

Vergaderjaar 2000–2001

21 693

Post- en Telecommunicatiebeleid

Nr. 56

**BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN VERKEER EN WATER-
STAAT**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 9 juli 2001

Krachtens artikel 25 van de wet Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA-wet) zendt de Minister van Verkeer en Waterstaat elke vier jaar aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van het college. Tevens dient dit verslag een rapportage te bevatten betreffende de wenselijkheid van het voorzetten van het college.

Hierbij bied ik u het kabinetsstandpunt aan met betrekking tot de evaluatie van de doeltreffendheid en doelmatigheid van het college, alsmede met betrekking tot de toekomstige positionering van het sectorspecifieke toezicht op de postmarkt en telecommunicatiemarkt. Afgelopen maart heb ik u reeds de onderzoeksrapporten toegezonden die ten grondslag liggen aan dit kabinetsstandpunt (DGTP/MM/01.01914).

Het kabinet gaat ervan uit dat in het kabinetsstandpunt tevens in voldoende mate duidelijkheid wordt verschaft over de positie van de verschillende toezichthouders op het terrein van de media en telecommunicatie ten opzichte van elkaar, zoals gevraagd in de motie Nicolaï c.s. van 12 juni 2001 (TK 2000–2001, 27 088, nr. 21).

De Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat,
J. M. de Vries

KABINETSSTANDPUNT EVALUATIE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

6 juli 2001

Inhoudsopgave

INLEIDING	3
1. ACHTERGROND INSTELLING COLLEGE	4
1.1. Algemeen	4
1.2. Regelgevend instrumentarium	5
2. WETTELIJKE BASIS EVALUATIE	6
2.1. Doelstelling	6
2.2. Andere gerelateerde wettelijke regimes	7
3. ONDERZOEKEN BERENSCHOT EN TWYNSTRA GUDDE	8
3.1. Onderzoeksvraag Twynstra Gudde	8
3.2. Hoofdpunten uit rapport Berenschot betreffende bestuurlijke inrichting	9
3.3. Conclusies kabinet op basis van terugblik op optreden OPTA	10
4. UITGANGSPUNTEN VOOR DE INRICHTING VAN HET TOEZICHT	11
5. GEWENSTE TOEKOMSTIGE BESTUURLIJKE INRICHTING	14
5.1. Wenselijkheid sectorspecifieke regelgeving	14
5.2. Inrichting sectorspecifiek toezicht	15
5.3. Marktanalyse	20
5.4. Conclusie	22
5.5. Vervolgtraject/Fasering	25
6. OVERIGE AANBEVELINGEN/AANDACHTSPUNTEN	25
7. VERANTWOORDING T.A.V. MEEWEGING REACTIE COLLEGE	29
BIJLAGEN¹	
• reactie OPTA op concept kabinetsstandpunt	
• rapport van bevindingen OPT over concept kabinetsstandpunt	
• reactie van NMa op concept kabinetsstandpunt	

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

INLEIDING

Technologische ontwikkelingen in de telecommunicatiesector, aangevoerd door nieuwe kansen in een vrije markt, hebben geleid tot vele nieuwe innovatieve communicatieproducten, grotere keuzemogelijkheden en prijsdalingen. Op steeds meer markten is sprake van effectieve marktwerking. In de postsector gaan de ontwikkelingen in internationaal kader langzamer, maar ook hier begint de verdere liberalisering vorm te krijgen. Sectorspecifieke regels hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan de overgang van een monopolistische naar een meer concurrerende markt. Voor het begeleiden en bevorderen van die overgang is in 1997 een onafhankelijke toezichthouder ingesteld, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). Deze toezichthouder is door de wetgever belast met het toezicht op en de uitvoering van een aantal taken uit de Telecommunicatiewet en de Postwet. In dat kader is de OPTA als zelfstandig bestuursorgaan (zbo) voorzien van bevoegdheden om zich actief op te kunnen stellen bij de toepassing en handhaving van asymmetrische sectorspecifieke regelgeving.

De OPTA werd ingesteld in een periode waarin de telecommunicatieregelgeving zich vooral richtte op voormalige staatsmonopolisten met exclusieve of bijzondere rechten op de traditionele telecommunicatiemarkten (openbare telefonie en huurlijnen). Deze focus is in de afgelopen jaren reeds verder opgerekt en wordt in het kader van de huidige herziening van de Europese telecommunicatieregelgeving flink verbreed. De Europese sectorspecifieke telecommunicatieregelgeving zal zich vanaf (naar verwachting) 2003 richten op alle communicatiesectoren. Bovendien schuift de regelgeving qua aanpak op in de richting van het algemene mededingingsbeleid, door een herdefiniëring van het analysekader (relevante markt, aanmerkelijke marktmacht).

Voor wat betreft de postsector geldt uiteraard evenzeer het belang van adequaat toezicht op een geprivatiseerd voormalig staatsbedrijf met exclusieve rechten en bijzondere plichten. De liberalisering van de markt is in deze sector minder ver gevorderd, waardoor de focus van de regelgeving anders gericht is. Dit wordt ook weerspiegeld in de aard en omvang van de toezichthoudende taken die aan OPTA op dit gebied zijn toebedeeld.

In de OPTA-wet is een periodieke evaluatie van de doeltreffendheid en de doelmatigheid van het functioneren van het college voorzien. Bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de OPTA heeft de Tweede Kamer de tijdelijkheid van het sectorspecifieke toezicht benadrukt. De toenmalige Minister van Verkeer en Waterstaat gaf in 1997 echter aan dat het niet mogelijk was het sectorspecifieke toezicht aan een einddatum te koppelen. Om die reden werd een periodieke evaluatie van de toezichthouder door het parlement bepleit. In de afgelopen vier jaar is er een aantal ervaringsgegevens beschikbaar gekomen op basis van de taakvervulling van OPTA en de ontwikkeling van de markt. Deze ervaringsgegevens zijn door Twynstra Gudde geïnventariseerd en beoordeeld in het kader van de evaluatie die dit bureau recentelijk in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat heeft uitgevoerd.

In het kader van een bezinning op en een adequate inrichting van het toezicht zijn ook andere rapporten van belang, ondermeer het rapport van de commissie Borghouts *Vertrouwen in onafhankelijkheid*, van 1 november 2000², *De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund* van de commissie Holtslag³ en *Zicht op Toezicht* van de commissie Visser⁴. In deze rapporten worden in relatie tot het ministeriële toezicht belangrijke criteria als proportionaliteit, transparantie, vertrouwen, onafhankelijkheid, professionaliteit, checks en balances veelvuldig genoemd.

² Rapport van de Ambtelijke Commissie Toezicht, TK 26 806, 2000–2001.

³ Kamerstukken II, 1998–1999, 26 200 VII, nr. 48.

⁴ MDW rapport *Zicht op Toezicht*, Kamerstukken 24 036, 1997–1998.

Op basis van deze inzichten dient een juiste balans te worden gevonden tussen de vertaling van deze bestuurlijke criteria voor een adequaat toezichtarrangement en de eisen van een telecommunicatie- en een postmarkt die sterk in ontwikkeling zijn en waar het bereiken van een level playing field nog de nodige inspanningen vergt. In het voorliggende standpunt wordt door het kabinet een nieuwe afweging van belangen, eisen en doelen gemaakt, resulterend in een conclusie die naar het gevoelen van het kabinet de juiste balans in zich draagt.

1. ACHTERGROND INSTELLING COLLEGE

1.1. Algemeen

Met ingang van 1 augustus 1997 is de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA-wet)⁵ in werking getreden. Met de instelling van de OPTA is beoogd te bereiken dat er een scheiding werd aangebracht tussen de functie van de Minister van Verkeer en Waterstaat als aandeelhouder van de Koninklijke PTT Nederland N.V. (KPN) en de functie van de overheid als scheidsrechter in een geliberaliseerde markt, waarin KPN Telecom en het toenmalige PTT Post (nu TPG) een belangrijke rol spelen. Om zelfs maar de schijn van belangenverstrengeling te vermijden was een dergelijke scheiding gewenst en werd er met name om die reden voor gekozen om het toezicht onder te brengen in een zelfstandig bestuursorgaan (zbo).

In de Memorie van toelichting bij het OPTA-wetsvoorstel (hierna de Memorie) is verder aangegeven dat de instelling van een zbo ondermeer essentieel is voor het begeleiden van de overgang van een monopolistische markt naar een markt met volledige mededinging.⁶ Het college heeft in dat kader twee soorten taken opgedragen gekregen: toezichtstaken en uitvoeringstaken. De toezichtstaken van het college hebben vooral betrekking op de verplichtingen die marktpartijen krachtens de Telecommunicatiewet en de Postwet hebben. Uitvoeringstaken verricht OPTA vooral op het gebied van nummeruitgifte en registraties.

Tevens is in de bovengenoemde Memorie aangegeven dat er geen uitspraken konden worden gedaan over de termijn waarop normale concurrentie zal zijn ontstaan en dus ook niet over de termijn waarop beëindiging van het specifieke toezicht op het terrein van post en telecommunicatie opportuun zou zijn. Vandaar dat in de OPTA-wet is voorgescreven dat de Minister van Verkeer en Waterstaat het functioneren van de OPTA periodiek dient te evalueren en vervolgens de Tweede Kamer daarover dient te informeren alsmede over de toekomst van het sector-specifieke toezicht. Aan die rapportageplicht is de expliciete bepaling verbonden dat de minister daarbij «tevens rapporteert omtrent de wenselijkheid van het al dan niet voortzetten van het college». In de Memorie wordt in dit verband gesteld dat «de [...] Mededingingswet op alle economische sectoren van toepassing [is], met inbegrip van de post- en telecommunicatiesector. De post- en telecommunicatiesectoren verkeren momenteel in een overgangsfase van monopolie naar volledige marktwerking. In het licht van het streven om zo spoedig mogelijk volledige marktwerking in beide sectoren tot stand te brengen is ervoor gekozen om in aanvulling op de algemene mededingingsregels tijdelijk specifieke wettelijke bepalingen te hanteren die in bepaalde gevallen ook zien op concurrentieverhoudingen [...]»⁷

Tenslotte is in de Memorie toegelicht dat de beëindiging van het sector-specifieke toezicht op het terrein van post en telecommunicatie afhankelijk is van de vraag op welk moment sprake zal zijn van zodanige markt-

⁵ Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatie autoriteit). Staatsblad 1997, 320.

⁶ Kamerstukken 1996/97, 25 128, nr. 3, pagina 2-3.

⁷ Kamerstukken 1996/97, 25 128, nr. 3, pagina 9-10.

werking dat verder met algemeen mededingingstoezicht kan worden volstaan⁸. De periodieke evaluatie dient derhalve:

- a) een terugblik te geven over het functioneren van OPTA;
- b) daarbij een oordeel te vormen over de rol die OPTA heeft gespeeld bij het bereiken van – met de Telecommunicatiewet beoogde – markttransformatie alsmede de doelstellingen uit de Postwet;
- c) op basis van bovenstaande een uitspraak te doen over de wenselijkheid van het al dan niet continueren van specifiek (mededingings)-toezicht op de telecommunicatie- en de postmarkt. Bij dit laatste wordt de op dit moment lopende herziening van de Europese telecommunicatiewetgeving betrokken.

Uitgangspunten instelling OPTA in 1997

- a. aandeelhouderschap Nederlandse Staat in KPN: functiescheiding en onafhankelijk toezicht nodig
- b. toezicht op en begeleiding tijdens overgangperiode van monopolie naar meer marktwerking
- c. tijdelijk karakter: om de vier jaar kijken of sectorspecifiek toezicht nog steeds nodig is of bijstelling behoeft

1.2. Regelgevend instrumentarium

De taken die OPTA in de Telecommunicatiewet en de Postwet opgedragen heeft gekregen zijn afgeleid van de doelstellingen uit het Nederlandse telecommunicatie- en postbeleid zoals deze zijn verwoord in de regelgeving en ook in het kader van de Digitale Delta en de beleidsnota van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat *Netwerken in de Delta*.⁹

1. zorgdragen voor een aanbod van eerste klas telecommunicatie- en postvoorzieningen en toepassingen ten behoeve van de versterking van de concurrentiepositie van Nederland. Het ministerie van Verkeer en Waterstaat wil ervoor zorgdragen dat er infrastructuur met innovatiepotentieel aanwezig is;
2. waarborgen kwaliteit en toegankelijkheid van de telecommunicatie infrastructuur door optimale (nationale) marktcondities. In de nationale en Europese markten dient in voldoende mate een level playing field te worden bereikt zodat op termijn volstaan kan worden met algemene mededingingsbepalingen. Het Ministerie van Verkeer en Waterstaat zal het verwezenlijken van deze doelstelling bevorderen door de toezicht- houder instrumenten te geven om de eindsituatie voor het sector- specifieke beleid zo snel mogelijk te bewerkstelligen;
3. bewaken van de maatschappelijke belangen bij toegang tot en gebruik van telecommunicatie- en postvoorzieningen. Gebruikers dienen vertrouwen te hebben in veiligheid, betrouwbaarheid, privacy en de effectiviteit van consumentenbescherming. Tevens moeten gebruikers kunnen rekenen op goede toegankelijkheid en betaalbaarheid van basisdiensten (universele dienstverlening).

De inrichting en uitrusting van het toezicht moet uiteraard bijdragen aan het bereiken van deze doelstellingen. De toepassing en handhaving van de betreffende regelgeving is in belangrijke mate opgedragen aan de OPTA. De rol van de OPTA in een geliberaliseerde telecommunicatiemarkt en een postmarkt waar de liberalisatie in gang is gezet, is een bijzondere: behalve als bewaker van algemeen maatschappelijke en consumentenbelangen treedt zij ook op als scheidsrechter in geschillen tussen bedrijven onderling, en draagt zij bij aan het scheppen van meer evenwicht in de markt door het toepassen van asymmetrische rechten en plichten van marktpartijen, daar waar de regelgeving hier expliciet in voorziet. Bovendien ziet OPTA toe op de naleving van verplichtingen, die rechtstreeks uit de wet voortvloeien.

⁸ Kamerstukken 1996/97, 25 128, nr. 3, pagina 20–21.

