and interconnection.

In the event the parties cannot agree on issues such as network access or related conditions, such as mutual tariffs, they can bring their dispute before the OPTA. Article 20 of the Framework directive regulates the general authority to engage in dispute settlement. It is determined that, when acting in the context of dispute settlement, the national regulatory authority shall at all times keep in mind the objectives mentioned in article 8 of the Framework directive.

These new directives were implemented in The Netherlands through the Telecommunications Act 2004 (TA 2004). The authority to settle disputes regarding interconnection is regulated in article 6.2 TA 2004. Moreover, contrary to the previous law, article 12.2 TA 2004 provides the national regulatory authority with a general dispute settlement power. This is an improvement compared to the previous system under which dispute settlement authority was addressed in different articles according to various topics. The objectives referred to in article 8 of the Framework directive are incorporated in article 1.3 TA 2004.

Also in other fields dispute settlement authority has been granted to administrative bodies. The Act on Postal Services also empowers the OPTA to engage in dispute settlement. In the field of energy and transportation, the dispute settlement authority is given to the “NMa”, the Netherlands Competition Authority, by the 1998 Electricity Act, the Gas Act and the Railway Act. Likewise, the Healthcare Market Regulation Act empowered the Dutch Healthcare Authority with a similar dispute settlement power.

Literature and practice have raised various questions regarding this dispute settlement authority, as it is unique that an administrative body has the power to settle disputes between private parties. Due to the unique character, this dispute settlement authority has been qualified in different ways. Jurisprudence refers to this authority as “public arbitration”. In other decisions, it has been determined that this dispute settlement activity should be seen as decision making as defined by the Dutch General Administrative Law Act. Finally, in light of this authority, several authors have qualified the OPTA as a quasi-judge. In other words, three qualifications are given to one and the same authority. Due to its specific structure, uncertainty exists with regards to the nature and the scope of this authority.

The question remains how this authority should be qualified. Firstly, it has been researched whether this dispute settlement power can be regarded as administration of justice. There exists both a procedural and a substantive approach to the administration of justice. The procedural approach, being the most widespread approach, focuses on the relevant body. It is explored whether the independence and impartiality of the body are guaranteed. According to article 1:1 of the Dutch General Administrative Law Act, the OPTA is no judicial body.

It is further argued that also based on criteria within a substantive approach, the dispute settlement activity of the OPTA cannot be regarded as administration of justice. The OPTA adopts policy regulations and regulations determining the existence of significant market power, which regulations are subsequently considered in the dispute settlement proceedings. These disputes often deal with obligations imposed by significant market power regulations. Dispute settlement decisions, thus, represent a further elaboration of these regulations and include aspects of policy-making.

Also, it is explored whether the OPTA is an arbiter. Inherent to arbitration is that parties voluntarily decide to settle their dispute through arbitration. This is not the case with the relevant OPTA proceedings. Here, the choice has been made by the lawmaker. A parallel between the OPTA on the one side and arbiters on the other side is that both enjoy specific expertise.

Disputes settled by the OPTA lead to a written decision of an administrative body, amounting to a legal act governed by public law. These decisions fall within the scope of “decisions” as defined by the Dutch General Administrative Law Act. This means that the judge reviews the decisions against the general principles of good governance.

Thus – dispute settlement *in casu* is public decision making. However, this decision making is characterized by certain anomalies. Significant is the *civil* character of

the underlying contractual relationship between the parties. Parties need to negotiate and come to an agreement pursuant to the TA 2004. If this does not work out, a dispute can be brought before the OPTA. The OPTA, consequently, takes a decision. Under the TA 1998, it was assumed that the decision was directly incorporated into the disputed contract. However, due to the new wording of articles 6.2 and 12.2 of the TA 2004, uncertainty exists whether this is still the case, as the relevant regulations now talk about settling disputes as opposed to enacting rules. It is recommended that the lawmaker adapt the language to reflect the continuing direct applicability of decisions.

In the event that the parties reach an agreement after the OPTA has taken a decision, the decision becomes moot and loses its applicability. This has been decided in jurisprudence. A contract can take away the effect of an administrative decision. This is extraordinary, as administrative law in general decides that the effect of administrative decisions can only be taken away by administrative reversal or judicial annulment.

Likewise, the lawmaker should adopt clear regulations regarding this issue. Throughout case law, the question arose whether such dispute settlement decisions – pursuant to articles 6.2 and 12.2 TA 2004 – enjoy retroactive force. Case law has indeed determined that under certain conditions dispute settlement decisions are retroactively applicable.

