

# B

## Boekbespreking

prof. mr B.J. Schueler

---

Toezicht op markten. Preadviezen voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks 130, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2003.

B.M.J. van der Meulen, Marktautoriteiten. Aanzet tot een interne rechtsvergelijking; A.T. Ottow, Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt.

---

Duivenhokken zijn een vertrouwd verschijnsel in de telecommunicatie. Volgens de overlevering is in het verleden dankbaar gebruikgemaakt van de postduif. Inmiddels is diens rol overgenomen door het mobieltje, maar een nietsvermoedende lezer van het fraaie VAR-preadvies van Ottow zou de indruk kunnen krijgen dat het hedendaagse bestuursrecht is ontworpen voor het tijdperk van de fles- en duivenpost.

Bij de inrichting van het toezicht op de telecommunicatiemarkt is volgens Ottow te weinig rekening gehouden met de doelstellingen van het telecommunicatierecht: het openbreken van markten en het bevorderen van concurrentie. De rechtsbescherming voor nieuwe telecommunicatieondernemingen is in haar visie onder de maat gebleven en de concurrentie is te langzaam tot ontwikkeling gekomen. Ottow geeft hiervoor in hoofdzaak twee verklaringen:

- 1 de wetgever heeft bij het toekennen van bevoegdheden aan de onafhankelijke toezichthouder OPTA strikt de hand gehouden aan staats- en bestuursrechtelijke beginselen en
- 2 bij het toepassen van het algemene (procedurele) kader van de Awb is geen rekening gehouden met de vereisten van transparantie, snelheid en slagkracht.

---

prof. mr B.J. Schueler is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Houthoff Buruma, Den Haag

OPTA zou hierdoor niet de regulator zijn geworden die de telecommunicatiemarkt kon liberaliseren, zoals dat ingevolge Europese verordeningen en richtlijnen had moeten. Ottow presenteert haar probleem als een botsing tussen twee werelden: die van het starre bestuursrecht met die van de snelle telecommunicatiemarkt.

De eerste verklaring die Ottow geeft voor het falen van het telecommunicatierecht houdt verband met het legaliteitsbeginsel en de daaraan inherente starheid van het overheidsoptreden. Dat is niet een typisch probleem voor de telecommunicatiemarkt. Ter bescherming van burgerlijke vrijheden zijn de mogelijkheden om geboden en verboden op te leggen, begrensd door het vereiste van een democratisch-politieke basis in de wet. Maar burgers en bedrijven vragen zelf, als het ze uitkomt, om een snel, transparant en slagvaardig optredende overheid die zich niet 'verschuilt achter de regeltjes.' Het één is onverenigbaar met het ander.

De tweede verklaring van Ottow is voor een groot deel te herleiden tot een relatief jong ervaringsfeit: *rechtsbescherming is geen geschilbeslechting*. Op vele terreinen van het bestuursrecht levert dit problemen op. Terwijl de rechtsbescherming is ingericht op het toetsenderwijze wegpoetsen van onrechtmatigheden, vragen burgers en bedrijven om effectief en snel ingrijpen in geschilsituaties.

Hiermee zijn twee fundamentele incompatibiliteiten gegeven, de ene rond legaliteit en de andere rond rechtsbescherming. Zo is zich een nieuwe kloof tussen rechtsstaat en maatschappij aan het aftekenen. Die kloof is niet alleen kenmerkend voor het telecommunicatierecht, maar manifesteert zich in het gehele publiekrecht. Tegen deze achtergrond geplaatst, is het preadvies een interessante close-up van hedendaagse staats- en bestuursrechtelijke problemen.