⁹ Nota De Digitale Delta-NL online, kamerstukken II 1999–2000, nr. 26 643, juni 1999. Zie ook de beleidsnota *Netwerken in de delta: 1e klas voorzieningen voor netwerkeconomie en informatiemaatschappij*, april 2000, kamerstuk nr. II 1999/2000, 26 643, nr. 6.

Het kabinet streeft zowel naar concurrentie tussen telecommunicatie-infrastructuren als naar concurrentie tussen diensten. Om beide doelen te realiseren moet het beleidskader zorgvuldig worden afgewogen. Door een eenzijdige keuze voor één van deze doelen te maken zou het andere doel in de verdrukking kunnen komen. Concurrentie tussen infrastructuren zal leiden tot meer concurrentie op het gebied van diensten. In die zin liggen beide doelstellingen in elkaars verlengde. De toenemende convergentie tussen de gebruikersmogelijkheden van infrastructuren zal in belangrijke mate bijdragen aan de bevordering van concurrentie tussen infrastructuuren.

Dit neemt niet weg dat in situaties waar de concurrentie tussen infrastructuuren niet of maar zeer langzaam van de grond komt, de bevordering van de mededinging op dienstenniveau noodzakelijk blijft. Dat geldt met name op het gebied van lokale aansluitlijnen, waar de economische mogelijkheden om een eigen concurrerende infrastructuur aan te leggen nog zeer beperkt zijn. Zorgvuldige inzet van instrumenten is daarbij geboden teneinde de ontwikkeling op de lange termijn van nieuwe infrastructuur niet onnodig te belemmeren. Bij de inzet van het toezichtsinstrumentarium dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheden om een alternatieve infrastructuur aan te leggen. Indien dergelijke mogelijkheden economisch gezien nagenoeg ontbreken zal noodzakelijkerwijs meer het accent moeten worden gelegd op het faciliteren van dienstenconcurrentie. Omgekeerd geldt dat daar waar het aanleggen van eigen infrastructuur wel tot de mogelijkheden behoort (bijvoorbeeld door middel van *local loop ontbundeling*), de bevordering van infrastructuurconcurrentie meer accent dient te krijgen.

2. WETTELIJKE BASIS EVALUATIE

Krachtens artikel 25 van de OPTA-wet zendt de Minister van Verkeer en Waterstaat binnen vier jaar na de inwerkingtreding van deze wet en vervolgens iedere vier jaar aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van het college. Dit verslag dient mede een rapportage betreffende de wenselijkheid van het al dan niet voortzetten van het college te bevatten. Verder is in het Informatiestatuut¹⁰ geregeld dat de Minister in samenspraak met het college de opzet en uitvoering van de evaluatie vaststelt.

2.1. Doelstelling

De periodieke evaluatie dient de doeltreffendheid (effectiviteit) en de doelmatigheid (efficiëntie) van het optreden van het college vast te stellen en daarover een oordeel te geven. In dat kader dient het kabinet een oordeel te geven over de wijze waarop en mate waarin OPTA met haar optreden aan het realiseren van de doelstellingen van de telecommunicatiewetgeving heeft bijgedragen. In onderhavig verslag wordt door het kabinet tevens een standpunt ingenomen over de wenselijkheid van het continueren van specifiek toezicht op de telecommunicatie- en postmarkt en de voorwaarden waaronder dit toezicht uitgevoerd zou moeten worden, mede in het licht van zich ontwikkelende telecommunicatiereggeving en de ontwikkeling van de post- en telecommunicatiemarkt, de bredere discussie over de rol van zbo's en de toepassing van sector-specifieke regelgeving.

¹⁰ Regeling van de Minister van Verkeer en Waterstaat, houdende een Informatiestatuut, van 23 juli 1997, HDTP/97/1437/ISV. Publicatie in de Staatscourant, 1997, nr. 142.

2.2. Andere gerelateerde wettelijke regimes

Bij de onderhavige evaluatie zijn naast de Telecommunicatiewet en de Postwet twee andere regelgevende kaders met name van belang: a) de relatie met de Mededingingswet; en b) de herziening van het Europese Open Network Provision (ONP) kader.

- a) Het naast elkaar bestaan van twee wettelijke systemen (de algemene mededingingsregels en de sectorspecifieke regels voor telecommunicatie en post) en de werking van dat stelsel wordt nader toegelicht in hoofdstuk 11 van de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Telecommunicatiewet.¹¹ Om een gelijklopende interpretatie en uniforme toepassing van algemene en sectorspecifieke mededingingsregels te waarborgen is in de wet een consultatieplicht en de eis van overeenstemming op hoofdlijnen verankerd. De toepassing van mededingingsbegrippen door OPTA dient plaats te vinden op basis algemene richtlijnen, die OPTA in overeenstemming met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) opstelt. De onderlinge samenwerking tussen de OPTA en de NMa is nader uitgewerkt in het Samenwerkingsprotocol dat de OPTA en NMa gezamenlijk hebben opgesteld¹².

De discussie over de wenselijkheid van sectorspecifieke mededingingsregels en het onderbrengen van sectorspecifieke toezichtstaken bij de OPTA of bij de NMa heeft al vanaf 1997 gespeeld, ook in de Tweede Kamer¹³. De nadruk die – ook vanuit de Europese Unie – steeds meer kwam te liggen op het scheppen van afstand tussen de toezichtfunctie op de markt en de Staat als aandeelhouder van de meest dominante marktpartij heeft toentertijd een belangrijke rol gespeeld bij het onderbrengen van het sectorspecifieke toezicht in een aparte zbo. In de Telecommunicatiewet zijn kaders aangegeven voor de samenwerking tussen OPTA en NMa. Inmiddels heeft het kabinet ook voorgesteld de NMa als zbo in te richten. De wijziging van de positie van de NMa is van groot belang bij de afweging van argumenten om tot een evenwichtige keuze te komen ten aanzien van de toedeling van sectorspecifieke toezichtstaken.

- b) Bij de evaluatie van de OPTA is ook de herziening van het Europese regelgevende kader (de zgn. ONP Review) van belang. Dit werd al door de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat gememoreerd in de nadere Memorie van antwoord aan de Eerste Kamer inzake het voorstel voor de Telecommunicatiewet.¹⁴ De Europese regelgeving is bepaald voor de inhoud van de wet en daarmee voor de taken van de OPTA. Inmiddels is uit de voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe Richtlijnen gebleken dat de Commissie ook in de toekomst nog steeds een noodzaak ziet voor de sectorspecifieke (tele)communicatieregels, zij het dat hierbij in grotere mate aangesloten dient te worden bij het algemene mededingingsbeleid. De Nederlandse regering heeft zich in hoofdlijnen achter de voorstellen van de Commissie geschaard.¹⁵ Dit standpunt is voor de evaluatie van de OPTA van belang. Mede op basis van een analyse van de samenhang tussen de algemene en de sectorspecifieke mededingingsgerelateerde taken moet een afweging worden gemaakt betreffende de wijze waarop deze taken het beste uitgevoerd zouden kunnen worden.

¹¹ Kamerstukken 1996/97, 25 533, nr 3. Hoofdstuk 11, pagina 58–64.

¹² Samenwerkingsprotocol NMa-OPTA van 5 januari 1999, zie de website van OPTA of van NMa.

¹³ Zie ondermeer de algemene beraadslaging over het wetsvoorstel «Regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt». Kamerstukken 25 128, 81–5569 t/m 5592 van 15 mei 1997.

¹⁴ Nadere Memorie van antwoord, Eerste Kamer, Kamerstukken 1997/98, 25 533, 309d.

¹⁵ Zie voor het Nederlandse standpunt betreffende de zogenaamde ONP Review: Kamerstukken 1999–2000 en 2000–2001, 21 501–10.

3. ONDERZOEKEN BERENSCHOT EN TWYNSTRA GUDDE

Om tot een afgewogen oordeel te kunnen komen betreffende het functioneren van OPTA is er voor gekozen om onafhankelijk onderzoek te laten uitvoeren door Twynstra Gudde en Berenschot¹⁶. Beide rapportages zijn op 30 maart 2001 afgerond en door de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Tweede Kamer toegestuurd¹⁷.

3.1 Onderzoeksvraag Twynstra Gudde

Het onderzoek van Twynstra Gudde is uitgevoerd tussen september 2000 en maart 2001 en betrof het functioneren van de OPTA vanaf het moment van instelling tot 1 december 2000. De onderzoeksvraag die Twynstra Gudde voor een aantal deeldossiers diende te beantwoorden luidde: «Hoe heeft het college de zijn toegewezen wettelijke taken ingevuld, in welke mate is dit optreden doeltreffend en doelmatig geweest op basis van de zijn ter beschikking staande instrumenten, en welke effecten heeft het specifieke optreden van het college gehad op de telecommunicatie- en postmarkten.»

Belangrijkste conclusies Twynstra Gudde

Twynstra Gudde is voor wat betreft haar eindoordeel van mening dat het college de zijn toegewezen wettelijke taken in het algemeen op een goede wijze¹⁸ heeft ingevuld. De doeltreffendheid en doelmatigheid van het *optreden van het college op de telecommunicatiemarkt* beoordelen de onderzoekers als goed, en de doeltreffendheid van het *optreden op de postmarkt* als voldoende, waarbij het college de zijn toegewezen wettelijke taken op een goede wijze heeft vervuld. Voor wat betreft *de aansturing van de interne organisatie* is Twynstra Gudde van mening dat deze voldoende adequaat was gedurende de evaluatieperiode. De *relatie met andere instellingen en organisaties* zoals de NMa, buitenlandse collega-toezichthouders en de Europese Commissie, beoordeelt Twynstra Gudde als goed tot zeer goed. De samenwerking met deze instellingen is gebaseerd op professionaliteit en vertrouwen. Het *functionele samenspel tussen OPTA en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat* als verantwoordelijk departement heeft volgens de onderzoekers de afgelopen jaren te wensen overgelaten. In dat kader wijzen de onderzoekers er op dat er weliswaar sprake is van een voldoende heldere functiescheiding tussen de rollen van de Minister/staatssecretaris en die van de onafhankelijke toezichthouder, maar dat het samenspel tussen beleid en uitvoering niet altijd goed en functioneel is geweest.

Door Twynstra Gudde wordt geconstateerd dat OPTA in aanzienlijke mate heeft bijgedragen aan *het bevorderen van de marktwerking in de telecommunicatiesector*. Daarbij is ondermeer gekeken naar dienstinnovatie, keuzemogelijkheden voor afnemers, toetredingsbarrières, snelheid en tijdigheid van optreden van OPTA. Hierbij heeft Twynstra Gudde een weging moeten maken van positieve en negatieve effecten van het optreden van OPTA op de marktwerking. Positief is ondermeer dat de keuzemogelijkheden qua telecommunicatiediensten en dienstenaanbieders voor zowel zakelijke als particuliere gebruikers enorm zijn genomen. De eindgebruikerstarieven voor met name zakelijke gebruikers zijn in vergelijking met andere Europese landen relatief laag. Verder heeft de snelle invoering van carrier preselectie en nummerportabiliteit, gekoppeld aan een relatief snelle daling van de zogeheten originating access tarieven¹⁹ er volgens Twynstra Gudde toe bijgedragen dat er prijsconcurrentie is ontstaan.

Wel worden bij deze positieve oordeelsvorming ook enige kanttekeningen geplaatst. Zo stelt Twynstra Gudde dat de tarieven voor (korte afstands)

¹⁶ Rapport van Twynstra Gudde van 30 maart 2001 en rapport van Berenschot van maart 2001: www.minvenw.nl/dgtp/actueel

¹⁷ Aanbiedingsbrief van de staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat aan de Tweede Kamer van 3 april 2001, DGTP/MM/01/01 914

¹⁸ De kwalificatie «goed» wordt door Twynstra Gudde gehanteerd in de betekenis van «wat van de toezichthouder verwacht mag worden».

¹⁹ Dit betreft de tarieven die door alternatieve dienstenaanbieders aan KPN moeten worden afgedragen voor het «ophalen» van verkeer bij de gebruiker.

huurlijnen tot de hoogste van Europa behoren en dat er met name voor wat betreft de levertijden van dit type huurlijnen grote problemen bestaan. Verder wordt verwezen naar de lage marges voor nieuwe toetreders die zijn ontstaan door de hoge interconnectietarieven en lage eindgebruikerstarieven (de zgn. price squeeze). Ook stellen de onderzoekers vraagtekens bij de tariefstelling voor het gebruik van de lokale infrastructuur van KPN en het effect dat dit heeft op make-or-buy beslissingen. Twynstra Gudde stelt dat met betrekking tot de local loop het investeringsklimaat voor nieuwe infrastructuur aanbidders recentelijk minder aantrekkelijk is geworden.

Ten aanzien van de voorspelbaarheid van marktcondities en de verwachte winstgevendheid is er in deze sector sprake van onzekerheid. OPTA heeft volgens Twynstra Gudde deels bijgedragen aan deze onzekerheid door het niet of in (te) beperkte mate toepassen van bepaalde instrumenten, door in relatie tot een aantal dossiers in te geringe mate vooraf normstellend op te treden en doordat het voor de marktpartijen niet altijd duidelijk was of en welke keuze er door OPTA werd gemaakt betreffende lange- en korte termijn belangen. In dat kader stelt Twynstra Gudde dat het optreden van OPTA in sommige gevallen positieve effecten heeft gehad op de dienstenconcurrentie en in andere gevallen op de infrastructuurconcurrentie. Hierdoor zijn de marktcondities voor marktpartijen niet altijd even voorspelbaar geweest.

Het *overall* oordeel van Twynstra Gudde over de bijdrage van OPTA aan het bevorderen van meer marktwerking is echter overwegend positief.

3.2. Hoofdpunten uit rapport Berenschot betreffende bestuurlijke inrichting

Behalve het onderzoek van Twynstra Gudde heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat een inventarisatie laten opstellen van de mogelijke bestuurlijke varianten voor de inrichting van het sectorspecifieke toezicht op de telecom- en postmarkt. Hierbij dienden tevens de voor- en nadelen van de verschillende modellen belicht te worden, alsmede de beleidsmatige kaders zoals die zijn aangegeven in kabinetsstandpunten ten aanzien van de verschillende ambtelijke commissies in relatie tot toezichtvraagstukken. Deze inventarisatie heeft ten doel om een adequate en afgewogen beleidsmatige besluitvorming over de toekomst van de OPTA te faciliteren. Dit onderzoek is verricht door het bureau Berenschot.