Said decisions can be appealed before the CBB, the Trade and Industry Appeals Tribunal, which is an administrative court. However, article 112 of the Dutch Constitution states that “[t]he judgment of disputes involving rights under civil law and debts shall be the responsibility of the judiciary”. Whether a dispute is civil in nature is determined by the character of the dispute. This has been decided by case law. Hence, it can be concluded that the TA 2004 does not preclude the parties in question to address a civil court.

There are two interested parties involved in a decision. Other companies are not qualified as interested parties by such a decision. The reason is that these companies can initiate proceedings themselves before the OPTA. In the event they do initiate proceedings, the OPTA is required to decide in line with its previous decisions based on the principles of equality and non-discrimination.

It has been decided in case law that the OPTA – when engaging in dispute settlement – enjoys a certain degree of freedom of judgment and policy-making. This means that a judge can review the OPTA dispute settlement decisions only marginally. Indeed, the inclusion of open and vague norms – such as interconnection

and reasonableness – into the TA 2004 indicates a certain degree of freedom of judgment. The freedom in relation to policy-making is apparent from the fact that the TA 2004 does not prescribe substantive requirements to the dispute settlement decisions to be taken by the OPTA.

The OPTA has adopted regulations determining the procedural rules to be applied in dispute settlement cases. Also, policy guidelines have been adopted related to the interpretation of the notion of reasonableness in the context of the adoption of certain tariffs. The term *reasonableness* is a concept which needs to be shaped by public law. Within its dispute settlement authority, the OPTA is bound by the objectives as stated in article 1.3 TA 2004. The OPTA, in taking its dispute settlement decisions, is not guided by the principle of “good faith”.

Authors have argued that the OPTA requires freedom to be able to conduct its tasks. At the same time, it has been argued that the legality principle needs to be kept in mind, and that it is not in line with the nature of an independent administrative body to be entrusted with too open powers, as the distance between such a body and the parliament leaves the administrative body ill-controlled.

Besides a request for dispute settlement, parties are entitled to file a request with the OPTA for the imposition of an administrative sanction. Also, the OPTA remains authorized to impose such sanctions *ex officio* instead of engaging in dispute settlement. In this context, no guidelines clarifying the policy of the OPTA regarding the choice between these two options.

Practice has also shown that the reclamation of “undue payments” is troublesome. The interference of a civil judge is required. This has a negative impact in terms of competition as such a procedure is bound to be time-consuming. Legislation should provide for a quicker execution of dispute settlement decisions.

Dispute settlement is a mixture between administrative and private law. The way to a civil judge has been qualified in literature as an alternative to addressing the administrative judge. The reason is that addressing a civil judge would better reflect the civil nature of the dispute.

The choice for a civil or an administrative judge can be approached from a theoretical or a practical perspective. The dispute settlement touches upon both private and public law. However, whereas private law is guided by freedom of choice of the parties, the law on telecommunication is centered on compulsory contracts. The relationship vis-à-vis the supervisory organ is a vertical one. It is argued that public law, however, is dominant and that the choice for the administrative judge is more probable.

This research concludes that in the case of dispute settlement, one is dealing with decision making as defined by the Dutch General Administrative Law Act. However, certain special characteristics are linked to the process, which need to be regulated in more detail by the lawmaker. It can be opted to do so by amending the TA 2004. Another option would be to include additional provisions into the Dutch General Administrative Law Act, considering that various laws have attributed the authority to engage in dispute settlement to administrative bodies. Finally, the Greek Telecommunication Act – and the way in which it deals with dispute resolution – has been analyzed by way of comparison. The authority to settle disputes has also been introduced by Greek law. The authority to settle disputes has been attributed to the Greek national regulator, the EETT (Epitropi Tilepikinonion kai Tachidromion (National Telecommunications and Post Commission)). This was only done in 2006 through the Greek Telecommunications ACT. The policy of the Greek national regulator is dominated by administrative sanctions and not by dispute settlement. Greek literature refers to a “hermaphrodite” power, indicating that the authority touches upon both public and private law. Also according to Greek law, dispute settlement decisions can be appealed before an administrative judge.

Geraadpleegde literatuur:

Anastasyadis 2003

S. Anastasyadis, 'Reformen im griechischen Telekommunikationsrecht', *MMR* 2003 Heft 2.

Arnbak & Mulder 2000

J.C. Arnbak en M.S. Mulder, '*Regels en toezicht op telecommunicatiemarkten*' in: Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag: Sdu uitgevers 2000.

