

Vergaderjaar 1998–1999

26 363

Wijziging van de Postwet en enige andere wetten in verband met richtlijn nr. 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PbEG 1998, L 15), en een aantal wetstechnische wijzigingen

A

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 22 oktober 1998 en het nader rapport d.d. 21 december 1998, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 23 juli 1998, no. 98.003741, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Verkeer en Waterstaat, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Postwet en enige andere wetten in verband met richtlijn nr. 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PbEG 1998, L 15), en een aantal wetstechnische wijzigingen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 23 juli 1998, no. 98.003741, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mijn ambtsvoorganger te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 22 oktober 1998, No. W09.98.0338, bied ik U hierbij aan.

1. Met het voorstel van wet tot wijziging van de Postwet en enige andere wetten wordt in hoofdzaak beoogd twee doelen te dienen. Enerzijds gaat het om het – voorzover nodig – invoeren in de Nederlandse wetgeving van bepalingen van richtlijn nr. 97/67 EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt van de postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PbEG 1998, L 15) (hierna te noemen: de richtlijn). Anderzijds wordt voorzien in het scheppen van wettelijke voorwaarden voor een liberalisering van de postmarkt, die verder gaat dan waartoe de richtlijn verplicht. Daarnaast worden enkele wetstechnische wijzigingen voorgesteld. Delen van de richtlijn behoeven volgens de memorie van toelichting (paragraaf d.5, bladzijde 30) geen implementatie omdat de desbetreffende bepalingen zich richten tot organen van de Europese Unie, dan wel omdat de bestaande nationale regelgeving op die punten al met de richtlijn in overeenstemming is.

¹ De tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

De richtlijn heeft een tijdelijk karakter en kan worden gezien als een tussenfase op de weg naar een verder geliberaliseerde postmarkt op 1 januari 2003. Uit artikel 26 van de richtlijn blijkt dat het de lidstaten vrijstaat om maatregelen te handhaven of in te voeren, die liberaler zijn dan die waarin in de richtlijn wordt voorzien. Door gebruik te maken van deze vrijheid zal Nederland, zo blijkt uit de memorie van toelichting, een voortrekkersrol binnen de Europese Unie vervullen. Uit paragraaf d.3 van de memorie van toelichting kan worden opgemaakt, dat die doelstelling bepalend is geweest voor het opnemen in artikel 7 van de richtlijn van het noodzakelijkheids criterium volgens hetwelk postvervoer aan de leverancier van de universele dienst kan worden voorbehouden.

In het wetsvoorstel gaat het in casu om een verlaging van de grens voor het aan TNT Postgroep NV (hierna: TPG) voorbehouden vervoer van poststukken van 500 gram naar 100 gram, terwijl in artikel 7, eerste lid, van de richtlijn 350 gram als maximumgrens wordt gesteld. Voorts wordt in het voorgestelde nieuwe artikel 2a van de Postwet het voorbehouden vervoer beperkt tot het vervoer van brieven binnen Nederland en van brieven afkomstig uit het buitenland. Tenslotte is er het voorstel tot beperking van de btw-vrijstelling. Als openbare postdienst heeft TPG die vrijstelling voor de verrichte postdiensten. Omdat een concurrentievervalsend effect kan optreden bij samenloop van genoemde vrijstelling met kwantum- en contractskortingen wordt voorgesteld het aan TPG opgedragen postvervoer dat in concurrentie wordt verricht bij algemene maatregel van bestuur zodanig in omvang te beperken, dat de btw-vrijstelling alleen betrekking zal hebben op postzendingen die tegen enkelstukstarief worden vervoerd (memorie van toelichting, bladzijden 13, 14 en 15). Deze beperking zal niet alleen van invloed zijn op de positie van TPG, maar ook financieel nadelig kunnen uitwerken voor grootgebruikers van postdiensten. Daaronder bevinden zich sociaal-culturele instellingen, waarvan de activiteiten zelf krachtens het stelsel van de Wet op de omzetbelasting 1968 zijn vrijgesteld van btw.

Blijkens de memorie van toelichting meent de minister dat de krachtige positie van TPG de verdergaande maatregelen in de richting van een geliberaliseerde postmarkt rechtvaardigt. Ten aanzien van de grootgebruikers is de minister ervan overtuigd dat de tarieven na verloop van tijd weer zullen dalen als gevolg van een betere marktwerking.