Afwegingskader Berenschot

Door Berenschot zijn de volgende criteria geïdentificeerd (mede op basis van het rapport Visser²⁰) voor de toetsing van mogelijke bestuurlijke arrangementen:

1. effectiviteit van toezicht: eenduidige missie en focus; juiste dosering toezicht; voldoende mate van kennis en expertise; passende cultuur; vertrouwen.
2. waarborging consistentie van het mededingingstoezicht: consistente toepassing van mededingings-begrippen; voorkomen van forumshopping.
3. politiek-bestuurlijke eisen: heldere verantwoordelijkheidsverdeling; voldoende democratische controlemechanismen.
4. efficiëntie: beperkte coördinatielast; voldoende snel handelen toezicht-houder; effectieve aansturing interne organisatie.

Door Berenschot zijn vervolgens een zevental mogelijke bestuurlijke varianten uitgewerkt en geanalyseerd. De modellen variëren van een zelfstandige toezichthouder op alle netwerksectoren tot volledige integratie van het sectorspecifieke telecommunicatie- en posttoezicht in de

²⁰ Rapport Zicht op Toezicht van de commissie Visser in het kader van het MDW-traject (Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit), Kamerstukken II, 1997–1998, 24 036, nr. 73H.

NMa. In paragraaf 5.2. zal het kabinet nader ingaan op de verschillende varianten die door Berenschot worden belicht.

3.3. Conclusies kabinet op basis van terugblik op optreden OPTA

Het kabinet constateert op basis van de uitkomsten van de evaluatie van de OPTA met voldoening dat de intentie waarmee het kabinet indertijd heeft besloten tot de instelling van een zbo voor de telecommunicatie-sector²¹ in belangrijke mate is gerealiseerd. Het instrumentarium dat dit zbo van de regering en het parlement heeft meegekregen is over het algemeen effectief geweest. Door de wijze van uitoefening van het toezicht heeft OPTA een belangrijke bijdrage geleverd aan het bereiken van de doelstellingen van de overheid (marktwerking, innovatie, keuzemogelijkheden, kwaliteit en beschikbaarheid van hoogwaardige telecommunicatievoorzieningen). Het Nederlandse toezichtregime voor telecommunicatie en post wordt ook internationaal gezien positief gewaardeerd.²² Niettemin stelt het kabinet ook vast dat er op een aantal (deel)markten op het gebied van telecommunicatiediensten en -infrastructuur nog geen sprake is van effectieve marktwerking. Deze deelmarkten vereisen specifieke aandacht, waarbij specifieke regelgeving nog zeker noodzakelijk wordt geacht.

Het adequaat functioneren van de interne organisatie en de bedrijfsvoering van een toezichthouder is uiteraard van groot belang in verband met zowel de doorberekening van toezichtkosten aan het bedrijfsleven als voor de kwaliteit en tijdigheid van de taakuitvoering van OPTA. De proportioneel grote omvang van de stafdiensten die door de onderzoekers wordtesignaleerd en de als slecht beoordeelde kwaliteit van het klachtenmanagement en de integrale kwaliteitszorg geeft aanleiding tot enige zorg. In het rapport *Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak* van de Algemene Rekenkamer²³ en in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen²⁴ worden de eisen genoemd waaraan de verantwoording van het financiële beheer en de bedrijfsvoering moeten voldoen. OPTA dient aandacht te besteden aan verbetering van deze punten door het nemen van adequate maatregelen, conform de in bovengenoemde rapporten beschreven eisen. In hoofdstuk 6 wordt hier verder op ingegaan. Overigens stelt het kabinet op grond van de evaluatie tevens met tevredenheid vast dat de bemensing van OPTA adequaat is geweest in relatie tot de uit te voeren wettelijke taken.

Uiteraard dient er tussen moederdepartement en toezichthouder sprake te zijn van een effectieve en functionele samenwerking. Een als matig door de onderzoekers beoordeelde werkrelatie tussen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en de OPTA, draagt niet bij aan een adequate invulling van het noodzakelijke samenspel tussen beide organisaties. Het kabinet deelt in dit verband wel de observatie van het college²⁵ dat er over hoofdzaken tussen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en OPTA grote overeenstemming bestaat, maar dat in een situatie van gelijkgestemdheid een verschil van mening over details soms slecht gehanteerd kan worden. Er is niettemin alle aanleiding om ondermeer met betrekking tot de toezichtvisie, dat mede een weerspiegeling is van de politieke opvattingen op dit punt, nader in gesprek te geraken en afspraken te maken over de effectuering van verbeteringen. Marktpartijen zijn gebaat bij voorspelbaarheid en eenduidigheid. Het toezichtarrangement moet daaraan bijdragen. Daartoe zijn al de nodige stappen gezet. Met betrekking tot het financiële toezicht op OPTA zal de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat zich voortaan laten adviseren door een onafhankelijke accountant. Verder zijn initiatieven genomen om het samenspel tussen OPTA en Verkeer en Waterstaat wederzijds te verbeteren zodat een betere afstemming tussen beleid, regelgeving en toezicht mogelijk wordt. Zowel

²¹ Brieven van de Minister van Verkeer en Waterstaat aan de Tweede Kamer van 6 maart 1995 (kamerstukken II 1994–1995, 21 693, nr. 26) en 11 september 1995 (kamerstukken II 1994–1995, 24 163, nr. 7).

²² Zie bijvoorbeeld het zesde implementatierapport van de Europese Commissie, COM (2000)814 van 7 december 2000 en het «BT-Liberalisation Milestones» rapport over toezicht in Europese lidstaten van 2000.

²³ Kamerstukken 26 982, 1999–2000, nrs. 1–2 en kamerstukken 27 656, 2000–2001, nrs. 1–2.

²⁴ Kamerstukken 27 426, 2000–2001, nrs. 1–2.

²⁵ Brief van het college aan de Directeur-Generaal Telecommunicatie en Post van 18 april 2001, OPTA/S&C/2001/201 056.

het college als het kabinet onderschrijven de noodzaak hiertoe. Aan de hand van een inventarisatie van de belangrijkste verbeterpunten, zowel wat betreft de inhoud van de regelgeving als wat betreft de uitvoering daarvan, is een traject van nauwere samenwerking in gang gezet. Het kabinet merkt hierbij op, mede in het licht van het waarborgen van de onafhankelijke positie van de OPTA, dat het niet de bedoeling is dat OPTA en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat op alle punten overeenstemming moeten bereiken. Het is wel de bedoeling dat de relatie tussen OPTA en het moederdepartement op wederzijds respect en vertrouwen zal zijn gebaseerd onder erkenning en respectering van elkaars posities en begrip voor elkaars standpunten.

Tenslotte constateert het kabinet dat in het evaluatierapport bij enkele specifieke dossiers door de onderzoekers een aantal kanttekeningen worden geplaatst ten aanzien van het niet altijd snel en tijdig optreden van OPTA, de voorspelbaarheid van haar optreden, het normstellend optreden waardoor zekerheid en transparantie zou worden vergroot en de effecten die interventies van OPTA hebben gehad op de diensten- en de infrastructuurconcurrentie. Met name dit laatste element is uiteraard van belang voor de verdere ontwikkeling van de communicatiemarkt. Het toezichtinstrumentarium dient adequaat te zijn om de doelstellingen van het overheidsbeleid te effectueren. Hierover merkt het kabinet op dat deze discussie ook een belangrijke rol speelt bij de herziening van de Europese telecommunicatieregulering. Dit laat onverlet dat het college en de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, in samenspraak met de betrokken marktpartijen, met elkaar in discussie kunnen treden over eventuele knelpunten die al vóór de implementatie van de nieuwe communicatierichtlijnen (naar verwachting medio 2003) opgelost dienen en kunnen te worden. Hierbij wijst het kabinet er wel op dat de ruimte voor mogelijke tussentijdse oplossingen en aanpassingen van de regulering wordt begrensd door de kaders van het bestaande en het nieuwe Europese regelgevende kader voor de communicatiesector.

Het kabinet wenst op te merken dat het de expertise van het college op het gebied van marktwerking in de telecommunicatie- en postsector en de eisen die deze markt stelt aan het regelgevende instrumentarium zeer belangrijk vindt. Het kabinet zal in dit kader nader met OPTA, maar ook met de marktpartijen (bijvoorbeeld via het OPT), in overleg treden over de «aandachtspunten bij de regulering» die het college als bijlage heeft gevoegd bij de recente brief aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, betreffende de evaluatie van OPTA.²⁶ In de hoofdstukken 5 en 6 gaat het kabinet meer inhoudelijk op deze aandachtspunten in.

4. UITGANGSPUNTEN VOOR DE INRICHTING VAN HET TOEZICHT

Uitgangspunt van het Nederlandse en het Europese beleid, zoals op eerdere momenten door het kabinet uitgesproken, is dat terughoudendheid en tijdelijkheid bij het instellen van specifieke mededingingsregels geboden is²⁷. In een situatie waarin sprake is van normale marktverhoudingen met een zodanig concurrentieniveau dat kan worden volstaan met algemene mededingingsregels, dient de toepassing van sectorspecifieke instrumenten achterwege te blijven²⁸. Het beleidsmatige streven is erop gericht om dergelijke marktcondities in de telecommunicatie- en postmarkt zo snel mogelijk te bereiken. Hiertoe dienen – in principe tijdelijke – sectorspecifieke regels die op een aantal punten een asymmetrische werking hebben teneinde de totstandkoming van een gelijk speelveld voor alle marktpartijen te bevorderen. In het verlengde hiervan wordt de sectorspecifieke toezichthouder (OPTA) gezien als een tijdelijke organisatie, bedoeld om toe te zien op een adequate en

²⁶ Brief van het college van de OPTA aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 18 april 2001, OPTA/S&C/2001/201 056.

²⁷ Deze uitgangspunten worden ondermeer expliciet herhaald in de brief van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 17 oktober 2000 aan de Tweede Kamer over de vormgeving van het sectorspecifiek toezicht op het spoor (Kamerstukken 22 026, nr. 124, 2000–2001) en de brief aan de Tweede Kamer van de Minister van Economische Zaken Publieke belangen en marktordening: liberalisering en privatisering in netwerksectoren, van 21 februari 2000 (Kamerstukken 27 018, nr. 1, 1999–2000).

²⁸ Kabinetsstandpunt over het rapport Zicht op toezicht, MDW werkgroep Toezicht op Nutsvoorzieningen, Kamerstukken II, 1997–1998, 24 036, nr. 73H.

snelle doorloop van het transitieproces. Het tempo en de stappen waarin dit transitie- c.q. liberaliseringsproces zich voltrekt, zijn derhalve bepalend voor de noodzakelijke inrichting van het toezicht. Vervolgens is van belang dat wordt bepaald wat het gewenste doel, het object en de mate van overheidsinterventie is (welk toezichtinstrumentarium is gepast). Voor de nadere bepaling van de gewenste toezichtvorm is tenslotte van belang welk verwachtingen er bestaan ten aanzien van ondermeer de tijdelijkheid of het permanente karakter van het regime dat de marktwerking moet bevorderen, en de marktvrijheid die als gevolg van overheidsinterventies resteert.

In dat kader wijst het kabinet op de uitgangspunten van het rapport Visser²⁹. Een van de belangrijkste vragen die door de commissie Visser wordt behandeld, is hoe het sectorspecifieke toezicht gepositioneerd dient te worden ten opzichte van het algemene mededingingstoezicht. Voorafgaand aan deze vraag moet volgens Visser de vraag worden beantwoord of sectorspecifieke mededingingsregels noodzakelijk zijn. Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.

Het kabinet wenst het standpunt van de regering in 1998 te herhalen ten aanzien van het rapport Visser waarin werd benadrukt dat de ingewikkeldheid van de materie waarin de commissie Visser inzicht biedt alleen maar groter is geworden nu zich in verschillende sectoren verschillende stadia van marktontwikkeling voordoen³⁰. Dit gedifferentieerde beeld betekent dat bij voortduring moet worden nagedacht over de rol van toezichthouders, besluitvormings- en afwegingskaders. Het kabinet hecht, naast een adequaat functionerend toezicht op snelle marktontwikkelingen, aan consistente toepassing van mededingingsbegrippen. Het bestuurlijk arrangement dient deze consistentie te waarborgen. Hiervoor zijn verschillende modaliteiten denkbaar, waarvoor het rapport Visser een aantal belangrijke aangrijpingspunten biedt (beoordeling op effectiviteit van toezicht, consistentie toepassing mededingingstoezicht, efficiëntie, helderheid verantwoordelijkheidsverdeling en democratische controlemechanismen). Voor wat betreft de inrichting van het toezicht wijst het kabinet erop dat tevens rekening gehouden moet worden met de conceptuele helderheid en praktische uitvoerbaarheid. Het kabinet zal hier in hoofdstuk 5 nader op ingaan.

In het recente kabinetsstandpunt betreffende het eerder aangehaalde rapport «*Vertrouwen in onafhankelijkheid*» van de Ambtelijke Commissie Toezicht (commissie Borghouts) wordt het belang van onafhankelijkheid en transparantie van de toezichtfunctie benadrukt. Dit betekent dat de toezichthouder zonder beïnvloeding van de onder toezicht staande partij, de verantwoordelijke bestuurder of anderen, objectief feitenonderzoek moet kunnen uitvoeren en op basis daarvan tot een oordeel moet kunnen komen. Dit betekent bovendien dat het objectieve oordeel van de toezichthouder zoveel mogelijk openbaar gemaakt dient te worden, zodat parlement en samenleving kennis kunnen nemen van dat oordeel. Tenslotte vereist het een professionele oordeelsvorming van de toezichthouder zelf.

Functiescheiding tussen onder andere de toezichthouder en de politiek verantwoordelijke dient als uitgangspunt te gelden. De toezichtfunctie, die extern gericht is, ondersteunt de minister in zijn verantwoordelijkheid naar het parlement over de uitvoering van overheidstaken. Het toezicht vormt in wezen de ogen en oren van de minister. Anderzijds dient beïnvloeding van het feitelijke oordeel van de toezichthouder door directe of indirecte politieke inmenging te worden voorkomen. Dit zou leiden tot een aantasting van het vertrouwen in de toezichtfunctie. Om dit gevaar te vermijden dient de inhoudelijke onafhankelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van de politiek verantwoordelijke gewaarborgd te zijn.

