



Mededinging &amp; bestuursrecht

## De bindende aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder

mr M. de Rijke

Toezichthouders als de NMa, OPTA en de DTe<sup>1</sup> kunnen hun marktregulerende maatregelen kracht bijzetten met behulp van bestuursrechtelijke handhaving. Zeker wanneer het gaat om het toezicht op de toegang tot 'essential facilities' in handen van (voormalige) monopolisten blijkt (de dreiging van) handhaving onontbeerlijk. Bij bestuursrechtelijke handhaving door toezichthouders wordt veelal gedacht aan het opleggen van een last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Maar ook de bevoegdheid om aan weigerachtige marktpartijen een bindende aanwijzing te geven (al dan niet gevolgd door een last onder dwangsom) behoort tot het instrumentarium van diverse toezichthouders. De bindende aanwijzingsbevoegdheid heeft zich de laatste tijd in bijzondere belangstelling mogen verheugen vanwege de invulling die de DTe daaraan in een individueel geval heeft gegeven.

### Figuur van de bindende aanwijzing

In het bestuursrechtelijk toezichtsinstrumentarium is de bindende aanwijzing een opmerkelijke figuur met verschillende gedaanten. Omdat de bindende aanwijzing wordt gegeven om naleving van regels te bevorderen, ligt het voor de hand deze te rekenen tot de bestuursrechtelijke handhaving die sinds 1 januari 1998 is geregeld in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Van bestuursrechtelijke handhaving is sprake indien toezicht op de naleving wordt uitgeoefend of sancties worden opgelegd door bestuursorganen die niet met strafvordering zijn belast.<sup>2</sup> Hoofdstuk 5 bevat een regeling over toezichtsbe-

voegdheden, bestuursdwang en de last onder dwangsom.<sup>3</sup> Blijkens het voorontwerp Vierde Tranche Awb is het de bedoeling dat daarnaast ook de bestuurlijke boete in het hoofdstuk zal worden opgenomen. De bindende aanwijzing komt dus niet zelfstandig aan de orde in het handavingshoofdstuk van de Awb. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de bindende aanwijzing als een vorm van normstelling vanwege het preventieve karakter moet worden onderscheiden van de bestuurlijke handhaving die kan worden geduid als repressief toezicht.<sup>4</sup> Voor dit preventieve, normstellende toezicht bevat de Awb geen bijzondere regeling. Daarnaast figureert de bindende aanwijzing als middel van toezichthouder om een concreet geschil te beslechten door op verzoek van een der partijen in dat geschil aan de andere partij een bepaalde gedraging of handeling op te dragen. In die situatie is de bindende aanwijzing veeleer een middel van geschillenbeslechting. Ook hiervoor biedt de Awb geen bijzondere voorziening.

Hoe ook de bindende aanwijzing moet worden geduid – als handhaving, preventief toezicht of geschillenbeslechting – voor de bestuursrechtelijke positionering van deze aanwijzingsbevoegdheid moet worden teruggevallen op de

mw. mr M. de Rijke is advocaat bij Houthoff Buruma in Den Haag

- 1 Respectievelijk Nederlandse Mededingingsautoriteit, Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en Dienst uitvoering en Toezicht energie, waarop dit artikel is toegespitst. In dit artikel wordt het begrip toezichthouder niet gebruikt in de 'enge zin' van artikel 5.11 Algemene wet bestuursrecht, maar in 'ruime zin' zodat ook een zelfstandig bestuursorgaan als OPTA hieronder valt.
- 2 Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, derde druk, p. 193.
- 3 De toezichtsbevoegdheden betreffen overwegend de rechten en plichten van functionarissen die met de uitvoering van het toezicht belast zijn, zoals de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen en de legitimatieplicht (5:11 t/m 5:20 Awb).
- 4 Vergelijk P.J.M. Koning, Toezichthouders en het publiek, in: Toezicht en regulering van nieuwe markten, H.J. de Ru en J.A.F. Peters, p. 95.

algemene bepalingen van de Awb. Daarnaast gelden uiteraard de beperkingen zoals die zijn neergelegd in de sector-specifieke wetgeving waarbij de aanwijzingsbevoegdheid wordt toegekend.