De Raad van State acht deze argumenten voor een verdere liberalisering dan waartoe de richtlijn verplicht niet overtuigend. Teveel blijft ongewis nu geen inschatting wordt gegeven van de positie van TPG onder de te wijzigen marktcondities, die mede zullen worden bepaald door de liberaliseringsgraad in de andere landen van de Europese Unie. Daarnaast is nog niet duidelijk of en hoe de in het wetsvoorstel voorgestane liberalisering zich zal verhouden tot de uitkomst van de fundamentele afweging omtrent de aansturing van de markt in de toekomst en de Nederlandse inbreng in het Brusselse besluitvormingsproces, welke afweging wordt aangekondigd in de brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 18 september 1998 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (kenmerk HDTP/98/2567). Overigens wordt in dezelfde brief door het gebruik van de woorden «Een eerste stap hiertoe is gezet door de monopoliegrens voor brieven terug te brengen naar 100 gram en drie maal het basistarief (80 cent)» ten onrechte de indruk gewekt dat het onderhavige wetsvoorstel reeds kracht van wet heeft gekregen en in werking is getreden.

Onder de hiervoor genoemde omstandigheden acht de Raad vanuit het oogpunt van het algemeen belang dat is gelegen in een goed functionerend postverkeer terughoudendheid geboden ten aanzien van een verdergaande liberalisering van de postmarkt dan waartoe de richtlijn verplicht, temeer daar de mogelijkheid van een eventueel weer ongedaan maken van die verdergaande liberalisering door Europese mededingingsregels is beperkt. Het college adviseert terzake de nadere besluitvorming door het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie af te wachten, die blijkens artikel 7 van de richtlijn uiterlijk op 1 januari 2000 haar beslag zal hebben gekregen.

1. Het algemene standpunt van de Raad dat terughoudendheid geboden is ten aanzien van een verdergaande liberalisering van de postmarkt dan waartoe richtlijn nr. 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en

de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PbEG 1998, L 15) (hierna: de richtlijn) verplicht, beslaat verschillende onderwerpen van het wetsvoorstel. Deze onderwerpen worden in het onderstaande achtereenvolgens besproken. Allereerst gaat de Raad in op de voorbehouden dienstverlening. Als ondergetekende het goed ziet, maakt de Raad uit paragraaf d.3 (thans: 4.3) van het algemeen deel van de memorie van toelichting op dat het noodzakelijkheids criterium is opgenomen in artikel 7 van de richtlijn, als gevolg van de mogelijkheid die in artikel 26 van de richtlijn wordt geboden om een regime in te voeren dat liberaler is dan het regime waarin de richtlijn voorziet. Ondergetekende deelt dit standpunt niet. De invulling van het noodzakelijkheids criterium staat los van maatregelen als bedoeld in artikel 26 van de richtlijn. Anders gezegd, bij de bepaling van de omvang van de voorbehouden dienstverlening is uitgegaan van de tekst van artikel 7 van de richtlijn. Dat de in artikel 7 van de richtlijn genoemde maxima door de Commissie van de Europese Gemeenschappen in zijn algemeenheid en «prima facie» worden aanvaard als gerechtvaardigde maxima, doet niet af aan de noodzaak om de omvang van de voorbehouden dienstverlening zorgvuldig af te bakenen. Een zorgvuldige afbakening vergt een afweging van verschillende belangen die in de memorie van toelichting zijn uiteengezet. Op basis daarvan is het voornemen om de omvang van het voorbehouden vervoer van brieven – met uitzondering van het grensoverschrijdende uitgaande vervoer van brieven – te beperken tot brieven die elk afzonderlijk ten hoogste 100 gram wegen en die tegen een tarief worden vervoerd dat lager is dan f 2,40. Ondergetekende ziet geen aanleiding om dit voornemen dat overigens de instemming heeft van de houder van de concessie, TPG, te heroverwegen.