²⁹ zie voetnoot 17.

³⁰ Antwoord van de regering, verslag van algemeen overleg 18 mei 1998 over het MDW rapport Zicht op Toezicht, Kamerstukken 24 036, 1997–1998, nr. 93.

De administratieve lasten voor het bedrijfsleven zijn voor het kabinet ook een aandachtspunt. Daar waar mogelijk dienen schaal- en efficiencyvoordelen te worden benut. Door het beperken van coördinatielasten en door synergie te bewerkstelligen tussen afdelingen en organisaties op het gebied van taakuitvoering en kennis kunnen kosten worden bespaard. De suggestie van het college om de met het toezicht gepaard gaande kosten door te berekenen op basis van een promillage van de omzet van bedrijven lijkt in dat verband op het eerste gezicht niet in lijn met het principe van evenredige toerekening van integrale kosten op basis van het profijtbeginsel dat ten grondslag ligt aan het huidige vergoedingensysteem. Niettemin verdient deze optie nadere studie (zie ook hoofdstuk 6).

De regering heeft er eerder bewust voor gekozen om in de OPTA-wet en in de Telecommunicatiewet de uitvoering van overheidstaken en de taakverdeling tussen de Minister van Verkeer en Waterstaat en het zbo zodanig vorm te geven, dat de Minister greep houdt op het regelgevende kader waarbinnen het toezicht zich beweegt. In dat kader past ook het zoveel mogelijk vastleggen in materiële wetgeving van rechten en plichten van marktpartijen. Het kabinet wil het belang van het legaliteitsbeginsel³¹ in dit kader nogmaals bevestigen. Tussen regering en parlement is afgesproken, dat toekenning van specifieke bevoegdheden aan zbo's alleen in de vorm van bestuursbevoegdheden mogelijk is. Tegelijk met de vaststelling dat tijdig en adequaat optreden van het toezichtorgaan gebaat is bij een effectief wettelijk instrumentarium, is tevens van belang dat de discretionaire ruimte van een zelfstandig bestuursorgaan wordt beperkt door democratische checks en balances. Verder is in dat kader ook rechtszekerheid en voorspelbaarheid van overheidsoptreden buitengewoon belangrijk. Voorgenomen optreden en beleid van de toezichthouder dient dus ruim vooraf breed geconsulteerd en bekend gemaakt te worden. Het kabinet stelt vast dat OPTA over het algemeen een goede balans weet aan te brengen tussen effectief optreden en de noodzakelijke transparantie naar marktpartijen toe. Het kabinet hecht er niettemin aan te benadrukken dat OPTA voldoende aandacht blijft besteden aan het in voldoende mate betrekken van belanghebbenden bij de nadere toepassing van regelgeving, het tijdig openbaar maken van richtsnoeren en beleidsregels en snelle en gedegen besluitvorming.

Tenslotte wil het kabinet wijzen op het belang van de Europese dimensie van toezicht. De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) heeft hiernaar uitgebreid onderzoek gedaan en hierover gerapporteerd aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.³² Op basis van de ICER rapportage kan de conclusie worden getrokken dat er geen sprake is van een integrale Europese toezichtvisie. Wel komt uit het ICER advies naar voren dat het Europese recht nu al eisen stelt aan de inhoud en methode van toezicht. Deze eisen hebben betrekking op feitelijke toezichtactiviteiten. Tegelijkertijd wordt van de lidstaten verwacht dat zij de nakoming van hun eigen regelgeving moeten kunnen afdwingen. Dit maakt de aanwezigheid van de juiste instrumenten om de verantwoordelijkheid van de Minister voor het gehele toezichtsarrangement invulling te geven noodzakelijk. Het kabinet wijst erop dat daarbij van belang is dat het Nederlandse toezicht zoveel mogelijk aansluit bij de eisen die daaraan door het Europese kader worden gesteld en bijdraagt aan een adequate uitvoering van die Europese regelgeving.

³¹ Het legaliteitsbeginsel houdt in dat algemeen verbindende voorschriften die verplichtingen aan burgers opleggen onder politieke controle moeten worden opgesteld. Een dergelijke taak kan derhalve niet worden opgedragen aan een toezichthouder als zbo.

³² Het advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht De Europese dimensie van toezicht werd op 6 oktober 2000 aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangeboden.

Uitgangspunten inrichting toezicht

1. feitelijke omstandigheden en ontwikkelingen in een bepaalde markt, zoals concurrentieniveau, zijn als eerste bepalend voor de organisatie van het toezicht
2. terughoudendheid bij creëren van specifieke mededingings-relevante regels

3. terughoudendheid bij creëren van eigenstandige sectorspecifieke toezichhouders en regelmatige evaluatie van de noodzaak tot het naast elkaar bestaan van reeds bestaande eigenstandige sectorspecifieke en algemene mededingingstoezichhouders
4. beperking van de termijn waarbij sectorspecifieke en algemene mededingingsregels naast elkaar bestaan
5. goede bestuurlijke verhouding tussen toezichhouders
6. waarborgen van de democratische checks en balances bij het verlenen van discretionaire bevoegdheden aan een zbo
7. adequate invulling ministeriële verantwoordelijkheid, waarbij onafhankelijkheid van het zbo tevens wordt gewaarborgd
8. het Nederlandse toezicht dient aan te sluiten bij de eisen die daaraan door het Europese (regelgevende) kader worden gesteld.

5. GEWENSTE TOEKOMSTIGE BESTUURLIJKE INRICHTING

5.1. Wenselijkheid sectorspecifieke regelgeving

Als netwerkgebonden sector vertoont de telecommunicatiemarkt een aantal karakteristieken (beperkte concurrentie tussen netwerken, verticale integratie, voormalig staatsmonopolie) die specifieke eisen stellen aan het realiseren en waarborgen van effectieve concurrentieverhoudingen. De sectorspecifieke mededingingsregulering die hierop ziet, kenmerkt zich ondermeer door relatief gedetailleerde gedragsregels die ex-ante door de toezichthouder kunnen worden opgelegd aan bepaalde marktpartijen indien er geen sprake is van effectieve concurrentie. Deze vorm van regulering is op Europees niveau verankerd in het beginsel van Open Network Provision (ONP). Betreffende de vraag of sectorspecifieke regelgeving nog langer gewenst is gaat de Europese Commissie in de huidige herziening van het ONP-kader ervan uit, dat sectorspecifieke overheidsregulering van de telecommunicatie- en postmarkt voorlopig nog noodzakelijk zal blijven³³. De Nederlandse regering deelt deze beleidsopvatting. In de nu voorliggende voorstellen van de Europese Raad voor herziene communicatierichtlijnen wordt een aantal voor de communicatiesector specifieke mededingingsprincipes gehandhaafd en wordt het werkingsgebied van de sectorspecifieke regelgeving tevens verbreed naar alle communicatiemarkten. Bovendien zal de noodzaak van ex-ante toezicht nogmaals expliciet in de nieuwe regels voor de komende periode worden verankerd. Het nieuwe regelgevende kader is bedoeld om beter aan te sluiten bij de huidige stand van de ontwikkeling van de communicatiemarkt. In het nieuwe kader kunnen sectorspecifieke regels op flexibele wijze geactiveerd worden indien specifieke problemen in die markt daarom vragen. Dit betreft ondermeer de toegang tot de lokale telefonie-markt, huurlijnen en toegang tot de kabel.

Wel gaan Commissie en Raad uit van een nieuwe opzet met betrekking tot de analyse van markten, waarbij nauwer wordt aangesloten bij het algemene mededingingsrecht. Het gehanteerde begrippenkader wordt in dat verband gelijkgeschakeld. De interventiedrempel wordt in algemene zin verhoogd. Echter, doordat de wijze van afbakening van markten zal wijzigen kan dat in sommige gevallen toch leiden tot de mogelijkheid om eerder in te grijpen. Ook wordt in het nieuwe regime door de verbreding van de werkings sfeer naar alle communicatiesectoren ingrijpen mogelijk gemaakt waar op dit moment alleen ex-post op misbruik getoetst kan worden. De Nederlandse regering heeft zijn steun uitgesproken voor deze koers. De nieuwe Europese Richtlijnen voor communicatiediensten en -netwerken zullen naar verwachting in de loop van 2003 geïmplementeerd worden in Nederlandse regelgeving. In dit licht wordt het belang van een

³³ Commissievoorstel voor een nieuwe kader-richtlijn betreffende elektronische communicatienetwerken- en diensten (10 962/00 ECO 243 CODEC 617) en rapport van de Europese Raad (2000/0184 (COD)) van 28 maart 2001.

goede afstemming tussen de nationale mededingingstoezichthouder en de sectorale toezichthouder over de toepassing van specifiek en algemeen mededingingsrecht in de nieuwe communicatierichtlijnen nog groter dan nu het geval is. Het kabinet gaat hierop in paragraaf 5.3 nader in.

Naar aard en inhoud wijkt het regelgevende kader voor de postsector weliswaar af van dat van de telecomsector, maar ook in de postmarkt is de regelgeving gericht op het faciliteren van een transitiefase naar meer marktwerking. Vanuit mededingingsoogpunt is het belangrijkste kenmerk van de postmarkt dat er één bedrijf is (TPG), datvooralsnog- op een deelmarkt een wettelijk vastgelegde monopoliepositie inneemt en tegelijkertijd speler is op andere deelmarkten waar sprake is van concurrentie. Het toezicht heeft daarbij vooral betrekking op het nakomen van de concessie-verplichtingen. Tevens moet het toezicht in het algemeen ongelijke mededingings-verhoudingen voorkomen op deelmarkten waarop TPG in concurrentie met andere spelers opereert.

5.2. Inrichting sectorspecifiek toezicht

Over de noodzaak voor het continueren van sectorspecifieke regelgeving voor de telecommunicatiemarkt als zodanig bestaat geen twijfel. Dit geldt evenzeer voor het toezicht op de postmarkt. Veeleer stelt het kabinet zich de vraag hoe het toezicht op deze sectorspecifieke mededingingsregels in de toekomst in bestuurlijk opzicht het meest effectief en efficiënt kan worden ingericht. De commissie Visser heeft het in onderstaand kader aangegeven, door het kabinet onderschreven, afwegingskader ontwikkeld voor de verschillende modaliteiten van de relatie tussen de algemene (NMa) en de sectorspecifieke toezichthouder (OPTA).

Afwegingskader uit het rapport Zicht op Toezicht van de commissie Visser

• *Eigenstandige sectorspecifieke toezichthouder.* Deze modaliteit kan aan de orde zijn:

=> indien tijdelijke sectorale mededingingsregels onlosmakelijk verbonden zijn met andere regels;

=> indien sectorale regels tot gevolg hebben dat het mededingingsregime voor een bepaald aspect niet werkt; indien tijdelijk een verhoogde staat van toezicht nodig is in verband met de overgang naar een «gewone» marktsituatie.

Sectorspecifieke toezichthouder als «kamer» bij de NMa. De kamermodaliteit is denkbaar:

=> indien het op basis van sectorale regels noodzakelijke mededingingstoezicht zeer specialistische kennis en kunde vereist; indien een duidelijke eenheid in het sectorspecifieke toezicht nodig is;

=> indien de relatie met het algemene mededingingstoezicht een gegeven is.

NMa als sectorspecifieke toezichthouder. Deze modaliteit is aan de orde:

=> indien de gewenste marktsituatie meer in de richting van een «normale» markt verschuift;

=> indien geen reden bestaat voor eigenstandig sectorspecifiek toezicht of voor een «kamer» als sectorspecifieke toezichthouder.

Bij die afweging is van belang dat inconsistente toepassing van algemene en bijzondere mededingingsregels en -begrippen wordt voorkomen en «forumshopping» bij verschillende toezichthouders wordt tegengegaan. Andere bestuurlijke vereisten die door het kabinet worden benadrukt zijn een realistische span-of-control, zichtbaarheid van het toezicht voor de sector, een samenhangend takenpakket, eenduidigheid van de taakopdracht en adequate checks en balances met betrekking tot het gebruik van bevoegdheden en in relatie tot besluitvormingsprocessen. Daarbij is de aanwezigheid van kennis van de toezichthouder met betrekking tot de specifieke eigenschappen van de telecommunicatiemarkt ook van belang. Een uiteindelijke keuze ten aanzien van de inbedding van het sector-

specifieke mededingingstoezicht op de telecommunicatie- en postmarkt dient zoveel mogelijk aan deze vereisten te voldoen.

Mede in het licht van de discussies ten tijde van de instelling van de OPTA zal het verlenen van de zbo-status aan de NMa waarover op dit moment in het parlement wordt gediscussieerd³⁴ het in beginsel mogelijk maken om specifiek mededingingstoezicht op de communicatiesector aan de NMa op te dragen. Het verder op afstand van de Minister plaatsen van de NMa voorkomt ongewenste politieke beïnvloeding daar waar bijvoorbeeld sprake zou zijn van aandeelhouderschap van de overheid in private ondernemingen³⁵. Voor het op termijn samenvoegen van de NMa met de OPTA bestaat in dat opzicht *institutioneel* geen beletsel meer, in tegenstelling tot de situatie in 1997. Er spelen bij een dergelijke stap echter nog wel een aantal andere belangrijke aandachtspunten:

- a) de ontwikkelingsfase waarin de telecommunicatie- en postmarkten zich bevinden;
 - b) de uiteindelijke aard en inhoud van het Europese regelgevende kader;
 - c) de consequenties voor de continuïteit en het adequaat functioneren van het mededingingstoezicht;
 - d) in dat kader de eventuele fasering van een dergelijke overgang.
- Hierop zal in het navolgende nader worden ingegaan.