Met name de constatering dat in telecommunicatiezaken tot nu toe de behandeling van bestuursrechtelijke aspecten de overhand heeft gehad, verdient de aandacht. Voorzover deze aanklacht erop neerkomt dat de nadruk op formele en procedurele aspecten van een geschil de aandacht te veel afleidt van de inhoud van de zaak, strookt zij met een in bestuursrechtelijke kringen vaak geuite kritiek op het bestuursprocesrecht. De aanklacht vormt daarom

een extra stimulans voor het zoeken naar vernieuwingen van het bestuursprocesrecht. Maar tot die vernieuwingen behoort wat mij betreft in ieder geval niet het bagatelliseren van begrippen als het besluit en de belanghebbende. Aan de ontwikkeling van deze begrippen liggen begrenzing van overheidsmacht en beheersing van burgerlijke zeggenschap ten grondslag. Natuurlijk worden daardoor de mogelijkheden voor snelle en slagvaardige actie beperkt, hetgeen in de telecommunicatiemarkt tot frustrerende tafereelen kan leiden, zoals Ottow heeft laten zien in haar preadvies. Waar de overheid optreedt als marktautoriteit staat niet alleen het doel van de telecommunicatiewetgeving centraal, maar ook de noodzaak van beheersing van overheidsmacht, zelfs al kan daardoor het doel slechts ten dele worden bereikt.

Het preadvies van Van der Meulen biedt een toegankelijk overzicht van de in Nederland bestaande *marktautoriteiten*. Met die term duidt hij de bestuursorganen aan die vaak financiële en economische 'toezichthouders' worden genoemd, maar meer doen dan het houden van toezicht in de bestuursrechtelijke zin van het woord. Het samenbrengen van verschillende marktautoriteiten in één inventariserende verhandeling is een waardevolle exercitie gebleken. De verschillende marktautoriteiten hebben natuurlijk ieder zo hun eigenaardigheden en problemen, maar er zijn ook belangrijke overeenkomsten. Zo heeft de inventarisatie het karakter van een interne rechtsvergelijking kunnen aannemen, op basis waarvan suggesties worden gedaan voor de toekomstige rechtsontwikkeling. Overigens wordt niet alleen de plaats van marktautoriteiten in de nationale rechtsorde besproken, maar komen ook de Europese verhoudingen aan de orde.

De door Van der Meulen beschreven hervorming van belangrijke delen van het publieke domein, vaak resulterend in privatiseringen en liberalisering onder toezicht van marktautoriteiten, is geen onvermijdelijke en ook geen onomkeerbare ontwikkeling. Maar het ziet er vooralsnog naar uit dat deze ontwikkeling nog zal voortgaan, gestimuleerd en ten dele gedwongen door Europese ontwikkelingen. Zo pleit Ottow voor ruimere bevoegdheden en onafhankelijkheid voor OPTA, met name omdat dit nodig zou zijn in het licht van Europese richtlijnen. De beperkingen die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien verzetten zich daar niet a priori tegen.

*'Het is juist dat het legaliteitsbeginsel opgeld doet daar waar het zelfstandig bestuursorgaan bevoegdheden claimt die hem niet zijn verstrekt. Het beginsel staat er evenwel niet aan in de weg om deze wettelijke bevoegdheden van meet af aan (of alsnog) aan het zelfstandig bestuursorgaan toe te kennen. Of de wetgever dit wil, is geen kwestie van het legaliteitsbeginsel, doch een kwestie van een politieke keuze of visie op de rol die de onafhankelijke toezichthouder dient te spelen.'* (p. 155)

Terecht wijst Ottow hiermee op de verantwoordelijkheid van de wetgever, die moet zorgen voor een adequate toedeling van bevoegdheden. Zij wenst vooral in de sfeer van de regelgeving en de handhaving ruimere bevoegdheden voor OPTA. Een stap verder zet zij door te pleiten voor het 'oprekken' van bestaande bevoegdheden, dit ter bestrijding van 'frustratie van het centrale doel van de telecommunicatiewetgeving: de totstandkoming van concurrentie.'

Dit is een uit de dynamiek van de telecommunicatiemarkt verklaarbare wens, die goed aansluit bij de doelredeneringen van het Europese recht, maar die niet hoeft te rekenen op een enthousiaste vervulling in het veel voorzigtiger nationale bestuursrecht.