Arnbak 2005

J.C. Arnbak, 'Transparantie en verwachtingenmanagement in toezicht op telecommunicatie', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2005-I.

Van Ballegooij 2004

G.A.C.M. van Ballegooij, T. Barkhuysen, A.F.M. Brenninkmeijer, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2004.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, '*Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*' in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht, pre advies voor de VAR, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

Ten Berge 1999

J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 2*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Breugel & Daalder 1999

J.M.E. van Breugel en E.J. Daalder, *Telecommunicatierecht. De parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Buijsen & den Exter 2007

M. Buijsen en A. den Exter, '*Gelijkheid en het recht op gezondheidszorg*', in 'Gelijkheid en recht op zorg', Nijmegen: Ars Aquì Libri 2007.

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats-en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Van Buuren & Borman 2003

Van Buuren en Borman, *Algemene wet bestuursrecht, tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2003.

Daalder 2002

E.J. Daalder, 'Een bestuursrechtelijk exequatur', *NTB* 2002/8, p 242-243.

Daalder 2004

E.J. Daalder, *Van geschillen, advocaten en geschilbeslechting door de overheid* in: Overheid en Markt, Kluwer 2004.

Damen e.a. 2005

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, deel 1, Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2005.

Dellis 2008a

Dellis G, Public Utilities and the Market, Vol. I, *'Market –oriented Regulation for Public Utilities'* Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens-Komotini, 2008.

Dellis 2008b

Dellis G, Public Utilities and the Market, Vol. II, *'Liberalized Utilities Law (Electronic Communications, Energy, Post, Transport, Broadcasting)'*, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens- Komotini, 2008.

Dommering 1999

E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.A.M. Nijhof, M.L. Verberne, *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Dommering 2001

E.J. Dommering, 'De Nieuwe Brusselse Telecommunicatierichtlijnen', *Computerrecht* 2001-1.

Dommering e.a. 2001 E.J. Dommering, N.A.N.M van Eijk, J.J.M. Theeuwes en F.O.W. Vogelaar, *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt. Een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht (IVIR) 2001.

Dommering e.a. 2003

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*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht (IVIR) 2003.

Duijkersloot & Michiels 2000

A.P.W. Duijkersloot en F.C.M.A. Michiels, *'Taken en bevoegdheden van onafhankelijke toezichthouders: mogelijkheden en beperkingen'*, in: Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

Van Duijvenvoorde 2005

G.P. van Duijvenvoorde, 'In tien jaar van Telecommunicatie naar Elektronische Communicatie', *NTER* nummer 11/12, december 2005, p 262-266.

Duk 1978

W. Duk, *'De zachte kern van het bestuursrecht'*, *RMThemis* 1978, p. 564-588.

Duk 1988

W. Duk, *'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid'*, *RMThemis* 1988, p. 156-169.

Franken e.a. 1995

H. Franken e.a., *InLeiden tot de rechtswetenschap*, Arnhem: Gouda Quint bv 1995.

Frielink e.a. 2007

K. Frielink, E.P.M. Joosen, G.T.M.J. Raaijmakers, R.P. Raas, H.M. Vletter- van Dort en R.E. Batten, *Commentaar Financieel Recht. Deel III Memorie van Toelichting*. Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Geus & Zwenne 2001

M.J. Geus en G.J. Zwenne, *'commentaar op artikel 3.11 Telecommunicatiewet 1998'* in: A.H.J. Schmidt, H. Franken, P.C. Knol, G.J. Zwenne, *'Telecommunicatiewet. Tekst en Commentaar.'* Deventer: Kluwer 2001.

Geus & Phoelich 2006

M.J. Geus en L. Phoelich, *'Analyse van OPTA's marktanalyses'*, *Mediaforum* 2006-1.

Gevers 2007

J.K.M. Gevers, *'Kroniek van het gezondheidsrecht'*, *NJB*, nr. 13, 2007.

Glazener & Kroes 2007

P. Glazener en Q. Kroes, *'De rechterlijke toetsing van OPTA's marktanalyses. Materiele aspecten'*. *Mediaforum* 2007-11/12.

Goorden 2003

C.P.J. Goorden, *Algemeen bestuursrecht compact*. Den Haag: Elsevier Juridisch 2003.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998

P. de Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 2 Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998.

Heringa 1989

A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter*, diss. Leiden, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

Hins 2003

A.W. Hins, 'Geschillen over geschillen', *Mediaforum* 2003-6.