In relatie tot de institutionele vereisten stelt het kabinet vast dat er op dit moment bij de NMa en de OPTA sprake is van organisaties met eigen taken en een verschillend referentie- en toetsingskader. Om forumshopping te voorkomen en de consistentie van het mededingingstoezicht te bewaken is een samenwerkingsprotocol opgesteld tussen OPTA en NMa. Daarin worden de afstemmings- en samenwerkingrelaties beschreven en gestructureerd. Hoewel door Twynstra Gudde is vastgesteld dat dit protocol goed werkt, is het van groot belang dat het arrangement waarborgt dat, daar waar dit mogelijk is, door de toezichthouder zoveel mogelijk wordt gekozen voor een marktgerichte benadering waarbinnen de regelgeving flexibel en mededingingsgeoriënteerd wordt toegepast. Zoals eerder opgemerkt zijn het sectorspecifieke en het algemene mededingingsbeleid naar aard en inhoud niet tegengesteld, maar juist aanvullend en qua doelstellingen gelijkgericht. In die zin kunnen ze elkaar in belangrijke mate versterken.

Over de interpretatie en toepassing van telecommunicatiewetgeving, daar waar van overlapping met het algemene mededingingskader sprake is, zijn de meningen van OPTA en NMa volgens Twynstra Gudde soms verdeeld. Daar waar dit de kwaliteit van de toezichtpraktijk uiteindelijk bevordert, kan het uitwisselen van verschillende standpunten en invalshoeken vruchtbaar zijn. Het kabinet stelt zich echter op het standpunt dat het niet gewenst is dat door verschillen van mening afbreuk wordt gedaan aan de eenduidigheid van toezicht, transparantie en rechtszekerheid voor marktpartijen, of dat hierdoor zaken tussen wal en schip geraken. Verder wijst het kabinet op het pleidooi van de commissie Borghouts voor een één-loketbenadering in geval van overlap tussen rechtsstelsels. Toezichthouders zouden de plicht en het recht moeten krijgen om *gezamenlijk* de betrokken rechtsstelsels op concrete gevallen toe te passen. Dit voorkomt tevens forum-shopping. Deze benadering is overigens iets anders dan de zogeheten *concurrent powers* waarop het kabinet hieronder nader terugkomt.

In het toekomstige nieuwe Europese kader zal er sprake zijn van een nog verder toenemende noodzaak van afstemming tussen de verschillende toezichthouders. Dit noopt tot veranderingen in de samenwerkingsstructuur, mede omdat er bij de praktische toepassing van regelgeving nog veel discretionaire ruimte bestaat. Daar waar er nu sprake is van een

³⁴ Wetsvoorstel en Memorie van Toelichting «Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de NMa tot zelfstandig bestuursorgaan». Kamerstukken 2000–2001, 27 639, nr. 1, 2, en 3.

³⁵ Overigens ligt het in het voornemen het aandeelhouderschap van de Staat in KPN en TPG in fasen af te bouwen.

verschillend referentie- en toetsingskader, wordt er na 2003 een deels meer overlappend mededingingsregime geïntroduceerd. Om competentiekwesties en conflicterende beslissingen te voorkomen en in algemene zin een goede werking van de ordenings- en mededingingsregels te waarborgen, dient in relatie tot de vormgeving van het toezichtregime rekening gehouden te worden met het nieuwe Europese regelgevende kader, waarbij consistente toepassing van sector specifieke en algemene mededingingsbegrippen gewaarborgd dient te zijn. De Commissie doet in het kader van de vaststelling van (deel)markten en aanmerkelijke marktmacht weliswaar aanbevelingen, maar de feitelijke toepassing van de regels in de praktijk en de invulling van de ruimte die deze regels laten voor specifieke nationale omstandigheden zal toch door de nationale toezichthouders gebeuren.

Het kabinet stelt vast dat de samenwerkingsrelatie tussen OPTA en NMa goed functioneert. Wel valt er al op korte termijn nog winst te behalen door gezamenlijke activiteiten op het terrein van opleiding, uitwisseling van kennis, expertise en personeel en door een gezamenlijke behandeling van zaken. Op de lange termijn is verdergaande samenwerking wenselijk juist om de samenhang en de effectiviteit van het mededingingstoezicht op de communicatiesector te versterken. De vraag die dan resteert is op welke wijze het toezicht ingericht dient te worden om deze verdergaande samenwerking tot zijn recht te laten komen.

Voor wat betreft de institutionele aspecten van geïntegreerd toezicht op de verschillende aspecten van de communicatiesector verwijst het kabinet naar het rapport van Berenschot *Varianten toekomstig toezicht telecomcommunicatie en post* dat in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat is opgesteld. Het kabinet heeft in haar voorlopige standpunt dat aan partijen ter consultatie is voorgelegd een aantal van de door Berenschot genoemde varianten buiten beschouwing gelaten. Bij de behandeling van de variant van een zelfstandige regulator voor de gehele communicatiesector (inclusief de huidige Rijksdienst voor de Radio-communicatie (RDR) en het Commissariaat van de Media) wordt door Berenschot terecht de vraag gesteld of er qua doelstelling wel voldoende samenhang tussen de verschillende betrokken taken bestaat. Het toezicht op de naleving van verplichtingen die zijn geformuleerd op grond van mediapolitieke doelstellingen en het toezicht op het juiste gebruik van frequenties verschillen in belangrijke mate van karakter van het toezicht gericht op bevordering van de mededinging. Deze taken vergen bovendien van elkaar verschillende expertise. De pluriformiteit van taken en focus, alsmede de verschillen in toezichtcultuur, zijn niet bevorderlijk voor de eenduidigheid van de taakopdracht van een dergelijke toezichthouder en de effectiviteit van het toezicht. Het kabinet concludeert derhalve dat een dergelijke inrichting van het toezicht niet wenselijk is. In de discussie over het toezichtsarrangement wordt regelmatig gerefereerd aan het Britse *Communications White Paper, A New Future for Communications*. In dat stuk worden voorstellen gedaan om tot een soort «superregulator» (Office of Communications (OFCOM)) op het terrein van elektronische communicatie te komen. Deze regulerende instantie zou bevoegdheden moeten krijgen op het terrein van telecomcommunicatie, televisie en radio, inhoud en infrastructuur. Naast de sector specifieke regelingen zou OFCOM ook bevoegd worden het algemeen mededingingsrecht voor deze sector toe te passen («concurrent powers»). Vergelijken met de Nederlandse situatie zou dat betekenen dat de OPTA, het Commissariaat voor de Media, de RDR en het Directoraat Generaal Telecomcommunicatie en Post van het ministerie van Verkeer en Waterstaat samengevoegd zouden worden. Bovendien zou die organisatie dan van de NMa de bevoegdheid voor toepassing van het algemene mededingingsrecht op deze sector, over dienen te nemen.

Dit is voor het kabinet geen voorbeeld dat in Nederland navolging zou kunnen krijgen. In de Angelsaksische bestuurstraditie is altijd al meer plaats geweest voor regulerende, beleidsbepalende, instanties, dit in tegenstelling tot de continentale traditie. Bij de instelling van de OPTA is expliciet niet overgegaan tot een «regulator», maar is gekozen voor een uitvoering/toezichtorgaan met beperkte discretionaire bevoegdheden. Het beleid berust bij de verantwoordelijke vakminister. Dat is ook de reden waarom het frequentie- en nummerbeleid onder verantwoordelijkheid van de minister zijn blijven berusten. Verder is het zo dat de afzonderlijke toezichthouders in het VK ook nu al gedeeltelijk dezelfde soorten bevoegdheden hebben op de verschillende beleidsterreinen. De Radio Authority kan bijvoorbeeld frequenties uitgeven voor radio (en daar ook inhoudelijk op toezien) en de ITC voor televisie (idem). De Radio Agency houdt toezicht op het technisch gebruik van het spectrum. Samenvoeging kan dan in de rede liggen. In Nederland is er sprake van een heel ander soort bevoegdheidsverdeling. Er is weinig tot geen synergie te halen uit samenvoeging van de hierboven genoemde instanties. Als bijvoorbeeld wordt gekeken naar de overlap van bevoegdheden van het Commissariaat met die van de OPTA of de NMa, dan blijkt die minimaal te zijn. Alleen op het terrein van de toetsing van nevenactiviteiten van de publieke omroep zijn er raakvlakken met de Mededingingswet (toets aan concurrentievervalsing). En alleen voor wat betreft de toegang tot de kabel van programma-aanbieders is er een raakvlak met de Telecommunicatiewet. De taken van het Commissariaat voor de Media hebben betrekking op «content» aangelegenheden voor omroep, in het bijzonder voor de publieke omroep, op basis van de wet- en regelgeving van de Mediawet.

Verder merkt het kabinet op dat er ook bij de Richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie expliciet wordt gesteld dat de elektronische communicatierichtlijnen geen betrekking hebben op de inhoud. De discussie die in het VK wordt gevoerd is dus een geheel andere dan de discussie in Nederland. In Nederland is er voor gekozen om het algemene mededingingstoezicht aan de NMa toe te bedelen. De vraag die dan rijst is welke consequenties ontwikkelingen in sectorspecifiek toezicht dienen te hebben voor een bepaald toezichtsarrangement. Daarom wijst het kabinet ook het voorstel van het college voor *concurrent powers* af. Dat past alleen wanneer inderdaad wordt besloten dat voor een bepaalde sector er een specifieke «regulator» wordt gecreëerd, die de betreffende sector op al zijn aspecten kan beoordelen. Anderzijds moet er bij de overweging over een mogelijke samenvoeging van de OPTA en de NMa ook worden gekeken naar het totale takenpakket van de OPTA. OPTA heeft namelijk ook een aantal taken die niet mededingingsrechtelijk georiënteerd zijn. Het onderbrengen van dat soort taken bij een algemene mededingingstoezichthouder past minder en zou via de omgekeerde weg ook weer leiden tot een soort «superregulator» die zich niet alleen met mededinging bezig houdt. Het beleid van het kabinet is er op gericht het mededingingstoezicht te stroomlijnen door vergroting van de samenhang tussen de NMa en de OPTA. Deze doelstelling is een andere dan het scheppen van een regulator naar Angelsaksisch model. In dit beleidsstreven past een samengaan van verschillende organisaties, die zich met aspecten van media, telecommunicatie en mededinging bezig houden, juist niet.

Ook een variant waarbij alle sectorspecifieke toezichthouders op netwerksectoren gebundeld worden los van de NMa wordt niet door het kabinet gesteund. Weliswaar kunnen sectorspecifieke toezichthouders veel van elkaar leren en is samenwerking tussen hen om die reden belangrijk. Een goede relatie tussen de algemene en de bijzondere mededingingstoezichthouders wordt door het kabinet echter nog belangrijker gevonden. Deze relatie is van belang om een goede balans te realiseren tussen het

pro-actieve optreden van een sectorspecifieke toezichthouder, dat vooral is gericht op het bevorderen van de concurrentie, en het meer terughoudende optreden van een algemene toezichthouder, dat meer is gericht op het bestrijden van belemmeringen van de concurrentie. Keerzijde van veel kennis van netwerksectoren is het ontbreken van kennis van andere (reguliere) economische markten. Bovendien blijft met het naast elkaar bestaan van twee toezichthouders met overlappende bevoegdheden het risico van inconsistentie gehandhaafd. De samenhangende relatie tussen de verschillende toezichtregimes is van groot belang voor een effectief en efficiënt toezicht waarbij instrumenten flexibel en proportioneel kunnen worden ingezet in relatie tot de aard en omvang van de geconstateerde problemen.

Tenslotte wordt ook een variant waarbij de OPTA volledig wordt geïntegreerd in de NMa (als een soort afdeling) door het kabinet vooralsnog niet wenselijk geacht. Wat betreft de overgang naar meer normale mededingingsverhoudingen zijn weliswaar belangrijke vorderingen gemaakt, maar deze overgang is nog zeker niet voltooid. In belangrijke delen van de communicatiesector komt de concurrentie nog maar moeizaam op gang en is een intensief toezicht gericht op het bevorderen van marktwerking op basis van sectorspecifieke mededingingsregels nog steeds van essentieel belang. In andere onderdelen van de sector is het concurrentieproces nog zeer kwetsbaar. Om deze redenen is het noodzakelijk dat er vooralsnog een duidelijk herkenbare toezichthouder/kamer blijft bestaan, die zijn aandacht volledig kan concentreren op de problemen in de communicatiesector.

Het mededingingstoezicht op de postsector is thans grotendeels gebaseerd op de algemene mededingingsregels. Het specifieke posttoezicht heeft vooral betrekking op een goede uitvoering van de concessietaken tegen redelijke prijzen. Bij de verdere liberalisering van de postsector zal het mededingingstoezicht steeds belangrijker worden. Naar verwachting zal de overgang naar meer normale marktverhoudingen in de postsector soepeler en sneller kunnen verlopen dan in de telecommunicatiesector, omdat het voor concurrenten relatief gezien veel gemakkelijker is om tot de markt toe te treden. De concurrentie tussen ex-monopolisten op elkaars thuismarkten is inmiddels al flink toegenomen. Niettemin zullen ook in deze sector tot op zekere hoogte sectorspecifieke mededingingsbevorderende maatregelen nodig zijn om dit proces te bevorderen. De rol van het algemene mededingingsrecht zal op het gebied van de postmarkt naar verwachting echter sterk blijven. Een goede afstemming tussen het algemene en het sectorspecifieke mededingingstoezicht is ook in deze sector van groot belang voor de effectiviteit van het toezicht. Alhoewel het sectorspecifieke toezicht op de postsector qua omvang en karakter verschilt van het toezicht in de telecommunicatiesector ziet het kabinet toch belangrijke overeenkomsten en is er geen reden om het toezicht op de postsector wezenlijk anders in te richten dan het toezicht op de (tele)communicatiesector.

In zijn voorlopige standpunt, dat in mei aan OPTA, NMa en OPT is voorgelegd, heeft het kabinet een drietal mogelijke bestuurlijke varianten benoemd die het op basis van de marktontwikkelingen, het Europese regelgevende kader en de eerder genoemde bestuurlijke criteria als reële mogelijkheden had aangemerkt. Deze betreffen:

- a) OPTA blijft zelfstandig;
- b) OPTA wordt een kamer van de NMa per 2003;
- c) OPTA wordt een kamer van de NMa per 2005 in combinatie met een instemmingsvereiste voor NMa betreffende mededingingsaspecten op dossierniveau vanaf 2003.