Terzijde zij daarbij nog opgemerkt dat het in het licht van de beoogde liberalisering van de postmarkt bovendien verbazing zou wekken om de voorbehouden dienstverlening uit te breiden met vormen van dienstverlening die reeds nu geen deel uitmaken van deze dienstverlening. In dit verband kan gedacht worden aan geadresseerde drukwerken die onder de in de richtlijn omschreven begrippen «brievenpost» en «direct mail» (artikel 2, onder 7 en 8) vallen, en ingevolge artikel 7 van de richtlijn mogen worden voorbehouden tot de in dat artikel bedoelde maxima. Dergelijke drukwerken zijn reeds op grond van de thans vigerende Postwet uitgesloten van het voorbehouden vervoer.

Vervolgens geeft de Raad aan dat het voorstel wordt gedaan om de btw-vrijstelling te beperken. Anders dan de Raad wellicht veronderstelt, betreft de beperking van de btw-vrijstelling niet een afzonderlijk voorstel tot liberalisering van de postmarkt. Zoals in de memorie van toelichting in paragraaf c.1 (thans: 3.1) is aangegeven, is de btw-vrijstelling gebaseerd op artikel 13, onderdeel A, sub 1, onder a, van de Zesde richtlijn van 17 mei 1977 van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lid-staten inzake de omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde; uniforme grondslag (PbEG L 145). Krachtens dit artikel dienen de lid-staten de door openbare postdiensten verrichte diensten en daarmee gepaard gaande leveringen van goederen vrij te stellen van btw. Voor Nederland is aan deze richtlijn uitvoering gegeven in de Wet op de Omzetbelasting 1968. In artikel 11, eerste lid, onderdeel m, van deze wet is bepaald dat de opgedragen diensten en de daarmee gepaard gaande leveringen, bedoeld in de Postwet, zijn vrijgesteld van btw. De btw-vrijstelling is dientengevolge noodzakelijkerwijs gekoppeld aan de omvang van de opgedragen dienstverlening. Als consequentie van de voorgestelde beperking van de opgedragen dienstverlening zal de daarmee onlosmakelijk verbonden btw-vrijstelling voor de diensten die niet langer onder de opgedragen dienstverlening vallen, komen te vervallen. Het opheffen van de btw-vrijstelling vormt om deze reden dan ook geen op zichzelf staand voorstel en kan niet los worden gezien van de voorgestelde beperking van de opgedragen dienstverlening. In de memorie van toelichting die op dit punt is verduidelijkt, is uiteengezet welke motivering ten grondslag ligt aan de beslissing om de opgedragen dienstverlening te beperken. Kortheidshalve zij daarnaar verwezen.

2. In het voorgestelde artikel 15d (artikel I, onderdeel Q) is een nadere regeling van het zwijgrecht en cautie bij de handhaving van voorschriften door middel van een bestuurlijke boete opgenomen. In dit artikel is bepaald dat indien de

ambtenaren, die ingevolge de artikelen 14a en 14b met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de wet bepaalde zijn belast een redelijk vermoeden hebben dat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon een overtreding heeft begaan, er geen verplichting van de zijde van die natuurlijke persoon of rechtspersoon is om terzake een verklaring af te leggen. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat deze wijziging verband houdt met de vervanging van artikel 43b van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen door artikel 15.6 van het wetsvoorstel voor een Telecommunicatiewet (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309), op welk artikel voor de duidelijkheid zou moeten worden aangesloten. De Raad merkt hierbij op dat de voorgestelde regeling van het zwijgrecht en de cautie ook aansluit bij artikel 53 van de Mededingingswet. Zij wijkt af van het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het CTW-advies, Handhaving door bestuurlijke boeten (kamerstukken II 1993/94, 23 400, VI, nr. 48), waarin voor het zwijgrecht het moment bepalend wordt geacht waarop jegens een persoon vanwege de staat een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat aan hem een boete zal worden opgelegd. Als regeling van het zwijgrecht is de in het wetsvoorstel voorgestelde bepaling enerzijds te ruim, anderzijds te beperkt. Te ruim, omdat geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat de betrokken ambtenaren bezig zijn met onderzoek waarvan vaststaat dat de uitkomst daarvan uitsluitend zal worden gebruikt voor het mogelijkerwijs treffen van een niet punitieve sanctie, zoals het toepassen van bestuursdwang (artikel 15a). Voor de andere gevallen is zij te beperkt, omdat slechts voor de betrokken ambtenaren en niet voor de betrokken overtreder een objectief vast te stellen aanknopingspunt voor het zwijgrecht wordt gegeven. De laatste is afhankelijk van de attendering (cautie) die de onderzoeksambtenaren ingevolge dit artikel moeten geven in een mondelinge verhoorsituatie. Ook wanneer de ambtenaren dit verzuimen en in gevallen waarin zij bij hun onderzoek naar een overtreding aan betrokkene een verzoek doen om schriftelijke informatie die van zijn wil afhankelijk is, zal deze gelet op artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de huidige stand van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (Saunders-arrest, EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572) een beroep op het zwijgrecht moeten kunnen doen. Omdat dit recht ook moet kunnen worden geëffectueerd in de fase waarin de minister of de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA) nog niet heeft gekozen voor reparatoire of punitieve handhaving (bestuursdwang respectievelijk het opleggen van een bestuurlijke boete), verdient het aanbeveling dat naast de cautie een andere jegens de betrokkene verrichte handeling vanwege de overheid bepalend te laten zijn voor het moment waarop aan hem het zwijgrecht toekomt: een handeling waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij wordt ondervraagd terzake van een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan leiden. De Raad adviseert het wetsvoorstel aldus aan te vullen. In samenhang hiermee ware tevens de voorgestelde regeling van de cautieplicht te preciseren.

2. Het oordeel van de Raad dat artikel I, onderdeel O, ten aanzien van het zwijgrecht enerzijds te ruim is, wordt gedeeld. Daartoe is het zwijgrecht, bedoeld in dit artikel, beperkt tot de situatie waarin ambtenaren met een onderzoek bezig zijn in het kader van de bestuurlijke boete-procedure. Echter, ondergetekende onderschrijft het standpunt van de Raad dat de regeling van het zwijgrecht in artikel I, onderdeel O, anderzijds te beperkt is, niet. Op zichzelf genomen is het juist dat voor de betrokken ambtenaar en niet voor de overtreder een objectief vast te stellen aanknopingspunt voor het zwijgrecht wordt gegeven. Dit sluit aan bij artikel 15.6 van de Telecommunicatiewet (en artikel 53 van de Mededingingswet), hetgeen blijkens de memorie van toelichting ook de strekking is van de voorgestelde bepaling. Het gekozen aanknopingspunt betekent echter niet dat een overtreder het zwijgrecht niet zal kunnen invoeren, ingeval een ambtenaar verzuimt aan de cautie uitvoering te geven. Op basis van de (achteraf) geobjectieerde feiten en omstandigheden zal de rechter kunnen toetsen of het aan de overtreder toekomende zwijgrecht voldoende is toegekend. Een dergelijke objectivering is ook in het strafrecht sinds jaar en dag gebruikelijk. Naar het ondergetekende voorkomt, behoeft de voorgestelde bepaling daarom in dit perspectief gezien geen aanpassing. Ook de nuancering die de Raad vervolgens aanbeveelt in het licht van het

zogenoemde Saunders-arrest (EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572), is niet overgenomen. Dit zou betekenen dat aan de overtreder ook het zwijgrecht toekomt in de fase waarin nog niet is gekozen voor reparatoire of punitieve handhaving. Zoals de Raad eerder in zijn advies constateert, zou daarmee het zwijgrecht een te ruime betekenis krijgen. Bovendien is het belang van het Saunders-arrest voor de onderhavige kwestie niet duidelijk en zeker niet onomstreden. Vast staat slechts dat in de Saunders-zaak werd bepaald dat in de specifieke omstandigheden van het daar aan de orde zijnde geval – betrokkene werd in een lange reeks van ondervragingen ook bij de laatste twee ondervragingen gewezen op zijn plicht tot medewerking hoewel hij op dat moment al in staat van beschuldiging was gesteld – de aldus verkregen zelfbelastende verklaringen niet mochten worden gebruikt in het daaropvolgende strafproces. Een prominente rol daarin werd ook gespeeld door het feit dat het bij het daaropvolgende strafproces ging om een «jury trial» en de zelfbelastende verklaringen werden voorgelezen aan de jury om de geloofwaardigheid van de verdachte aan te tasten. Met name ook dat element van juryrechtspraak staat zo ver af van de Nederlandse rechtspraak dat het vooralsnog onverstandig lijkt om aan de Saunders-zaak de door de Raad voorgestelde consequenties te verbinden voor de regeling van het zwijgrecht en – in het verlengde daarvan – de cautie.