Huisjes 2001

S. C. Huisjes, 'commentaar bij artikel 7.8 Telecommunicatiewet 1998' in: A.H.J. Schmidt, H. Franken, P.C. Knol, G.J. Zwenne, 'Telecommunicatiewet. Tekst en Commentaar.' Deventer: Kluwer 2001.

Huisjes & Parren 2002

S.C. Huisjes en K.J.A.. Parren, 'Recht en Informatietechnologie' in: Handboek voor Rechtspraktijk en Beleid, 2002.

Jans e.a. 2002

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Klap 1996

A.P. Klap, 'Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing', *Bestuurswetenschappen* 1996, nr. 4.

Kuipers en Groot 2008

D.P. Kuipers en mr. P.S. de Groot, 'Liberalisering van de postmarkt in Europa: the clock is ticking', *NTER*, nummer 9, september 2008.

Meijer 2005

Meijer, 'commentaar bij artikel 12.2 Telecommunicatiewet' in: P.C. Knol, G.J. Zwenne en A.H.J. Schmidt, 'Telecommunicatierecht. Tekst en commentaar', Deventer: Kluwer 2005.

Koopmans 2003

T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: a comparative view*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Landsmeer & Doing 2007

A. Landsmeer en E. Doing-Bierens, 'Een nieuwe Euroregulator? Enkele kanttekeningen.' *Mediaforum* 2007-11/12.

Lavrijssen- Heijmans 2006

S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, diss. Tilburg, Boom juridische uitgevers 2006.

Lubberdink 1982

H.G. Lubberdink, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1982.

Mak 2007

E. Mak, *De rechtspraak in balans. Een onderzoek naar de rol van de klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'- beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland*, diss. Rotterdam, Nijmegen: Wlp 2007.

Van der Meulen 2003

B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten, Aanzet tot een interne rechtsvergelijking' in: 'Toezicht op markten', pre advies voor de VAR, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Meuwese 2004

A. Meuwese, Brusselse spraakverwarring: 'regelgevende instanties' zonder regelgevende bevoegdheden, *Nederlands Juristenblad (NJB)*, aflevering 22, 2004.

Munneke 2008

S.A.J. Munneke, 'De moeilijke grens tussen algemeen verbindende voorschriften en concretiserende besluiten van algemene strekking; een pleidooi voor minder samenhang', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 2008-1.

Van Ommeren 2008

F.J. van Ommeren, 'Concretiserende besluiten van algemene strekking', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, Sdu Uitgevers 2008.

Oppelaar 2007

H. V. Oppelaar, 'commentaar bij definitie toezichthouder' in: K. Frielink, E.P.M. Joosen, G.T.M.J Raaijmakers, R.P. Raas en H.M. Vletter- van Dort, 'Commentaar Financieel Recht. Deel I Wet op het financieel toezicht.' Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Ottow 2002

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

Ottow 2003

A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuursprocesrechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt' in: Toezicht op markten, preadvies voor de VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Ottow 2004

A.T. Ottow, 'Kort commentaar op enkele wijzigingen in de nieuwe Telecommunicatiewet'. *Mediaforum* 2004-1.

Ottow e.a. 2004

A.T. Ottow, M.J. Konert, N.A.N.M. Van Eijk en B.J. Schueler, 'De Telecommunicatiewet en handhaving', Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht (IVIR) 2004.

Ottow 2006

A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, diss. Amsterdam, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Pennarts 1998

H.F.Th. Pennarts, *Rechtsbescherming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Pietermaat en Ottow 2007

E. Pietermaat en A.T. Ottow, 'De rechterlijke toetsing van OPTA's marktanalyses. Procedurele Aspecten.' *Mediaforum* 2007-11/12.

Van der Pot 2006

Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, Deventer: Tjeenk Willink 2006.

Prins 2003

C.M.A. Prins, 'De nieuwe Elektriciteits- en gasrichtlijnen', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, 2003-4.

Rogier e.a. 2002a

L.J.J. Rogier, A.R. Hartmann, J.W. van der Hulst, *Handhaving. Algemene Inleiding. Monografieën financieel-economisch bestuursstrafrecht*, deel 1, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Rogier e.a. 2002b

L.J.J. Rogier, A.R. Hartmann, J.W. van der Hulst, *Nalevingstoezicht. Monografieën financieel-economisch bestuursstrafrecht*, deel 2, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Rogier 2004

L.J.J. Rogier, Kronieken 'Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2004.2.