Het college geeft in zijn visie op dit voorlopig standpunt aan dat de uitkomsten van de evaluatie positief zijn en derhalve bestendinging indiceren. Wijziging op korte termijn van het nationale toezichtsarrangement zou een verkeerd signaal aan de markt geven en vormt een risico voor de continuïteit van het functioneren van de organisatie, zo stelt het college. Uitgaande van een gerealiseerde zbo-status van de NMa, zou een kamermodel in 2005 optioneel kunnen zijn. Door het college wordt verder een onderlinge toegroei van beide toezichthouders in de periode tot 2005 belicht, waarbij zij stelt dat de positieve beoordeling van de huidige samenwerking tussen NMa en OPTA voldoende vertrouwen moet geven in een goed verloop van de coördinatie tussen sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht.

Het kabinet constateert dat er verschillende visies bestaan bij marktpartijen, die zijn verwoord in het rapport van bevindingen van het Overlegorgaan Post en Telecommunicatie (OPT) van 30 mei 2001³⁶. Daar waar aan de ene kant wordt gepleit voor meer terughoudend toezicht op bijvoorbeeld de mobiele markt, blijkt dat andere partijen juist wel behoefte hebben aan een pro-actieve toezichthouder. Er bestaat eensgezindheid over de noodzaak van voorspelbaarheid en transparantie van het toezicht en het overheidsbeleid waarbinnen dat toezicht plaatsvindt. Het kabinet onderschrijft de visie van de leden van het OPT volledig dat de inrichting van het toezicht voorspelbaarheid, rechtszekerheid en helderheid van het overheidsbeleid dient te waarborgen en flexibiliteit in de maatvoering van marktinterventies in relatie tot de ontwikkelingsfase van de markt dient te faciliteren. Wat betreft de organisatorische inrichting van het toezicht is er echter sprake van verschillen in standpunten. De partijen die recentelijk zijn toegetreden tot de markt (het merendeel van het OPT) zijn voor belangrijke onderdelen van hun bedrijfsontwikkeling nog vaak erg afhankelijk van KPN. Zij pleiten voor voortzetting van een onafhankelijke en zelfstandige OPTA ondermeer omdat de marktomstandigheden volgens deze partijen geen aanleiding geven tot wijziging van het ex ante sectorspecifieke toezicht, er in alle andere EU landen sprake is van een zelfstandige sectorspecifieke toezichthouder en ook vanwege de hoge transitiekosten van een institutionele wijziging. Het belang van ex-ante toezicht geldt volgens deze leden met name voor de vaste markt. De partijen die een aanmerkelijke marktpositie hebben en ook de Raad van Centrale Ondernemersorganisaties (RCO) zijn op grond van de nieuwe Europese regelgeving voorstander van het onderbrengen van OPTA als kamer bij de NMa, parallel aan de implementatie van de nieuwe communicatie Richtlijnen. Andere argumenten die daarvoor worden aangevoerd zijn rechtszekerheid, efficiencyvoordelen, verminderen kosten van toezicht en het realiseren van een één-loketfunctie.

De Directeur-generaal NMa tenslotte bepleit in zijn advies van 31 mei 2001³⁷ een kamermodel met ingang van 2003. OPTA als kamer van de NMa levert verder voor de gezamenlijke organisatie veel voordelen op: samenhang met andere dossiers, efficiënte en snelle kennisuitwisseling en efficiency van interne bedrijfsprocessen. Er vindt kruisbestuiving plaats en synergie effecten worden optimaal benut. De synergie effecten door de bundeling van schaarse expertise en andere voordelen daarvan worden expliciet door de DG NMa belicht.

5.3 Marktanalyse

Volgens de Commissie Visser is een eigenstandige sectorspecifieke toezichthouder aan de orde indien tijdelijk een verhoogde staat van toezicht nodig is in verband met de overgang naar een «gewone» marktsituatie. Voor de beoordeling van de marktontwikkelingen, verwijst het kabinet naar de Mededeling van de Europese Commissie met betrekking tot de communicatieregelgeving 1999³⁸. In dit document (hierna de Mededeling) stelt de Commissie op basis van verschillende onderzoeken onder-

³⁶ Brief aan de staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat van 30 mei 2001, met nummer OPT/2001/142.

³⁷ Reactie van de DG NMa op het onderhavige concept kabinetsstandpunt aan de Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat van 31 mei 2001, kenmerk 2521/3.b51.

³⁸ «Naar een nieuw regelgevingskader voor elektronische communicatie-infrastructuur en bijbehorende diensten», Mededeling van de Europese Commissie, COM (1999) 539.

meer dat de communicatiemarkt nog steeds wordt gedomineerd door de verticaal geïntegreerde gevestigde ex-monopolisten die nog immer het overgrote deel van de nationale markt in handen hebben. Tegelijkertijd signaleert de Commissie dat de concurrentie op specifieke markten in de communicatiesector – zoals de mobiele markt – enorm is toegenomen. Nieuwe marktdeelnemers proberen in alle marktsegmenten in meer of mindere mate marktaandeel van de gevestigde exploitanten te veroveren. De Commissie stelt vervolgens dat het haar taak en die van nationale concurrentie-instanties en de nationale regelgevers is om ervoor te zorgen dat deze trend naar werkelijke concurrentie doorgaat. Dit vereist nog steeds sectorspecifieke regelgeving.

Verder geeft de Commissie als een van de redenen voor de herziening van de regelgeving aan dat door de convergentie van verschillende sectoren, de traditionele scheiding van de regelgeving tussen deze sectoren steeds meer achterhaald raakt hetgeen de noodzaak van een samenhangend en consequent regelgevingsstelsel steeds dringender maakt. Hetzelfde geldt voor het toenemende aantal fusies en overnames door partijen uit geheel verschillende marktsectoren, waardoor fundamentele veranderingen optreden in het karakter van de ICT industrie en traditionele marktstructuren (telecombedrijven met mediaconcerns, energiebedrijven en kabel/telefonie, vervlechting met financiële bedrijven als banken en verzekeraars). De Commissie geeft in haar conclusies expliciet aan dat sector-specifieke regelgeving in combinatie met de toepassing van concurrentieregels de toegang tot de markt vergemakkelijkt. De doelstelling is volgens de Mededeling regelgeving te scheppen die ongedaan kan worden gemaakt naarmate de concurrentie toeneemt, met als uiteindelijk doel de krachten van de markt te controleren door toepassing van communautair mededingingsrecht. Waar het dus om gaat is het juiste evenwicht te vinden tussen sectorspecifieke regelgeving en concurrentieregels.

Van groot belang is dat de Europese Commissie heeft vastgesteld dat daar waar het huidige regelgevende instrumentarium is gericht op de noodzaak van de *totstandbrenging* van een concurrerende markt, door bijvoorbeeld gerichte ex ante verplichtingen ten aanzien van netwerktoegang, het in de komende jaren op basis van de ontwikkeling van de markt veel meer gewenst is een regelgevingsstelsel te hanteren waarbij de focus ligt op duurzame concurrentie op de langere termijn. Want, zo stelt de Commissie: «Een onnodig restrictief regelgevingsstelsel kan remmend werken op investeringen en ontoereikend blijken om duurzame investeringen te stimuleren.»³⁹

Zoals eerder in dit kabinetsstandpunt gezegd, heeft het kabinet zich achter de conclusies van de Commissie geschaard. De ontwikkeling van de telecomsector is in een andere fase aanbeland. Deze constatering wordt ook door de DG NMa ondersteund. In belangrijke delen van de sector is weliswaar nog steeds geen sprake van voldoende marktwerking, maar de fase waarin het openbreken van de traditionele monopolistische markten voorop stond is voorbij. Het accent dient nu veel meer te liggen op een duurzame marktontwikkeling, waarbij meer rekening moet worden gehouden met de ontwikkeling van de concurrentie op lange termijn. Deze omslag vertaalt zich qua instrumentarium in een keuze voor nauwere aansluiting bij de uitgangspunten van het algemene mededingingsbeleid. Ook bij de inrichting van het toezicht is dit een belangrijk gegeven. De samenhang met het algemene mededingingsbeleid wordt daarmee veel sterker. Wel blijft naar de mening van het kabinet geconcentreerde aandacht en bundeling van expertise noodzakelijk om de verdere ontwikkeling van de sector goed te kunnen begeleiden. Dit sluit aan bij de overwegingen die de ambtelijke commissie Visser benoemt als omstandigheden waarbij een kamermodel aan de orde is.

³⁹ Mededeling van de Commissie, zie noot 31.

Het kabinet stelt op basis van de analyse van de Commissie vast dat de interventiemechanismen die worden gehanteerd in een lidstaat met de implementatie van het nieuwe wetgevende kader gebaseerd dienen te zijn op beleidsdoelstellingen met een langere tijdshorizon, waaronder: consolideren van de interne markt in een convergerende omgeving; economische groei; en bevordering werkgelegenheid, met inachtneming van doelstellingen van algemeen belang voor zover de marktwerking daarin niet voorziet. Het kabinet deelt de visie van het college dat toepassing van het algemene mededingingsrecht *alleen* op dit moment niet aan de orde is. Het is juist de *complementariteit* tussen sectorspecifieke en algemene mededingingsregels die beter maatwerk in een zich ontwikkelende markt mogelijk moet maken. Verschillen in de ontwikkelingssnelheid of in het karakter van bepaalde (deel)markten kunnen op die manier flexibel worden geadresseerd. In dat verband is het logisch dat er door de Commissie met betrekking tot marktafbakening gekozen wordt voor toepassing van het begrippenkader en de principes van het algemene mededingingsrecht. Juist daarom acht het kabinet het verstandig de kennis en expertise van NMa op dit gebied met dat van OPTA op inhoudelijk telecommunicatieterrein te bundelen door de samenwerking te verstevigen, in sterkere mate dan nu het geval is. De Ambtelijke Commissie Toezicht pleit in dit kader voor verplichte onderlinge afstemming en verder dat de toezichthouders over de praktische taakverdeling zelf concrete afspraken maken. Ook de DG NMa wijst in zijn reactie op de praktische voordelen van een dergelijke bundeling. Tenslotte wordt ook in het rapport van bevindingen van het OPT geconstateerd dat OPTA en NMa nauwer moeten samenwerken en dat zij hun beleid op elkaar af dienen te stemmen.

Twee specifieke en essentiële elementen in het toezichtregime voor de telecommunicatiesector zijn de marktafbakening (van relevante markten) en de bepaling van aanmerkelijke marktmacht. De NMa heeft als algemene toezichthouder veel ervaring op dit gebied. Het ligt derhalve voor de hand dat de kennis van de NMa op dit gebied optimaal wordt benut. Bovendien is het juiste evenwicht tussen sectorspecifieke en algemene concurrentieregels, zoals door de Europese Commissie benadrukt, van groot belang om snel en flexibel te kunnen inspelen op de ontwikkelingen op het gebied van de technologie en op de markt. Daar waar er voor wordt gekozen het voortouw voor de marktafbakening bij de OPTA te leggen, dient consistentie en het optimale gebruik van de expertise van NMa betreffende mededingingsgerelateerde dossiers gewaarborgd te worden. De DG NMa wijst er in dit verband tevens op dat uiteenlopende of tegenstrijdige analyses ook tot gevolg kan hebben dat de voorspelbaarheid van zowel administratieve als civielrechtelijke procedures aanzienlijk wordt verminderd.

5.4 Conclusie

In relatie tot de keuze voor de bestuurlijke inrichting die het best bij bovenstaande overwegingen past is door het kabinet een aantal factoren overwogen. Sectorspecifieke regels voor de telecom- en postmarkt blijven voorlopig bestaan. De vraag die voorligt is of deze in de komende periode uitgevoerd moeten (blijven) worden door een sectorspecifieke toezichthouder of niet, en onder welke randvoorwaarden dit moet plaatsvinden. De uitvoering van marktanalyses is een veelomvattende en cruciale taak. Periodiek dient te worden bepaald op welke deelmarkten al dan niet sectorspecifieke regelgeving noodzakelijk is. De Europese Commissie doet weliswaar aanbevelingen voor de afbakening van markten en heeft ook richtsnoeren opgesteld, maar de feitelijke marktafbakening zal in de praktijk vooral een taak zijn van nationale toezichthouders⁴⁰, zoals dat ook bij de toepassing van de algemene mededingingsregels gebruikelijk is. Binnen

⁴⁰ De lijst van markten die in het nieuwe kader door de Commissie wordt opgesteld heeft het karakter van een aanbeveling.

het kabinet bestaat overeenstemming over het belang dat in relatie tot de sectorspecifieke toepassing van mededingingsregels consistentie en gelijklopende interpretatie van mededingingsregels gewaarborgd dient te worden en dat het nieuwe Europese wetgevende kader voor de communicatiesector vanwege ondermeer het in toenemende mate gelijklopende begrippenkader leidt tot de noodzaak van meer afstemming tussen NMa en OPTA. Ook de Commissie zelf benadrukt het belang van intensieve samenwerking tussen de *National Regulatory Authority* en de *National Competition Authority*, opdat consistentie over de gehele linie met algemene mededingingsregels wordt gewaarborgd. De nieuwe ONP regels maken het mogelijk dat de NMa alle relevante informatie ter beschikking stelt aan de OPTA en vice versa.

Daar waar het Europese beleid eerst was gericht op het openbreken van markten waarin dominantie en exclusieve rechten een grote rol speelden, is bij de huidige stand van de marktontwikkeling de focus verlegd naar duurzame concurrentie op de lange termijn en het flexibel kunnen toepassen van sectorspecifieke mededingingsprincipes die het bereiken van een level playing field faciliteren. Binnen het nieuwe Europese regelgevende kader wordt daarom op belangrijke onderdelen aangesloten bij het algemene mededingingsbeleid. Tegelijkertijd is de telecommunicatiemarkt nog steeds volop in ontwikkeling en is een level playing field nog niet bereikt. Een heldere positionering en profilering van de OPTA blijft derhalve in de komende jaren van belang. Om de toenemende overlap tussen het algemene en sectorspecifieke mededingingsstoezicht na de implementatie van het nieuwe Europese regelgevende kader voor de communicatiesector (naar verwachting in 2003) te weerspiegelen in het toezichtarrangement, alsmede de consistente en flexibele toepassing ervan te waarborgen is het naar elkaar toegroeien van beide toezichtregimes en beide toezichthouders noodzakelijk. Een gefaseerde aanpak ligt het meest voor de hand om een geleidelijke integratie qua organisatorische inbedding en toezichtcultuur te faciliteren.

Het kabinet meent derhalve dat NMa en OPTA uiterlijk begin 2002 met een gezamenlijk voorstel dienen te komen met betrekking tot het versterken van de afstemmings- en samenwerkingsrelatie (daar waar sprake is toepassing van mededingingsgerelateerde begrippen zoals relevante markt en dominante marktpositie), teneinde deze versterkte samenwerking in 2003 te kunnen effectueren. Deze nauwere samenwerking zou ondermeer kunnen worden bevorderd door het starten van «joint ventures» (waarbij organisatorische voorzieningen worden getroffen die ten dienste staan van beide organisaties) en gezamenlijke projectteams. Het kabinet zal het voorstel van de NMa en OPTA toetsen aan de uitgangspunten zoals die in het onderhavige standpunt zijn verwoord. Hierbij is met name van belang dat de voorstellen van OPTA en NMa voldoende waarborgen zullen moeten bieden voor een consistente uitleg van de relevante mededingingsbegrippen.

Door een aantal leden van het OPT wordt gesteld dat er geen reden bestaat voor wijziging van het institutionele arrangement omdat de evaluatie heeft uitgewezen dat de OPTA in de afgelopen vier jaar goed heeft gefunctioneerd. Het kabinet heeft in het voorgaande duidelijk proberen te maken dat:

- a) het regelgevende kader waarbinnen de OPTA functioneert vanaf 2003 gaat veranderen ten opzichte van de periode daarvoor; en
- b) de markt zich verder ontwikkelt en andere eisen stelt aan het toezichtregime. Met andere woorden, de wijze van uitvoering van sector-specifiek toezicht wordt niet bepaald door het verleden, maar dient geënt te zijn op de toekomst.

Door de noodzakelijke afstemming tussen NMa en OPTA die vanaf 2003

versterkt plaats zal vinden, zal bij een langdurig ongewijzigde organisatorische setting sprake zijn van een forse toename van de coördinatielasten. De NMa heeft, zoals ook in het rapport Visser wordt genoemd, de zwaardere stem om consistentie van beleid en gelijke behandeling van verschillende sectoren bij de invulling van gelijksoortige begrippen door verschillende toezichthouders te handhaven. Dit kan het beste worden gewaarborgd indien dit toezicht is ondergebracht bij de NMa. Verder stelt de Europese Commissie dat, gezien de snelle ontwikkeling van communicatiemarkten, een marktanalyse in korte tijd dient te worden uitgevoerd. Indien zowel het algemene als het specifieke mededingings-toezicht is ondergebracht bij één organisatie verwacht het kabinet dat dit de efficiency en snelheid van coördinatie en afstemming bij een dergelijke marktanalyse aanzienlijk bevordert. De coördinatielast wordt op deze manier verlicht. Dit heeft vervolgens weer gunstige effecten in het kader van de marktontwikkeling en investeringsprikkels in de telecomsector. Het kabinet wijst er overigens op dat, op grond van het rapport Visser en de hierboven en in hoofdstuk 5 genoemde bestuurlijke overwegingen, in het kader van het toezicht op het spoor het voornemen bestaat een Vervoerskamer in te stellen als onderdeel van de NMa.⁴¹

Het college en een groot aantal marktpartijen zien grote bezwaren indien het realiseren van een kamermodel voor het telecommunicatie- en posttoezicht reeds op korte termijn doorgevoerd zou worden. Het college maakt zich daarbij vooral zorgen om weglekkende energie en minder aandacht voor primaire taken, zeker indien er sprake is van een stapeling van institutionele omslagpunten. 2005 wordt door het college daarom als eerste moment gezien waarop een dergelijke nieuwe modaliteit optioneel is. Het kabinet is het eens met de visie van het college dat aandacht en energie voor primaire taken gewaarborgd moet zijn. Een stapeling van grote institutionele en wetgevende veranderingen in kort tijdsbestek draagt niet bij aan het waarborgen van de continuïteit en de effectiviteit van het toezicht en is derhalve bij voorkeur niet gewenst. Het kabinet deelt daarom niet de mening van de DG NMa en die van enkele marktpartijen dat een omvorming van OPTA tot een kamer bij de NMa reeds in 2003 zou dienen plaats te vinden. Zorgvuldigheid bij een dergelijke institutionele wijziging is van belang en er dient voor gezorgd te worden (zoals in het rapport Visser ook wordt aangegeven) dat de geïntegreerde toepassing van algemene en sectorspecifieke regels eerst effectief wordt geregeld en georganiseerd. Een dergelijke integratie kost tijd en kan niet van het ene op het andere moment plaatsvinden. Los van de al wat langere ervaring binnen de NMa met de Dienst uitvoering en toezicht energie (DTe) zal een model, waarbij er naar verwachting meerdere kamers binnen de NMa zullen functioneren, zich de komende tijd nog in de opbouwfase bevinden. Verder wordt het nieuwe Europese regelgevende regime voor de communicatiesector naar verwachting in 2003 van kracht. Dit zou inhouden dat er dan tezelfdertijd sprake zou zijn van een ingrijpende aanpassing van het wetgevende kader voor de telecommunicatiesector, met aanzienlijke gevolgen voor de taakstelling van de OPTA. Om beide organisaties de gelegenheid te geven om naar elkaar toe te groeien, ervan op te doen met de toepassing van het wettelijke instrumentarium en de samenwerking tussen NMa-OPTA in dat kader vorm te geven, is het kabinet van mening dat OPTA zelfstandig dient te blijven tot 2005 (wanneer de tweede vier-jaartermijn van het college afloopt), waarbij de samenwerking tussen NMa en OPTA vanaf uiterlijk 2003 duidelijk dient te worden verstevigd. Medio 2005 wordt de OPTA als kamer ondergebracht bij het zbo NMa ervan uitgaande dat naar het oordeel van het kabinet het zbo NMa de Mededingingswet naar behoren uitvoert en dat het kamermodel goed functioneert.

⁴¹ Zie voetnoot 26.

5.5. Vervolgtraject/Fasering

Het moment van implementatie van de nieuwe Europese communicatieregels in 2003 is het eerste aangewezen moment dat zich voordoet om een wijziging in de relatie tussen de OPTA en de NMa door te voeren. Daarna doet zich in 2005 opnieuw een gepast moment voor de vervolgstappen zoals hierboven beschreven ten aanzien van de bestuurlijke inrichting bij de wettelijk voorgeschreven tweede evaluatie van de OPTA.

De huidige benoemingstermijn van het college loopt af op 31 juli 2001. Om de rechtszekerheid voor marktpartijen en de continuïteit van het toezicht te waarborgen, zal de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat het college voor 1 juli 2001 vragen of het bereid is een nieuwe zittingstermijn van vier jaar te aanvaarden per 1 augustus 2001.

Het onderbrengen van het sectorspecifieke toezicht op de communicatiesector in een kamer van het zbo NMa is een complex proces dat uiteraard grote zorgvuldigheid vereist. Vandaar dat het kabinet er aan hecht dat er in de voorbereidingen naar 2005 een aantal tijdige ijkmomenten wordt ingebouwd. De eerste vindt reeds plaats in 2002 wanneer de Mededingingswet door de Minister van Economische Zaken wordt geëvalueerd. Ten tweede zal er in de aanloop naar 2005 door het kabinet gekeken moeten worden naar het functioneren van het kamermodel. Uiteraard zullen het parlement en de betrokken partijen daarbij ook een belangrijke rol spelen. Bij de voorbereiding van een nieuw toezichtsarrangement is ook een zorgvuldige en tijdige afweging van belang betreffende de wijze waarop de niet-mededingingstaken van de OPTA georganiseerd dienen te worden.

Kernpunten van het kabinetsvoorstel

- OPTA blijft zelfstandig tot medio 2005
- sectorspecifiek toezicht op de telecom- en postmarkt wordt als kamer bij het zbo NMa ondergebracht in 2005, ervan uitgaande dat naar het oordeel van het kabinet het zbo NMa de toepassing van de Mededingingswet naar behoren uitvoert en dat het kamermodel goed functioneert
- het kabinet verzoekt NMa en OPTA uiterlijk begin 2002 met een gezamenlijk voorstel te komen met betrekking tot de versterking van de samenwerking bij de toepassing van mededingingsbegrippen, teneinde deze versterkte samenwerkingsrelatie in 2003 te kunnen effectueren
- het voorstel voor de versterkte werrelatie tussen NMa en OPTA wordt door het kabinet getoetst aan de uitgangspunten van onderhavig standpunt

6. OVERIGE AANBEVELINGEN/AANDACHTSPUNTEN

Buiten de afweging die gemaakt dient te worden ten aanzien van de gewenste bestuurlijke inrichting van het toezicht geeft de evaluatie ook aanleiding tot het verbeteren van andere aspecten in relatie tot het huidige toezichtsarrangement. Verder is door het college, de NMa en het OPT een aantal aandachtspunten bij het huidige arrangement aangegeven. Deze hebben met name betrekking op politiek-bestuurlijke aspecten, maar ook op specifieke elementen van de telecommunicatieregelgeving. Het kabinet wil in dit verband graag ingaan op de volgende punten:

Politiek-bestuurlijk

- het is goed te constateren dat in het rapport van Twynstra Gudde een aantal aspecten wordt gesignaleerd die kunnen bijdragen tot een

betere samenwerking tussen het zbo OPTA en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. De praktische kennis die het zbo in de markt opdoet dient te worden aangewend bij de beleidsformulering door het departement. Evenzeer is vroegtijdige consultering van het zbo met betrekking tot de uitvoerbaarheid van in ontwikkeling zijnde regelgeving van waarde voor de kwaliteit van de beleidsvorming. In dat kader constateert het kabinet dat de werkrelatie tussen Verkeer en Waterstaat en OPTA van beide kanten verbetering behoeft. Daarom zal worden bezien hoe de werking van het Informatiestatuut kan worden geoptimaliseerd. Een tweede stap die inmiddels is gezet is een functiescheiding bij Verkeer en Waterstaat tussen het beheersmatige toezicht en de verantwoordelijkheid voor het beleidsmatig functioneren van de OPTA. Zo zal de toetsing van de begroting van de OPTA met ingang van eind dit jaar gescheiden van de beleidsmatige verantwoordelijkheid met betrekking tot wet- en regelgeving bij Verkeer en Waterstaat plaatsvinden, waarbij het voornemen bestaat hierbij een onafhankelijke accountant om advies te vragen. De Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat zal dit advies betrekken in zijn oordeel over de begroting van de OPTA (in verband met artikel 10 van de OPTA-wet).

- voor zover het de interne bedrijfsvoering van OPTA betreft, alsmede de kwaliteit en de efficiency van geschilbeslechtsingsprocedures en klachtenbehandeling, maakt de evaluatie duidelijk dat hieraan nog het nodige te verbeteren valt. Met voldoening neemt het kabinet kennis van de schriftelijke reactie van het college op de evaluatie d.d. 18 april 2001⁴², waarin het college aangeeft al een aantal verbetertrajecten in gang te hebben gezet op het terrein van financieel beheer, planning en control en administratieve processen. De effecten van deze acties zullen door Verkeer en Waterstaat uiteraard periodiek met het college worden besproken. Ook zal het Ministerie samen met het college nagaan of wijzigingen in de regelgeving in dit kader wenselijk zijn.
- om de toezichtrelatie tussen het Verkeer en Waterstaat en OPTA beter en adequater vorm te geven is het van belang dat het departement beschikt over kengetallen om de doeltreffendheid en doelmatigheid te kunnen vaststellen. In de hierboven genoemde verbetertrajecten dient aandacht besteed te worden aan de beoordeling en verzameling door OPTA van deze kengetallen om op adequate wijze invulling te kunnen geven aan de ministeriële verantwoordelijkheid voor het functioneren van het zbo.
- door het college en het OPT wordt als belangrijk knelpunt de lange doorlooptijden van bezwaar- en beroepsprocedures genoemd. Hiervoor is reeds aangegeven dat op het terrein van de klachtenbehandeling nog efficiency voordelen te behalen zijn. Wellicht kan op deze wijze het hier gesignaleerde probleem (deels) worden opgelost. Mocht dit onverhoopt niet het geval zijn dan zal worden bezien of verdere stappen nodig zijn. Wel merkt het kabinet in dit verband het volgende op. De beslissingen die het college als bestuursorgaan neemt zijn voor de betrokken partijen vaak zeer ingrijpend. Een goede rechtsbescherming is dan ook onontbeerlijk. De Algemene wet bestuursrecht (Awb), in het bijzonder het daarin vervatte recht van bezwaar en beroep, biedt deze rechtsbescherming. Het, in afwijking van de Awb, in zijn algemeenheid afzien van bijvoorbeeld de bezwaarfase acht het kabinet dan ook niet gewenst.
- het college geeft de wens te kennen dat oordelen van het college aangemerkt zouden dienen te worden als een voor beroep vatbare beslissing (krachtens de Awb). Er worden thans wijzigingen voorbereid van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (BOHT) waardoor beslissingen van het college met betrekking tot tariefvoorstellen voor bezwaar en beroep vatbare beslissingen worden.
- het college heeft voorts de wens geuit om in plaats van de huidige mogelijkheid om een boete van maximaal 1 miljoen gulden op te

⁴² Brief van het college van de OPTA aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 18 april 2001, OPTA/S&C/2001/201 056.

leggen, een boete te kunnen opleggen in de vorm van een percentage van de omzet. Met het college is het kabinet van opvatting dat het instrument van de bestuurlijke boete alleen doelmatig kan worden ingezet indien de op te leggen boete in verhouding staat tot de voordelen die de overtreder behaalt met het illegale handelen. Bezien zal worden of, zoals het college meent, er gronden zijn tot aanpassing van de in de Telecommunicatiewet en de Postwet opgenomen regelingen met betrekking tot de bestuurlijke boete.