3. In de toelichting op artikel I, onderdeel R, wordt ingegaan op de verhouding tussen het door de OPTA op grond van de Postwet uit te oefenen sectorale toezicht en het algemene toezicht dat door de Nederlandse mededingingsautoriteit (Nma) op grond van de Mededingingswet wordt uitgeoefend (bladzijden 45 en 46). Daarbij wordt verwezen naar het kabinetsstandpunt op het rapport «Zicht op toezicht», dat is opgesteld in het kader van het marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteitsproject Toezicht bij geprivatiseerde nutsvoorzieningen (kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73) (hierna te noemen: het kabinetsstandpunt). In de toelichting wordt uitgelegd waarom op dit punt niet het geamendeerde wetsvoorstel voor een Telecommunicatiewet (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309, artikel 18.3 maar het vorengenoemde kabinetsstandpunt is gevolgd, dat de Tweede Kamer der Staten-Generaal na de behandeling van het genoemde wetsvoorstel heeft ondersteund. Gelet op de uitkomst van het met de Tweede Kamer over het kabinetsstandpunt gevoerde overleg verdient het aanbeveling, zowel met het oog op het vereenvoudigen van de betrekkingen tussen de OPTA en de Nma alsook uit oogpunt van harmonisatie van wetgeving, dat artikel 18.3 van de nieuwe Telecommunicatiewet aan de nieuwe opvatting wordt aangepast. Wat betreft het onderhavige voorstel van wet, acht de Raad de in het kabinetsstandpunt aangegeven gedragslijn niet toereikend verwoord in het in artikel I, onderdeel R, voorgestelde artikel 15o van de Postwet. Het vereiste van overeenstemming tussen de OPTA en de Nma over de toepassing van mededingingsbegrippen is geregeld, maar niet is voorzien in de bepaling dat bij gebrek aan overeenstemming de betrokken ministers zullen moeten worden benaderd en dat deze laatsten vervolgens een bindende interpretatie zullen moeten geven. Het college is van oordeel dat het wetsvoorstel in die zin zal moeten worden aangevuld.

3. Aan de aanbeveling van de Raad om artikel 18.3 van de Telecommunicatiewet aan te passen aan het kabinetsstandpunt inzake het rapport «Zicht op toezicht» dat is opgesteld in het kader van het marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteitsproject Toezicht bij geprivatiseerde nutsvoorzieningen (kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73), is gevolg gegeven. Bij de schriftelijke behandeling van het voorstel voor deze wet in de Eerste Kamer (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309d, blz. 14) heeft de regering toegezegd dat zij reparatiewetgeving op dit punt zal voorbereiden. Bij gelegenheid van het nader rapport inzake het onderhavige wetsvoorstel, is het regeringsstandpunt dat bij derde nota van wijziging was vastgelegd in het voorstel voor de Telecommunicatiewet (kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 6) opnieuw opgenomen in de Telecommunicatiewet. Daartoe is in artikel IV van het onderhavige wetsvoorstel de geamendeerde tekst van artikel 18.3, derde lid, van de Telecommunicatiewet vervangen. Het standpunt van de Raad dat artikel I, onderdeel R, moet worden aangevuld, in die zin dat bij gebrek aan overeenstemming tussen de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit over de toepassing van mededingingsbegrippen de betrokken ministers moeten

worden benaderd, is gevolgd. In onderdeel R is in artikel 15o een derde lid ingevoegd. Een overeenkomstige bepaling is opgenomen in artikel IV.

4. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om artikel I, onder G, aan te vullen. In artikel 5, eerste lid, is de bevoegdheid voor de Minister van Verkeer en Waterstaat opgenomen om bij (een wijziging van) het Besluit algemene richtlijnen post aan het college taken op te dragen of bevoegdheden toe te kennen. Bij voorbeeld in verband met de uitvoering van het in artikel 14 van de richtlijn neergelegde systeem van kostentoe rekening kan het nodig zijn om van deze bepaling gebruik te maken. De memorie van toelichting is terzake aangepast. Ten slotte is de memorie van toelichting op een aantal onderdelen verduidelijkt en geactualiseerd.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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