Rogier & Vletter- van Dort

L.J.J. Rogier en H.M. Vletter- van Dort, 'commentaar bij artikel 1:72' in: K. Frielink, E.P.M. Joosen, G.T.M.J. Raaijmakers, R.P. Raas en H.M. Vletter- van Dort, 'Commentaar Financieel Recht. Deel I Wet op het financieel toezicht.' Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Falend toezicht. De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder*, oratie Utrecht, Boom juridische uitgevers 2001.

De Ru 1999

H.J. de Ru, 'Is OPTA bevoegd ONP op kabel toe te passen?', *Mediaforum* 1999-6.

De Ru 2001

H.J. de Ru, 'De toekomst van het overheidstoezicht op telecommunicatie', *Mediaforum* 2001-11/12.

De Ru 2003

H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden', Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten', *Markt en Mededinging* 2003/nr. 5.

De Ru & Peters 2000

H.J. de Ru en J.A.F. Peters, *Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoeienis ingekaderd* in: Toezicht en Regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

Sanders 2001

P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Schreuder- Vlasblom 2001

M. Schreuder- Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 2001.

Schueler 2004

B.J. Schueler, *Marktautoriteiten in een democratische rechtsstaat* in: Markten onder Toezicht, Deventer: Kluwer 2004.

Sintompoel 2000

N. Sintompoel, 'De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid', *Computerrecht* 2000/3.

Sickinghe & Geus 2008

F. Sickinghe en M. Geus, 'Herziening van de Europese Telecommunicatierichtlijnen: de wedstrijd Brussel vs. Lidstaten'. *Mediaforum* 2008-6.

Steyger 2005

E. Steyger, 'The proposed Dutch Health Insurance system in the light of European law', in *Competitive Social Health Insurance Yearbook 2004*, European Centre for Advanced Legal Studies in Health Care, Erasmus University Press, 2005.

Steyger 2007

E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, E. Steyger, 'Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van Europees recht', Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Tempelman 2005

Tempelman, 'commentaar bij artikel 6.2 Telecommunicatiewet' in: P.C. Knol, G.J. Zwenne en A.H.J. Schmidt, 'Telecommunicatierecht. Tekst en commentaar.' Deventer: Kluwer 2005

Verhey & Verheij 2005

L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 135^e jaargang, 2005-1.

Verhey 2008

L.F.M. Verhey, 'De rijke rommelzolder van Montesquieu: een blijvende inspiratiebron voor onze democratische rechtsstaat', in: *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw*, Nijmegen: WLP 2008.

Verweij & Sauren 2007

J. Verweij en E. Sauren, 'Geschilbeslechting door OPTA', *Mediaforum* 2007-2.

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, diss. Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

Widdershoven 1989

R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht*, diss. Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink, 1989.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005.

Wit 2004

P. Wit, 'De telecombestuurder als civilist: blijf toch bij je leest!', *NbBW* juli/ augustus 2004, nr. 7/8.

Van der Woude 2006

M.H. van der Woude, 'Les grandes manoeuvres' op naar de strijd voor de Europese energiemarkt, *SEW* 2006, 104.

Zijlstra 2005

S.E. Zijlstra, 'Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheid', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005-1.

Overige Documenten

Verdragen

Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG- Verdrag), *Trb.* 1957, 91.

Richtlijnen

Richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie- eindapparatuur (Randapparatuurrichtlijn), (*PbEG* 1988, L 131/73).

Richtlijn 90/387/EEG van de Raad van de EG van 28 juni 1990, betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van de beginselen van Open Network Provision (ONP-Kaderrichtlijn), (*PbEG* 1990 L 192/1).

Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990, betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (Dienstenrichtlijn), (*PbEG* 1990 L 192/10).

Richtlijn 92/44/EG van de Raad van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van ONP op huurlijnen, (ONP- huurlijnenrichtlijn), (*PbEG* L 165/27).

Richtlijn 94/46/EG van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG met name met betrekking tot satellietcommunicatie (*PbEG* 1994, L 268/15).

Richtlijn 95/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995, inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen, (*PbEG* L 281/51).

Richtlijn 95/51/EG van de Commissie van 18 oktober 1995 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie inzake de opheffing van de beperkingen op het gebruik van kabeltelevisienetten voor het verrichten van reeds geliberaliseerde telecommunicatiediensten, (Kabeltelevisierichtlijn) (*PbEG* 1995, L 256/49).

Richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (*PbEG* 1996, L 20/59).

Richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie, (*PbEG* 1996, L 74/13).

Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (Vergunningenrichtlijn), (*PbEG* L 117/15).

Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van ONP (ONP-interconnectierichtlijn), (*PbEG* L 199/32).

Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van ONP op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (ONP- spraaktelefonierichtlijn), (*PbEG* L 101/24).

Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, (*PbEG* 1998, L 204/1).

Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische –communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), (*PbEG* 2002 L 108/7)

Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische- communicatienetwerken en –diensten (Machtigingsrichtlijn), (*PbEG* 2002 L108/21).

Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (Kaderrichtlijn), (*PbEG* 2002 L 108/33).

Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en –diensten (Universeledienstrichtlijn), (*PbEG* 2002 L 108/51).

Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), (*PbEG* 2002 L201/37).

Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, (*PbEG* 2003 L 176/37).

Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, (*PbEU* 2003, L 176/57).

Verordeningen

Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PBEU* 2003, L1/1).

Verordening (EG) nr. 1128/ 2003 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit, (*PbEU* L 176/1).

Wetgeving

Wet op de Zamenstelling der Regterlijke Magt en het Beleid der Justitie van 18 april 1827, *Stb.* 20, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 13 maart 2008, *Stb.* 2008, 85 (Wet op de Rechterlijke Organisatie).

Wet van 15 oktober 1964, houdende regelen met betrekking tot de geneeskundige verzorging door middel van ziekenfondsverzekering, (*Ziekenfondswet/ oud*), *Stb.* 1964, 392.

Wet van 26 oktober 1988, houdende herziening van de wetgeving met betrekking tot de uitvoering van de postdienst, *Stb.* 1988, 522, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 1999, 484.

Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, *Stb.* 1997, 242, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2008, 95.

Wet van 19 oktober 1998 houdende regels inzake de telecommunicatie, *Stb.* 1998, 610, (*Telecommunicatiewet oud*). Herzien in 2004: Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2007, 158, inwerkingtreding *Stb.* 2008, 93, (*Telecommunicatiewet*).

Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (*Gaswet*), *Stb.* 2000, 305, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2004, 328.

Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (Spoorwegwet), *Stb.* 2003, 264, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2007, 530.

Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/54/EG, (*PbEG* L 176), verordening nr. 1228/2003 (*PbEG* L 176) en richtlijn nr. 2003/55/EG (*PbEG* L 176) alsmede in verband met de aanscherping van het toezicht op het netbeheer, *Stb.* 2004, 328.

Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, *Stb.* 2005, 172.

Wet van 16 juni 2005, houdende regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet), *Stb.* 2005, 358.

Wet van 7 juli 2006, houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg (Wet marktordening gezondheidszorg), *Stb.* 2006, 415.

Wet van 28 september 2006, houdende regels inzake het toezicht op den de handhaving van voorschriften voor financiële verslaggeving van effectuitgevende instellingen alsmede tot wijziging van enige wetten. (Wet op het financieel toezicht).

Wet van 2 november 2006, *Stb.* 587, houdende regels betreffende zelfstandige bestuursorganen. (Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

Kamerstukken

Kamerstukken II1996/97, 25 533, nr. 3 (Memorie van Toelichting Telecommunicatiewet)

Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3 (Memorie van Toelichting Telecommunicatiewet 2004).

Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50 (Visie op markttoezicht, aangeboden aan de Tweede Kamer door de Minister van Economische Zaken, ter uitvoering van de motie Heemskerk cs).

Besluiten

Besluit aanwijzing toezichthouders Telecommunicatiewet van 25 november 1998, *Stcrt.* 1998, 230, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2008, 162.

Besluit van 22 juli 2002, houdende de herindeling van de ministeriële taak met betrekking tot het telecommunicatie- en postbeleid alsmede met betrekking tot het beleid ten aanzien van de kabelsector en digitale televisie en radio via de ether, *Stb.* 2002, 419.

Wijziging Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2005, *Stcrt.* 2008, 97.

Besluit in geschil tussen Orange en Vodafone van 4 mei 2007 inzake directe interconnectie, OPTA/TN/2007/200992.

Beleidsregels

Procedureregeling geschillen OPTA, *Stcrt.* 2001, 138.

Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA, *Stcrt.* 2005, 54.