Inmiddels vormen de marktautoriteiten een aanzienlijke groep van invloedrijke bestuursorganen. De lezer van Van der Meulens preadvies aanschouwt de NMa, OPTA, DTe, de Vervoerkamer, de Voedsel en Waren Autoriteit VWA, en de Autoriteit Financiële Markten. Wie deze portretgalerij met enige distantie bekijkt vanuit het algemene staats- en bestuursrecht, krijgt een ongemakkelijk gevoel. De marktautoriteiten hebben veel juridische en bestuurlijke macht, maar hun besluiten berusten op een ver verwijderde democratische basis. Tijdens de VAR-vergadering vroeg de Utrechtse hoogleraar bestuursrecht J.B.J.M. ten Berge hiervoor de aandacht. Moet dit verschijnsel niet veel kritischer worden gevolgd dan doorgaans gebeurt? De preadviezen bevatten voldoende aanknopingspunten om dat inderdaad wel te doen.

Ten dele is het onvermijdelijk dat ministers op afstand worden gehouden, met name als het gaat om een markt waar de staat zelf een belang in heeft, bijvoorbeeld als aandeelhouder. Distantie is dan gewenst om de functies van regelgeving en toezicht op de naleving te scheiden van marktdeelname. Ottow maakt dit in haar preadvies duidelijk zichtbaar. Er is dus wel een reden voor onafhankelijkheid van marktautoriteiten, maar dat neemt niet weg dat er vanuit staats- en bestuursrechtelijk perspectief een probleem ligt.

Het tekort aan politieke verantwoording kan volgens Van der Meulen 'enigszins worden gecompenseerd' door verantwoording aan de markt en aan 'het publiek in het algemeen.' Dat klinkt vrijblijvend. Wat gebeurt er als 'het publiek in het algemeen' de beslissingen van een marktautoriteit niet ziet zitten? Om die vraag gaat het bij politieke verantwoordelijkheid. Die vraag wordt niet van een bevredigend antwoord voorzien door te wijzen op het streven naar transparantie van besluitvorming en beleid. Een invulling van het begrip transparantie laat zien dat het zelfs niet in de schaduw kan staan van politieke of bestuurlijke verantwoordelijkheid. Motivering van besluiten, explicitering van beleid, publicatie van beslissingen, jaarverslagen, et cetera, verschaffen weliswaar duidelijkheid en inzicht. Maar transparantie verbindt geen consequenties aan publieke afkeuring. En dat is waar het op neerkomt bij het afleggen van verantwoordelijkheid.

Uit de preadviezen blijkt bovendien dat aan transparantie grenzen worden gesteld door de belangen en rechten van ondernemingen en personen wier gegevens op straat dreigen te belanden of die in het openbaar dreigen te worden beschuldigd, bijvoorbeeld in een onderzoeksrapport. Ook in de bestuursrechtelijke procedure stuit een streven naar transparantie op deze grenzen. Veel processtukken zien zwart van de gesluierte vertrouwelijke passages. De regeling van art. 8:29 Awb ten spijt, zijn de gegevens waarop de bestuursrechter zijn oordeel baseert voor de partijen zelf slechts in beperkte mate transparant. Laat staan dat 'het publiek in het algemeen' een doorkijkje wordt gegund in de krochten van de besluitvorming en de geschilbeslechting. Het beeld van marktwerking als 'economische democratie' blijkt misleidend te zijn, juist ook wanneer een marktautoriteit in het veld wordt geplaatst.

Kan het tekort aan democratisch gefundeerd tegenwicht wellicht worden gecompenseerd door de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van de Awb? Het preadvies van Van der Meulen geeft wat mij betreft vooral argumenten voor een negatieve beantwoording van deze vraag. Met de op hun afzonderlijke terreinen deskundige bestuurders en ambtenaren, die de marktautoriteiten bemensen, is de specifieke expertise aan de macht gekomen. Interessant is het verband dat Van der Meulen legt met rechterlijke toetsing. Hij constateert dat deze deskundigen reden hebben 'te menen beter te weten dan de wetgever welke wijze van regulering goed is voor een specifieke markt.' In een evenwichtig stelsel van *checks and balances* komt het er dan op aan welk tegenwicht kan worden geboden door politieke organen en door de bestuursrechter. Omdat de politiek veelal op afstand van de marktautoriteit wordt gehouden, is de rol van de rechter van groot belang omdat hij in veel individuele gevallen de enige controleur van de marktautoriteit is. Van der Meulen constateert dat de bestuursrechter de gelegenheid heeft gekregen (en ook heeft opgepakt) om specifieke deskundigheid op te bouwen. Maar in het preadvies wordt ook geconstateerd dat de bestuursrechter de neiging vertoont zich terug te trekken naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt. Met de politieke controle op (grote) afstand en een terughoudende rechter, blijft er van *checks and balances* weinig over.