### Sectorspecifieke aanwijzingsbevoegdheden

Zo is de DTe ingevolge artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet 1998 (E-wet) bevoegd tot het geven van een bindende aanwijzing in verband met de naleving van de (gehele) Elektriciteitswet. De bevoegdheid van de DTe tot het geven van een bindende aanwijzing ingevolge artikel 13 lid 3 Gaswet daarentegen heeft uitsluitend betrekking op de indicatieve tarieven en voorwaarden die beheerders van een gastransportnet moeten vaststellen in verband met het verlenen van toegang tot hun net.<sup>5</sup> In beide gevallen gaat het om een bevoegdheid die de toezichthouder ambtshalve of op verzoek kan uitoefenen.<sup>6</sup> De wettekst, noch de toelichting schept duidelijkheid over wie een dergelijk verzoek kunnen indienen en ook de beslissingsruimte van de toezichthouder om van de bevoegdheid (geen) gebruik te maken is onbesproken. In de praktijk van de toepassing van de aanwijzingsbevoegdheid door de DTe heeft dit zoals hierna zal blijken meteen de eerste maal tot een zeer onduidelijke situatie geleid.

De bindende aanwijzingsbevoegdheid die OPTA heeft op basis van artikel 8.7 Telecommunicatiewet (Tw) is van een andere aard. Hier gaat het om de bevoegdheid van OPTA om een bindende aanwijzing te geven in het geval de aanbieder van een omroepnetwerk en de aanbieder van een programma geen overeenstemming bereiken over de toegang van het aangeboden programma tot het desbetreffende omroepnetwerk. Dit is in feite een aanwijzingsbevoegdheid gericht op de hiervoor bedoelde geschillenbeslechting.<sup>7</sup> OPTA heeft in overleg met de NMa voor deze geschillenbeslechting beleidsregels vastgesteld.<sup>8</sup> Daarnaast is OPTA op grond van artikel 8.5 Tw bevoegd aanwijzingen te geven ter handhaving van de regels over de wijze waarop aanbieders van een voorwaardelijk toegangssysteem transportcapaciteit verdelen en tarieven en andere leveringsvoorwaarden vaststellen.<sup>9</sup> Bedoelde regels dienen bij of krachtens AMvB te worden vastgesteld. Een dergelijke AMvB is niet voorhanden zodat deze aanwijzingsbevoegdheid in de praktijk vooralsnog zonder betekenis is gebleven.

In de Mededingingswet wordt geen bindende aanwijzingsbevoegdheid aan de toezichthouder verleend.

### Aanwijzing op verzoek

De Awb definieert de aanvraag als een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen. De partij die de toezichthouder verzoekt aan een andere marktpartij een bindende aanwijzing te geven dient zich in beginsel als belanghebbende te kwalificeren.<sup>10</sup> Het belanghebbendenvereiste van de Awb impliceert nu eenmaal dat een partij die geen belanghebbende is een toezichthouder niet rechs- tens kan afdwingen een besluit te nemen op een dergelijk

verzoek. Bij het overheidstoezicht op markten blijkt de vaststelling van de kring van belanghebbenden een terugkerend vraagstuk.

In het geval van geschillenbeslechting tendeert de rechtspraak naar het aannemen van een beperkte kring van belanghebbenden, te weten de partijen in het geschil.<sup>11</sup> Dit brengt mee dat derden die zich als belanghebbende voegen in een aanhangig geschil bijvoorbeeld omdat zij een identiek geschil hebben met een der partijen, niettemin niet-ontvankelijk worden verklaard. Zij worden geacht geen belanghebbende te zijn omdat een beslissing in een geschil voor anderen dan partijen geen onherroepelijke en bindende beslissing is en die andere partij derhalve geen rechtstreeks bij het primaire besluit betrokken belang heeft. OPTA heeft in de praktijk meer dan eens gebruikgemaakt van haar bevoegdheid op grond van artikel 8.7 Tw om op verzoek van een der partijen in een geschil over de doorgifte van programma's aan de andere partij een aanwijzing te geven.<sup>12</sup> Omdat de verzoeker daar in de regel partij is in het geschil staat buiten kijf dat deze belanghebbende is.

De directeur DTe heeft bij zijn beoordeling van de eerste verzoeken om op basis van de Gaswet een bindende aanwijzing te geven het belanghebbendenvraagstuk omzeild.<sup>13</sup> Hij deed dit af met de zinsnede:

*'De directeur DTe vindt het van belang een gemotiveerde uitspraak te doen omtrent de twee aanvragen om een bindende aanwijzing aan Gasunie te geven, maar zal geen uitspraak doen over de vraag welke partijen belanghebbend zijn.'*

Hiermee hebben de betrokken verzoekers weliswaar een op rechtsgevolg gericht besluit verkregen, maar zij tasten nog in het duister over de vraag of zij in een daartegen

5 Voor dit verschil in toezichtsbevoegdheden van de directeur DTe voor de gasmarkt enerzijds en de elektriciteitsmarkt anderzijds geeft de wetsgeschiedenis geen verklaring.