Beleidsregels inzake de maximaal redelijke tarieven voor gespreksafgifte op de markten voor afgifte op geografische nummers, 084/087- nummers en 088- nummers (Beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit), Den Haag 29 april 2008, (OPTA/AM/2008/201010).

Beleidsregels inzake de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels, 9 juni 2008, (OPTA/ACNB/2008/201263).

Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA).

Procedureregeling geschillen Energie, *Stcrt.* 2004, 167.

Afspraken tussen het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang, *Stcrt.* 2004, 121 (Herzien Samenwerkingsprotocol).

Overige

Naar een dynamische Europese Economie: groenboek over de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt voor telecommunicatiediensten en apparatuur (mededeling van de Commissie)/ uitgegeven door de Europese Commissie van de Europese Gemeenschappen, 1987, Luxemburg, Bureau voor Officiële Publikaties der EG.

Stichting Economisch Onderzoek Universiteit van Amsterdam 2005, Nederland toezichtland een economisch perspectief, onderzoek in opdracht van de Commissie Marktordening en economische sectoren.

Rapport Kohnstamm, Een herkenbare staat: Investeren in de overheid, Rapport van de Werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau, Interdepartementaal beleidsonderzoek 2003-2004, nr 1.

OPTA jaarverslag 2002, *Visie op de markt*, OPTA 2002.

OPTA jaarverslag 2003, *Visie op de markt*, OPTA 2003.

OPTA jaarverslag 2004, *Visie op de markt*, OPTA 2004.

OPTA jaarverslag 2005, *Visie op de markt*, OPTA 2005.

OPTA jaarverslag 2006, *Visie op de markt*, OPTA 2006.

OPTA jaarverslag 2007, *Visie op de markt*, OPTA 2007.

VAR Verslag van de algemene vergadering gehouden op 16 mei 2003 ter behandeling van de preadviezen van prof. mr. B.M.J van der Meulen en mr A.T. Ottow, Boom Juridische uitgevers.

Op de handhaving beschouwd, toezien op een versterkte en uitvoerbare lokale handhavingsstructuur, Raad voor het Openbaar bestuur, april 1998.

De kaderstellende visie op toezicht (tevens kabinetsstandpunt op het rapport van de Ambtelijke Commissie toezicht), Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, juli 2001.

Voorstel tot wijziging van de Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten, artikel 21 bis, COM (07) 697.

Aanwijzingen voor de regelgeving, circulaire van de Minister-president van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2008, 183.

Jurisprudentielijst:

Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

EHRM 23 oktober 1985, (*Bentham t. Nederland*), NJ 1986, 102.

EHRM 6 mei 2003, (*Kleyn e.a. t. Nederland*), AB 2003, 211 m nt. L.F.M Verhey en B.W.N. de Waard.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen:

HvJEG 21 september 1989, zaak C-68/88 (*Griekse Mais*), *Jur.* 1989, p. 2965.

HvJEG 9 december 1997, zaak C-265/95 (*Spaanse aardbeien*), *Jur.* 1998, p. I-963.

HvJEG 17 september 1997, zaak C-54/96 (*Dorsch Consult*), *Jur.* 1997, p. I-4961....9.3.3.

HvJEG 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner en Elser t. Macroton*), *Jur.* 1991, p. I-1979.

HvJEG 31 mei 2005, zaak C-53/03, *Jur.* 2005, p. I-4609.

HvJEG 24 april 2008, zaak C-55/06, AB 2008, 326 m.nt. R.G.J.M. Widdershoven.

Hoge Raad

Hoge Raad 22 juni 1973, AB 1973, 187, m.nt. van der Horst.

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State:

ABRvS, 18 juni 1998 (*appellant t. de Stichting Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor Zaaizaad en Pootgoed van Landbouwgewassen en NAK*), LJN: ZF3385.

ABRvS, 15 februari 1999 (*Nellen t. de Raad van Beroep van de Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor Groente- en Bloemzaden*), AB 1999, nr 118.

ABRvS 30 juni 2004 (*Appellanten t. het college van burgemeester en wethouders van Haarlem*), JB 2004, nr. 293.

ABRS 13 april 2005 (*Comité Ooyseburg t. het college van B&W van Duiven*), AB 2005, nr 211.

ABRvS 20 juni 2007 (*Medisch Centrum Boerhaave t. Agis Zorgverzekeringen*), JB 2007/148, LjN: BA7617.