Het belang van de rechtsbescherming wordt nog verder gerelativeerd doordat de meeste individuele consumenten niet als belanghebbende in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt, zodat zij geen toegang hebben tot de Awb-procedure. Hun klachten blijven klachten en kunnen geen aanvragen worden, waarmee een bezwaar- en beroepsprocedure in gang zou kunnen worden gezet. Van der Meulen doet een opvallend voorstel:

*'Het is wenselijk dat er een voorziening wordt getroffen die consumenten een ingang geeft bij marktautoriteiten wanneer zij in hun belangen worden getroffen, ook wanneer niet sprake is van een belang waarin zij zich in betekende mate onderscheiden van andere consumenten.'*

In zijn uiterste consequentie loopt dit voorstel uit op een *actio semi-popularis*, alleen te gebruiken door 'consumenten' (ongetwijfeld een grote groep, maar wanneer ben je consument?). Hiermee wordt beoogd

*'de mogelijkheden voor de rechter te vergroten om een tegenwicht te bieden tegen de beperking in toezicht in de hiërarchisch-politieke lijn.'*

Dit voorstel past in een benadering waarin de toegang tot de bestuursrechter wordt verruimd ter compensatie van de macht van het bestuur, waar democratische controle door politieke organen ontbreekt of te ver verwijderd is. Brenninkmeijer heeft deze benadering zelfs in een veel algemener kader geplaatst op basis van de notie dat de *trias politica* zich gaandeweg ontwikkelt tot een *duas politica*, waarin de rechter staat tegenover het politiek-bestuurlijke complex van regelgevende en uitvoerende macht (A.F.M. Brenninkmeijer, Gedeelde rechtsorde, oratie RUL, 1997). In die benadering past een ruimere toegang tot een minder terughoudende bestuursrechter. Maar dat betekent, terugkerend bij de consumenten in de 'economische democratie,' nog niet dat elke individuele consument toegang tot de bestuursrechter moet hebben. Als hij zich met een persoonlijk belang voldoende onderscheidt van de massa, moet die toegang er zijn en die is er ook. Het opkomen voor algemene of collectieve belangen van consumenten kan mijns inziens beter worden voorbehouden aan belangenorganisaties. De deur wordt wel erg ver opengegooid als elke consument zijn eigen procedure kan voeren bij de bestuursrechter. De maatschappelijke en procedurele complicaties die daaruit ongetwijfeld zullen voortvloeien, kunnen door de Awb en de bestuursrechter niet binnen de perken worden gehouden. In het omgevingsrecht bestaat de *actio popularis* wel, ook al wordt er regelmatig kritiek op geleverd. De problemen die zij daar oplevert zijn beperkt doordat de *facto* wordt geprocedeerd door personen die zelf belanghebbende zijn (omwonenden en belangenorganisaties). De groep van consumenten in de economische orde is veel omvangrijker en diffuser dan de groep van omwonenden in het omgevingsrecht. De kring van beroepslustigen kan onbeheersbaar groot worden wanneer het bijvoorbeeld om de prijs van benzine of vliegpreizen gaat.

Toch heeft Van der Meulen een sterk punt, want de rechtsbescherming zit nogal dubbelhartig in elkaar. Van der Meulen laat zien dat een consument, als hij geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft omdat hij geen belanghebbende is, wel tegen de marktautoriteit kan procederen bij de burgerlijke rechter. Het is een bekend verschijnsel: omdat bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor de grote massa zou (kunnen) leiden tot een stormvloed of stuwmeer van bezwaar- en beroepschriften, worden burgers verwezen naar de duurdere en ontoegankelijke civielrechtelijke procedure. Dit is de in ons stelsel

ingebouwde drempel tegen overvloedige rechtsbescherming.