- het college geeft in zijn reactie op het concept kabinetsstandpunt aan dat de verantwoordings-relatie naar de politieke omgeving versterkt zou worden indien de OPTA periodiek door de Tweede Kamer zou worden gehoord (bijvoorbeeld naar aanleiding van het jaarverslag). Het kabinet is van mening dat de democratische controle op het functioneren van de OPTA uiteraard belangrijk is, maar dat tevens van belang is dat het daarbij gaat om een eenduidige en heldere bestuurlijke toezichtrelatie. Het is niet voor niets de Minister die vanuit zijn ministeriële verantwoordelijkheid toezicht houdt op het functioneren van een zbo. Daarover legt de Minister verantwoording af aan het parlement. Om adequaat invulling te kunnen geven aan die ministeriële verantwoordelijkheid en om de kwaliteit van regelgeving te versterken met behulp van de praktische kennis van de toezichthouder is een goede informatie uitwisseling tussen toezicht en beleid van groot belang. Vanuit zijn verantwoordelijkheid voor het algehele toezichtarrangement dient de Minister te beschikken over tijdige en volledige informatie van de toezichthouder om het parlement adequaat te kunnen bedienen. Los van het feit dat de Tweede Kamer uiteraard haar eigen bevoegdheden heeft om in bepaalde gevallen partijen te horen, lijkt het het kabinet derhalve niet gewenst een rechtstreekse relatie tussen OPTA en parlement te creëren. Nadrukkelijker dan het Handvest Publieke Verantwoording onderschrijft het kabinet het standpunt, dat ook de Ambtelijke Commissie Toezicht huldigt, dat er bij de uitvoering van publieke taken of de besteding van publieke middelen altijd een vorm van verticaal toezicht door of namens de Minister dient te bestaan en een verantwoording van de Minister aan het parlement. Publieke verantwoording is daaraan complementair.
- de suggestie van het college om de met het toezicht gepaard gaande kosten door te berekenen op basis van een promillage van de omzet van bedrijven lijkt op het eerste gezicht niet in lijn met het principe van evenredige toerekening van integrale kosten op basis van het profijtbeginsel dat ten grondslag ligt aan het huidige vergoedingensysteem dat door OPTA wordt gehanteerd en waartoe de politiek in 1997 expliciet heeft besloten. Een voordeel van het huidige systeem is de efficiency-prikkel die erin besloten zit. Een ander potentieel probleem is de definitie van «omzet» die dient te worden gehanteerd. Het kabinet stelt voor dat vanuit de beheersmatige verantwoordelijkheid door Verkeer en Waterstaat wordt getoetst of er inderdaad – zoals het college stelt – belangrijke efficiency voordelen met een dergelijke methode of eventuele andere aanpassingen zijn te behalen. Deze zouden zich dan ook zichtbaar moeten vertalen in lagere lasten voor het bedrijfsleven. Het college zal over de uitkomsten van deze toetsing zo spoedig mogelijk op de hoogte worden gesteld.
- het college bepleit een verdere clustering van telecommunicatietaken en bevoegdheden met betrekking tot sectorspecifieke taken op het gebied nummerplannen en frequentiebeheer. Door de toezichtfunctie in deze gebieden bij de OPTA onder te brengen wordt een onafhankelijke uitvoering gewaarborgd.

Het kabinet is het op dit punt oneens met het college. Hoofdlijn van het frequentiebeleid betreft een zodanige verdeling van het frequentiespectrum over de verschillende categorieën van gebruik, dat zo goed mogelijk recht wordt gedaan aan de economische, maatschappelijke en

culturele belangen van de verschillende categorieën. Deze verdeling wordt vastgelegd in het Nationaal Frequentieplan (NFP). In het NFP worden de hoofdlijnen van het beleid en de mogelijke toepassingen per frequentieband weergegeven. Hierin zijn beleidskeuzes gedaan, die te maken hebben met beleidsmatige afwegingen omtrent de beschikbare ruimte in frequentiebanden per toepassing, uitgesplitst naar de verschillende categorieën van gebruik, vitale overheidstaken, omroep, zakelijk gebruik en overig gebruik. In zijn algemeenheid is er sprake van schaarse ruimte in het frequentiespectrum, zodat politiek geaccordeerde keuzes in de ruimte voor diverse toepassingen noodzakelijk zijn. Het frequentiebeleid is sterk afhankelijk van uitkomsten van internationale afspraken (mondiaal en Europees) over het frequentiebeleid. Deze afstemming is noodzakelijk om op geharmoniseerde wijze apparatuur voor het gebruik van frequenties toe te laten op de Europese markt. De eigen keuzevrijheid van de Nederlandse overheid inzake frequentiegebruik wordt hierdoor beperkt. Wél is het van belang, dat in internationaal overleg de belangen van Nederland inzake frequentiebeleid goed behartigd worden. In internationaal overleg vindt Nederlandse vertegenwoordiging altijd plaats namens de Nederlandse regering (ook wanneer ondersteuning aanwezig is vanuit technische expertise).

In geval van schaarste dient het kabinet een keuze te maken voor verdeelinstrumenten, zoals veiling en vergelijkende toets. Een dergelijke beslissing is een politieke keuze, waarbij overleg tussen diverse departementen van belang is (doorgaans V&W, EZ en Financiën; in het geval van omroep ook OCW). Over zo'n keuze wordt ook verantwoording afgelegd aan het parlement. Zodra de keuze voor een verdeelinstrument is gemaakt, zal de wijze waarop dit gebeurt nader uitgewerkt worden. Ook hierin zitten politieke keuzes: op basis van marktanalyse en technische gegevens zal moeten worden besloten, of er sprake moet zijn van een handicap voor één of meerdere van de partijen of dat partijen een voorkeursrecht wordt geboden (uiteraard in overleg met OPTA en NMa), welke (financiële) doelstellingen aan de verdeling worden gekoppeld (minimumprijs, opbrengstmaximalisatie, andere verdelingscriteria) en op welke wijze de verdeling ingevuld moet gaan worden.

Binnen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat wordt de Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW) ingesteld om tot een heldere afbakening te komen tussen beleidsbeslissingen en inspectietaken (vergunningverlening en handhaving). De RDR zal onderdeel gaan uitmaken van de IVW. In dit licht is voor wat betreft complexe vergunningverlening zoals veiling geconstateerd, dat hier drie fasen van belang zijn: de fase van het beleidsvoornemen (waaronder marktconsultatie), de fase van de regelgeving (vb veilingregeling) en de fase van de daadwerkelijk uitgifte (toelaten tot de veiling, veiling zelf en het afgeven van de vergunning). De eerste en de tweede fase zijn kenmerkend voor het nemen van beleidsbeslissingen; de derde fase betreft een uitvoeringstaak. Bij de toedeling van uitvoeringstaken speelt een belangrijke rol in hoeverre politieke sturing wenselijk wordt geacht bij de uitvoering van deze taken. In onderhavig geval wordt het niet wenselijk geacht om de uitvoering onder te brengen bij een onafhankelijk toezichtsorgaan, i.c. de OPTA. Ook in de uitvoeringssfeer moeten nog keuzes worden gemaakt die belangrijke politieke implicaties kunnen hebben. Om die reden zal deze taak worden toebedeeld aan de Inspectie Verkeer en Waterstaat.

In andere landen is de scheiding tussen politieke verantwoordelijkheid en de taken van de toezichthouders minder geprononceerd georganiseerd. Dit neemt niet weg, dat in toenemende mate in die landen de politieke verantwoordelijkheid omtrent keuzes inzake verdeling van schaarste wordt verscherpt. Zo zijn in Denemarken tussen politiek en toezichthouder

afspraken gemaakt dat, in geval van schaarste, de verantwoordelijkheid voor verdeling expliciet bij het ministerie ligt. Ook in andere landen worden de cruciale beslissingen omtrent verdeling in geval van schaarste door of namens de politiek genomen.

Sectorspecifieke regelgeving

- marktpartijen en het college geven terecht aan dat het effectief functioneren van het toezicht afhankelijk is van de kwaliteit van de regelgeving. In dat kader is er door het college en de leden van het OPT een aantal suggesties gedaan betreffende gewenste aanpassingen van het wettelijk instrumentarium. Voor zover de betreffende punten niet al worden meegenomen in het lopende Brusselse traject van herziening van de telecommunicatieregels, acht het kabinet het van belang dat het Ministerie van Verkeer en Waterstaat samen met OPTA op korte termijn naar eventuele knelpunten en oplossingsrichtingen kijkt. Hiervoor is inmiddels een probleemstellende nota opgesteld die deze zomer in gezamenlijke projectteams van OPTA en Verkeer en Waterstaat zal worden besproken. Kort na de zomer dient in deze teams vastgesteld te worden welke actiepunten hieruit voortvloeien. Hierover zal ook naar het OPT worden teruggekoppeld.
- signalen uit het OPT over het achterblijven van concurrentie op het terrein van huurlijnen verdienen bijzondere aandacht. OPTA beschikt over instrumenten om in een dergelijke situatie corrigerend op te treden, maar het kabinet beziet reeds op dit moment of de bevoegdheden van het college in dit kader (krachtens het Besluit ONP huurlijnen en telefonie) wel voldoende effectief zijn. Het bewerkstelligen van daadwerkelijke keuzemogelijkheden verdient voor de lange termijn uiteraard de voorkeur.
- het kabinet signaleert dat er in de landen om ons heen en in de communicatiesector zelf belangrijke veranderingen en ontwikkelingen gaande zijn. Door de Europese Commissie worden institutionele kaders geschapen in het licht van een meer geharmoniseerde toepassing van de regelgeving door de Europese telecommunicatietoezichthouders. Het college stelt in zijn reactie de vraag of in het licht van de verschillende trends op het gebied van de media en (tele)communicatiesectoren geen herziening van het toezichtkader nodig is. Het kabinet wil hierover het volgende opmerken. Daar waar het gaat om specifieke regelgeving betreffende bijvoorbeeld de toegang tot omroepnetwerken voor zowel de doorgifte van programma's als voor toegang tot Internet, ligt er inmiddels een wetsvoorstel voor. In dit wetsontwerp wordt het thans bestaande artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet over de geschillenbeslechting inzake de toegang tot omroepnetwerken ten behoeve van radio- en televisieprogramma's gewijzigd en verder uitgewerkt in lijn met de nieuwe voorstellen van de Commissie en de Raad voor een nieuw regelgevend kader. In de huidige regeling ontbreekt een duidelijke materiële norm. Met het voorstel voor de wetswijziging beoogt het kabinet het vooraf bieden van meer rechtszekerheid over de reikwijdte van de toegangsverplichtingen te bewerkstelligen, teneinde het aantal geschillen dat zich in de praktijk voordoet te beperken.

7. VERANTWOORDING T.A.V. MEEWEGING REACTIE COLLEGE

De hoor- en wederhoorprocedure die in het Informatiestatuut (artikel 14 van de Regeling van 23 juli 1997, houdende een Informatiestatuut) is voorgeschreven vereist dat het college van de OPTA door de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat in de gelegenheid wordt gesteld te reageren op het concept kabinetsstandpunt ten aanzien van de evaluatie

van de OPTA. Deze reactie heeft het college op 30 mei 2001 gegeven. De reactie van het college is in bijlage 1 opgenomen. Overigens zijn ook het Overlegorgaan Post en Telecommunicatie (OPT) en de DG NMa in de gelegenheid gesteld te reageren op de visie van het kabinet. Deze reacties zijn respectievelijk in bijlage 2 en 3 opgenomen.

Het kabinet is in de voorgaande hoofdstukken op de aandachtspunten ingegaan die het college in zijn reactie heeft belicht. Het kabinet constateert dat op het punt van de toekomstige bestuurlijke inbedding ook door het college een integratie van OPTA en NMa in 2005 als optie wordt gezien. Tevens wordt door het college een aantal aandachtspunten aangegeven betreffende het functioneren van OPTA, zowel qua inhoudelijke regelgeving als voor wat betreft de bestuurlijke bevoegdheden van het college. Het kabinet is van mening dat deze opmerkingen waardevol zijn en zal in overleg met het college nader analyseren of de effectiviteit van het optreden van OPTA op de aangegeven gebieden versterkt kan worden. Een verschil van inzicht bestaat er over de modaliteit van de concurrent powers en over de overheveling van taken op het gebied van frequenties naar de OPTA. Hierop is het kabinet inhoudelijk in het voorgaande ingegaan.

Zowel het college als het OPT hebben zich kritisch uitgelaten over het feit dat de evaluatie van de OPTA meer een discussie over de institutionele vormgeving zou zijn, dan een grondige analyse van het wetgevende kader waarbinnen de OPTA haar werk dient te verrichten. Het college vraagt in dat kader op een aantal punten om aandacht voor de effectiviteit van de telecommunicatieregelgeving en het OPT geeft aan dat het primaat van de discussie zou moeten liggen bij het wettelijke kader en hoe het instrumentarium beter op de toekomst en op het optimaal functioneren van OPTA zou kunnen worden toegesneden.

Allereerst wijst het kabinet er ten overvloede nogmaals op dat het, vanuit de gedachte dat sectorspecifiek toezicht een tijdelijk karakter zou dienen te hebben, een uitdrukkelijke opdracht is uit de OPTA-wet dat het functioneren van het college als zodanig zou worden geëvalueerd en dat een toets moest worden gedaan op de wenselijkheid van het voortbestaan van het college. Aan deze opdracht voldoet het kabinet met onderhavig verslag aan de Tweede Kamer. In de opdrachtformulering van het onderzoek dat door Twynstra Gudde is uitgevoerd wordt benadrukt dat het niet zo kan zijn dat OPTA zou worden afgerekend op zaken die het directe gevolg zijn van beperkingen die zijn vastgelegd in wetgeving of het mogelijk ontbreken van regelgeving. Indien dit laatste geconstateerd zou worden en dit consequenties zou hebben voor de effectiviteit van het functioneren van de OPTA, dan is er uiteraard alle aanleiding om op zo kort mogelijke termijn te bezien of dit kan worden gerepareerd. In het voorgaande is het kabinet ingegaan op een aantal van dergelijke aandachtspunten die ook door het OPT en het college worden genoemd. Van een integrale herziening van de huidige telecommunicatiewetgeving kan evenwel in dit kader geen sprake zijn. Een dergelijke herziening vindt op dit moment immers reeds plaats in Brussel. Een nieuw regelgevend kader voor de communicatiesector zal naar verwachting in 2003 in nationale wetgeving worden geïmplementeerd. Eventuele gewenste aanpassingen van de telecommunicatieregelgeving worden door de Nederlandse regering ingebracht in EU-kader. Bij dit proces zijn alle (markt)partijen betrokken.