6 Tweede nader gewijzigd amendement, Kamerstukken II, 27 250, nr. 35, p. 3.

7 In de E-wet en de Gaswet is de geschillenregeling met betrekking tot de toegang tot het net in handen gebleven van de d-g NMa, die geschillen beslecht op de grondslag van de Mededingingswet (respectievelijk artikel 51 E-wet 1998 en artikel 19 Gaswet).

8 Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken, 17 augustus 1999, OPTA/IBT/99/7064.

9 Een systeem voor voorwaardelijke toegang maakt het mogelijk toegang te krijgen tot meestal in gecodeerde vorm aangeboden informatie. Artikel 8.5 ziet op een systeem voor voorwaardelijke toegang dat geschikt en bestemd is voor de uitzending van diensten die kunnen worden ontvangen met behulp van televisiesystemen.

10 Vergelijk B.M.J. van der Meulen, Klagers onder de Mededingingswet, Het bondgenootschap tussen NMa en consument revisited, Handhaving van de Mededingingswet, Mededingingsmonografieën deel 4, p. 14 e.v.

11 President Rechtbank Rotterdam 18 februari 1998, Versatel Telecom B.V./OPTA, Mf. 1998-5, p. 167-168; President Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2001, KPN Telecom B.V./OPTA, www.rechtspraak.nl, ELRO-nummer: AB0027.

12 Onder meer: Geschil Canal+ – KTA, Sc. 1999, nr. 135, p. 8; Geschil MCM – CasTel en Geschil The BOX – UPC, 17 november 2000 respectievelijk OPTA/IBT/2000/203072 en OPTA/IBT/2000/203142.

ingediend bezwaar ontvankelijk zullen worden verklaard. Het oordeel van de directeur DTe over de kwalificatie als belanghebbende was eens te meer wetenswaardig omdat de verzoekers in dezen belangenorganisaties zijn.<sup>14</sup> Ingevolge artikel 1:2 lid 3 Awb kunnen belangenorganisaties als belanghebbende optreden indien de algemene en/of collectieve belangen die zij krachtens hun doelstelling en blijken hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen, rechtstreeks bij het gevraagde besluit betrokken zijn.

Het ware juist geweest indien de directeur DTe zich over de belanghebbende kwestie had uitgesproken, al was het maar omdat de belangenorganisaties daarmee inzicht hadden verkregen in diens oordeel over hun positie. In het geval de directeur DTe gronden had gezien om te oordelen dat verzoekers zich in dezen niet als belanghebbenden kwalificeerden stond voor hem de weg open vervolgens ambtshalve te onderzoeken – mede op basis van de informatie die verzoekers hebben aangereikt – of aanleiding bestond een bindende aanwijzing te geven. In dit verband is vermeldenswaard het beleid van het Commissariaat voor de Media dat voorheen de bevoegdheid had bindende aanwijzingen te geven in geschillen over de toegang tot de kabel. Volgens zijn toenmalige Beleidslijn Toegang tot de kabel werd aan belangenorganisaties expliciet de mogelijkheid geboden een verzoek om een bindende aanwijzing aan het Commissariaat te doen:

*‘Om redenen van proceseconomie kan het bijvoorbeeld doelmatig zijn dat een belangenorganisatie in een concreet geval optreedt daar waar de vraagstelling uitziet op meerdere identieke gevallen. Overigens kan het verzoek om een bindende aanwijzing niet verder strekken dan de verhouding tussen de betrokken kabelexploitant enerzijds en de verzoeker anderzijds [...]’<sup>15</sup>*

### Ambtshalve aanwijzing

Gelet op de formulering van artikel 8.7 Tw heeft OPTA geen bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing anders dan op verzoek. Als gezegd heeft de directeur DTe de aanwijzingsbevoegdheid wel ambtshalve, hetgeen impliceert dat de directeur DTe ambtshalve kan besluiten van die bevoegdheid geen gebruik te maken. Tot dit laatste heeft de directeur DTe begin dit jaar besloten toen Gasunie de door hem uitgevaardigde Richtlijnen over de indicatieve tarieven en voorwaarden voor gastransport en gasopslag niet (volledig) naleefde. In zijn brief van 9 januari 2001 aan Gasunie zegde de directeur DTe toe geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid een bindende aanwijzing te geven met betrekking tot de indicatieve tarieven en voorwaarden indien Gasunie zou bevestigen zich aan een aantal afspraken te houden.