Al deze bedenkingen nemen niet weg dat de rechter in beperkte mate tegenwicht kan bieden aan bestuursorganen die niet of slechts op afstand worden gecontroleerd en gestuurd door politieke organen. Dat is een argument om ruimte te bieden aan rechtsbescherming, zeker in de buurt van zelfstandige bestuursorganen. Maar rechtsbescherming kan politieke controle en sturing niet overbodig maken. De procedure bij de rechter is niet gericht op politieke discussie en beleidsvorming, zij sluit deze doelen zelfs nadrukkelijk uit. De bestuursrechter kan nooit voor politieke legitimatie zorgen. Om de massa een stem te geven, moeten politieke fora worden geschapen en waar die fora mond-dood zijn gemaakt of op afstand zijn gezet, moeten zij in ere worden hersteld.

Het preadvies van Van der Meulen biedt vervolgens een interessante blik in de interne verhoudingen van marktautoriteiten. Hij zoekt procedurele waarborgen als tegenwicht van de sterke concentratie van bevoegdheden en het tekort aan externe correctiemechanismen. Hij vindt er twee: een goede functiescheiding, met name bij de voorbereiding en de oplegging van sancties, en een goede bestuurlijke heroverweging in de bezwaarschriftprocedure. Over die tweede waarborg is hij tamelijk enthousiast, erop wijzend dat de bezwaarschriftenpraktijk aan marktautoriteiten een zelfreinigend vermogen heeft geschonken. Zo is bij de NMa in 1998 70% van de bezwaarschriften gegrond verklaard en in 2001 13%. Had Biesheuvel dus ongelijk toen hij in het Nederlands Juristenblad uitriep dat de bezwaarschriftprocedure meestal een *'tijdrovende en volkomen overbodige rituele dans langs ambtenaren'* is? Van der Meulen suggereert dat, maar het hangt er volgens mij vanaf op welk niveau je ernaar kijkt. Het succes van de bezwaarschriftprocedure, het zelfreinigend vermogen, lijkt tevens haar probleem te zijn: doordat de primaire besluitvorming structureel is verbeterd, leidt de ronde langs heroverwegende ambtenaren meestal niet meer tot wezenlijke wijzigingen van het besluit. Op het microniveau van de individuele gevallen is de bezwaarschriftprocedure inderdaad 'meestal' een tijdrovende rituele dans, vooral naarmate het zelfreinigend effect van voorafgaande gevallen groter is. Maar op het macroniveau van de juridische kwaliteit van de besluitvorming is de bezwaarschriftprocedure niet 'volkomen overbodig,' juist omdat zij het zelfreinigend vermogen van de organisatie vergroot.

De preadviezen bieden een goed zicht op de plaats van marktautoriteiten binnen het publiekrecht. De behoefte aan onafhankelijkheid van de politiek is moeilijk te verenigen met de behoefte aan een evenwichtig stelsel van checks and balances. Van der Meulen geeft toch een aanzet. Een boven de marktautoriteiten te plaatsen college van toezicht zou belast kunnen worden met bestuurlijke heroverweging, zowel ambtshalve als in administratief beroep. Dit lijkt misschien een terugkeer naar het oude Nederlandse bestuursrecht, dat tot in de jaren tachtig van de twintigste

eeuw bestond en waarin de rechtsbescherming, het toezicht en de geschillenbeslechting grotendeels waren opgedragen aan organen binnen het openbaar bestuur. Maar het is iets anders, want in het oude bestuursrecht rustten de bevoegdheden bij politiek-democratische organen of bij organen die onder hun verantwoordelijkheid vielen. In de wereld van de 'economische democratie' zou het college van toezicht, althans in het voorstel van de preadviseur, eenzelfde onafhankelijkheid genieten als de marktautoriteiten zelf. Dat levert weliswaar een stelsel van controle en verantwoording op, maar met politieke democratie heeft het weinig te maken. Het komt er veeleer op neer dat recht en democratie zich laten verdringen door markt en expertise.