



Reactie van Vodafone op de internetconsultatie van het wetsvoorstel "Wet splitsing RvS en opheffing CRvB en CBB"

Amsterdam, 15 april 2015

Samenvatting

Vodafone acht het van belang haar zorgen te uiten ten aanzien van het wetsvoorstel dat het CBB beoogt op te heffen. Daarmee zou een rechterlijk orgaan opgeheven worden dat een onmisbare rol speelt in de Telecommarkt. Het is Vodafone thans niet duidelijk of en hoe de noodzakelijke continuïteit gewaarborgd wordt. Het wetsvoorstel geeft de indruk er aan voorbij te gaan dat het CBB in de afgelopen 15 jaar een belangwekkende mate van ervaring en deskundigheid heeft opgebouwd in economisch bestuursrecht. Het is van zeer groot belang voor zowel de Nederlandse consument als individuele ondernemingen in de telecommunicatiesector, dat het wetsvoorstel erin voorziet dat de continuïteit van de rechtspraak door het CBB daadwerkelijk wordt gewaarborgd. De maatschappelijke kosten (welvaartsverlies) van een mogelijk gevolg van gebrek aan continuïteit - kwalitatief onvoldoende rechterlijke toetsing van marktordeningsbesluiten - zullen zeer hoog zijn, en op geen enkele wijze op kunnen wegen tegen de beoogde besparingen. Daarnaast dient het wetsvoorstel zich er rekenschap van te geven dat een indringende toetsing van marktordeningsbesluiten genomen door toezichthouders op zijn plaats is omdat de democratische controle op deze besluiten beperkt is. Het terugbrengen van doorlooptijden, hoe wenselijk ook, dient ondergeschikt te zijn aan het belang van een indringende toetsing door een kwalitatief hoogstaand rechtsorgaan. Indien het wetsvoorstel wordt doorgezet, dan dient het wetsvoorstel er uitdrukkelijk in te voorzien dat de opgebouwde ervaring en deskundigheid in het nieuwe bestel wordt behouden, en dat wordt gewaarborgd dat geen afbreuk wordt gedaan aan de indringendheid van de rechterlijke toetsing.

Bezwaren tegen huidige wetsvoorstel

Als '*repeat player*' in juridische procedures die voortvloeien uit besluiten gebaseerd op de Telecommunicatiewet, heeft Vodafone met grote zorg kennis genomen van het ter consultatie vrijgegeven voorontwerp van de "Wet splitsing RvS en opheffing CRvB en CBB" (het "wetsvoorstel"). De wetgever beoogt te komen tot concentratie van rechtspraak, met als gevolg dat het CBB zal worden opgeheven en zijn taken worden overgedragen aan de ABRvS. In het document 'Integraal afwegingskader' motiveert de wetgever dat vanuit een wens voor meer rechtseenheid en overzichtelijkheid van het stelsel van bestuursrechtspraak.¹ In de consultatieversie van de memorie van toelichting wordt daarnaast veel belang

¹ Deze beleidsdoelen komen Vodafone in principe realistisch voor. Echter, zij vermag niet in te zien waarom de overzichtelijkheid ten aanzien van de – economische – bestuursrechter CBB een probleem zou opleveren dat opgelost dient te worden. Bij het CBB procederen enkel professionele partijen. Van enige procedurele onduidelijkheid is Vodafone nooit gebleken.

gehecht aan het als 'een van de grootste knelpunten' geïdentificeerde punt van de 'als te lang beoordeelde doorlooptijden'. Die zijn bij het CBb gemiddeld 68 weken en bij de ABRvS gemiddeld 26 weken (in 2013).

Zonder afbreuk te willen doen aan het belang van realistische doorlooptijden, meent Vodafone dat de – veel zwaarderwichtiger – belangen van een zeer hoge kwaliteit van rechtspraak op het gebied van het economische bestuursrecht (telecommunicatie, mededinging) in het wetsvoorstel te weinig gewaarborgd worden.

Bij de marktanalysebesluiten die de ACM neemt op basis van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet – gemiddeld een vijftal, ieder honderden pagina's tellende besluiten, elke drie jaar – oordeelt het CBb in eerste en enige aanleg. Dergelijke besluiten bestrijken het belangrijkste deel van de gehele telecommunicatiemarkt. Daarop gebaseerd worden diverse uitvoeringsbesluiten genomen – in het bijzonder tariefbesluiten. De economische analyses die ten grondslag liggen aan al deze besluiten zijn zeer veel omvattend, en belangrijker: potentieel zeer ingrijpend voor de operators, en daarmee dus voor de consument.

De kwaliteit van de rechterlijke toetsing van deze besluiten is bij het CBb bij uitstek gewaarborgd. Het CBb heeft in de afgelopen jaren zeer diepgaande expertise opgebouwd op het gebied van het sectorspecifieke telecommunicatie- en mededingingsrecht, en op het gebied van de snel opvolgende feitelijke en technologische ontwikkelingen op en de economische, financiële en technische aspecten van de telecommunicatiemarkten. Het CBb heeft in zijn uitspraken zeer belangrijk werk verricht voor de sector ten aanzien van de uitleg van het materiële recht en de feitenvaststelling. De uitspraken van het CBb over de diverse marktanalyse- en samenhangende besluiten vormen daarbij een gebalanceerd en consistent geheel.

Over de voorbereiding van de procedures worden door de (professionele) deelnemers aan die procedures goede afspraken gemaakt die de voortgang van de procedure al in belangrijke mate dienen. Er is – gelet op de complexiteit van de materie – ruimte voor repliek en dupliek, en voor het indienen van deskundigenrapportages door de operators en ACM. Over de timing daarvan worden – eventueel in een regiezitting – concrete afspraken gemaakt. Ter zitting vindt een uitgebreide, verdiepende discussie plaats die de inhoudelijke beoordeling van de zaak door het CBb sterk ten goede komt.

Deze feitelijke gang van zaken – die door de ABRvS niet wordt gehanteerd,¹ en niet past binnen een gemiddelde doorlooptijd van 26 weken – kan naar het oordeel van Vodafone niet worden gemist. Daarvoor zijn de economische belangen te groot; het gaat bij deze besluiten om regulering van een markt van miljardeninvesteringen. Continuïteit van dit stelsel is van groot belang voor de rechtszekerheid, hetgeen in het belang is van de investeringszekerheid van alle operators en daarmee van de nationale economie.

In dit stelsel past ook niet de doorgaans terughoudende – marginale – toetsing van de ABRvS. Welke op de loer ligt, gelet op de consultatieversie van de memorie van toelichting waar wordt gesproken over besluiten 'met een grote mate van beslissingsruimte voor de overheid'. Dat is echter een volstrekt onjuiste

Ten aanzien van de rechtseenheid meent Vodafone dat de huidige instrumenten van overleg tussen de hoogste rechtscolleges (Commissie rechtseenheid bestuursrecht) en de mogelijkheid om van de staatsraad-AG een conclusie te vragen, afdoende zijn ter bevordering van de rechtseenheid. Op het gebied van eenheid van procesrecht zijn naar het idee van Vodafone geen problemen (meer) te onderkennen, ook door deze instrumenten. Zie ook de Maaskantlezing 2015 van prof. mr. J.E.M. Polak, 'Samenwerking van hoogste rechters aan rechtseenheid', p. 20 e.v.

¹ Bij de ABRvS vindt géén repliek en dupliek plaats, worden slechts zeer zelden deskundigenrapportages ingebracht door partijen, vindt zelden of nooit een regiezitting plaats, en mag als regel slechts 5 minuten worden gepleit. Dat past wellicht in een stelsel van burgers die enige betuigeling behoeven in het naar voren brengen van hun standpunt, maar niet in een stelsel waar professionele partijen worden bijgestaan door professionele gemachtigden die (economisch, technisch) complexe standpunten naar voren moeten brengen over vuistdikke besluiten.

benadering van deze besluiten (marktanalysebesluiten en besluiten in mededingingszaken) en de rechterlijke toetsing die daarvan noodzakelijk is – ook gelet op artikel 4 van de Kaderrichtlijn¹. Hier is de overheid (de Autoriteit Consument en Markt ("ACM")) geen overheid die op basis van democratische en politieke overwegingen besluiten neemt ('ordeningsbesluiten') waarbij een terughoudende rechterlijke toetsing op zijn plaats is. Het gaat om een overheid die feitelijk optreedt als medespeler in de markt, wiens besluiten als vormgever van de markt verregaande economische gevolgen hebben. ACM zoekt daarbij met regelmaat bewust de grenzen van de zijn bevoegdheden en de wet op. In die verhoudingen is de indringende inhoudelijke toetsing zoals het CbB die toepast noodzakelijk. Met het wetsvoorstel is een dergelijke toetsing volstrekt niet gewaarborgd, en gelet op de werkwijze van de ABRvS is het reëel te verwachten dat die toetsing – tot ieders nadeel – zal wijzigen richting een meer marginale toetsing met meer aandacht voor procesrecht en minder voor het materiële recht en de feitenvaststelling. Ook hier is continuïteit van het grootste belang.

Aanbevelingen

Vodafone meent dat er onvoldoende is komen vast te staan dat er een noodzaak is voor het onderbrengen van de geschillen die nu door het CbB worden geslecht bij de ABRvS. De in het regeerakkoord uitgesproken politieke wens is daartoe onvoldoende, evenals de in de consultatieversie van de memorie van toelichting aangedragen motivering. Zij verzoekt de regering dan ook om het wetsvoorstel op dat punt te heroverwegen en het CbB te laten bestaan.

Mocht het wetsvoorstel toch worden doorgezet, dan verzoekt Vodafone de regering om in het wetsvoorstel te voorzien in waarborgen ten aanzien van continuïteit van de volgende aspecten:

- (i) de deskundigheid in deze specifieke sectoren, zoals nu voorzien in het CbB (zoals de inrichting van een afzonderlijke financieel-economische kamer binnen de ABRvS, en de overgang van de huidige raadsheren van het CbB naar de ABRvS,² eventueel voorzien in de noodzakelijke inhoudelijke expertise bij de Stichting advisering bestuursrechtspraak);
- (ii) een kwalitatief hoogwaardige behandeling van deze procedures, zoals nu voorzien door het CbB (met repliek/dupliek, ruimte voor deskundigenrapportages, regiezittingen, voldoende ruimte voor een inhoudelijk debat ter zitting);
- (iii) een kwalitatief hoogwaardige indringende toetsing van de hier aan de orde zijnde besluiten van de ACM, zoals nu voorzien door het CbB (geen marginale toetsing; uitvoerige motivering van de uitspraken op het gebied van uitleg van het materiële recht en de vaststelling van de feiten).

Jorn van Steenis
jorn.vansteen@vodafone.com

Vodafone Libertel B.V.
Simon Carmiggeltstraat 6
1011 DJ Amsterdam

¹ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PBL* 108 van 24.4.2002, blz. 33.

² De rechtspositionele gevolgen zijn nu bewust uit het wetsontwerp gelaten; dat is gelet op de noodzaak van kwaliteitsborging naar het oordeel van Vodafone onterecht.