College van Beroep voor het bedrijfsleven:

CBB 28 juli 2000 (*KPN t. OPTA*), JB 2000/289, m.nt. C. Albers.

CBB 25 april 2001 (*KPN t. OPTA en Dutchtone*), LjN AB1647.

CBB 19 november 2003, (*Versatel e.a.*), LjN AO1107.

CBB 3 december 2003, (*UPC en Canal+ t. OPTA*), AB 2004, nr. 189 m. nt. G. Cartigny, LjN AO1112.

CBB 19 maart 2004, (*KPN Telecom B.V. t. OPTA*), LjN AO7841.

CBB 16 april 2004, (*Tiscali en OPTA t. KPN Telecom*), LjN AO8356.

CBB 16 juni 2005, (*KPN Telecom t. OPTA en Casema*), LjN AT7786.

CBB 16 juni 2005, (*KPN e.a. t. OPTA*), AB 2005, 326 m.nt. G. Cartigny, LjN AT7789,

CBB 12 december 2005, (*Globalcall e.a.*), LjN AU8620.

CBB 21 december 2005, (*Globalcall e.a. t. OPTA*), LjN AU8620.

CBB 6 april 2006, (*OPTA e.a. t. UPC*), NJB 2006, 691, p 913/ *Computerrecht* 1/2007, p. 22 m. nt. Roel de Lange en Alexandra Danopoulos.

CBB 13 juli 2006, AWB 06/192, 06/193 en 06/195 (*MCI Nederland e.a.*), LjN AY3826.

CBB 24 juli 2007 (*Casema e.a. t. OPTA*), LjN BB0186.

CBB 25 september 2007 (*Broadcast t. OPTA*), LjN BB4187

CBB 27 september 2006 (*OPTA e.a.*), LjN AY 8879.

CBB 16 januari 2008, (*NRE t. NMa*), LjN BC4130.

CBB 18 juli 2008 (*KPN t. OPTA e.a.*), AB 2008, 295 m. nt. G.J.M. Cartigny, LjN BE9674.

Rechtbank:

Pres. Rb. Rotterdam 18 februari 1998 (*Versatel t. OPTA*), AB 1998, nr. 313 m. nt. G.J.M Cartigny.

Rb. Rotterdam 14 september 1999 (*Kabeltelevisie Amsterdam t. OPTA*), *Mediaforum* 1999-11 m.nt. Jilles van den Beukel, LJN AA3679.

Pres. Rb Rotterdam 23 december 1999, (*Libertel t. OPTA*), AB 2000, nr. 430.

Rb. Rotterdam 13 september 2000 (*Koninklijke PTT Nederland en Dutchtone t. OPTA*), LJN AA8568.

Rb. Rotterdam 21 december 2000 (*Energis N.V. t. KPN Telecom B.V.*), (rolnummer: 138043/HAZA 00-1088), *niet gepubliceerd*.

Rb. Rotterdam 16 februari 2001 (*KPN t. OPTA en MCI Worldcom*), LJN AB0027.

Rb. Rotterdam 21 juni 2001 (*KPN en Denda t. OPTA*), LJN AB 2611.

Rb. Rotterdam 29 november 2001, (*Baby XL t. KPN Telecom B.V.*), (zaak/rolnummer: 156783/HAZA 01-1308).

Rb. Rotterdam 8 juli 2002 (*UPC t. OPTA*), *Mediaforum* 2002-10, m. nt. Annetje Ottow.

Rb. Rotterdam 29 november 2002 (*Dutchtone e.a. t. OPTA*), LJN AF1538.

Rb. Rotterdam, 31 januari 2003 (*KPN t. OPTA*), *Mediaforum* 2003-4 m. nt. Annetje Ottow.

Rb. Rotterdam 25 april 2003 (*O2 en KPN t. OPTA*), *Mediaforum* 2003-6, m.nt. Annetje Ottow, LJN AF8131.

Rb. Rotterdam 12 augustus 2003 (*TPG t. OPTA*), (reg. nr. *TELEC 02/168-MES*), *niet gepubliceerd*.

Rb. Amsterdam 3 augustus 2006, AWB 04/5596, (*medisch Centrum Boerhaave t. Agis Zorgverzekeringen*), *niet gepubliceerd*.

Rb. Rotterdam 22 augustus 2006 (*KPN t. OPTA*), LJN AZ0135.

Rb. Rotterdam 26 september 2007 (*Prorail t. de Raad van Bestuur van de NMa*), (nr. MEDED 06/3416).