Op de invulling die de directeur DTe aldus heeft gegeven aan zijn aanwijzingsbevoegdheid passen diverse bestuursrechtelijke kwalificaties. Gelet op de wederkerigheid van de toezeggingen van de directeur DTe kunnen de

gemaakte afspraken worden gekwalificeerd als een bevoegdheidsovereenkomst: een publiekrechtelijke overeenkomst waarbij afspraken worden gemaakt over de wijze waarop gebruik zal worden gemaakt van een publiekrechtelijke bevoegdheid, te weten het geven van een bindende aanwijzing. De bevoegdheidsovereenkomst bevatte eveneens een afstandsovereenkomst, omdat een van de afspraken was dat Gasunie voor het jaar 2001 afstand deed van zijn recht ter zake gerechtelijke stappen jegens de DTe te ondernemen. Bovendien was in feite sprake van een gedoogovereenkomst omdat de directeur DTe zo niet direct, dan toch indirect had aangegeven dat Gasunie niet voldeed aan de DTe-Richtlijnen. Voor elk van de kwalificaties geldt dat de directeur DTe de betreffende afspraken destijds niet heeft vervat in een voor derden kenbaar (voorgenomen) besluit om geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid een bindende aanwijzing te geven, maar in een brief aan Gasunie die eerst in het kader van het verzoek om een aanwijzing ter inzage werd gelegd.<sup>16</sup>

Zonder de kritiek die de directeur DTe met deze ‘package deal’ reeds heeft geooft te willen herhalen, moet in het kader van dit artikel worden geconcludeerd dat op dit moment grote onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop de directeur DTe zijn (ambtshalve) bevoegdheid om een bindende aanwijzing te geven uitoefent.<sup>17</sup> Ingevolge het amendement waarbij de last onder dwangsom in de Gaswet en de E-wet is opgenomen dient de directeur DTe beleidsregels op te stellen waarin het handhavingsbeleid wordt uiteengezet.<sup>18</sup> Het bovenstaande illustreert dat het van belang is dat hierin eveneens een duidelijk beleid van de DTe voor de uitoefening van de bindende aanwijzingsbevoegdheid wordt opgenomen. Dit dient zowel de interne consistente beleidsontwikkeling binnen de DTe als de rechtszekerheid van marktpartijen.<sup>19</sup> Daarbij verdient aanbeveling dat ook marktpartijen vooraf over het voorgenomen beleid worden geconsulteerd.<sup>20</sup>

13 Afwijzing aanvragen voor geven bindende aanwijzing aan Gasunie, 23 mei 2001, Stcrt. 101, p. 21.

14 Respectievelijk Vereniging voor Energie, Milieu en Water, Vereniging voor Chemische Industrie, Vereniging Vrije handelsorganisatie en Productschap Tuinbouw.

15 Stcrt. 1996, nr. 83, p. 11.

16 Strikt genomen hadden belanghebbenden tegen het in de brief besloten liggende gedoogbesluit op dat moment alsnog bezwaar kunnen maken.

17 Toezichthouder voor energie moet geen handjeklap spelen, FD 30 mei 2001; DTe de gebeten waakhond? M. de Rijke, Utilities Gaskatern april 2001.

18 Zie noot 6.

19 Vergelijk M. Harmsen en M.A. Heldeweg, Mededingingswet en beleidsregels, M&M 2001, nr. 3, p. 123.

20 Vergelijk het Consultatiedocument van OPTA, Intenties voor de invulling van de bevoegdheid van OPTA ex artikel 8.7 Telecommunicatiewet van 26 april 1999.

## Conclusie

Voor de bevoegdheid van toezichthouders om een bindende aanwijzing te geven bevat de Awb geen bijzondere regeling. De specifieke bevoegdheid van OPTA om een bindende aanwijzing te geven ter beslechting van geschillen over de toegang van een programma-aanbieder tot een omroepnetwerk heeft in de praktijk zijn beslag gekregen mede op basis van de Richtsnoeren die OPTA in overleg met de NMa heeft opgesteld. Voor de uitoefening van de aanwijzingsbevoegdheid van de DTe op de gas- en elektriciteitsmarkt ontbreekt een beoordelingskader in de sector-

specifieke wetgeving. De recente praktijk heeft uitgewezen dat behoefte bestaat aan duidelijke spelregels – die mede op basis van input van de marktpartijen worden geformuleerd – voor de wijze waarop de directeur DTe invulling geeft aan zijn bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing.<sup>21</sup>

---

21 Na de afsluiting van dit artikel publiceerde de DTe de Beleidsregels uitvoering opleggen van een last onder dwangsom (Stcrt.61, p.9). Deze omvatten geen beleidsregels voor de bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing.