VAR-reeks
130

Toezicht op markten

Preadviezen uitgebracht door

Prof. mr. B.M.J. van der Meulen
Mr. A.T. Ottow

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 16 mei 2003

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2003

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 130

© 2003 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 311 6
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Voorwoord **7**

Gehanteerde afkortingen **9**

Marktautoriteiten **13**
Aanzet tot een interne rechtsvergelijking
Prof. mr. B.M.J. van der Meulen

Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie **131**
De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt
Mr. A.T. Ottow

Bestuur en ereleden **235**

Overzicht van de preadviezen uitgebracht door de VAR **237**

Voorwoord

Toezicht op markten en algemeen publiekrecht
Als thema voor de jaarvergadering van dit jaar heeft het bestuur van de VAR gekozen voor toezicht op markten. Dit thema bespreken wij – hoe kan het ook anders voor de VAR – in het kader van het algemene publiekrecht. Wij doen dat vanuit twee verschillende invalshoeken en met twee verschillende benaderingen. Het preadvies 'Marktautoriteiten' zoekt in de breedte een vergelijking tussen verschillende financiële en economische toezichthouders. Het is gericht op een wederzijdse verzoening tussen het marktgerichte overheidsbestuur en het algemene publiekrecht. Het preadvies 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie' gaat in de diepte van één bijzonder rechtsgebied, het telecommunicatierecht. Centraal staan de bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt.

Heemstede/Amstelveen, 17 februari 2003

Annetje Ottow
Bernd van der Meulen

Gehanteerde afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACT	Ambtelijke Commissie Toezicht
AMvB	algemene maatregel van bestuur
Autoriteit-FM	Autoriteit Financiële Markten
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awb-IV	Voorontwerp Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht
BOHT	Besluit ONP huurlijnen en telefonie
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBG	College ter beoordeling van geneesmiddelen
CESR	Committee of European Securities Regulators
CTB	College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen
CTG	College tarieven gezondheidszorg
d-g	directeur-generaal
DNB	De Nederlandsche Bank NV
DTe	Dienst uitvoering en toezicht Energie
Eca	European Competition Authorities
EFSA	European Food Safety Authority
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
FEC	Financieel Expertise Centrum
FLEP	European Forum of Food Law Enforcement Practitioners
FVO	Food and Veterinary Office
Gst.	De Gemeentestem
GvEA	Gerecht van eerste aanleg
Gw	Grondwet
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
I&I	Informatie en Informatiebeleid
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
KG	Kort Geding
KvW	Keuringsdienst van Waren

LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer (nummering op rechtspraak.nl)
LNV	Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
MDW	Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit
M&M	Markt en Mededinging
M en R	Milieu en Recht
MvT	memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NNV	nota naar aanleiding van het nader verslag
NRA	National Regulatory Authority
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTE	Nederlands Tijdschrift voor Energierecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NV	nota naar aanleiding van het verslag
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
ONP	Open Network Provision
OPTA	College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Pb.	Publicatieblad van de Europese Unie
PG Awb I	E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste Tranche, Alphen aan den Rijn 1993
PG Awb II	Idem Tweede Tranche, 1994
PG Awb III	Idem Derde Tranche, 1998
PG Mw	M.B.W. Biesheuvel, E.J. Daalder & J.M.E. van Breugel, Mededingingsrecht. De parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet, Den Haag 1998
PG Tw	J.M.E. van Breugel & E.J. Daalder, Telecommunicatierecht. De parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet, Den Haag 1999
PVK	Pensioen- & Verzekeringskamer
RAwb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht (inmiddels opgegaan in de AB)
Rb.	(Arrondissements)rechtbank
RFT	Raad van Financiële Toezichthouders
RVV	Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
STE	(voormalige) Stichting Toezicht Effectenverkeer
Sv	Wetboek van Strafvordering
Trb.	Tractatenblad

TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property
Tw	Telecommunicatiewet
UCB	Uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven
VWA	Voedsel en Waren Autoriteit
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
V&W	Verkeer en Waterstaat
Vz.	Voorzitter of voorzieningenrechter
Wet OPTA	Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wte 1995	Wet toezicht effectenverkeer 1995
WTO	World Trade Organisation
zbo	zelfstandig bestuursorgaan
Zbo-wet NMa	Wetsvoorstel Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot een zelfstandig bestuursorgaan, Kamerstukken II 2000/01, 27 639

Marktautoriteiten

Aanzet tot een interne rechtsvergelijking

*Prof. mr. B.M.J. van der Meulen**

Leeswijzer 17

1 Terreinafbakening 19
1.1 Ontwikkeling 19
1.2 Een ontluikende nieuwe bestuur(srechte)lijke traditie 20
1.2.1 De markt als ordeningsprincipe 20
1.2.2 De onzichtbare hand met de sterke arm 22
1.2.3 Marktordening, liberalisering en mededinging 23
1.2.4 Marktconstructie 24
1.3 Marktautoriteiten 25
1.3.1 Meer dan toezichthouders 25
1.3.2 Meer dan regulators 26
1.3.3 Marktautoriteiten 27
1.4 Een kaderstellende visie 28
1.5 Doel van het preadvies 30

2 Marktautoriteiten nader bepaald 31
2.1 Regulatory reform 31
2.2 Portrettengalerij 34
2.2.1 Algemene mededingingsautoriteit 34
2.2.2 Regulators 35
2.2.3 Marktordeningsautoriteiten 38
2.3 Bestuur door deskundigen 40
2.3.1 Epistemic communities 40
2.3.2 Rechtspraak door deskundigen 43
2.3.3 Expertise aan de macht 44

* Bernd van der Meulen is hoogleraar recht en bestuur aan Wageningen Universiteit en Researchcentrum. Daarnaast vervult hij functies bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Universiteit Utrecht.

3 Verhouding tot de politiek 47
Democratische controle versus politieke bemoeienis
3.1 Waarom onafhankelijkheid? 47
3.2 Ministeriële verantwoordelijkheid en democratische controle 51
3.3 Elementen van onafhankelijkheid 51
3.3.1 Functionele onafhankelijkheid 52
3.3.2 Financiële onafhankelijkheid 53
3.3.3 Institutionele onafhankelijkheid 54
3.3.4 Personele onafhankelijkheid 55
3.4 Gradaties van onafhankelijkheid 56
3.4.1 Gedeconcentreerd ambt (ambtelijke dienst) 56
3.4.2 Agentschap 59
3.4.3 Zelfstandig bestuursorgaan algemeen 60
3.4.4 Zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid 60
3.4.5 Zbo met eigen rechtspersoonlijkheid krachtens publiekrecht 60
3.4.6 Zbo met eigen rechtspersoonlijkheid krachtens privaatrecht 61
3.5 Onafhankelijke marktautoriteiten 62

4 Verhouding tot de markt 63
4.1 Distantie 64
4.2 Transparantie 66
4.2.1 Transparante besluitvorming 67
4.2.2 Transparant beleid 67
4.2.3 Transparante besluitenpraktijk 68
4.2.4 Transparant optreden 68
4.2.5 Openbaar feitenonderzoek 69
4.2.6 Naming and shaming 70
4.2.7 Rechtsbescherming 72
4.2.8 Bedrijfsgegevens in de bestuursrechtelijke procedure 73
4.3 Toegang voor de consument 74
4.3.1 De klager 75
4.4 Civielrechtelijke ingang 76
4.4.1 Vordering tegen de rechtspersoon waartoe de marktautoriteit behoort 77
4.4.2 Vordering tegen de overtreder (civielrechtelijke handhaving) 77
4.5 Markt en autoriteit 79

5 Interne verhoudingen 81
5.1 Functiescheidingen 81
5.1.1 Concentratie van bevoegdheden 81
5.1.2 Spreiding van taken ('Chinese walls') 82
5.1.3 Vormgeving in de praktijk 85
5.1.4 Onderbroken informatiestromen 86
5.1.5 Heroverweging 86

5.1.6 Vierde tranche 88
5.1.7 Rechtsgevolgen 88
5.2 Zelfreinigend vermogen 88
5.3 Interne procedures 92

6 Onderlinge verhoudingen 93
6.1 Zicht op toezicht 93
6.2 Kamermodel 95
6.3 Samenwerking 97
6.3.1 Afstemming 97
6.3.2 Samenwerkingsverbanden 98
6.4 Gegevensuitwisseling 99
6.4.1 Verkrijging en uitwisseling 99
6.4.2 Geheimhouding 101
6.4.3 Informatie-uitwisseling en ambtelijke ondergeschiktheid 106
6.4.4 Informatie-uitwisseling tussen onafhankelijke overheidsonderdelen 106
6.4.5 Wettelijke voorzieningen 108
6.4.6 Uitwisseling met Justitie 110
6.4.7 Informatie-uitwisseling binnen het bestuur 110
6.4.8 Gevolgen van informatie-uitwisseling zonder vereiste grondslag 111

7 Transnationale verhoudingen 113
7.1 Transnationaal bestuur 113
7.2 Toegang tot de markt 114
7.2.1 Producten 114
7.2.2 Spelers 117
7.3 Handhaving 117
7.3.1 Toezicht 117
7.3.2 Communautaire voorzieningen 119
7.3.3 Sancties 121
7.3.4 Executie 122
7.3.5 Rechten van de verdediging 122
7.4 Samenwerking 123

8 Conclusies en aanbevelingen 125
8.1 Marktwerking 125
8.2 Nieuwe vormen impliceren nieuwe risico's 125
8.3 Een college van toezicht? 127
8.4 Zelfreiniging 128
8.5 Pre-advies 128
8.6 Transnationaal bestuursrecht 129
8.7 Stellingen 129

Leeswijzer

In het verleden hebben verschillende interveniënten er tijdens de VAR-vergadering blijk van gegeven dat zij van de preadviezen kennis hebben genomen tijdens de treinreis naar Utrecht. Ik vrees dat de tekst die ik aanreik, te omvangrijk is om in zijn geheel te kunnen worden gelezen tijdens de treinreis wanneer de NS althans niet voor een meer dan gebruikelijke vertraging zorgt. Daarom enkele leestips.

In de eerste plaats heb ik voorzien in een tamelijk uitvoerige inhoudsopgave. Deze zou de lezer kunnen helpen om de onderdelen te vinden die het meest naar de smaak zijn. Dit preadvies gaat over de institutionele vormgeving in Nederland van de mondiale keuze om in toenemende mate economische wetten in te zetten als instrument voor maatschappelijke ordening. Het laatste hoofdstuk eindigt met conclusies en aanbevelingen en wordt gevolgd door enkele stellingen ten behoeve van de discussie in de jaarvergadering. Hierna volgen voor enkele specifieke interessegebieden hoofdstuk en paragraafverwijzingen:

– Interactie tussen economie en recht: de paragrafen 1.2, 2.1, 2.3, 6.1 en 7.2;
– Internationale verhoudingen: paragraaf 2.1 en hoofdstuk 7;
– Algemeen beeld van het type bestuursorgaan 'marktautoriteiten': de paragrafen 1.3 en 2.2;
– Toepassing van de zbo-discussie in de onderhavige context: hoofdstuk 3;
– Overheidsinformatierecht: de paragrafen 4.2, 5.1.4 en 6.4;
– Rechtsbescherming: de paragrafen 2.3.2, 4.2.7, 4.2.8, 4.3, 4.4, 5.1.5, 5.2 en 8.3;
– Vierde tranche: de paragrafen 4.2.5, 4.2.6, 5.1.6 en 6.4.3.

1 Terreinafbakening

Dit hoofdstuk biedt een eerste verkenning en afbakening van de inhoud en achtergronden van het onderwerp, uitmondend in de doelstelling van dit preadvies.[1]

1.1 Ontwikkeling

De laatste eeuwwisseling geeft een hausse te zien in de groei naar aantal en taken van een bepaald type bestuursorgaan. De organen die tot dit type te rekenen zijn, worden wel aangeduid als 'financiële en economische toezichthouders'. Een model dat op zich al langer bestond wordt in toenemende mate ter hand genomen en uitgebouwd, zoals moge blijken uit de volgende – niet uitputtende – opsomming:
– De Nederlandsche Bank NV (DNB) dateert van *1814*;
– het College ter beoordeling van geneesmiddelen (CBG) van *1963*;
– het Commissariaat voor de Media van *1988*;
– Railned van *1994*;
– de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) van *1997*;
– de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) van *1998*;
– de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) van *1999*;
– het College tarieven gezondheidszorg (CTG) van *2000*. Het werd voorafgegaan door het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (COTG) uit 1982, dat op zijn beurt voortkwam uit de Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven (COZ) uit 1962;
– de Pensioen- & Verzekeringskamer (PVK) van *2001*, voorafgegaan door de Verzekeringskamer;
– het College toezicht zorgverzekeraars (CTZ) van *2001*, voorafgegaan door de Commissie toezicht uitvoeringsorganisatie (CTU);
– de Vervoerkamer (sedert 1 september *2001* in oprichting);

1. Dank voor hun tijd en moeite gaat uit naar degenen die mij behulpzaam zijn geweest door het aanreiken van eigen ongepubliceerde ideeën: A. van Eldijk (WUR), door commentaar en suggesties naar aanleiding van eerdere concepten: M.J. Bloot (Autoriteit-FM), A.P.W. Duijkersloot (UU), A.A. Freriks (AKD/WUR), O. Hospes (WUR), O.J.D.M.L. Jansen (UU), P.J.M. Koning (Lovells), M.J. Lugt (FCDF/WUR), M.B. Nijhof (Vervoerkamer), R. Smits (NMa), N. Verheij (Justitie/UM), R.J.G.M. Widdershoven (UU), en door het beschikbaar stellen of verzamelen van materiaal: B. van de Berg (UL) en R. Engels (WUR).

– de Autoriteit Financiële Markten van *2002*, voorafgegaan door de Stichting toezicht effectenverkeer van 1989;
– de Voedsel en Waren Autoriteit van *2002*.

Deze hausse is niet tot Nederland beperkt, maar lijkt zich in de hele Europese Unie en ook daarbuiten te voltrekken. In 2002 lanceerde de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek (NWO) een nieuw onderzoeksthema: 'Bestuur in beweging'. Volgens Van Kersbergen en Van Waarden, die een achtergrondstudie bij dit thema schreven, maakt de opkomst van wat zij noemen 'independent regulators' deel uit van een 'shift in governance': een verandering in bestuurscultuur.[2]

Dit preadvies is erop gericht de publiekrechtelijke aspecten van deze verandering in beeld te brengen, voorzover zij tot uitdrukking komen in de opkomst van deze bestuursorganen. Het richt zich daarbij in het bijzonder op de institutionele (organisatorische) aspecten.

1.2 Een ontluikende nieuwe bestuur(srechte)lijke traditie

De proliferatie van financiële en economische toezichthouders staat niet op zichzelf, maar kan worden gezien als een neveneffect van een veranderende visie op de rol van de overheid en van een veranderende waardering van instrumenten tot ordening en sturing van de samenleving.

1.2.1 De markt als ordeningsprincipe

De klassieke visie op de rol van de overheid wordt wel aangeduid als 'command and control'. De overheid definieert al dan niet expliciet de gewenste maatschappelijke verhoudingen en legt deze neer in rechtsnormen. Normconform gedrag wordt gestimuleerd met behulp van prikkels van verschillende aard. Sommige prikkels hebben een positief karakter (bijvoorbeeld subsidies), andere een negatief karakter (bijvoorbeeld sancties).

De nieuwe visie hanteert *economische* wetten als sturingsinstrument. Taak van de overheid is in die visie de context te vormen en te beschermen waarin deze wetten kunnen werken.

De Europese (Economische) Gemeenschap is al in de jaren vijftig van de vorige eeuw gebouwd op economisch-liberale opvattingen, maar vooral sedert de val van de

2. Kees van Kersbergen & Frans van Waarden, Shifts in Governance: Problems of Legitimacy and Accountability, NWO 2001.

Berlijnse muur in 1989[3] viert het geloof in de heilzame werking van de markt hoogtij. Op een goed functionerende markt zou een onzichtbare hand optimale resultaten genereren. Deze opvatting heeft iets darwinistisch.[4] De concurrentiestrijd van allen tegen allen leidt door natuurlijke selectie tot 'survival of the fittest'; dat wil zeggen tot vernieuwing en tot verbetering in technische en economische zin, maar ook tot afsterven[5] van wat achterhaald[6] is – aan ideeën, technologieën, ondernemingen[7] en consumenten.[8]

Dit geloof is in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet onder meer als volgt onder woorden gebracht:

> 'De economische ambities van ons land zullen voor een belangrijk deel (...) gedragen moeten worden door de activiteiten en de vrije individuele beslissingen van ondernemers; ondernemers die gestuurd, beloond en geprikkeld worden door concurrentie op binnen- en buitenlandse markten. Belemmeringen van de mededinging werken in dit opzicht contraproduktief.'[9]

---

3. Het is veelzeggend dat pas sedert de wijziging bij het Verdrag van Maastricht (1992) in het EG-Verdrag uitdrukkelijk wordt gesproken over de 'inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging'. Zie de art. 4 leden 1 en 2, 99 en 105.
4. Of misschien zelfs protodarwinistisch. NRC Handelsblad tekende uit de mond van paleobioloog Michael Boulter op: 'als samenvatting van "evolutie" is Darwins uitdrukking [struggle for life and survival of the fittest] te kort door de bocht (...). Bij dat proces hoort wel competitie (...). Maar die is niet zo confronterend als de klassieken ons willen doen geloven. (...) *Survival of the fittest* is een Victoriaanse mythe. Die heeft van doen met de industriële revolutie, met de competitie tussen verschillende economische modellen en de kapitalistische geest van Europa, die van de Britse eilanden in het bijzonder. Niet voor niets was Darwin een Engelsman en geen hindoe of een moslim.' Hans Steketee, Vlees op oude botten, NRC Handelsblad M januari 2003, p. 6-19, i.h.b. p. 12.
5. Deze schaduwzijde – uit sociaal oogpunt bezien – blijft vaak wat onderbelicht. Kritische geluiden ten aanzien van de markt zijn overigens niet geheel afwezig. Bijvoorbeeld H.G. van Everdingen (Enige opmerkingen over de structuur van het toezicht op de financiële sector, in: Van Everdingen/Grundmann-van de Krol/Sachse, Aspecten van toezicht. Beschouwingen over toezicht op de financiële sector, Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, p. 8) plaatst de volgende observatie: 'De conclusie lijkt mij gerechtvaardigd dat (...) de liberaliseringstendens en de als gevolg daarvan toegenomen marktwerking een zodanige verharding van de handel tot gevolg heeft gehad dat de op zelfregulering gebaseerde toezichtsmiddelen niet meer toereikend zijn.'
6. En ook dit is uitdrukkelijk darwinistisch. In de laatste alinea van zijn meesterwerk merkt Darwin op dat de natuurlijke selectie de extinctie van de minst verbeterde vormen met zich meebrengt (Charles Darwin, Over het ontstaan van soorten door middel van natuurlijke selectie, of het behoud van bevoordeelde rassen in de strijd om het leven, Nederlandse vertaling, Amsterdam 2000, p. 490).
7. In de woorden van het OESO-rapport Regulatory Reform in the Netherlands (p. 33) 'inefficient producers are driven out'. Zie nader over dit rapport par. 2.1.
8. De Teldersstichting – toch een onverdachte hoek als het gaat om kritiek op het economisch liberalisme – laat zien dat de rigoureuze variant van het vrije-marktperspectief dat in de Verenigde Staten wordt gehanteerd, ertoe leidt dat 22% van de huishoudens onder de (nationale) armoedegrens leeft. S.K. Kuipers, G.A.W. van Dalen, K. Groenveld & R.H. Koning, Groei, Inkomensverdeling en Economische Orde, Teldersstichting Den Haag 2000.
9. PG Mw, p. 26.

En

> 'De primaire functie van het marktmechanisme in een markteconomie is dat het ondernemers, werknemers en consumenten niet alleen stuurt, maar ook stimuleert en disciplineert. Wanneer dat mechanisme, om welke reden dan ook, die functies niet goed meer kan uitvoeren, dan vermindert dat het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel om te zoeken naar nieuwe en betere produkten en diensten. Ook dat zijn in zekere zin kosten; nadelige effecten die op den duur zwaar kunnen gaan wegen in het internationale spel om de gunsten van de consument en de investeerder.'[10]

Deze opvattingen van het economisch liberalisme blijken in Nederland door het hele politieke spectrum te worden gedragen. In het Verslag bij de Mededingingswet wordt van de zijde van PvdA opgemerkt:

> 'Concurrentie leidt tot lagere prijzen, hogere kwaliteit van producten en dienstverlening, meer keuzemogelijkheden, en een grotere stimulans voor innovatie. Als gevolg stijgt de vraag naar goederen en diensten, hetgeen leidt tot een hogere groei van het nationaal inkomen en de werkgelegenheid. Concurrentie op nationale markten maakt bedrijven en ondernemers weerbaarder en slagvaardiger. Ook geeft vrije concurrentie nieuwe ondernemers, producenten, leveranciers en detaillisten, een kans zich een toegang tot de markt te verwerven. Dit alles is essentieel voor een goede concurrentiepositie op internationale markten, zeker in een klimaat van Europese integratie en "globalisering".'[11]

Laat ik deze 'tour d'horizon' afsluiten met een citaat van GroenLinks uit hetzelfde Verslag:

> 'Goede marktwerking is een belangrijk middel om de economische ontwikkeling te stimuleren. Bovendien komt concurrentie ten goede aan de consumenten.'[12]

1.2.2 De onzichtbare hand met de sterke arm

Hoe zegenrijk de markt ook moge zijn, zij blijkt het niet alleen te kunnen. Steeds meer is het besef doorgedrongen dat de markten neigen tot zelfdestructie. Ondernemingen, de spelers op de markt, houden de concurrentiestrijd van allen tegen allen niet gaande, maar zijn geneigd deze te beëindigen door concurrentie uit te schakelen. Dit kan gebeuren door concurrenten uit te schakelen (monopolisering) of door akkoorden met concurrenten te sluiten (kartelvorming). De 'onzichtbare hand' blijkt niet te kunnen zonder de 'sterke arm' van de overheid. De markt heeft de overheid nodig om te kunnen functioneren. Zij is dus niet een alternatief voor de overheid, maar een ander sturingsmodel in handen van de overheid. Een keuze voor meer markt impliceert

10. PG Mw, p. 26.
11. PG Mw, p. 29.
12. PG Mw, p. 32.

daarom geenszins automatisch deregulering noch een vermindering van 'command and control'. Het gaat vooral om een andere wijze van formuleren en bereiken van de maatschappelijke doelen.

1.2.3 Marktordening, liberalisering en mededinging

Op verschillende wijzen bemoeit de overheid zich intensief met de markt. De Nederlandse mededingingsautoriteit bijvoorbeeld heeft tot taak de marktwerking te beschermen tegen verstoringen door ondernemingen op die markt (en na inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid – als het daarvan komt[13] – ook door de overheid).

Regulators (zoals OPTA en DTe) hebben kort gezegd tot taak de liberalisering van markten te begeleiden. Liberalisering wil zeggen een monopoliesituatie – meestal in het leven geroepen door de overheid – om te vormen tot een concurrerende markt. Privatisering en deregulering kunnen daartoe bijdragen.

Het geloof in de markt is niet onvoorwaardelijk. Grote delen van het bestuursrecht kenmerken zich door klassieke vormen van 'command and control'. Op vele terreinen is de gedachte aan liberalisering (nog) helemaal niet opgekomen, op andere is er niet voor gekozen. Voorzover de desbetreffende terreinen zijn te omschrijven als 'markten', kan de overheidsreactie worden gekwalificeerd als marktordening. In geval van marktfalen, van onvoldoende vertrouwen in de werking van de markt of van de wens prioriteit toe te kennen aan belangen die van de consumenten op de markt geen prioriteit zouden krijgen, kan de overheid trachten het economisch proces te sturen. Ook voor marktordening blijkt de overheid bij herhaling te kiezen voor een type bestuursorgaan dat qua opzet vergelijkbaar is aan de mededingingsautoriteit en de regulators.

De Voedsel en Waren Autoriteit bijvoorbeeld draagt bij aan een hogere standaard van voedselveiligheid dan de kwaliteit die het vrije spel van vraag en aanbod zou genereren. Ook de financiële toezichthouders, zoals de Autoriteit Financiële Markten, hebben de taak om ter bescherming van de consumenten, gedragingen van ondernemingen op de markt in goede banen te leiden. De maatstaf voor 'goed' wordt daarbij vooraf door de overheid aangelegd. Hij vloeit niet voort uit de vraag die de consumenten uitoefenen. Zo draagt de Nederlandsche Bank bij aan de totstandkoming van het Europese monetaire beleid en voert dat uit voor wat betreft de lidstaat Nederland. Ook heeft zij een centrale functie in het Europese en nationale betalingsverkeer en is zij belast met toezichthoudende bevoegdheden over het bank- en financiënwezen.

De drie verschillende benaderingen van de markt door de overheid (marktordening, bescherming van mededinging en liberalisering) belichamen twee verschillende vormen van democratie en de transitie van de ene naar de andere vorm. Politieke democratie waarin de burger de gang van zaken bepaalt door het uitbrengen van zijn of haar

13. Naar verluidt bestaat het voornemen het wetsvoorstel in te trekken.

stem[14] ('voice'), en economische democratie waarin de consument de gang van zaken bepaalt door de richting waarin hij of zij de beschikbare koopkracht aanwendt. De consument 'stemt met de voeten' door te kiezen voor het product dat hem zint en zich af te wenden van het product dat hem niet zint ('exit'). 'Burger' en 'consument', 'exit' en 'voice' zijn verschillende rollen van in grote lijnen dezelfde mensen die corresponderen met verschillende sturingsmechanismen.[15]

1.2.4 Marktconstructie

Van marktwerking worden in die mate maatschappelijk gunstige resultaten verwacht dat de overheid er zelfs toe overgaat markten te construeren in situaties waar zij niet van nature zouden ontstaan.

Economie is een schaarsteleer. De werking van economische wetten is afhankelijk van de aanwezigheid van schaarste. In een situatie van overvloed waar elk het zijne kan nemen, is er geen koopkrachtige vraag, geen aanbod en dus ook geen marktwerking.

Bij liberalisering – bevrijding – van markten denken we in principe aan situaties waarin aan de bestaansvoorwaarden voor een markt is voldaan, maar de markt om externe redenen (met name overheidsingrijpen) niet tot ontwikkeling komt.

De hoorn des overvloeds is de schrik van de economie. Klassiek is het voorbeeld van kennis. Wanneer mensen kennis met elkaar delen, wordt zij meer in plaats van minder. Daarmee is kennis naar haar aard niet schaars. Er kan pas een kennismarkt ontstaan wanneer kennis beheersbaar wordt gemaakt, waardoor individualisering, toeeigening en uitsluiting mogelijk zijn. Intellectuele eigendomsrechten dienen daartoe.[16] Op nationaal niveau heeft de creatie van de kennismarkt al lang geleden plaatsgevonden. Op mondiaal niveau is zij gaande met name via het TRIPs-verdrag van de WTO.[17]

Volgens hetzelfde mechanisme (overvloed schaars maken) creëerde de overheid ook recent markten, met name om externaliteiten te internaliseren. Denk aan verhandelbare mest- en varkensrechten, melk- en visquota. Er wordt zelfs over gedacht het marktmechanisme in te zetten voor de zorg voor het milieu door de introductie van verhandelbare vervuilingsrechten. In maart 2003 publiceerde het ministerie van

---

14. Hierbij kan zowel worden gedacht aan de keuze van vertegenwoordigers die een bepaald beleid voorstaan, als aan allerlei vormen van inspraak.
15. Ik heb de indruk dat deze verschillende sturingsmechanismen vertrouwen stellen in verschillende kwaliteiten van de mens. Politieke ordening lijkt primair te appelleren aan verstand en economische ordening aan instinct, al zijn de grenzen fluïde. Veel in de politiek is 'onderbuik' en hoewel consumenten er in hun koopgedrag zelden bewust bij zullen stilstaan dat zij bezig zijn vorm te geven aan hun samenleving, zijn er (met name in de ideële handel) wel degelijk aanbieders die trachten hun afnemers juist op dat punt aan te spreken.
16. Zie hierover nader: J.J.M. Tromm, Het technologisch Europa: geschift. Beschouwingen over de Europese Technologische Gemeenschap (oratie Wageningen), Wageningen 1991.
17. Trb. 195, 130, Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, Marrakesh 15 april 1994 (WTO-verdrag) en bijlage 1C (Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-verdrag) (Nederlandstalige versie).

VROM een voorontwerp voor een 'Wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de invoering van een hoofdstuk inzake emissiehandel en de instelling van een Emissieautoriteit'.

1.3 Marktautoriteiten

1.3.1 Meer dan toezichthouders

Vertoont het bonte gezelschap van bestuursorganisaties dat in paragraaf 1.1 is aangeduid, voldoende gemeenschappelijke karakteristieken en onderscheiden zij zich in voldoende mate van andere overheidsonderdelen om ze als afzonderlijk onderwerp te bespreken op een jaarvergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR)?

Ik meen van wel en ik zou ze ook van een eigen *naam* willen voorzien. De genoemde bestuursorganen worden in de praktijk vaak 'toezichthouders' genoemd, meer specifiek 'financiële en economische toezichthouders'. Aan het woord 'toezichthouder' kleven echter nadelen. Dat begrip is naar mijn smaak te veel een Awb-begrip geworden.[18] Geen van deze bestuursorganen is toezichthouder in de zin van de Awb (al hebben de meeste wel zulke toezichthouders in dienst). Zij zijn meestal wel toezichthouder in de ruimere betekenis dat zij zijn belast met bestuursrechtelijke handhaving.[19] Hun takenpakket reikt in de regel echter substantieel verder. Ik streef er niet naar het begrip 'toezichthouder' in dit preadvies te vermijden, aangezien bijna alle gehanteerde bronnen het gebruiken, maar waar mogelijk houd ik het liever op *marktautoriteiten.*[20] Wanneer in dit preadvies het woord 'toezichthouder' wordt gebruikt, zal telkens uit de context blijken of het duidt op toezichthouders in de zin van de Awb (toezicht in enge zin) of op de handhavende taken van marktautoriteiten (toezicht in ruime zin).

---

18. De afbakening van een begrip als 'toezicht' wordt belemmerd door de keuze van de wetgever om zich in de Awb zoveel mogelijk te bedienen van gewone woorden in plaats van juridisch jargon. Keerzijde van deze keuze is dat de gebruikte gewone woorden op hun beurt verworden tot juridisch jargon en daarom in een juridische context niet meer kunnen worden gebruikt in hun gewone betekenis. Zo kan een beslissing niet meer zomaar worden aangeduid als een 'besluit' en iemand die een belang heeft mag alleen maar 'belanghebbende' worden genoemd wanneer zijn belang een besluit – in juridische zin – betreft. Het woord 'toezicht' is in de Awb niet gedefinieerd, maar wel ingekapseld. Een toezichthouder is blijkens art. 5:11 Awb 'een persoon bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'.
19. P.J.M. Koning (Toezichthouders en het publiek. Zoektocht naar eenheid onder de verscheidenheid, in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters, Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag 2000 – themanummer Tijdschrift Privatisering, p. 93-106) spreekt van 'toezichthouders in ruime zin' en 'toezichtsinstanties'. Ook O.J.D.M.L. Jansen onderscheidt toezicht in enge en in ruime zin (zie zijn Het handhavingsonderzoek (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen 1999 en Handhaving – Handhavingstoezicht, in: A.J. Bok e.a., Nieuw bestuursrecht. Derde tranche Algemene wet bestuursrecht, Nijmegen 1997, p. 137-171, i.h.b. p. 139-140). De Kaderstellende visie op toezicht (zie hierna par. 1.4) spreekt van 'inspectiediensten'.
20. Dit klinkt wat eigentijdser dan 'marktmeesters' zoals voorgesteld in het rapport Visser (p. 21; zie par. 6.1).

1.3.2 Meer dan regulators

De opkomst van marktautoriteiten is ongetwijfeld geïnspireerd door de Angelsaksische figuur van de regulator.

Het woord 'regulator' is nagenoeg onvertaalbaar. Vertalers laten zich vaak op het verkeerde been zetten doordat 'regulation' 'regelgeving' kan betekenen. Dit heeft tot gevolg dat de authentieke Nederlandstalige versies van communautaire documenten op dit punt verwarrend kunnen zijn. Later in dit preadvies wordt bijvoorbeeld de ONP-richtlijn[21] geciteerd. Waar in de Engelse tekst wordt gesproken van 'regulatory authorities', heeft de Nederlandse tekst het over 'regelgevende instanties'. Het EU Witboek Governance[22] betreft voornemens om het bestuur op Europees niveau te verbeteren. Een van de voornemens is de toepassing van EU-voorschriften op te dragen aan 'regulatory agencies'. Deze worden in het Nederlands aangeduid als 'regelgevende organen'. De vertaler lijkt zelfs niet aan het denken te zijn gezet door de zinsnede: 'aan de organen kan de bevoegdheid worden toegekend om op specifieke terreinen individuele beslissingen te nemen, maar zij kunnen geen algemene regelgeving vaststellen'. Misschien moeten we organen die geen algemene regelgeving kunnen vaststellen, maar liever geen 'regelgevende organen' noemen.

Regulators zijn min of meer onafhankelijke bestuursorganen (vaak agencies) die een centrale rol spelen in de liberalisering van markten. Als we in dit verband al het woord 'regelen' willen gebruiken, dan kunnen we het best aansluiten bij het algemene spraakgebruik; zij 'regelen' de liberalisering, in de zin van 'zorgen voor', 'voor elkaar brengen'.

Ik kies niet voor het begrip 'regulator' om marktautoriteiten aan te duiden, omdat dit begrip in de literatuur doorgaans een engere betekenis heeft. Het wordt dan gehanteerd om de autoriteiten die met liberalisering zijn belast, te onderscheiden van de autoriteit die de algemene mededingingsregels toepast. Waar in dit preadvies van regulators wordt gesproken, worden wel de OPTA en de DTe bedoeld, maar niet de NMa en ook niet de marktordeningsautoriteiten, zoals de VWA en de Autoriteit-FM.[23] Het begrip marktautoriteiten bedoelt alle drie de figuren te omvatten.

---

21. Richtlijn 90/387/EEG, Pb. L 192.
22. COM (2001) 428 definitief. Het witboek is op dit punt nader uitgewerkt in 'The operating framework for the European Regulatory Agencies' (Kader voor Europese regelgevende agentschappen, Mededeling van de Commissie van 11 december 2002, COM (2002) 718 definitief).
23. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat de regering soms een nog enger begrip regulator hanteert, blijkbaar geïnspireerd door de hiervoor besproken vertaalproblemen. In haar visie kan pas van een regulator worden gesproken wanneer deze beschikt over regelgevende bevoegdheid. Zo schreef de Staatssecretaris van V&W (Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 18): 'Bij de instelling van de OPTA is expliciet niet overgegaan tot een "regulator", maar is gekozen voor een uitvoering/toezichtsorgaan met beperkte discretionaire bevoegdheden. Het beleid berust bij de verantwoordelijke vakminister.'

1.3.3 Marktautoriteiten

Marktautoriteiten kenmerken zich door bevoegdheden ten aanzien van gedragingen van ondernemingen op de markt. Deze bevoegdheden zijn in groepen te verdelen:[24]
– bevoegdheden inzake toegang tot de markt, eventueel onder te verdelen in:
  • bevoegdheden tot het toestaan of verbieden van de toegang van bepaalde spelers tot de markt;[25]
  • bevoegdheden tot het toestaan of verbieden van de toegang van bepaalde producten of diensten tot de markt;[26]
– bevoegdheden tot het toestaan of verbieden (ex ante) van bepaalde gedragingen op de markt;[27]
– bevoegdheden tot toezicht (ex post) op de naleving van bepaalde normen op de markt;
– bevoegdheden tot het sanctioneren van overtredingen.

Niet elke marktautoriteit heeft al deze bevoegdheden en sommige hebben bevoegdheden die niet in een van deze groepen zijn in te delen.[28] Als marktautoriteiten merk ik echter niet aan bestuursorganen voor wie dit cluster van bevoegdheden niet als kenmerkend kan worden aangemerkt, omdat zij slechts een zeer beperkt deel ervan hebben of omdat zij deze bevoegdheden hebben te midden van zeer vele andere, zoals het geval is bij de verschillende ministers.

De marktautoriteiten beschikken over eigen wettelijke bevoegdheden. Zij zijn daarom allemaal bestuursorganen in de zin van de Awb en, afhankelijk van hun relatie tot de minister, gedeconcentreerde ambten of zelfstandige bestuursorganen.

Voor de meeste marktautoriteiten geldt dat zij hun plaats vinden in het gedeeld bestuur van nationale en Europese overheid.[29] Het materiële recht dat zij uitvoeren, heeft dan ook een zwaar Europeesrechtelijk accent en vaak hebben zij een collega-autoriteit op het niveau van de Europese Unie.[30]

---

24. Soms wordt ook een tweedeling gehanteerd in preventief en repressief toezicht: Koning (2000) p. 95, A.A. van Rossum, Falend toezicht. De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder (oratie Utrecht), Den Haag 2001, p. 12.
25. Bijvoorbeeld vergunningverlening voor een effecteninstelling ex art. 7 Wte 1995. Deze bevoegdheid van de Minister van Financiën is op basis van art. 40 Wte 1995 overgedragen aan de Autoriteit-FM.
26. Geneesmiddelen en bestrijdingsmiddelen bijvoorbeeld mogen alleen op de markt worden gebracht wanneer zij in Nederland zijn geregistreerd.
27. Overeenkomsten die de mededinging beperken, zijn slechts toegestaan wanneer de d-g NMa daarvoor een ontheffing heeft verleend. Zie de art. 6 en 17 Mw.
28. Zoals de bevoegdheid tot geschilbeslechting.
29. In het stelsel van gedeeld bestuur stellen Europese instellingen algemene regels in verordeningen en richtlijnen. De lidstaten zijn verantwoordelijk voor nadere regelgeving, uitvoering ten opzichte van particulieren en handhaving.
30. Vaak is dat een directoraat-generaal van de Europese Commissie, soms ook een agentschap zoals het Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling (EMEA), dat zich beweegt op het terrein waarop in Nederland het CBG actief is. Na uitvoering van de voornemens uit het Witboek Governance en het Kader voor Europese regelgevende agentschappen zullen de marktautoriteiten hun Europese counterpart in toenemende mate in de vorm van een agency vinden.

Markt en autoriteit zijn tot elkaar veroordeeld. Dezelfde ondernemingen en dezelfde ambtenaren komen elkaar voortdurend weer tegen.

Bij de samenstelling van marktautoriteiten speelt vakdeskundigheid een centrale rol. De meeste marktautoriteiten vertonen daardoor een min of meer technocratisch karakter. Tegenover deze specialistische bestuursorganen is betrekkelijk vaak – in afwijking van de hoofdregel van de Awb – een gespecialiseerde bestuursrechter geplaatst. Met name het CBB is actief op het terrein van de marktautoriteiten. Wanneer er rechtspraak in twee instanties is, dan is de eerste instantie doorgaans – in afwijking van artikel 8:7 Awb – de Rechtbank Rotterdam.

1.4 Een kaderstellende visie

Hiervoor heb ik aangegeven enigszins terughoudend te willen omspringen met het begrip 'toezicht'. Dat neemt niet weg dat het ruime handhavingscomplex dat wel onder dat begrip wordt gevangen een belangrijk deel van de taken van marktautoriteiten omvat.

De zorg van de overheid voor de naleving van rechtsnormen heeft geleid tot een lange stroom aan adviezen nota's en rapporten.[31] Medio 2001 heeft het kabinet de inzichten waartoe al deze stukken hebben geleid, samengevat onder de prestigieuze titel 'De kaderstellende visie op toezicht'.[32] Het kabinet beoogt daarmee eisen van algemene aard te stellen aan de positionering en inrichting van het toezicht.

> Onder toezicht verstaat het kabinet in dit verband: 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren'. Het gaat met andere woorden om de gehele bestuursrechtelijke handhavingsketen.

---

31. Het zou te ver voeren om deze hier allemaal de revue te laten passeren. In de Kaderstellende visie op toezicht worden onder meer genoemd: het kabinetsstandpunt Vuurwerkramp Enschede (Kamerstukken II 2000-2001, 27 157, nr. 20), het kabinetsstandpunt inzake bijzondere opsporingsdiensten (Kamerstukken II 1999-2000, 26 955, nr. 1), het kabinetsstandpunt Positionering Inspecties (Kamerstukken II 1996/97, 25 226, nr. 2), het rapport Verantwoord verzelfstandigen (Kamerstukken II 1994/95, 21 042, nr. 15), de nota Vertrouwen in verantwoordelijkheid (Kamerstukken II 1999-2000, 26 806, nr. 1), het rapport De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund, de kabinetsreactie op het Rekenkamerrapport Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak (Kamerstukken II 2000/01, 27 656, nr. 2), het advies Aansprekend burgerschap (Kamerstukken II 2000/01, 27 400 XVI, nr. 10). De geïnteresseerde lezer zij voorts onder meer verwezen naar: het rapport Toezicht op het bedrijfsleven (Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 232, het Rekenkamerrapport Toezicht op uitvoering publieke taken (Kamerstukken II 1997/98, 25 956, nrs. 1-2, de nota Hervorming van het toezicht op de financiële marktsector (Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nr. 2) en het Rekenkamerrapport Handhaving door rijksinspecties (Kamerstukken II 2001/02, 28 271, nrs. 1-2).
32. Kamerstukken II 2000/01, 27 831, nr. 1. Formeel betreft het een kabinetsstandpunt op het advies van de Ambtelijke Commissie Toezicht (ACT) 'Vertrouwen in onafhankelijkheid'. Feitelijk is de strekking veel ruimer.

De marktautoriteiten vallen onder de reikwijdte van de kaderstellende visie.[33] Dit kader zal in het navolgende dan ook telkens in de bespreking worden betrokken.

De regering kiest tot uitgangspunt dat goed toezicht moet voldoen aan de principes van *onafhankelijkheid*, *transparantie* en *professionaliteit*. Dit moet duidelijk tot uitdrukking komen in de positionering van toezichthouders. Daartoe wordt een functiescheiding tussen beleid en toezicht essentieel gevonden.

Onafhankelijkheid betekent dat de toezichthouder zonder beïnvloeding door 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.

Transparantie betekent dat het objectieve oordeel van de toezichthouder zoveel mogelijk openbaar gemaakt dient te worden zodat parlement en samenleving kennis kunnen nemen van dat oordeel. De plicht tot actieve openbaarmaking van de rapportage ligt in beginsel bij de minister.

Er dient een functiescheiding te zijn van beleid, uitvoering en toezicht. Dit betekent echter niet per se dat toezicht extern verzelfstandigd moet worden. Wanneer directe politieke bemoeienis in concrete gevallen onwenselijk is, is externe verzelfstandiging aangewezen. Er is echter geen ruimte voor externe verzelfstandiging wanneer een uitgekristalliseerd normenkader niet voorhanden is.

Bij interne positionering dient de toezichthouder 'inhoudelijk onafhankelijk' te zijn, dat wil zeggen tot een objectieve feitenvaststelling te kunnen komen, bij voorkeur op basis van een eigen wettelijke bevoegdheid. De toezichthouder dient op een zo hoog mogelijk niveau te worden gepositioneerd, bij voorkeur onder de secretaris-generaal.

Binnen de organisatie van de toezichthouder is een functiescheiding noodzakelijk wanneer deze de taken vergunningverlening en toezicht in zich verenigt. Dat laatste geldt ook bij externe verzelfstandiging.

Toezicht levert belangrijke input voor beleid. Om de scheiding van beleid en toezicht tot haar recht te laten komen, is een heldere regeling van de informatievoorziening dan ook een vereiste.

In het navolgende zal blijken dat deze helder ogende beleidsuitgangspunten, tot allerlei ingewikkelde puzzels aanleiding geven wanneer we proberen ze toe te passen op de marktautoriteiten. Het vereiste van onafhankelijkheid komt aan de orde in de hoofdstukken 3 en 4, het vereiste van transparantie in hoofdstuk 4 en de professionaliteit in hoofdstuk 2.

---

33. Meer in het bijzonder onder het daar gehanteerde begrip 'inspectiediensten'.

1.5 Doel van het preadvies

Dit preadvies is in belangrijke mate inventariserend van aard. Er zijn in de juridische literatuur, rechtspraak, ambtelijke en parlementaire stukken aardig wat bronnen te vinden over marktautoriteiten. In de meeste gevallen zijn deze bronnen te rekenen tot een bijzonder rechtsgebied en is de aandacht beperkt tot één of hooguit een paar marktautoriteiten individueel. Door deze sector-specifieke benadering wordt aan het zicht onttrokken dat een aantal thema's die in verband met de desbetreffende marktautoriteiten aan de orde worden gesteld, ook in andere rechtsgebieden aan de orde komen. De vragen zijn vergelijkbaar, maar zij zijn niet steeds in dezelfde mate en op dezelfde wijze tot beantwoording gekomen.

Ik wil een aanzet beproeven tot een interne rechtsvergelijking[34] waarin ik op zoek ga naar de gemeenschappelijke kenmerken en naar de verschillende antwoorden die op gemeenschappelijke vragen worden gegeven. Uit het navolgende zal blijken dat allerlei inzichten die op specifieke terreinen zijn ontwikkeld, daarbuiten niet zijn doorgedrongen hoewel zij daar wel toepasbaar zouden zijn.

Ik ga met name in op de vraag wat er in organisatorisch opzicht karakteristiek is aan marktautoriteiten in Nederland. Wat is hun plaats binnen het zich ontwikkelende marktgerichte overheidsbestuur? Hoe verhouden zij zich tot de markt? Hoe verhouden zij zich tot democratische controle en politieke bemoeienis? Hoe zijn de interne en externe verhoudingen vormgegeven? Anders uitgedrukt gaat het om de relationele sfeer van de marktautoriteiten: hun externe relaties, hun interne relaties en hun onderlinge relaties.

Het doel van deze inventarisatie is tegengesteld aan dat van het preadvies van Annetje Ottow. Zij is erop gericht aan te tonen dat het algemene bestuursrecht tekortschiet in de bijzondere verhoudingen in het telecommunicatierecht en bepleit een bijzonder op dat rechtsgebied toegesneden procedurerecht. Ik probeer door te zoeken naar algemene antwoorden op gemeenschappelijke vragen bij te dragen aan de ontwikkeling van vormen binnen het algemene publiekrecht, die geschikt zijn om het marktgeoriënteerde overheidsbestuur te accommoderen.

De conclusies en aanbevelingen aan het eind van het preadvies zijn erop gericht algemene lessen te trekken uit de specifieke ontwikkelingen om op basis daarvan binnen de grenzen waarin dat nuttig is, te kiezen voor gemeenschappelijke vormen voor de organisatie van de verschillende marktautoriteiten. Ook worden suggesties gedaan voor oplossingen van problemen die zich in de loop van de inventarisatie gevraagd en ongevraagd hebben aangediend.

---

34. Hiervoor heb ik de Angelsaksische oorsprong van de marktautoriteiten aangestipt. Wanneer eenmaal een helder beeld is verkregen van de figuur in Nederland, zou een externe rechtsvergelijking daarom een voor de hand liggend vervolgonderzoek zijn. Dat onderzoek gaat de reikwijdte van dit preadvies echter te buiten.

2 Marktautoriteiten nader bepaald

Dit hoofdstuk biedt een verdere uitwerking van de achtergronden en inhoud van het verschijnsel marktautoriteit zoals geïntroduceerd in het vorige hoofdstuk. Daartoe wordt aandacht besteed aan de opvattingen die op mondiaal (OESO-)niveau worden gevormd over de wenselijke richting van ontwikkeling van het openbaar bestuur, in het bijzonder aan de beoordeling die de OESO geeft van de situatie in Nederland en meer in het bijzonder aan de rol die zij daarbij toedenkt aan marktautoriteiten. Vervolgens wordt het verschijnsel marktautoriteit nader geconcretiseerd door bij wijze van voorbeeld een korte schets te geven van enkele instanties die tot deze groep kunnen worden gerekend. Ten slotte wordt het professioneel-specialistische karakter van marktautoriteiten nader uitgewerkt.

2.1 Regulatory reform

De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO)[35] is in het leven geroepen in het kader van het Marshallplan waarmee de Verenigde Staten na de Tweede Wereldoorlog beoogden Europa economisch weer op de been te helpen. Sedertdien heeft zij haar werkterrein aanmerkelijk verbreed. In het bijzonder is de derde wereld binnen haar blikveld gekomen. Het streven naar economische ontwikkeling van de lidstaten op basis van vrije-markteconomie is nog steeds de hoeksteen.

In 1998 lanceerde de OESO haar 'Regulatory Reform Programme'. Dit programma is erop gericht de overheden in de lidstaten te helpen hun regulerende kwaliteit te verbeteren door regelgeving te hervormen die onnodig belemmerend is voor mededinging, innovatie en economische groei. Tegelijkertijd dient te worden verzekerd dat belangrijke sociale doelstellingen op efficiënte wijze worden gediend.

In dit kader zijn reviews uitgevoerd van de stand van zaken in de verschillende OESO-lidstaten. In 1999 verscheen het rapport 'Regulatory Reform In The Netherlands'. Het schetst een beeld van vastlopen van het naoorlogse Nederlandse corporatistische model en van de verzorgingsstaat, uitmondend in de crisis van de jaren tachtig van de vorige eeuw. Volgens het rapport wordt sedert die jaren tachtig een driesporenbeleid gevoerd ter verbetering van de economische prestaties van het Nederlandse

35. Aanvankelijk Organisatie voor Europese Economische Samenwerking.

stelsel van regelgeving: invoering van mededingingswetgeving naar Europees model, openstelling van de publieke sector voor marktwerking en het MDW-programma. Deze regulatory reform zou Nederland reeds aanzienlijke economische voordelen hebben opgeleverd, onder andere op het vlak van werkgelegenheid en inflatie. Voor de toekomst: 'Much will depend on the strength and success of the new competition enforcement agency.'

Het is opmerkelijk dat het rapport op onderdelen ver ingaat op de structuur van de Nederlandse overheidsorganisatie en op de plaats van marktautoriteiten daarin. Tussen de regels klinkt bijvoorbeeld zorg door over de verhouding tussen minister en regulator in de energie- en de telecomsector:

> 'a major concern is that the role of the Minister as regulator is too extensive, given conflicting objectives in the ministry. (...) In the short-term, delegation of more duties to the new regulator and competition authority would improve market transparency and confidence. Once stranded cost recovery rules are in place, establishment of a fully independent regulator should be considered, while maintaining ministerial accountability for overall policy and results.'

En

> 'The Ministry retains some non-policy functions, such as spectrum allocation. In principle, assigning those market functions to the Ministry increases the risk of uncertainty in the market, and conflict between the different roles of the government as a regulator and a shareholder. Spectrum licences should be issued as transparently and independently as possible. Although responsibility for establishing the overall frequency plan could be retained within the Ministry, responsibility for granting licences should be devolved to OPTA.'

Over de verhouding tussen de Minister van OC&W, het Commissariaat voor de Media en de OPTA heeft het rapport het volgende te zeggen:

> 'Even though the Netherlands is still establishing a new regulatory framework for telecommunications, the rapid convergence among broadcasting, content and communications technologies and services requires consideration of appropriate regulation for the next generation. Differences in regulatory treatment of the different sectors may already be distorting investment decisions and preventing users from enjoying better services. A challenge is to move speedily from service-specific regulation to regulation based on competition policy principles, to ensure regulatory consistency between converging sectors. At minimum, closer co-operation among regulatory institutions is needed, to determine common policy goals.'

Over de verhouding tussen de sectorspecifieke regelgeving en het algemene mededingingsrecht ten slotte, wordt het volgende opgemerkt:

> 'Sector specific regulation can assist in the transition phase from monopoly to competition, but as market forces become stronger, the sector specific regulation will need to be phased out.'

De OESO concludeert – voorzover van belang voor ons onderwerp:

> 'A distinctive and positive element of the Dutch regulatory reforms is the creation of several new agencies and offices with statutory responsibility for regulating, reforming, or promoting competition. These new institutions have the mandates, expertise, and incentives to improve regulatory practices. In creating these bodies, the government intended to balance two important and opposing values: *independence* to improve regulatory transparency and shield decisions from political pressures, and *ministerial responsibility* to parliament, an important accountability mechanism. Traditions of ministerial accountability are seen to limit the extent to which major regulatory responsibilities can be moved outside the central government. The resulting institutions are still to be tested, but it is not clear that the balance has been effectively struck. The situation differs among the new institutions, but in some cases, responsibilities are not effectively divided, and problems with policy co-ordination and linkages have not been resolved. If left uncorrected, these institutional problems could weaken regulatory policies in the future. The recommendations below are intended to improve co-ordination and transparency and to separate regulatory from policy functions more clearly, while maintaining ministerial responsibility for overall policy and results.'

Daarna volgen enkele aanbevelingen, zoals: aan de NMa zouden ondubbelzinnige beslissingsbevoegdheden moeten worden toegekend inzake de toepassing van mededingingsregels in sectorspecifieke context; in de elektriciteits- en telecomsector moeten regulerende bevoegdheden van de minister worden overgedragen aan de regulators, convergentie in het bedrijfsleven moet haar vertaling vinden in het bestuur, met name inzake energie, omroep en telecommunicatie, en last but not least de inspanningen inzake wetgevingskwaliteit die het ministerie van Economische Zaken en het ministerie van Justitie zich getroosten, moeten beter op elkaar worden afgestemd.

Samengevat en voorzover van belang voor ons onderwerp tendeert het OESO-rapport ernaar dat er in Nederland meer ruimte voor marktwerking moet komen, dat er meer bevoegdheden moeten worden toegekend aan marktautoriteiten, dat deze een grotere onafhankelijkheid ten opzichte van de minister moeten hebben, en dat sectorspecifieke regulering op termijn moet worden vervangen door een algemeen mededingingsregime. Al deze onderwerpen komen hierna nader aan de orde; de verhouding tussen minister en marktautoriteit in hoofdstuk 3, de verhouding tussen algemeen en sector-specifiek toezicht in hoofdstuk 6 en de samenwerking in de hoofdstukken 6 en 7.

Nederland zal ten aanzien van de verdere ontwikkeling van de nationale bestuursstructuur uitdrukkelijk positie moeten kiezen. Als de OESO haar zin krijgt, zal de betekenis van marktautoriteiten in het Nederlandse openbaar bestuur in de komende jaren verder toenemen.

2.2 Portrettengalerij

Ter nadere inkleuring van het verschijnsel marktautoriteit en om het beeld concreter te maken, volgen hierna bij wijze van voorbeeld korte schetsen van de algemene mededingingsautoriteit NMa, van enkele regulators en van enkele marktordeningsautoriteiten. Niet alle marktautoriteiten die in dit preadvies aan de orde komen, worden geportretteerd.[36] De gekozen voorbeelden zijn willekeurig. De keuze een bepaalde marktautoriteit wel of niet te schetsen, impliceert geen oordeel.

2.2.1 Algemene mededingingsautoriteit

NMa

De Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) begint steeds meer een organisatie met twee gezichten te worden. In de eerste plaats is zij de algemene mededingingstoezichthouder. In de tweede plaats is zij het 'huis' waarin steeds meer bijzondere marktgerelateerde taken worden ondergebracht, al dan niet als 'kamer'. Een kamer is een bestuursorgaan met eigen (wettelijke) bevoegdheden, dat is ondergebracht in de ambtelijke organisatie van de NMa en dus ambtelijk ondergeschikt is aan de d-g NMa. Zie over de kamers hierna bij DTe en Vervoerkamer. Zie over het kamermodel de paragrafen 6.1 en 6.2.

De NMa is in het leven geroepen bij de Mededingingswet (artikel 2 lid 1). De NMa ressorteert onder de Minister van EZ.[37] De minister kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven, maar is daarbij wel gebonden aan vormvoorschriften (artikel 4). Aan het hoofd van de NMa staat een directeur-generaal (artikel 2 lid 2). Deze d-g is het relevante orgaan waaraan de Mededingingswet en enkele andere wetten bevoegdheden toekennen. De belangrijkste bevoegdheden onder de Mededingingswet zijn de volgende. In de *eerste plaats* is er de bevoegdheid om aan ondernemingen ontheffing te verlenen van het verbod om concurrentiebeperkende afspraken te maken (artikel 17). In de *tweede plaats* is er de bevoegdheid om voorgenomen concentraties (fusies of bedrijfsovernames) vooraf te toetsen (artikel 37). Daartoe moeten concentraties vooraf worden gemeld. Binnen een fatale beslistermijn van vier weken kan de d-g NMa een gemelde concentratie vergunningplichtig verklaren. Op de dan mogelijk volgende vergunningaanvraag beslist de d-g NMa binnen een fatale termijn van dertien weken (artikel 41). Ten behoeve van deze beslissing kan de d-g NMa inlichtingen vorderen (artikel 43) ook van anderen dan de bij de concentratie betrokken ondernemin-

---

36. Zie voor portretten van DNB en de voormalige Verzekeringskamer: A.P.W. Duijkersloot & F.C.M.A. Michiels, Taken en bevoegdheden van onafhankelijke toezichthouders: mogelijkheden en beperkingen, in: Toezicht en regulering van nieuwe markten (2000).
37. Een wetsvoorstel om de NMa om te vormen tot een zelfstandig bestuursorgaan is aanhangig. Zie Kamerstukken 27 639. Op verzoek van de regering is de behandeling van dit wetsvoorstel in de Eerste Kamer (voorlopig) stilgelegd: brief van de Minister van EZ d.d. 10 september 2002; Kamerstukken I 2001/02, 27 639, nr. 228f.

gen. In de *derde plaats* beschikt de NMa over handhavingsbevoegdheden, met name bij overtreding van het verbod concurrentiebeperkende afspraken te maken (artikel 6) en van het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie (artikel 24). De d-g NMa kan toezichthouders aanwijzen die naast de Awb-bevoegdheden kunnen beschikken over enkele specifieke onderzoeksbevoegdheden. Voor een overtreding kan een boete van maximaal 10% van de jaaromzet van de overtredende onderneming of een last onder dwangsom worden opgelegd. In spoedeisende gevallen kan zelfs op basis van een voorlopig oordeel dat sprake is van een overtreding een last onder dwangsom worden opgelegd, de zogenoemde voorlopige last onder dwangsom (artikel 83).[38]

De Rechtbank Rotterdam is aangewezen als bijzonder bestuursrechter in mededingingszaken (artikel 93). Hoger beroep staat open bij het CBB.

De wetten die taken opdragen aan een kamer binnen de NMa kennen ook buiten de kamer om bevoegdheden voor de NMa. De Elektriciteitswet 1998 (artikel 51) en de Gaswet (artikel 19) dragen de d-g NMa op om op de grondslag van de Mededingingswet geschillen te beslechten. Het gaat daarbij met name om geschillen rondom overeenkomsten waarin de desbetreffende wet voorziet. Beslechten op de grondslag van de Mededingingswet zal wel betekenen dat de d-g NMa moet beoordelen of aan het geschil mogelijk een misbruik van economische machtspositie ten grondslag ligt.

In beide gevallen staat rechtstreeks beroep open op het CBB.

De Europese counterpart van de NMa als algemene mededingingstoezichthouder is het Directoraat-Generaal Mededinging van de Europese Commissie.

2.2.2 Regulators

OPTA

De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) is in het leven geroepen bij wet van 5 juli 1997,[39] de zogenoemde Wet OPTA. De OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan dat op grond van de instellingswet rechtspersoonlijkheid bezit (artikel 2 lid 2). Het personeel is in dienst van de OPTA zelf (artikel 30). Het college van de OPTA bestaat uit drie tot vijf leden die door de Minister van V&W voor vier jaar worden benoemd. De OPTA heeft een eigen begroting die goedkeuring van de minister behoeft (artikel 10). De minister kan de OPTA beleidsregels stellen (artikel 19) en de bevoegdheden van OPTA in geval van taakverwaarlozing aan zich trekken (artikel 23).

De belangrijkste wetten die taken en bevoegdheden opdragen aan de OPTA zijn de Telecommunicatiewet en de Postwet.

---

38. Zie over deze figuur bijvoorbeeld: P.J.M. Koning, Voorlopige last onder dwangsom: nieuw bestuurlijk snelrecht?, M&M 2000, p. 118-120.
39. Wet van 5 juli 1997, Stb. 320, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2001, 559.

De Telecommunicatiewet draagt aan de OPTA onder andere op de registratie van aanbieders van een telecommunicatienetwerk (artikel 2.1) en het beheer van (telefoon)nummers. Dat laatste betekent het toekennen (artikel 4.2), reserveren (artikel 4.4) en registreren van nummers (artikel 4.8).

Een volgend cluster van bevoegdheden betreft de plicht tot interconnectie tussen aanbieders van telecommunicatienetwerken om de communicatie tussen eindgebruikers van verschillende aanbieders mogelijk te maken. De OPTA kan een termijn stellen voor onderhandelingen (artikel 6.1), overeenkomsten inzake interconnectie toetsen (artikel 6.2) of regels stellen bij het ontbreken van een interconnectieovereenkomst (artikel 6.3). Zij kan ook ontheffing verlenen van de interconnectieplicht. De OPTA is bevoegd op aanvraag geschillen te beslechten over de verbintenissen die uit een interconnectieovereenkomst voortvloeien (artikel 6.3 lid 2).

Hoofdstuk 7 van de Telecommunicatiewet is getiteld: 'Open netwerk voorziening, huurlijnen en telefonie'. Het hoofdstuk opent met de opdracht bij of krachtens AMvB de desbetreffende EG-richtlijn uit te voeren. Bij die uitvoeringsregels kunnen bevoegdheden aan de OPTA worden toegekend. De OPTA is voorts bevoegd de ondernemingen aan te wijzen waarvoor deze regels gelden (artikel 7.2). Ook kan zij ontheffing verlenen van tariefverplichtingen (artikelen 7.3 en 7.4). Op basis van artikel 7.7 is een regeling getroffen op grond waarvoor OPTA geschillen kan beslechten.

Aan aanbieders van kabeltelevisie kan de OPTA aanwijzingen (artikel 8.6) dan wel bindende aanwijzingen (artikel 8.7) geven.

De OPTA is belast met een gedeelte van de handhaving van de Telecommunicatiewet. Daartoe behoren toezicht (artikel 15.1 lid 3), bestuursdwang (artikel 15.2 lid 2) en de bestuurlijke boete (artikel 15.4; maximaal € 450.000).

De Postwet geeft de OPTA vooral bevoegdheden inzake toezicht (artikel 14b) en handhaving. Voor de handhaving beschikt de OPTA over een aanwijzingsbevoegdheid (artikel 15), een bestuursdwangbevoegdheid (artikel 15a) en een boetebevoegdheid (artikel 15b).

Voor beide wetten is de bevoegde bestuursrechter in eerste aanleg de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het CBB.

Counterpart op communautair niveau is het Directoraat-Generaal Telecommunicatie.

DTe

De Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) is bij de Elektriciteitswet 1998 ingesteld als kamer van de NMa (artikel 5 lid 1). Aan de directeur van de DTe zijn taken en bevoegdheden toegekend bij de Elektriciteitswet 1998 en bij de Gaswet. De meeste bevoegdheden die hij in het kader van deze taken uitoefent, ontleent hij echter aan mandaat van de Minister van Economische Zaken en van de directeur-generaal van de NMa.

Zijn eigen wettelijke bevoegdheden zijn beperkter onder de Gaswet. Zij betreffen met name de tarieven en voorwaarden die worden gehanteerd voor gastransport. De directeur DTe beoordeelt voorstellen die het gastransportbedrijf terzake doet. Hij kan het bedrijf opdragen de voorstellen aan te passen (artikel 11 lid 5). Voorts kan hij voor deze tarieven en voorwaarden richtlijnen[40] en bindende aanwijzingen geven (artikel 13). Tegen overtredingen kan hij optreden door middel van een last onder dwangsom (artikel 60a).

De bevoegde bijzondere rechters zijn het CBB en in sommige gevallen de Rechtbank Rotterdam (artikel 61).

Onder de Elektriciteitswet 1998 is de rol van de directeur DTe wat groter. In algemene termen wordt hem uitvoering en toezicht op de naleving opgedragen (artikel 5 lid 3). Daartoe heeft hij de bevoegdheid toezichthouders aan te wijzen (artikel 5 lid 4). Ook kan hij bindende aanwijzingen geven in verband met de naleving van de wet (artikel 5 lid 6). Al spoedig bleek dat de bevoegdheid bindende aanwijzingen te geven niet voldoende is om daadwerkelijke naleving te bewerkstelligen. Om die reden is de aanvullende bevoegdheid tussengevoegd om een last onder dwangsom op te leggen (artikel 5a). De kernbevoegdheden van de directeur DTe betreffen de vaststelling van tariefstructuren en voorwaarden (artikelen 36 en 37) voor transport van elektriciteit en uiteindelijk op basis van deze structuren de jaarlijkse tarieven en kortingen daarop van de individuele netbeheerders (artikel 41). De directeur DTe beschikt over ondersteunende bevoegdheden zoals die tot het vorderen van inlichtingen.

De rechtsbescherming is opgedragen aan het CBB en voor bepaalde besluiten in eerste aanleg aan de Rechtbank Rotterdam casu quo de Rechtbank Arnhem (artikel 82).

Vervoerkamer

Sedert 1 september 2001 wordt bij de NMa gewerkt aan de inrichting van een Vervoerkamer. Men zou kunnen spreken van een 'informele kamer' omdat de wet deze kamer niet met zoveel woorden kent. De Vervoerkamer is de organisatorische inbedding voor het sectorspecifieke toezicht dat bij de Wet personenvervoer 2000 aan de d-g NMa wordt opgedragen. Ook de wetsvoorstellen voor de Wet luchtvaart en de Spoorwegwet voorzien in sectorspecifieke taken voor de d-g NMa. De d-g NMa oefent deze taken uit onder verantwoordelijkheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat (artikel 15). Deze kan hem algemene aanwijzingen geven (in de vorm van beleidsregels), zelfs met betrekking tot de interpretatie van *mededingingsrechtelijke* begrippen (al heeft hij daarvoor overeenstemming met de Minister van EZ nodig – artikel 16), en individuele aanwijzingen (uitsluitend in schriftelijke vorm).

---

40. Zie hierover bijvoorbeeld A.P.W. Duijkersloot & F.C.M.A. Michiels, Over de rechtmatigheid van de Richtlijnen gastransport 2002, M&M 2002, p. 118-122.

De Wet personenvervoer 2000 draagt (na inwerkingtreding van de desbetreffende artikelen) de NMa enkele algemene taken op, alsmede het toezicht op de gemeentelijke vervoerbedrijven (GVB's). De algemene taken betreffen het geven van verklaringen van geen bezwaar inzake de concessieverlening aan vervoerders, alsmede het rapporteren over mogelijke gevolgen voor de mededinging van door de minister te nemen besluiten. Voorts ziet de Vervoerkamer erop toe dat de GVB's alleen openbaar vervoeractiviteiten verrichten. De activiteiten die niet onder het openbaar vervoer vallen, moeten worden afgesplitst naar een afzonderlijke rechtspersoon. Tevens zal de Vervoerkamer erop toezien dat er tussen de verschillende organisatieonderdelen geen sprake is van verboden kruissubsidie. Zo nodig kan de d-g NMa een last onder dwangsom opleggen.

Beroep staat open bij het CBB, in sommige gevallen voorafgegaan door beroep bij de Rechtbank Rotterdam.

2.2.3 Marktordeningsautoriteiten

VWA

Bij ministerieel besluit van 8 juli 2002[41] is de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA) ingesteld. In de VWA zijn de Keuringsdienst van Waren (KvW) en de Rijksdienst voor de Keuring van Vee en Vlees (RVV) ondergebracht (artikel 2) onder een centrale overkoepelende stafeenheid. De leiding van de VWA berust bij de d-g VWA.[42] Drie directies voor (1) toezicht, (2) onderzoek en risicobeoordeling, en (3) communicatie en voorlichting maken deel uit van de overkoepelende eenheid. De meeste eigen bevoegdheden heeft de VWA op het terrein van eerstgenoemde directie. Aanvankelijk was het de bedoeling ook het Voedingscentrum (voorlichting) en de onderzoeksinstellingen RIVM en RIKILT in de VWA op te nemen, maar die gedachte heeft de eindstreep niet gehaald. De VWA heeft geen eigen onderzoekscapaciteit, maar zij heeft wel tot taak het programmeren en coördineren van onderzoek op het terrein van voedselveiligheid.

De VWA is onder meer belast met (artikel 3):

– het erkennen van ondernemingen, en het verlenen van erkenning, registraties en vergunningen aan bedrijven, veewagens en personen;
– het keuren van levende en geslachte dieren en producten hiervan;
– bestuursrechtelijke handhaving van een groot aantal wetten;
– het houden van toezicht op bedrijfskeuringen;

41. Stcrt. 2002, 127, p. 10.
42. In het Besluit organisatie VWA aangeduid als 'DG-VWA'. Ik heb gekozen voor een schrijfwijze die aansluit bij de eerder gebruikte aanduiding van de directeur-generaal van de NMa.

– het uitvoeren van bedrijfscontroles; en
– in mandaat namens de Minister van LNV: het rijkstoezicht op het Centraal Orgaan voor Kwaliteitsaangelegenheden in de Zuivel (artikel 5).[43]

De VWA ressorteert onder de Minister van VWS. Deze minister heeft het beheer. Het gezag over de VWA is verdeeld over de Minister van VWS en de Minister van LNV. In het bijzonder de (voormalige LNV-)ambtenaren van de RVV zijn gehouden ten tijde van crises opdrachten van LNV uit te voeren.

In veel gevallen is het CBB de in eerste en enige aanleg bevoegde bestuursrechter.

De VWA heeft op het niveau van de Europese Unie twee rechtstreekse counterparts: de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid (European Food Safety Authority: EFSA) en het 'Food and Veterinary Office' (FVO). De EFSA verstrekt wetenschappelijk advies en wetenschappelijke en technische ondersteuning voor de wetgeving en het beleid van de Gemeenschap en de lidstaten in alle aangelegenheden die direct of indirect op de voedselveiligheid van invloed zijn. Zij verstrekt onafhankelijke informatie over alle aangelegenheden op dat gebied en verzorgt de communicatie inzake risico's. Het FVO is belast met tweedelijns toezicht, het is met andere woorden verantwoordelijk voor toezicht op de naleving van levensmiddelenrecht door de lidstaten en derde landen.

Autoriteit-FM

Per 1 maart 2002 is de naam van de Stichting toezicht effectenverkeer (STE) gewijzigd in Autoriteit Financiële Markten. Vanaf die datum is het werkterrein uitgebreid tot buiten de effectenmarkten. De Autoriteit-FM houdt toezicht op het gedrag van de gehele Nederlandse financiële marktsector: sparen, beleggen,verzekeren en lenen.[44]

De Autoriteit-FM gaat uit van vier doelstellingen: zuivere verhoudingen tussen kapitaalvragers en beleggers, tussen intermediairs en beleggers en tussen beleggers onderling, en het adequaat functioneren van de effectenmarkten.

In de verhouding tussen kapitaalvragers en beleggers ziet de Autoriteit-FM onder andere toe op openbare biedingen en emissies buiten de beurs. Zij kan ontheffingen verlenen van biedingsregels of prospectusplicht. In de sfeer van de handhaving kan zij aanwijzingen geven, publieke waarschuwingen uit doen gaan en een last onder dwangsom of bestuurlijke boete opleggen.

In de verhouding tussen intermediairs en beleggers is de Autoriteit-FM onder andere bevoegd vergunningen te verlenen (en in te trekken) en beoogde bestuurders te beoordelen en bedrijven te onderzoeken. Ook degene die een gekwalificeerde deelneming in een effecteninstelling houdt, moet beschikken over een verklaring van geen

43. Mandaatbesluit Voedsel en Waren Autoriteit, Stcrt. 2002, 248 (LNV).
44. Autoriteit Financiële Markten, Jaarverslag 2001, p. 6.

bezwaar van de Autoriteit-FM (artikel 16 Wte 1995) en wordt beoordeeld op – kort gezegd – betrouwbaarheid.

Voor wat betreft de verhouding tussen beleggers onderling, beschikt de Autoriteit-FM over bevoegdheden tot onderzoek naar voorwetenschap. Voorts ontvangt zij meldingen van zeggenschap in ter beurze genoteerde ondernemingen. Bij overtreding van de meldingsplicht kan een last onder dwangsom of bestuurlijke boete worden opgelegd.

Ten slotte houdt de Autoriteit-FM (deels samen met DNB[45]) toezicht op de beurzen.

2.3 Bestuur door deskundigen

2.3.1 Epistemic communities

In sociaal-wetenschappelijke literatuur[46] wordt aandacht besteed aan bepaalde werkgemeenschappen van deskundigen, 'epistemic communities' genaamd. Kenmerkend voor een epistemic community is dat het gaat om een professionele groep waarvan de leden dezelfde wetenschappelijke standaarden aanvaarden. Dat wil zeggen dat zij geloven in dezelfde oorzakelijke relaties, dezelfde bewijsvoeringen accepteren en dezelfde waarden delen. De leden hebben gemeenschappelijke opvattingen over problemen en hun oplossingen. Zij beschikken over een erkende expertise in een bepaald veld en ontlenen autoriteit aan hun beleidsrelevante kennis inzake het desbetreffende veld. Deze deskundigen hebben een grote invloed op beleidsmakers omdat zij ten aanzien van complexe problemen oorzakelijke verbanden aangeven die overheden helpen hun belangen te onderkennen, onderwerpen voor maatschappelijk debat te formuleren en beleidskeuzes wetenschappelijk te onderbouwen.

Deze literatuur gaat ervan uit dat epistemic communities beleidsmakers beïnvloeden via hun inhoudelijke gezag. Punt van aandacht is de vraag in hoeverre de wetenschappelijke opvattingen die op een bepaald moment binnen de desbetreffende groep de heersende leer uitmaken, politiek neutraal zijn.[47] Als vanzelfsprekend wordt echter voorondersteld dat de deskundigen niet zelf over beslissingsbevoegdheid beschikken.

---

45. Dit betreft de systemen van afwikkeling van op de beurs verrichte transacties (clearing en settlement).
46. Bij deze paragraaf is gebruikgemaakt van een nog ongepubliceerd paper van Kees Jansen & Esther Roquas, Studying International Epistemic Communities: Biotechnology Regulation in Developing Countries (WUR 2002). Voor gepubliceerde bronnen zie bijvoorbeeld B. Holzner & J.H. Marx, Knowledge Application: The Knowledge System in Society, Boston 1979; P.M. Haas, Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination, International Organisation 1992, p. 1-35.
47. L. Davies (Technical Cooperation and the International Coordination of Patentability of Biotechnological Inventions, Journal of Law and Society 2002/1, p. 137-162) betoogt dat de deelnemers in wetenschappelijke netwerken niet zonder meer neutrale wetenschappelijke kennis genereren. Wat een epistemic community doet, hoe zij het doet, wat voor soort advies en informatie zij genereert, wordt mede bepaald door de politieke opvattingen en belangen van de betrokkenen.

Daarmee wordt van een impliciete grens uit gegaan, die in het geval van sommige marktautoriteiten lijkt te worden overschreden.

De oriëntatie van marktautoriteiten en dan met name van regulators en marktordeningsautoriteiten op gedragingen van ondernemingen op specifieke markten heeft tot gevolg dat zij voor een betrekkelijk smalle bestuurstaak staan. Het ligt dan erg voor de hand dat voor deze toegespitste bestuurswerkzaamheden mensen worden aangetrokken die deskundig zijn op het desbetreffende terrein. In vergelijking tot bestuursorganen met een algemene bestuurstaak zal daarom de materiedeskundigheid en het daarbij behorende gezag veel groter zijn,[48] maar daar kan tegenover staan dat de deskundigheid inzake besturen en bestuursrecht geringer is.

Er kan een onbalans ontstaan tussen de wetenschappelijke aspecten enerzijds en de juridisch bestuurlijke en democratische aspecten anderzijds wanneer de deskundige bestuurder onvoldoende grip heeft op het bestuurlijk juridisch handwerk of de rechter onvoldoende grip heeft op de wetenschappelijke aspecten van de normen die hij heeft toe te passen.

Een risico voor materiedeskundige bestuurders is dat zij zich meer laten leiden door de wetmatigheden die het wetenschappelijke terrein van hun specifieke deskundigheid regeren, dan door de politieke keuzes van volksvertegenwoordigende organen zoals neergelegd in wettelijke bepalingen. Zij hebben reden te menen beter te weten dan de wetgever welke wijze van regulering goed is voor een specifieke markt. Dat zal voor deze bestuurders het gezag van de wetgever en hun bereidheid zich te voegen naar de wettelijke voorschriften geen goed doen.

Illustratief is wellicht de kwestie van de x-factor. De Elektriciteitswet 1998 draagt de Minister van EZ op tarieven vast te stellen voor de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers. Deze bevoegdheid wordt in mandaat uitgeoefend door de directeur DTe. Artikel 58 geeft voor deze tarieven de volgende berekeningswijze:

1. De tarieven, bedoeld in artikel 57, tweede lid, worden door Onze Minister vastgesteld met inachtneming van:
   a. het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening, waaronder begrepen het belang dat door middel van marktwerking ten behoeve van afnemers een doelmatige bedrijfsvoering en kostenverlaging worden bevorderd en het belang van beschermde afnemers om tegen redelijke voorwaarden verzekerd te zijn van levering van elektriciteit, in het bijzonder vanwege het

48. Specialisatie is dan ook een belangrijk argument waarom voor wat betreft de handhaving wordt gekozen voor marktautoriteiten en niet voor het openbaar ministerie. Marktautoriteiten worden beter in staat geacht om de veelal ingewikkelde regelgeving te controleren en overtredingen ervan te sanctioneren dan het toch al zwaarbelaste openbaar ministerie. Vgl. A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, Europa en bestuurlijke handhaving. Trends en uitdagingen, Justitiële verkenningen 2001, nr. 2, p. 68-80 (i.h.b. p. 70).

effect van een doelmatige bedrijfsvoering door vergunninghouders, die mede inhoudt de inkoop van elektriciteit en van energiebronnen bestemd voor opwekking daarvan, en

b. de formule

pt = (1 + ((cpi – xt) : 100)) pt – 1, waarbij:

pt = de tarieven die zullen gelden in periode t;

pt – 1 = de tarieven die golden in de periode voorafgaand aan periode t;

cpi = de relatieve wijziging van de consumentenprijsindex (alle huishoudens), berekend uit het quotiënt van deze prijsindex, gepubliceerd in de vierde maand voorafgaande aan periode t, en van deze prijsindex, gepubliceerd in de zestiende maand voorafgaande aan periode t, zoals deze maandelijks wordt vastgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek;

xt = de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering door vergunninghouders voor zover het betreft de inkoop van elektriciteit en de diensten met betrekking tot de levering van elektriciteit.

2. Onze Minister stelt de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering vast voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar, met dien verstande dat hij de korting ten hoogste vier maal per kalenderjaar kan bijstellen indien de feitelijke ontwikkeling van het prijsniveau van de inkoop van elektriciteit op het deel van de markt dat wordt gevormd door de afnemers, niet zijnde beschermde afnemers, daartoe aanleiding geeft.

De directeur DTe ontwikkelde een genuanceerd beleid ten aanzien van de factor x (zie de laatste regel van het eerste lid). Er werd een formule ontwikkeld die met inachtneming van diverse markt- en ondernemingsomstandigheden, per periode voor elke onderneming een specifieke factor x genereerde.

Er kan in redelijkheid geen twijfel over bestaan dat een dergelijke benadering meer recht kan doen aan de complexe werkelijkheid dan het kiezen van één generiek getal voor de factor x. Dat is echter wel de opdracht die de wetgever heeft gegeven en dat is dus ook de grens van de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven[49] vernietigde de besluiten waarin de x-formule was toegepast met onder andere de volgende overwegingen.

'Verweerder heeft bij de vaststelling van het x-besluit van 13 oktober 2000 – herzien bij besluit van 20 december 2001 – ter uitvoering van artikel 58, voornoemd, niet de korting als bedoeld in 58 Ewet 1998, maar een tweeledig kortingstraject vastgesteld, omdat naar zijn oordeel de aard en dynamiek van enerzijds de inkoop van elektriciteit en anderzijds de diensten met betrekking tot de levering ervan wezenlijk verschillen. Een korting voor het dienstendeel (handelsdeel) is in het x-besluit vastgesteld op een x, die voor de volledige reguleringsperiode van drie jaar voor alle vergunninghouders gelijk wordt gesteld aan de consumentenprijsindex. Met betrekking tot de inkoop van elektriciteit is evenwel geen concrete korting vastgesteld, maar wordt aangegeven hoe deze per distributiebedrijf vier maal per kalenderjaar wordt berekend. De per bedrijf variërende factor wordt bepaald volgens de in artikel 2 van het x-besluit

49. CBB 6 februari 2002, LJN AD9309. Zie voor een soortgelijk oordeel over een x-factor die de directeur DTe heeft vastgesteld krachtens zijn eigen bevoegdheid ex art. 41 Elektriciteitswet 1998: CBB 13 november 2002, LJN AF0508.

neergelegde sleutel en hangt af van de eigen inkoopkosten van het desbetreffende bedrijf en de inkoopkosten van de andere vergunninghouders, één en ander zoals gerealiseerd in een voorafgaande periode van drie maanden.
Het College is van oordeel dat een dergelijk tweeledig kortingssysteem zich niet verdraagt met het bepaalde in artikel 58 van de Ewet 1998. Verweerder heeft niet op grond van artikel 58 van de Ewet de x-factor vastgesteld, maar heeft een kortingstraject gecreëerd, waaruit niet één in de wettelijke formule van artikel 58, eerste lid, onder b, van de Ewet 1998 als xt inpasbaar kortingsgetal ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering kan worden afgeleid. Uit de tekst van artikel 58, eerste lid, onder b, volgt naar het oordeel van het College evenwel dat één doelmatigheidskorting moet worden vastgesteld.
Voorts heeft verweerder naar het oordeel van het College miskend dat artikel 58, tweede lid, van de Ewet 1998 de vaststelling van één kortingsfactor voorschrijft en geen ruimte biedt om de omvang ervan te laten variëren per distributiebedrijf. Verweerder heeft evenzeer miskend dat de doelmatigheidskorting voor een periode van ten minste drie jaar dient te worden vastgesteld, behoudens de in de wet voorziene, beperkte, mogelijkheid tot bijstelling vier maal per kalenderjaar, waarvan gebruik kan worden gemaakt indien de feitelijke ontwikkeling van het prijsniveau van de inkoop van elektriciteit op het deel van de markt dat wordt gevormd door de afnemers, niet zijnde beschermde afnemers, daartoe aanleiding geeft.
De onwenselijkheid – volgens verweerder – van vaststelling van een enkelvoudige korting noch de uit overleg met belanghebbenden beweerdelijk gebleken behoefte aan een meer genuanceerd systeem, vormen omstandigheden die kunnen afdoen aan de verbindendheid van het voorschrift, neergelegd in artikel 58 van de Ewet 1998.'

De wetgever buigt zich thans over de vraag of het deskundige oordeel van het bestuursorgaan niet alsnog moet worden gevolgd.[50]

Wellicht[51] is in een overwicht van materiedeskundigheid boven juridische legitimiteit ook een oorzaak gelegen voor het hoge percentage vernietigingen van haar besluiten door de rechter, waarmee de OPTA in haar beginperiode werd geconfronteerd.

2.3.2 Rechtspraak door deskundigen

Ter compensatie van de overkill aan inhoudelijke knowhow bij de marktautoriteiten heeft de wetgever in een flink aantal gevallen – in afwijking van de hoofdregel van de

50. Zie het wetsvoorstel 'Wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector in verband met de financiering van de tegemoetkoming aan de elektriciteitsproductiesector uit de algemene middelen en van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet omwille van de correctie van enkele tariefbepalingen alsmede in verband met een tijdelijk verbod van privatisering van netwerkbedrijven' ('Wetsvoorstel OEPS'), Kamerstukken I 2002/03, 28 174, nr. 110. Dit voorstel voorziet onder meer in een zodanige wijziging met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 van art. 58 van Elektriciteitswet 1998, dat het door DTe ontwikkelde systeem alsnog kan worden gehandhaafd.
51. Uit het preadvies van A.T. Ottow komt naar voren dat een verklaring ook gelegen kan zijn in de gebrekkige kwaliteit van de toepasselijke wetgeving of rechtspraak.

Awb – de rechtspraak opgedragen aan een gespecialiseerde bestuursrechter,[52] althans aan een bestuursrechter die door een concentratie van zaken de gelegenheid heeft zich te specialiseren. In de meeste gevallen is als gespecialiseerde rechter in hoogste ressort gekozen voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven[53] en in eerste aanleg voor de Rechtbank Rotterdam. Een enkele keer is het CBB ook rechter in eerste en enige aanleg. Bij wijze van uitzondering is het beroep in eerste aanleg ten aanzien van enkele artikelen uit de Elektriciteitswet 1998 opgedragen aan de Rechtbank Arnhem.

De gelegenheid die de rechter wordt geboden om eigen materiedeskundigheid op te bouwen, zou een zeker tegenwicht kunnen bieden tegen de neiging die sommige bestuursrechters vertonen om zich terug te trekken op een formele toetsing, niet alleen wanneer er bestuurlijke vrijheid, maar ook wanneer er inhoudelijk een gecompliceerde materie aan de orde is. De Rechtbank Rotterdam heeft al bij herhaling blijk gegeven van durf waar het gaat om het geven van eigen oordelen ten aanzien van economische kwesties.[54] Desondanks stelt ook deze rechtbank zich (met een beroep op rechtspraak van het HvJ EG) op het standpunt dat:[55]

> 'de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter is, en ook dient te zijn, naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt'.

Dit zou erop kunnen duiden dat ook de deskundige rechter de neiging vertoont om zich terug te trekken van het terrein van de specifieke deskundigheid van het bestuursorgaan. Wanneer dit inderdaad het geval is, is de consequentie dat marktautoriteiten een zekere mate van onafhankelijkheid genieten ten opzichte van de bestuursrechter.

2.3.3 Expertise aan de macht

De toespitsing van de bevoegdheden van marktautoriteiten op kleine maar zeer complexe deelterreinen van openbaar bestuur, geeft de mogelijkheid een hoge mate van technische expertise in de bestuurlijke organisatie op te nemen dan wel op te bouwen.

---

52. R. van den Bergh breekt een lans voor de 'rechter-econoom' (Dante, Calimero en de rechter-econoom. Over de mogelijkheden en de beperkingen van het gebruik van economische theorieën en economisch bewijsmateriaal in mededingingszaken, SEW 2003, p. 10-19).
53. De bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie noemt als regelingen ter zake waarvan het CBB in hoger beroep bevoegd is onder andere (artikelen uit): de Mededingingswet, de Postwet, de Telecommunicatiewet, de Elektriciteitswet 1998, de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet personenvervoer 2000, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Gaswet, de Warenwet, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake de wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen, de Pensioen- en spaarfondsenwet, de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994 en een tweetal wetten inzake verplichte deelneming in een pensioenregeling. Dit zijn bijna allemaal wetten die worden uitgevoerd door marktautoriteiten.
54. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 20 september 2000, LJN AA9482 (Wegener). De meer terughoudende koers van de rechtbank is vermoedelijk mede ingegeven door de vernietiging van deze uitspraak. Zie CBB 5 december 2001, LJN AD6693.
55. Rb. Rotterdam 21 juni 2001, AB 2001, 331 m.nt. M.H. Boogers.

Dit kan de kwaliteit van het bestuur zeer ten goede komen wanneer er voldoende voor wordt gewaakt dat de bestuurlijk juridische kwaliteit niet op het tweede plan raakt. In sommige gevallen kunnen compenserende maatregelen nodig zijn. Dit geldt temeer wanneer de complexiteit van de materie ertoe bijdraagt dat het bestuur ook tegenover de rechter een vrij terrein verwerft. Ik zal dienaangaande aanbevelingen formuleren in het laatste hoofdstuk.

3 Verhouding tot de politiek

Democratische controle versus politieke bemoeienis

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de externe relaties van marktautoriteiten. Daarbij gaat het in het bijzonder om de relatie tot de minister die verantwoordelijk is voor het beleidsterrein waarop de marktautoriteit zich beweegt, en via deze minister tot de volksvertegenwoordiging. Marktautoriteiten kenmerken zich door een zekere mate van onafhankelijkheid tot minister en politiek. Door deze onafhankelijkheid ontstaat een zekere vermindering aan politieke verantwoording; deze kan enigszins worden gecompenseerd door publieke verantwoording waarvoor transparantie nodig is. Op deze transparantie wordt in hoofdstuk 4 teruggekomen.

3.1 Waarom onafhankelijkheid?

Een zekere mate van onafhankelijkheid in relatie tot de minister lijkt enerzijds tot de wezenskenmerken van marktautoriteiten te behoren, anderzijds wordt zij bij elke nieuwe instantie telkens opnieuw bevochten c.q. belobbyd.

De gebruikelijkheid van onafhankelijkheid neemt niet weg dat de redenen die worden aangevoerd voor het creëren van afstand tussen marktautoriteit en departement zeer divers zijn. Er worden inhoudelijke argumenten aangevoerd, soms gehuld in een principiële waas, maar ook het meer 'mondaine' argument dat de minister er geen zin in heeft. Zo heeft de Minister van Financiën opgemerkt:[56]

> 'Ik zie er als een berg tegenop om het concrete bedrijfseconomische toezicht op het bankwezen, het verzekeringswezen en het effectenwezen binnen de muren van het Ministerie te halen. In die zin is de onafhankelijkheid van de toezichthouder goed.'

56. Handelingen II, 18 februari 1997, p. 51-3875.

Voor de Raad van State is het vertrouwen van het bedrijfsleven in de overheid van groot belang. In zijn tweede advies bij de Wet Toezicht op toezicht[57] merkt hij op:[58]

> 'De Raad blijft als uitgangspunt hanteren dat in het systeem van de toezichtswetgeving bewust is gekozen voor toezicht op afstand van het Rijk. Daarmee wordt de autonomie van het veld gerespecteerd en wordt ervoor gewaakt dat de vertrouwelijkheid van het interne functioneren van het bedrijfsleven niet wordt geschonden. Een effectief toezicht op het functioneren van het bedrijfsleven is niet bereikbaar, indien het risico bestaat dat het bedrijfsleven niet langer bereid is zijn volledige medewerking bij de verstrekking van gegevens te leveren.'

De Kaderstellende visie op toezicht biedt criteria voor de positionering van toezicht.[59] Zo acht het kabinet het onwenselijk dat toezichthoudende taken extern verzelfstandigd worden wanneer een uitgekristalliseerd normenkader niet voorhanden is. Het vaststellen van het beleidskader vindt het kabinet geen taak van de toezichthouder zelf. Wanneer dan gekozen wordt voor interne positionering, dient de toezichthouder binnen het ministerie wel op een zo hoog mogelijk niveau gepositioneerd te worden, bij voorkeur onder de secretaris-generaal.

Voor externe verzelfstandiging gelden onder andere de criteria uit Aanwijzing 124c inzake zelfstandige bestuursorganen (onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid, strikt regelgeboden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen, en noodzakelijke participatie van maatschappelijke organisaties). Een volgend punt dat de Kaderstellende visie noemt, is voor marktautoriteiten voldoende belangrijk om integraal te citeren:

> 'De waarborging van de belangen van derden (d.w.z. van buiten de overheidsorganisatie) ten opzichte van directe politieke bemoeienis is een tweede criterium voor de keuze tussen interne en externe verzelfstandiging. Wanneer directe politieke bemoeienis in concrete gevallen onwenselijk is, is externe verzelfstandiging aangewezen. Dit criterium sluit dan ook aan bij het hiervoor (...) genoemde aspect van onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid. *Het kabinet is van mening dat toezicht op de werking van markten aan deze voorwaarde voldoet. Binnen marktverhoudingen kan enige afstand tussen de minister en de toezichthouder noodzakelijk zijn, wanneer de rol van de overheid op de markt een andere is: geen spelbepaler maar medespeler.* Als voorbeeld van toezichthouders waar afstand tot de overheid wenselijk is, noemt het kabinet De Nederlandsche Bank, de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit.' (curs. BvM)

---

57. Voluit: Aanpassing van de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en de Wet natura-uitvaartverzekeringsbedrijf in verband met het mogelijk maken van onderzoek naar de toereikendheid van deze wetgeving of van de wijze waarop de toezichthouders deze wetgeving uitvoeren of hebben uitgevoerd.
58. Kamerstukken II 1997/98, 24 456, C, p. 2. Dit tweede advies is gevraagd naar aanleiding van het amendement Witteveen-Hevinga (nr. 15), dat voorzag in een bevoegdheid voor de minister om informatie vertrouwelijk door te geven aan de Staten-Generaal.
59. Kamerstukken II 2000/01, 27 831, nr. 1, par. 3.3, i.h.b. p. 12.

In het verlengde van deze lijn betoonde de Minister van Financiën zich voorstander van toezicht op afstand omdat, wanneer dit anders zou zijn, ten onrechte doelstellingen die hij er als bewindspersoon of als politicus op na zou houden, verweven zouden kunnen raken met bedrijfseconomische toezichtdossiers.[60] Van Everdingen[61] merkt hieromtrent op dat het inderdaad van belang is om elke schijn van vermenging van belangen te vermijden; en dat in dit verband relevant is dat de Staat de grootste emittent van ter beurze genoteerde effecten is.[62] Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de Staat soms ook grootaandeelhouder is van beursgenoteerde ondernemingen zoals KPN.

In sommige gevallen wordt de onafhankelijkheid, met name ten opzichte van een overheid met eigen belangen, voorgeschreven door Europese regelgeving. Een voorbeeld is het tweede lid van artikel 5bis van Richtlijn 90/387/EEG (de ONP-richtlijn):[63]

> Teneinde de onafhankelijkheid van nationale regelgevende instanties[64] te waarborgen, dienen:
> – de nationale regelgevende instanties juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk te zijn van alle organisaties die telecommunicatienetwerken, -uitrusting of -diensten verschaffen;
> – lidstaten die het eigendom behouden van of die een belangrijke mate van zeggenschap hebben over de organisaties die telecommunicatienetwerken en/of -diensten verschaffen, ervoor zorg te dragen dat er een daadwerkelijke structurele scheiding bestaat tussen de regelgevende functie[65] en de met het eigendom of met de zeggenschap verband houdende activiteiten.

Een argument dat mij in aanvulling van het vorenstaande zou kunnen overtuigen van de wenselijkheid van toekenning van onafhankelijkheid aan een marktautoriteit, is dat dit in wezen een consistentiebeslissing behelst.

Beslissingen inzake de structuur van de markt, zoals beslissingen tot liberalisering en – in mindere mate – privatisering, zijn lange-termijn-beslissingen die over vele stappen moeten worden uitgevoerd. Met elke tussenstap zijn grote financiële belangen van vaak kapitaalkrachtige ondernemingen gemoeid. Deze beschikken over de middelen om bij voortduring sterke incentives tot heroverweging af te geven. Wanneer de wetgever aan de regulator een onafhankelijke positie ten opzichte van de minister toekent, dan legt hij daarmee vast dat van de ingeslagen weg niet dan door wijziging van de wet – dus op basis van een zware democratische procedure – kan worden afgeweken, en niet bij ministeriële beslissing in een individueel geval.

---

60. Handelingen II, 18 februari 1997, p. 51-3875.
61. Van Everdingen (1999), p. 16.
62. Zie ook: Kamerstukken II 1995/96, 24 456, nr. 11, p. 2.
63. Pb. 1990, L 192.
64. In de Engelse tekst 'regulatory authorities'.
65. In de Engelse tekst 'regulatory function'.

Ook Michael Wise wijst op het belang van consistentie en bescherming tegen politieke druk. Wise heeft voor de OESO onderzoek gedaan naar de onafhankelijkheid van mededingingsautoriteiten in de diverse OESO-Lidstaten. De OESO blijkt zeer te hechten aan deze onafhankelijkheid. Er is nog geen eindrapport van het onderzoek verschenen, maar Wise heeft zijn zienswijze al wel uiteengezet in deelrapporten en in een congresbundel in het kader van de Breedtestrategie mededinging van de Universiteit Utrecht.[66]

Wanneer de wetgever om reden van consistentie kiest voor onafhankelijkheid, dan zal hij wel de vraag onder ogen moeten zien door welke instrumenten hij wil verzekeren dat de marktautoriteit de beoogde koers zal gaan en blijven varen, wanneer hij correctie door het parlement via de ministeriële verantwoordelijkheid of door de minister op diens eigen initiatief uitsluit. Ik kom hierop terug in het laatste hoofdstuk.

Een punt van meer praktische aard dat ik tot nu toe in de literatuur niet ben tegengekomen, is dat de uitbouw van de marktautoriteiten naar aantallen taken en de samenvoeging in een kamermodel ertoe kan leiden dat een marktautoriteit bevoegdheden heeft op het terrein van verschillende ministeries. Uiteraard levert het complicaties op wanneer een marktautoriteit ondergeschikt is aan een andere minister dan de minister die gaat over een bepaald beleidsterrein ter zake waarvan de marktautoriteit bevoegdheden heeft. Denk aan de plaatsing van een Vervoerkamer (beleidsterrein Verkeer en Waterstaat) bij de NMa (ondergeschikt aan Economische Zaken).

Onoverkomelijk zijn deze complicaties overigens niet. Een klassiek model om met zulke situaties om te gaan biedt de politie, waar beheer en gezag zijn gescheiden. De beheerder (politieregio) heeft het voor het zeggen over de politieorganisatie. De gezagsdrager heeft het voor het zeggen over het optreden van de politie. Voor de opsporing van strafbare feiten heeft de officier van justitie het gezag, voor de handhaving van de openbare orde heeft de burgemeester het gezag. Uiteraard staat of valt dit systeem met het vermogen en de bereidheid van de beheerder om aan de gezagsdragers mensen en materieel beschikbaar te stellen. Dit model is bijvoorbeeld gevolgd bij de Voedsel en Waren Autoriteit. Het beheer berust bij de Minister van VWS, het gezag deels eveneens bij de Minister van VWS en voor een ander deel bij de Minister van LNV. Materieel komt ook de constructie die is voorgesteld in de zbo-wet NMa op dit model neer. Aan de NMa wordt geen rechtspersoonlijkheid toegekend. De Minister van EZ kent mensen en middelen toe, de raad van bestuur heeft het gezag.

Eenvoudiger – uiteraard – is een model waarin de marktautoriteit geheel onafhankelijk is van de verschillende betrokken ministeries, zowel wat betreft het beheer als wat betreft het gezag. Dit zou pleiten voor de zbo-vorm met eigen rechtspersoonlijkheid. Zie hierna paragraaf 3.4.

---

66. Michael O. Wise, Independence of competition authorities: theory and practice, in: J.W. van de Gronden & R.J.G.M. Widdershoven (red.), Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?, Deventer 2002, p. 71-91.

3.2 Ministeriële verantwoordelijkheid en democratische controle

Naarmate de marktautoriteit wordt afgeschermd van de politieke invloed van de minister, wordt ook de mogelijkheid tot democratische controle door het parlement minder. Uitsluitend de minister draagt politieke verantwoordelijkheid tegenover het parlement. Buiten het geval van een parlementair onderzoek kan dan ook uitsluitend de minister om uitleg en verantwoording worden gevraagd. Om toelichting te kunnen geven hoeft de minister slechts de beschikking over informatie te kunnen krijgen; daarvoor heeft hij geen verdere bevoegdheden ten aanzien van de marktautoriteit nodig. Dit is anders waar het de verantwoording betreft. De minister kan slechts verantwoordelijk worden gehouden, voorzover hij over bevoegdheden beschikt.

Een vorm van verantwoordelijkheid die de minister steeds behoudt, is de zogenoemde systeemverantwoordelijkheid.

Volgens de Kaderstellende visie op toezicht gaat het bij verantwoordelijkheid op systeemniveau om de instelling en inrichting van het toezicht als zodanig en het functioneren van de toezichthouder. 'Systeemverantwoordelijkheid is dus toezicht op de toezichthouder'.[67] Daartoe is volgens het kabinet een algemene aanwijzingsbevoegdheid en een bevoegdheid bij taakverwaarlozing vereist.

In de parlementaire stukkenwisseling rond het voorstel Wet markt en overheid werd het als volgt uitgelegd:[68]

> 'De Minister van Economische Zaken draagt geen verantwoordelijkheid voor het verrichten van marktactiviteiten en de handhaving van gedragsregels daarvoor anders dan voor de marktactiviteiten die door zijn ministerie worden verricht. Wel heeft de Minister van Economische Zaken de systeemverantwoordelijkheid voor de Commissie en de NMa. Dat houdt in dat de Minister van Economische Zaken, indien de NMa de status van zelfstandig bestuursorgaan verkrijgt, verantwoordelijk en aanspreekbaar is voor het goed functioneren van de organisatie als geheel, maar niet aanspreekbaar is op de adviezen dan wel beslissingen tot handhaving in individuele gevallen.'

3.3 Elementen van onafhankelijkheid

Wanneer wij onafhankelijkheid niet alleen formeel, maar ook materieel benaderen, is het een complex geheel. Zij betreft niet alleen het bestuursorgaan als instituut, maar ook de persoon of personen die daar de dienst uitmaken.

Onafhankelijkheid wordt door verschillende dingen bepaald. In de Nederlandse discussie over zelfstandige bestuursorganen gaat de aandacht vooral uit naar hiërarchische relatie, tot uitdrukking komend in een aanwijzingsbevoegdheid voor individuele

67. Kamerstukken II 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 14.
68. Kamerstukken II 2001/02, 28 050, nr. 5 (NNV), p. 49.

zaken. Andere elementen die mijns inziens aandacht verdienen, zijn: de grondslag van bevoegdheid, de mate van gebondenheid van de bevoegdheden, budget, ambtelijke rang, vormvoorschriften bij interventies, fysieke afstand, wijze en duur van benoeming, incompatibiliteiten, ontslagbescherming, rechtspersoonlijkheid en juridisch minder grijpbare zaken als persoonlijkheid en status. Aan R. Smits ontleen ik een nadere vierdeling van deze elementen in functionele onafhankelijkheid, financiële onafhankelijkheid, institutionele onafhankelijkheid en personele onafhankelijkheid.[69]

3.3.1 Functionele onafhankelijkheid

Van functionele onafhankelijkheid is sprake naar de mate waarin rechtens kan worden beslist zonder toestemming van andere publiekrechtelijke instanties.

Eigen bevoegdheid
Indien de marktautoriteit over eigen wettelijke bevoegdheden beschikt, is de minister – ook wanneer hij hiërarchisch bovengeschikt is en dus over een aanwijzingsbevoegdheid beschikt – voor de uitoefening van die bevoegdheid afhankelijk van de marktautoriteit. Hij kan het desbetreffende besluit niet zelf nemen, hij kan een genomen besluit niet zelf intrekken, hij kan het niet heroverwegen in bezwaar en ook niet verdedigen tegenover de rechter.

Indien de bevoegdheid door attributie is verkregen en niet door delegatie, kan de minister de bevoegdheid bovendien niet ontnemen.

Constructies waarbij bevoegdheden aan een marktautoriteit worden gemandateerd (zoals met name ten aanzien van de directeur DTe veel worden gehanteerd), doen afbreuk aan de onafhankelijkheid van de desbetreffende marktautoriteit.

Gebonden bevoegdheid
Een bijzondere ministeriële aanwijzingsbevoegdheid heeft alleen maar betekenis als er iets aan te wijzen valt. Wanneer de ondergeschikte geen beleidsvrijheid heeft, is de aanwijzingsbevoegdheid inhoudsloos. Een aanwijzing kan uiteraard niet tegen de wet ingaan, dus kan een aanwijzing alleen het beoogde effect hebben als de wet aan de ondergeschikte de ruimte laat om het aangewezen besluit te nemen.

De gedachte in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Aanwijzing 124c sub b) en in het ontwerp-Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (artikel 3 lid 1 sub a) dat een instantie die zich uitsluitend bezighoudt met strikt regelgebonden uitvoering, een zbo mag worden, is daarom weinig spectaculair te noemen. Er is ook niet veel bezwaar tegen, zij het dat de aanwezigheid van dit criterium er soms wel toe leidt dat tamelijk

69. René Smits, Central Bank Independence and Accountability in the Light of EMU, in: Mario Giovanoli (ed.), International Monetary Law. Issues for the New Millennium, Oxford 2000, p. 245-266. Zie ook zijn dissertatie The European Central Bank – Institutional Aspects, Den Haag/London/Boston 1996.

krampachtige pogingen worden gedaan om aannemelijk te maken dat eraan is voldaan. In de parlementaire geschiedenis van de zbo-wet NMa bijvoorbeeld wordt zowel gewezen op het belang van deskundigheid van de NMa als op het gebonden karakter van de besluitvorming. Van dit laatste zou sprake zijn omdat de Europese rechtspraak en besluitenpraktijk zou zijn uitgekristalliseerd.[70]

Vormvoorschriften
De Mededingingswet bepaalt in het vierde lid van artikel 4:

> Onze Minister geeft zijn aanwijzingen aan de directeur-generaal met betrekking tot de uitoefening in individuele gevallen van de hem in deze wet toegekende bevoegdheden uitsluitend in schriftelijke vorm. De desbetreffende aanwijzing wordt gevoegd bij de op de zaak betrekking hebbende stukken.

De minister is niet alleen verantwoordelijk wanneer hij nalaat een aanwijzing te geven, maar ook wanneer hij wel naar dit instrument grijpt. Het vormvoorschrift verzekert dat de aanwijzing kenbaar is en dat de kans groot is dat deze ook de aandacht zal trekken. Het geven van een aanwijzing is geen 'business as usual' maar een gebeurtenis. De minister kan ervan verzekerd zijn dat hij zich discussie op de hals haalt. Hij zal zich daarom zorgvuldig beraden voordat hij naar dit instrument grijpt.

3.3.2 Financiële onafhankelijkheid

Van financiële onafhankelijkheid is sprake naar de mate waarin zelfstandig kan worden beschikt over geldelijke middelen.

Budget
Het spreekt welhaast voor zich dat de aan- of afwezigheid van de mogelijkheid om naar eigen inzicht financiële middelen aan te wenden, de facto van groot belang is voor het al dan niet bestaan van onafhankelijkheid.

De OPTA bijvoorbeeld heeft eigen inkomsten ten laste van de belanghebbenden.[71] De OPTA behoeft overigens wel ministeriële goedkeuring voor haar begroting.[72]

---

70. Kamerstukken II 2001/02, 27 639, nr. 3 (MvT), p. 3: 'Bij de toepassing van de Mededingingswet wordt uitgegaan van het kader zoals dat door het Europese mededingingsrecht is ontstaan. (...) Na enige tientallen jaren is dit kader in veel opzichten uitgekristalliseerd. (...) Onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid is een voorwaarde voor het welslagen van de toepassing van de Mededingingswet.'
71. Vgl. art. 9 sub a Wet OPTA; art. 13a Postwet.
72. Art. 10 Wet OPTA.

3.3.3 Institutionele onafhankelijkheid

Institutionele onafhankelijkheid betreft de organisatorische scheiding tussen marktautoriteiten en andere overheidsonderdelen.

Rechtspersoonlijkheid
Rechtspersoonlijkheid impliceert de mogelijkheid om civielrechtelijke rechtsbetrekkingen te onderhouden. Daaraan zitten twee kanten.[73]

Enerzijds is er de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen. Zowel civielrechtelijk als krachtens artikel 8:73 Awb is de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort, gehouden de schade te vergoeden die is ontstaan wanneer het bestuursorgaan een besluit heeft genomen dat door de rechter is vernietigd. Ook voor andere onrechtmatige gedragingen van het bestuursorgaan is de rechtspersoon aansprakelijk.[74] Hoe nauw bestuursorgaan en rechtspersoon met elkaar zijn verknoopt wordt kernachtig onder woorden gebracht in het voorontwerp Vierde tranche Awb dat voorziet in de invoeging van een vierde lid in artikel 1:1 Awb, luidende:

> De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan treffen de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.

Degene die moet betalen, heeft uit de aard der zaak – en ook geheel los van bevoegdheid – een krachtige claim ten aanzien van gedragingen die tot aansprakelijkheid kunnen leiden.[75] De verhouding tussen verzekeraar en verzekerde biedt een treffend voorbeeld. Wat zou er gebeuren in de relatie tussen een zelfstandig bestuursorgaan dat niet over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt en de minister die een forse overtuigende schadeclaim ontvangt ter zake van een besluit dat het zbo voornemens is te nemen?[76]

Anderzijds is er de mogelijkheid om overeenkomsten te sluiten en personeel in dienst te hebben. Materieel is het voor de onafhankelijkheid van een marktautoriteit van groot belang dat de loyaliteit van medewerkers niet elders ligt. Een zbo zonder

---

73. Zie hierover uitvoeriger: J. van Leerdam, Bij verzelfstandiging past rechtspersoonlijkheid voor de NMa, M&M 2001, p. 215-217.
74. Dat dit niet slechts een hypothetische mogelijkheid is, blijkt uit het bericht dat Union 1,1 miljoen euro schadevergoeding eist, omdat de NMa Union ten onrechte zou hebben beschuldigd van kartelafspraken en deze fout onvoldoende zou hebben gerectificeerd. Zie NRC Handelsblad 18 januari 2002, p. 13 en 15.
75. Eind 2002 kwam een aardig voorbeeld van deze gedachte in het nieuws. Op verzoek van het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft de onafhankelijke onderzoekscommissie Van den Haak haar rapport inzake de beveiliging van Pim Fortuyn in conceptvorm laten toetsen door de Landsadvocaat voordat zij met het rapport naar buiten kwam. Het ministerie had deze toetsing als voorwaarde gesteld voor een toezegging eventuele schadeclaims voor zijn rekening te nemen. Het NRC reageert hier kritisch op met tamelijk krachtige koppen: zie NRC Handelsblad 28 december 2002, p. 1: 'Commissie vreesde schadeclaims. Details afpersing Fortuyn verzwegen', en p. 2: 'Informatie geschrapt'.
76. In de MvT bij de Wet OPTA wordt opgemerkt dat bij het niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de OPTA 'de Staat de automatische en volledige aansprakelijkheid [zou] moeten dragen voor de bestuurshandelingen van het college, wat op zijn beurt de vraag zou kunnen opwerpen of de minister (...) toch niet meer greep zou moeten hebben op individuele uitspraken van het college'.

eigen rechtspersoonlijkheid is afhankelijk van personeel dat in dienst is bij het desbetreffende ministerie. Daarmee valt het onder het rechtspositionele beleid van het desbetreffende ministerie.[77] De enkele formele aanstelling hoeft niet van invloed te zijn op de loyaliteit van de ambtenaar. Het personeelsbeleid kan die invloed wel hebben. Bij verschillende ministeries wordt bijvoorbeeld een roulatiebeleid gevoerd. Dit betekent dat de ambtenaar die een ambtelijke carrière ambieert, ervan uit moet gaan dat zijn toekomst niet bij het zbo ligt, maar bij het 'moederdepartement'.

3.3.4 Personele onafhankelijkheid

Personele onafhankelijkheid betreft de mate waarin personen die werkzaam zijn bij de marktautoriteit, bindingen hebben met anderen en zijn beschermd tegen externe druk.

Ambtelijke rang en status
Hoe hoger het ambtelijk niveau is waarop de marktautoriteit is geplaatst, des te kleiner is het aantal ambtenaren dat op grond van hiërarchische relatie aanwijzingen kan geven. Hoe hoger in de organisatie het hoofd van de marktautoriteit een gelijke in rang kan aanspreken, des te korter is ook de ambtelijke weg naar de minister en des te kleiner is het aantal mensen dat moet worden overtuigd voordat een suggestie de status van ministerieel standpunt verwerft.

De Voedsel en Waren Autoriteit en de Nederlandse mededingingsautoriteit hebben ieder een eigen directeur-generaal en zijn daarmee – conform de Kaderstellende visie[78] – geplaatst direct onder de secretaris-generaal.

Benoeming
De wijze van benoeming is van invloed op de relatie die ontstaat tussen de benoemende en de benoemde partij. Is er ruimte voor politieke of andere voorkeuren of is er voorzien in objectieve criteria dan wel een procedure met bijzondere waarborgen?

De leden van het OPTA-college bijvoorbeeld worden door de minister benoemd voor een vaste termijn van vier jaar.

Incompatibiliteiten
De onafhankelijkheid van een orgaan wordt bevorderd wanneer wordt uitgesloten dat daarin personen worden benoemd die tevens functies bekleden die tot belangenverstrengeling kunnen leiden. Artikel 4 van de Wet OPTA waarborgt bijvoorbeeld dat de

77. In de MvT bij de Wet OPTA wordt opgemerkt dat 'uit onderzoek [blijkt] dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid twijfel doet rijzen met betrekking tot het onafhankelijk functioneren van het ondersteunend apparaat en daarmee met betrekking tot het gezag en de onafhankelijkheid van de beslissingen van het college'. Kamerstukken II 1993/94, 23 540, nr. 3, p. 8.
78. T.a.p., p. 13.

leden van het OPTA-college onafhankelijk zijn van het bedrijfsleven, van de minister, van het parlement en van de decentrale overheden.

Ontslagbescherming
De ultieme bedreiging van een ambtenaar die zich niet voegt naar de wensen van hoger geplaatsten is ontslag. Naarmate de mogelijkheid tot ontslag is beperkt, neemt ook de mogelijkheid om de ambtenaar onder druk te zetten af. Om deze reden worden rechters voor het leven benoemd.

Fysieke afstand
Wanneer ambtenaren werkzaam zijn in hetzelfde gebouw en dezelfde faciliteiten delen, is de kans aanzienlijk dat er informele contacten ontstaan en wederzijdse beïnvloeding. Mijns inziens is het dan ook een goede zaak dat de onafhankelijkheid van de marktautoriteiten wordt onderstreept door hun huisvesting buiten het departement.[79]

3.4 Gradaties van onafhankelijkheid

Welke gradaties van onafhankelijkheid komen we nu in de praktijk van de marktautoriteiten tegen? Zij beschikken alle over eigen wettelijke bevoegdheden. Blijkbaar is dat de bottom line. Voor het overige is er een flink aantal varianten. Ik zal mij beperken tot de formele aspecten onder aantekening dat – zoals hiervoor is aangevoerd – meer factoren invloed hebben op de onafhankelijkheid.

3.4.1 Gedeconcentreerd ambt (ambtelijke dienst)

Wanneer bevoegdheden worden geattribueerd aan een orgaan dat zich in een ambtelijk ondergeschikte positie bevindt, spreekt de staatsrechtelijke literatuur van een gedeconcentreerd ambt. Deze figuur is onder meer toegepast bij de Nederlandse mededingingsautoriteit. De NMa wordt in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet aangeduid als een 'ambtelijke dienst'.

In het verleden is gediscussieerd over de vraag of attributie afdoet aan ambtelijke ondergeschiktheid. Zou men immers niet kunnen betogen dat het in strijd zou zijn met het karakter van attributie wanneer een bestuursorgaan waaraan de wetgever de desbetreffende bevoegdheid *niet* heeft toegekend (de minister), kan beslissen op welke wijze deze bevoegdheid zal worden uitgeoefend? De discussie heeft vooral gewoed

79. Wat mij betreft, zou dit goede voorbeeld mogen worden gevolgd door de staande magistratuur, die in de paleizen van justitie wel erg knusjes bij de zittende magistratuur inwoont.

rondom de positie van het openbaar ministerie in relatie tot de Minister van Justitie[80] en van de belastinginspecteur in relatie tot de Staatssecretaris van Financiën.

De positie van de belastinginspecteur is met name aan de orde gekomen in de affaire Wibo van der Linden.[81] Op diens verzoek had de Staatssecretaris van Financiën een instructie aan de belastinginspecteur gegeven dat deze de belastingaanslag van Van der Linden diende te verlagen. Een bericht daarover in Vrij Nederland leidde tot parlementaire discussie. Daarin kwam onder meer de vraag aan de orde of de staatssecretaris de *bevoegdheid* heeft aanwijzingen aan de belastinginspecteur te geven met betrekking tot een individuele belastingaanslag.[82] Men werd het erover eens dat de omstandigheid dat een bevoegdheid rechtstreeks is toegekend aan een ambtenaar, niet tot gevolg heeft dat de minister (zijn superieur) hem geen aanwijzingen meer zou kunnen geven voor individuele gevallen.[83]

De belangrijkste reden voor deze keuze is dat de minister politiek verantwoordelijk is voor het handelen van de ambtelijke staf en daarom ook invloed daarop moet kunnen hebben.

Dit is nog steeds geldend recht.

Deze stand van zaken wordt bij ongewijzigde invoering van de vierde tranche gecodificeerd in Afdeling 10.1.3 Awb.

Artikel 10.1.3.1 bepaalt dat indien een bevoegdheid is toegedeeld aan een persoon of college dat werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, dit bestuursorgaan per geval of in het algemeen instructies kan geven ter zake van de uitoefening van die bevoegdheid. Artikel 10.1.3.2 voegt daaraan toe dat degene aan wie de bevoegdheid is toegedeeld, het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid hij werkzaam is, op diens verzoek inlichtingen verschaft over de uitoefening van de bevoegdheid.

In de memorie van toelichting bij de Mededingingswet wordt de status van de NMa als volgt omschreven:[84]

---

80. De discussie laait in strafrechtelijke hoek telkens weer op. In de staats- en bestuursrechtelijke opvatting is de zaak reeds in 1976 beslecht. Vgl. H.Th.J.F. van Maarseveen, Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie na 1976, NJB 1977, p. 209. Uiteindelijk heeft echter de wetgever er nog aan te pas moeten komen. Zie art. 127-129 Wet RO.
81. Zie over deze affaire Kamerstukken II 1984/85, 19 022, nrs. 1-6, en 1985/86, nr. 7. Handelingen II 1984/85, p. 6115-6134 en 6223-6224. Handelingen UCV 1986/86, nr. 54. H.A. Groeneveld, De staatssecretaris in Nederland 1948-1988, Deventer 1989, p. 403-404 en M.E. Tuurenhout, Parlementaire controle en ambtelijke verantwoordelijkheid, Arnhem 1992. De gedachte dat de minister de belastinginspecteur individuele aanwijzingen kan geven, ligt in de financiële wereld overigens nog steeds gevoelig.
82. Aardig detail is dat de staatssecretaris zijn bevoegdheid meende te ontlenen 'aan de slotformule die elke formele wet kent lasten en bevelen, (...) dat alle ministeriële departementen, autoriteiten, colleges en ambtenaren, wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden' (Kamerstukken II 1984/85, 19 022, nr. 1, p. 3).
83. Met andere woorden, de staatssecretaris was wel fout (wegens schending van het gelijkheidsbeginsel), maar niet onbevoegd.
84. PG Mw, p. 381.

'Hiervoor werd reeds als uitgangspunt vermeld dat de uitvoering van de wet zal plaatsvinden op afstand van het beleid, doch onder behoud van de verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken terzake. Volgens het voorstel zal de uitvoering worden opgedragen aan een nieuw in te richten buitendienst van het ministerie van Economische Zaken, de Dienst voor de mededinging. De uitvoering wordt daardoor gescheiden van de beleidsbepaling op het gebied van de mededinging – met annex daaraan de regelgeving – die op het ministerie zelf zal blijven plaatsvinden.
Als uitvloeisel van deze verdeling worden in de tekst van het voorstel de onderscheiden bevoegdheden tot het nemen van uitvoeringsbeschikkingen toegekend aan de directeur van de Dienst voor de mededinging.[85] Deze toedeling houdt niet in dat de directeur de bedoelde bevoegdheden volstrekt naar eigen inzicht kan hanteren. Als ambtenaar binnen het ressort van de Minister van Economische Zaken is hij gehouden zich naar diens instructies te gedragen, ook waar het de uitvoering van deze bevoegdheden betreft.
De keerzijde hiervan is dat de minister ook de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de uitvoering draagt. Uitgangspunt is evenwel dat de dienst in de dagelijkse praktijk binnen dit kader met een grote mate van zelfstandigheid te werk zal gaan. In het advies van de SER was de suggestie gedaan de mogelijkheid van de Minister om de directeur algemene en bijzondere aanwijzingen te geven nader te omschrijven en deze aanwijzingen dan te doen publiceren.
Een nadere omschrijving van de bevoegdheden van de minister, die vanwege zijn hiërarchische positie immers in beginsel betrekking hebben op alle bevoegdheden van de directeur, is evenwel niet zinvol.'

In de nota naar aanleiding van het nader verslag, worden de achtergronden van de gemaakte keuze nader uiteengezet:

'In het wetsvoorstel heb ik thans gekozen voor interne verzelfstandiging. Dat wil zeggen dat de directeur van de dienst bestuursorgaan is en eigen bevoegdheden uitoefent, echter onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid. Ik heb al eerder aangegeven dat het uiteraard niet de bedoeling is dat de minister zich voortdurend met individuele beslissingen bemoeit. Aangezien het echter gaat om belangrijke bevoegdheden met discretionaire ruimte, acht ik in de eerste fase na de inwerkingtreding van de wet, waarin een fundamentele verandering van het mededingingsbeleid gestalte moet krijgen, volledige ministeriële verantwoordelijkheid gewenst. Ook het parlement heeft daarmee de mogelijkheid de minister aan te spreken op zijn verantwoordelijkheid, ook als het afzonderlijke gevallen betreft. (...) Een andere belangrijke overweging bij de gemaakte keuze is dat de minister naar mijn mening verantwoordelijk dient te zijn voor een goede (opzet van de) organisatie en werkwijze van de dienst. Als de dienst in organisatorisch opzicht goed loopt en het beleid "op poten" is gezet, acht ik volledige ministeriële verantwoordelijkheid minder noodzakelijk. (...) [Dan] lijkt mij een zelfstandig bestuursorgaan goed denkbaar.'[86]

85. Inmiddels de d-g NMa; BvM.
86. PG Mw, p. 392.

In aansluiting op de verwijzing naar een mogelijke omvorming van de NMa kan terzijde nog de vraag worden gesteld of wij in Nederland een stelsel willen behouden en uitleggen aan een buitenland waarin het als volgt wordt omschreven:

> 'In the Netherlands, the NMa is "within, but separate from" the Ministry of Economic Affairs. The Minister has the formal power to issue instructions to NMa in particular cases, but has vowed not to do so.'[87]

3.4.2 Agentschap

'Agentschap' is een begrip dat afkomstig is uit de Comptabiliteitswet. Kenmerkend voor een agentschap is dat het een eigen begroting heeft en in z'n geheel als een afzonderlijk deel is opgenomen in de Rijksbegroting.[88] Dit geeft een zekere ruimte voor eigen financiële afwegingen tussen personele en materiële kosten. Voorts is in afwijking van het in het algemeen gehanteerde kasstelsel voorzien in de mogelijkheid van overboekingen tussen opeenvolgende jaren.[89] Dit maakt bijvoorbeeld afschrijvingen mogelijk. Bij een en ander passen afspraken over door het agentschap te leveren producten.

De agentschapsvorm (en tevens die van gedeconcentreerd ambt) is gekozen voor de VWA. In de strategische ondernemingsvisie van de VWA 'Zichtbare risicoreductie'[90] wordt ingegaan op de onderbrenging van de KvW en de RVV in de VWA. De KvW was een onderdeel van het ministerie VWS, de RVV van het ministerie LNV. Over de nieuwe positie van deze toezichthoudende organisaties wordt opgemerkt (p. 15): 'Bovendien krijgen zij binnen de departementen een onafhankelijker positie ten opzichte van onderdelen belast met beleidsontwikkeling en worden zij daaraan nevengeschikt, niet langer ondergeschikt. Dat versterkt hun zichtbaarheid en profiel.'

De gezagsverhouding tot de minister is identiek aan die van de NMa:

> 'De minister kan (...) de DG-VWA een aanwijzing geven als bedoeld in artikel 38 van de Gezondheidswet. Ten opzichte van de Keuringsdienst van Waren heeft de minister slechts bij uitzondering van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. Ook ten opzichte van de DG-VWA zal deze terughoudendheid in acht worden genomen. De VWA zal hiermee in vergaande onafhankelijkheid ten opzichte van de minister kunnen functioneren. Uit het feit dat de minister indien noodzakelijk wel een aanwijzing kán geven, blijkt dat de minister vanuit zijn verantwoordelijkheid voor de volksgezondheid politiek verantwoordelijk zal zijn voor de VWA. Desgewenst kan de minister over het functioneren van de VWA ter verantwoording worden geroepen in de Staten-Generaal.'[91]

---

87. Wise, t.a.p.
88. Zie over agentschappen bijvoorbeeld J. van der Bij, Doelmatigheid en de rijksbegroting (diss. Amsterdam VU), Groningen 1993, par. 5.10.
89. In de Kaderstellende visie op toezicht worden agentschappen ook wel 'baten-lastendiensten' genoemd.
90. Te vinden op www.vwa.nl.
91. Toelichting Besluit organisatie VWA, Stcrt. 2002, 127.

3.4.3 Zelfstandig bestuursorgaan algemeen

Het zelfstandig bestuursorgaan onderscheidt zich op het meest kenmerkende element van onafhankelijkheid van andere bestuursorganen: het is niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister en (dus) niet onderworpen aan diens aanwijzingen in individuele zaken.[92] Van Everdingen[93] stelt zich op het standpunt dat 'wat betreft door de toezichthouder uit te voeren onderzoeken geldt dat het ZBO-karakter met zich brengt dat van beïnvloeding door de Minister van de wijze waarop een onderzoek wordt uitgevoerd alsmede van de uitkomst van dat onderzoek, geen sprake kan zijn, maar dat de Minister uitsluitend het ertoe kan leiden dat een onderzoek plaatsvindt'. Voorzover het een individuele zaak betreft, lijkt zelfs dat laatste mij niet evident.

In grote lijnen kunnen drie vormen van zbo worden onderscheiden: zbo zonder rechtspersoonlijkheid, rechtspersoon krachtens publiekrecht en rechtspersoon krachtens privaatrecht. Bij rechtspersoonlijkheid gaat het om het zijn van rechtssubject naar vermogensrecht. In die zin is iedere rechtspersoon privaatrechtelijk. Met rechtspersoon krachtens privaatrecht wordt bedoeld de rechtspersoon die op basis van Boek 2 BW bij overeenkomst wordt opgericht (de vereniging, de stichting, de nv of de bv). Met rechtspersoon krachtens publiekrecht wordt bedoeld de organisatie die bij of krachtens algemeen verbindend voorschrift is opgericht en waaraan bij bijzonder wettelijk voorschrift rechtspersoonlijkheid is toegekend.[94]

3.4.4 Zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid

De zbo-wet NMa voorziet in omvorming van de NMa in een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat de NMa niet ambtelijk hiërarchisch ondergeschikt zal zijn aan de Minister van EZ. Niet de minister, maar de in te stellen Raad van Bestuur van de NMa zal het gezag hebben. De NMa mist echter het vermogen om eigen vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen te onderhouden. Het beheer over personeel en materieel berust derhalve bij de minister die dit ter beschikking stelt aan de NMa.

3.4.5 Zbo met eigen rechtspersoonlijkheid krachtens publiekrecht

Wanneer het zelfstandig bestuursorgaan over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt, is het mogelijk dat het zelf personeel in dienst heeft en dat het zelf aansprakelijkheid draagt voor eigen fouten. Beide maken het zbo minder afhankelijk van de regering.

---

92. Zie uitvoerig over het zbo: S.E. Zijlstra, Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat (diss. Rotterdam), Den Haag 1997; J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman & F.K. Buijn, De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, preadviezen NJV, Deventer 2000.
93. Van Everdingen (1999), p. 17.
94. Zie ook J.A.F. Peters, Publiekrechtelijke rechtspersonen (diss. Tilburg), Zwolle 1997.

De OPTA is een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid. In de memorie van toelichting bij de Telecommunicatiewet is de relatie tussen de OPTA en de ministeriële verantwoordelijkheid nog eens toegelicht:[95]

> 'Met de instelling van het college is onder meer beoogd te bereiken dat er een zekere scheiding werd aangebracht tussen de functie van de Minister van Verkeer en Waterstaat als aandeelhouder van KPN en de functie van de overheid als "scheidsrechter" in een geliberaliseerde markt, waar KPN een belangrijke rol speelt. Om zelfs maar de schijn van belangenvermenging te vermijden is het wenselijk om een scheiding tussen beide functies aan te brengen.'

3.4.6 Zbo met eigen rechtspersoonlijkheid krachtens privaatrecht

Privaatrechtelijke status geeft een grotere onafhankelijkheid in het rechtspositioneel personeelsbeleid dan publiekrechtelijke. De privaatrechtelijke vorm wordt wel gezien als een mogelijkheid om te ontkomen aan de rechtspositieregelingen voor ambtenaren.[96] Het geeft een sterkere positie op de arbeidsmarkt wanneer aan goede krachten arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangeboden die kunnen concurreren met hetgeen in het bedrijfsleven gebruikelijk is. Dat wil zeggen dat meer wordt geboden dan op basis van ambtelijke salarisschalen mogelijk zou zijn geweest. Wat mij betreft is het overigens de vraag of dit een legitieme overweging is. Beter dan stukjes overheid aan het overheidsrecht te onttrekken zou het zijn om structureel te voorzien in de blijkbaar noodzakelijk geachte rechtspositionele mogelijkheden.

De Autoriteit Financiële Markten is een stichting. Voor de stichtingsvorm zou zijn gekozen '(...) om de besluitvorming binnen de instelling onafhankelijk te doen zijn van gehele of gedeeltelijke goedkeuring van leden- of aandeelhoudersvergadering'.[97]

Deze redenering is alleen te begrijpen als we aannemen dat daaraan de keuze voor een *privaatrechtelijke* vorm vooraf is gegaan. Zij verklaart waarom niet is gekozen voor een vereniging, een nv of een bv, niet waarom niet is gekozen voor een publiekrechtelijke vorm.

De voormalige Verzekeringskamer was aanvankelijk een publiekrechtelijk vormgegeven zbo. Per 1 september 1992 is zij omgevormd tot een stichting. Daarbij is opgemerkt dat niet is gekozen voor een publiekrechtelijk orgaan met eigen rechtspersoonlijkheid omdat aan die vorm:[98]

---

95. PG Tw, p. 67.
96. In deze zin ook J.G.L. van Nus, Overheidstoezicht op afstand. Verzelfstandiging van toezichthoudende taken naar zelfstandige bestuursorganen verkend (diss. Maastricht), Antwerpen/Apeldoorn 1995, p. 201 en K. Schroten, De overheidsstichting op het niveau van de Centrale overheid (diss. Utrecht), Deventer 2000, p. 102.
97. Kamerstukken II 1988/89, 21 038, nr. 3, p. 13.
98. Kamerstukken II 1988/89, 21 235 nr. 1, p. 1-2.

'(...) per saldo (...) nadelen van intensieve overheidsregelgeving blijven kleven zonder dat daarbij voldoende compenserende voordelen van een grotere beheersbaarheid kunnen worden behaald.'

Ik heb dit citaat niet opgenomen om mij vrolijk te maken over de Minister van Financiën op wiens naam het is gesteld, maar omdat het een (voor mij) geheel nieuw licht werpt op de opbouw van de overheidsorganisatie. Blijkbaar wordt een flink deel van het overheidsgebouw vormgegeven door (vermoedelijk privaatrechtelijk geschoolde) wetgevingsjuristen (en wensen van mensen uit het veld) die onvoldoende bekend zijn met de publiekrechtelijke kaders en daarom hun toevlucht nemen tot het hun blijkbaar wel bekende rechtspersonenrecht uit Boek 2 BW. Het valt te betreuren dat de schadelijke gevolgen hiervan niet in goed collegiaal interdepartementaal overleg worden opgelost.

3.5 Onafhankelijke marktautoriteiten

Het vorenstaande maakt zichtbaar dat de idee van 'onafhankelijke marktautoriteit' zich nog niet in een vaste vorm heeft uitgekristalliseerd. Ook de tweedeling waar de Kaderstellende visie op toezicht van uitgaat in interne of externe verzelfstandiging, is nog een flinke vereenvoudiging van de werkelijkheid. De wetgever zou zich overigens wel veel moeite besparen als hij deze tweedeling zou uitwerken in een vast model dat hij vervolgens consequent zou toepassen. Dat zou dan enerzijds het gedeconcentreerde ambt tevens agentschap moeten zijn, en anderzijds het zbo in publiekrechtelijke vorm met rechtspersoonlijkheid.

4 Verhouding tot de markt

Hoe is de verhouding tussen marktautoriteit en markt? NRC Handelsblad probeert zijn lezers aan de termen 'quango' en 'quangocratie' te krijgen. In een anderhalve paginagrote bijdrage onder de titel 'De hulpeloze burger' wordt een beeld geschetst van volstrekte onbereikbaarheid van verzelfstandigde overheidsinstellingen aangeduid als: 'quasi autonomous non-governmental organisations'.[99] Ik zie dit beeld niet bevestigd bij marktautoriteiten, maar er is wel reden om aandacht te besteden aan toegankelijkheid.

Markten werken door middel van privaatrechtelijke verhoudingen. Toepassing van de economische wetten van vraag en aanbod heeft in essentie de overeenkomst als juridisch voertuig. Overheidsbestuur van markten impliceert daarom publiekrechtelijke ingrepen in privaatrechtelijke verhoudingen. Daarbij is het echter niet zozeer te doen om de individuele privaatrechtelijke verhouding, maar om de werking van de markt in het algemeen.

Marktwerking is eerder aangeduid als een vorm van economische democratie. Dat wil zeggen als een maatschappelijk ordeningsmechanisme waarin de afnemer (de consument) door middel van zijn vraag de gang van zaken bepaalt.

In dit hoofdstuk staat de verhouding van de marktautoriteit tot de markt centraal. In bepaalde opzichten vormen specifieke markten kleine wereldjes waarin iedereen iedereen kent. Welke gevolgen heeft dat voor de plaats van de marktautoriteit?

Naar de mate waarin marktautoriteiten onafhankelijk zijn van de minister ontstaat een zekere vermindering aan politieke verantwoording. Deze kan enigszins worden gecompenseerd door publieke verantwoording jegens de partijen op de markt en het publiek in het algemeen. Daarvoor is transparantie nodig. Deze transparantie voor het publiek is een tweede aspect van de relatie tussen marktautoriteit en markt dat in dit hoofdstuk aan de orde wordt gesteld.

Markten vertegenwoordigen niet in alle opzichten kleine wereldjes. In andere opzichten betreft de markt een groot algemeen belang dat het individuele belang overstijgt. Welke ruimte blijft er in dat verband over voor de individuele consument? In hoe-

99. Tom-Jan Meeus, De hulpeloze burger. De onweerstaanbare opkomst van de onbereikbare quango's ofwel verzelfstandigde overheidsinstellingen, NRC Handelsblad 4 januari 2003, p. 21-22. Zie ook zijn: Kies quangostroom, kies je eigen storing, NRC Handelsblad 11 januari 2003, p. 7.

verre heeft hij toegang tot de marktautoriteit? In hoeverre heeft de aanwezigheid van de marktautoriteit gevolgen voor de mogelijkheden van marktpartijen – ondernemingen en consumenten – om hun eigen privaatrechtelijke positie privaatrechtelijk te handhaven?

4.1 Distantie

De onafhankelijkheid van marktautoriteiten betreft niet alleen hun relatie tot de politiek, zelfs niet in de eerste plaats, maar vooral ook hun relatie tot het veld; tot degenen die aan hun bevoegdheden zijn onderworpen.[100]

Volgens de Kaderstellende visie op toezicht betekent onafhankelijk toezicht 'dat de toezichthouder zonder beïnvloeding van [lees: door] de *onder toezicht staande partij,* de verantwoordelijk bestuurder of anderen objectief feitenonderzoek moet kunnen uitvoeren en op basis daarvan tot een oordeel moet kunnen komen'.[101] (curs. BvM)

> In deze onafhankelijkheid van het veld onderscheiden marktautoriteiten zich van de openbare lichamen in het kader van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie waar het veld conform de corporatistische traditie in het bestuur is opgenomen.

Aan deze onafhankelijkheid zit een organisatorische kant, en een inhoudelijke. Uit oogpunt van regelgeving is er geen probleem. Anders kan de situatie op het feitelijke vlak liggen. Zoals ook in hoofdstuk 2 is opgemerkt, heeft de binding van marktautoriteiten (met name van regulators en marktordeningsautoriteiten) aan bepaalde markten tot gevolg dat de marktautoriteiten een smalle bestuurstaak hebben. Dit heeft tot gevolg dat er een betrekkelijk klein speelveld ontstaat waarin het voortdurend dezelfde spelers zijn die elkaar ontmoeten en specifieke vormen en verwachtingen ontwikkelen.

Marktautoriteiten gaan vaak – krachtens wettelijk voorschrift of op eigen initiatief – intensieve consultaties[102] aan met representatieve organisaties en spelers uit de sector over beleidsvoornemens of vanuit de sector voorgestelde maatregelen.[103]

---

100. Dat onafhankelijkheid van het veld een algemeen aanvaarde absolute minimumstandaard is voor toezichthoudende instanties, komt ook uit een volstrekt andere hoek naar boven. Op 23 januari 2003 heeft de Europese Commissie gepubliceerd een: 'General guidance to third country national authorities on the rules to be followed for the imports of live animals and animal products into the European Union from third countries.' Opmerkelijk aan dit document is dat eisen worden gesteld aan de overheidsorganisatie van landen die in aanmerking willen komen voor export naar de EU. Een van de belangrijke eisen die worden gesteld aan de nationale autoriteit die verantwoordelijk is voor veterinaire controles, is onafhankelijkheid: 'The official services must be independent of outside pressures, and be able to carry out their duties without undue restrictions. Individual officials must enjoy a status that ensures their independence from commercial concerns, and must not be dependent upon them for their livelihood.'

101. T.a.p., p. 9.

102. Zie bijvoorbeeld randnummer 8 van het Convenant College van procureurs-generaal en de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Stcrt. 2002, 70 en randnummer 3 van de Richtsnoeren prijssqueeze (van OPTA en NMa), Stcrt. 2001, 44.

103. Uit mededingingsrechtelijk oogpunt dreigt hier nog de schadelijke bijwerking van onderlinge afstemming tussen concurrenten die elkaar in het kader van deze consultaties ontmoeten.

Gespecialiseerde kantoren en marktautoriteiten vissen op de arbeidsmarkt in dezelfde vijver. Hierdoor vindt in zekere mate uitwisseling van personeel plaats. Medewerkers lezen dezelfde vakbladen en ontmoeten elkaar op dezelfde cursussen en congressen die zij bezoeken.

In besluitvormings- en rechterlijke procedures zijn het telkens voor een niet onaanzienlijk deel dezelfde mensen die elkaar tegenkomen. Gekozen vormen en attitudes zullen dan wellicht in meer of minder belangrijke mate mede worden bepaald door belangen in volgende procedures.

Binnen een organisatie van kleine ondernemingen in de levensmiddelensector wordt bijvoorbeeld gezegd dat ondernemers zich niet vrij voelen bezwaar te maken tegen beslissingen van de Keuringsdienst van Waren of andere rechtsbeschermingsmogelijkheden aan te wenden, omdat zij de vrees hebben dat toezichthouders daarop zullen reageren door nieuwe inspecties te komen uitvoeren, net zolang tot zij een overtreding hebben kunnen constateren.[104] Een soortgelijke terughoudendheid om rechtsmiddelen aan te wenden is van oudsher bekend uit de financiële sector. In het verleden was het toezicht gebaseerd op informele arrangementen (de *'nod and wink'* van de Bank of England is een beroemd voorbeeld[105]) en minder op formele rechtsregels. Dat is thans weliswaar anders, maar de 'herencultuur' van bankiers en de omstandigheid dat men op drie terreinen (monetair, betalingsverkeer en bedrijfseconomisch toezicht) onderworpen is aan eenzelfde instelling bevordert de *'litigation proneness'* nog steeds niet.

Andersom kan ook het bestuur de 'captive' worden van het veld. Tegen deze achtergrond wordt in de Kaderstellende visie op toezicht een scheiding bepleit tussen toezicht en andere bestuursfuncties zoals met name advies. Daarbij wordt het volgende uitgangspunt gekozen:[106]

> 'De relatie tussen het toezicht en de onder toezicht staande is de primaire verhouding binnen het toezichtarrangement. Als controleur dient de toezichthouder met voldoende afstand tot het veld te opereren en niet direct betrokken te raken bij het functioneren van de onder toezicht staande organisatie. Vanuit zijn betrokkenheid met het veld is de afstand tot de onder toezicht staande organisatie echter vaak klein. De ACT signaleert hier het gevaar dat de toezichthouder vanuit deze laatste rol te veel gaat denken vanuit de situatie en belangen van de betrokken organisatie, hetgeen de onafhankelijkheid kan schaden.'

---

104. Deze vrees wordt nog versterkt door de onzekerheid dat het voor een toezichthouder betrekkelijk eenvoudig zal zijn overtredingen te constateren, omdat het door ondernemers erg moeilijk wordt gevonden om binnen de grenzen van alle toepasselijke regelgeving te blijven. In het bijzonder bestaat zorg over als tegenstrijdig ervaren wettelijke eisen. Hygiëneregelgeving vraagt bijvoorbeeld om gladde vloeren, Arbo-regelgeving om ruwe vloeren, hygiëneregelgeving vraagt om wegwerpartikelen, milieuregelgeving vraagt het ontstaan van afval te beperken, enz.
105. Een eigentijdse echo is het 'fronsen van de wenkbrauwen' dat door de d-g NMa is genoemd als handhavingsinstrument.
106. T.a.p., p. 10.

De betrokkenheid met het veld wordt ook in de memorie van toelichting bij de Derde tranche van de Awb onder woorden gebracht. Daar echter vooral in positieve zin:

> 'Het toezicht omvat een breed scala van activiteiten, vaak ook in voorlichtende en adviserende zin. Daardoor kan reeds in een vroeg stadium worden voorkomen dat een met de wet strijdige situatie ontstaat of kan door middel van aansporingen of waarschuwingen worden bewerkstelligd dat regels alsnog worden nageleefd.'[107]

Als toezicht in enge zin al een zekere mate van 'meedenken' impliceert, hoeveel te meer zal het dan voor een orgaan met een heel cluster aan bevoegdheden moeilijk zijn om eisen van klantvriendelijkheid en distantie met elkaar te verzoenen?

Het is nauwelijks wettelijk voor te schrijven. In belangrijke mate zal de noodzakelijke distantie van de marktautoriteiten zelf moeten komen. Publieke verantwoording door middel van transparantie en een rechtsingang voor consumenten kan daartoe bijdragen.

4.2 Transparantie

Onafhankelijkheid van marktautoriteiten vergt publieke verantwoording en (dus) transparantie in besluitvorming en optreden.

Michael Wise brengt het als volgt onder woorden:[108]

> 'Transparency in decision-making reinforces independence by showing that decisions are based on sound analysis and general principles – and a lack of transparency may imply that they are based on short-term calculation and behind-the-scenes influence.'

Het kabinet heeft zich in de Kaderstellende visie op toezicht op het standpunt gesteld dat goed toezicht rust op drie pijlers: onafhankelijkheid, professionaliteit en *transparantie*.[109] Volgens de Kaderstellende visie op toezicht versterkt het invoeren van instrumenten voor horizontale publieke verantwoording bij overheidsorganisaties het gezag en vertrouwen dat deze organisaties bij de burgers hebben. Het kabinet sluit zich daarom aan bij de gedachte dat toezichthouders open moeten staan voor de belangen van belanghebbenden en gebruikers van onder toezicht staande organisaties.[110]

Hoe brengt men echter transparantie tot stand? Mijns inziens zijn er verschillende niveaus te onderscheiden:

– individuele besluitvorming;

---

107. PG Awb III, p. 304.
108. Wise (2002), p. 71.
109. T.a.p., p. 9.
110. T.a.p., p. 18.

– beleid;
– besluitvorming algemeen;
– optreden algemeen.

Bij de bespreking van de verschillende niveaus van transparantie zal blijken dat hoewel het woord 'transparantie' een positieve klank heeft, daaraan voor bepaalde betrokkenen ook een keerzijde is verbonden.

4.2.1 Transparante besluitvorming

Het belangrijkste is ongetwijfeld dat belanghebbenden in een concrete besluitvormingsprocedure gedurende de hele procedure weten waar zij aan toe zijn, wat zij moeten doen en wat zij van de marktautoriteit hebben te verwachten. De procedure moet uitmonden in een besluit dat een begrijpelijke uitkomst van de procedure vormt en dat op een begrijpelijke en consistente wijze is gemotiveerd. Transparantie op het niveau van de individuele besluitvorming betekent dus vooral dat – uitdrukkelijk – de Algemene wet bestuursrecht in acht wordt genomen. Uiteraard kan daaraan nog het nodige worden toegevoegd in de sfeer van voorlichting en uitleg. De NMa bijvoorbeeld heeft al in een vroeg stadium een 'Werkwijze NMa' gepubliceerd,[111] waarin toelichting wordt gegeven op de toepasselijke procedures en handreikingen worden gedaan voor de praktijk. Ook het CTB kent een Handleiding voor besluitvormingsprocedures.

4.2.2 Transparant beleid

Transparant beleid vergt allereerst *dat* er beleid wordt gevoerd, dat dit beleid zich bedient van objectieve criteria, en vervolgens dat dit beleid kenbaar is uit gepubliceerde en verkrijgbare beleidsregels. De definitie van beleidsregels als besluiten impliceert dat deze *als* zij er zijn, bekend moeten worden gemaakt. Het voorontwerp van de derde tranche bevatte bovendien een beleidsplicht, neergelegd in artikel 4.4.2:

> Indien een bestuursorgaan bij het gebruik van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten of tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen een vaste gedragslijn volgt terzake van het afwegen van belangen, het vaststellen van feiten of het uitleggen van wettelijke voorschriften, wordt deze in een beleidsregel neergelegd, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.

111. Te vinden op www.nmanet.nl.

De wetgever heeft het niet aangedurfd een dergelijke beleidsplicht in de Awb op te nemen. De rechtspraak is inconsistent ten aanzien van de vraag of een beleidsplicht bestaat.[112] Transparantie is echter met openlijk beleid zeer gediend.

4.2.3 Transparante besluitenpraktijk

In het algemeen is het zeer moeilijk een helder overzicht te krijgen van de besluitenpraktijk van een bestuursorgaan. Rechtspraak wordt in diverse tijdschriften en op internet gepubliceerd. Voor besluiten is dat maar mondjesmaat het geval. Dit geeft aan repeat players en aan het bestuursorgaan zelf een kennisvoorsprong die voor anderen nauwelijks is bij te benen.

De NMa en DTe streven een hoge mate van transparantie na door al hun besluiten te publiceren op hun respectievelijke websites.[113] Deze praktijk gaat een stap verder dan het wettelijk vereiste om van bepaalde besluiten mededeling te doen in de Staatscourant en deze ter inzage te leggen.[114] Deze praktijk verdient navolging van andere marktautoriteiten, maar vindt die – voorzover mij bekend – niet of nauwelijks.[115]

4.2.4 Transparant optreden

Transparantie ten aanzien van het optreden in het algemeen ten slotte is gediend met goede en verkrijgbare jaarverslagen, evaluaties,[116] klanttevredenheidsonderzoeken,[117] nieuwsbrieven,[118] mission statements, strategische visies[119] en websites, en met een royale toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur. Op al deze punten doen de verschillende marktautoriteiten wat hun goed dunkt. Het zou goed zijn als zou worden voorzien in centrale aanbevelingen, bijvoorbeeld in het kader van de Wob of in het kader van de voorgestelde Wet elektronisch bestuurlijk verkeer.[120] Publicatie van

---

112. Een stukje in de richting van beleidsplicht gaat bijvoorbeeld ABRvS 27 november 1997, JB 1998/50 m.nt. RJNS; een stukje in de andere richting gaat bijvoorbeeld: CRvB 20 juli 1995, RSV 1996, 18. Art. 8 van de Wob bevat een aanzet, maar niet meer dan dat.
113. Zie www.nmanet.nl, respectievelijk www.nma-dte.nl.
114. Vgl. Mededingingswet, art. 18 leden 5 en 6; art. 37 lid 5; art. 44 leden 3 en 4; art. 49 lid 2; art. 65; art. 86; Elektriciteitswet 1998, art. 3 lid 2; art. 5a lid 5; art. 26 lid 5; art. 38 lid 2; Gaswet, art. 16; art. 55; art. 59 lid 3; art. 60a lid 5; Telecommunicatiewet, art. 4.11 leden 1 en 4; art. 9.3 lid 4; art. 11.10 lid 8; Postwet, art. 15l.
115. Art. 35 Wte 1995 staat eraan in de weg dat de Autoriteit-FM besluiten publiceert wanneer deze herleidbaar zijn tot bepaalde instellingen. De Autoriteit-FM zal wel haar interpretaties van vage wettelijke normen op haar website publiceren.
116. Zoals uitgevoerd ten aanzien van de OPTA en de NMa (de resultaten van de laatste zijn met enig zoeken te vinden op de website van het Ministerie van EZ).
117. Zoals uitgevoerd door OPTA en NMa.
118. Zoals bijvoorbeeld verzorgd door het CTB en sinds kort ook door de NMa.
119. Zoals de strategische ondernemingsvisie van de VWA 'Zichtbare risicoreductie'. Zie www.vwa.nl.
120. Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nrs. 1-3.

het volledige beleid[121] en de volledige besluitenpraktijk[122] op internet zou wat mij betreft een standaard moeten zijn waar geen zichzelf respecterend modern bestuursorgaan onder zou mogen blijven.

4.2.5 Openbaar feitenonderzoek

Een bijzonder punt dat aandacht verdient, is het standpunt in de Kaderstellende visie op toezicht dat er een plicht bestaat tot actieve openbaarmaking van het feitenonderzoek van een toezichthouder.[123] Bij interne positionering van de toezichthouder wordt dit gezien als een plicht van de minister die daarbij zo nodig ook zijn oordeel kan geven.[124] Het is niet helemaal helder hoe het kabinet dit in de praktijk voor zich ziet. Feitenonderzoek zal zijn neerslag vaak vinden in een (boete)rapport.[125] De vraag in hoeverre het behoorlijk is zo'n rapport – dat wil zeggen een beschuldiging voordat daarop is beslist – openbaar te maken, is een onderwerp van controverse. De d-g NMa heeft bij verschillende gelegenheden onderzoeksrapporten openbaar gemaakt of daarover mededelingen gedaan.

De onafhankelijke Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet wijst deze benadering af. Zij merkt dienaangaande op in haar advies van 27 juli 2000:[126]

> '31. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de wetgever afdeling 3.4 van de Awb niet als zodanig van toepassing verklaard op de in verband met een schending van artikel 24, eerste lid, Mw te volgen procedure. Blijkens artikel 60, derde lid, Mw heeft de wetgever zich beperkt tot het van toepassing verklaren van slechts een aantal elementen van de in de afdeling 3:4 van de Awb geregelde procedure. Op grond van artikel 60, eerste lid, Mw worden alleen belanghebbenden schriftelijk opgeroepen om hun zienswijze naar voren te brengen over het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw. Op grond van het tweede lid wordt dit rapport en de op de zaak betrekking hebbende stukken ook alleen voor belanghebbenden ter inzage gelegd. *Nu in het onderhavige geval het rapport ook aan anderen dan belanghebbenden bekend is gemaakt – het rapport is zelfs in de vakpers gepubliceerd – en ook de hoorzitting naar aanleiding van het rapport in het openbaar heeft plaatsgevonden, kan de conclusie dan ook geen andere zijn dan dat de d-g NMa een grotere mate van openbaarheid heeft betracht dan in overeenstemming is met voornoemde wettelijke voorschriften.*
> 32. De Adviescommissie deelt kortom de opvatting van de d-g NMa niet dat naar aanleiding van het rapport een openbare procedure gevolgd kon worden, waarbij een openbare hoorzitting werd gehouden. (...)' (curs. BvM)

---

121. Het CTB schiet wat tekort in volledigheid van publicatie van zijn beleid, maar biedt daartegenover wel de service dat degene die een ontbrekend stuk opvraagt dat binnen een kwartier op de fax heeft.
122. Ik denk hierbij met name aan de beschikkingenateliers. In geval van standaardbesluiten, zoals gebruikelijk bij beschikkingenfabrieken, kan uiteraard met een selectie en vermelding van aantallen worden volstaan.
123. T.a.p., p. 9.
124. T.a.p., p. 13.
125. Diverse wettelijke regelingen voorzien daarin. Codificatie wordt beoogd in art. 5.4.2.1 Awb-IV.
126. Gehecht aan de beslissing op bezwaar van de d-g NMa d.d. 3 oktober 2001, in zaak 1 Telegraaf vs. NOS/HMG.

Uit oogpunt van transparantie valt er meer te zeggen voor het standpunt van het kabinet dan voor dat van de Adviescommissie. Het is jammer dat het kabinet zijn opvatting op dit punt niet inhoudelijk heeft uitgewerkt. Er zijn immers ook andere belangen dan dat van transparantie zoals de rechten van de verdediging en de bescherming van de eer en goede naam van personen of ondernemingen die worden beschuldigd, maar van wie de schuld nog niet door een bevoegde (bestuurlijke of rechterlijke) instantie in rechte is vastgesteld.

4.2.6 Naming and shaming

Verschillende landen om ons heen kennen de openbaarmaking van gegevens van een overtreder als handhavingsinstrument. In Zweden bijvoorbeeld worden namen van belastingontduikers gepubliceerd.[127] In het Verenigd Koninkrijk publiceert bijvoorbeeld de Meat Hygiene Service namen van ondernemingen die zich aan overtredingen schuldig hebben gemaakt, onder vermelding van de opgelegde sanctie. De Food Standards Agency publiceert recalls (verplichtingen om bepaalde gebrekkige producten terug te halen) onder vermelding van de naam van de onderneming en van het product.[128]

Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht kent de openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak als bijkomende straf.[129]

De financiële toezichthouders hebben de bevoegdheid publieke waarschuwingen te geven.

De Wte 1995 bijvoorbeeld bepaalt in artikel 28 leden 1 en 4 sub b:

> 1. Indien Onze Minister vaststelt dat een instelling te wier laste effecten zijn uitgegeven, een bieder, bestuurder, commissaris of functionaris, bedoeld in artikel 6a, derde lid, of een effecteninstelling, niet zijnde een instelling als bedoeld in artikel 7, tweede lid, onder h, i of j, de bij of krachtens de artikelen 3 tot en met 5, 6a, tweede en derde lid, 6b, onderscheidenlijk 11, eerste lid, gestelde regels niet naleeft, vestigt hij daarop de aandacht van de betrokkene.
> 4. Indien de aanwijzing, bedoeld in het tweede lid, is gegeven aan een effecteninstelling, en Onze Minister niet binnen de termijn, bedoeld in het derde lid, een bevredigend antwoord van die instelling heeft ontvangen, of indien naar zijn oordeel niet of onvoldoende aan zijn aanwijzing gevolg is gegeven, kan Onze Minister, indien hij dit met het oog op een adequate functionering van de effectenmarkten of de positie van de beleggers op die markten noodzakelijk acht:
> a. (...);

---

127. Dit gegeven leidde tot een geschil tussen een in Nederland gevestigde onderneming en de FIOD die voornemens was gegevens te verstrekken aan de Zweedse autoriteiten. Zie pres. Rb. Groningen 31 oktober 1997, JB 1997/279 m.nt. FAMS.
128. Zie voor beide typen publicaties: www.foodstandards.gov.uk.
129. Zie art. 9 lid 1 sub b ten 3e Sr.

b. de instelling schriftelijk aanzeggen, dat Onze Minister zal *overgaan tot publicatie van de aanwijzing,* bedoeld in het tweede lid, bij welke publicatie, wanneer de instelling dit verlangt, tevens de correspondentie openbaar wordt gemaakt, die naar aanleiding van de aanwijzing tussen Onze Minister en de instelling is gevoerd. (curs. BvM)

Artikel 32 Wte 1995 voegt daar nog aan toe:

Met het oog op een adequate functionering van de effectenmarkten of de positie van de beleggers op die markten kan Onze Minister, voor zover nodig in afwijking van artikel 31, *ter openbare kennis brengen:*
a. zijn weigering om een aangevraagde vergunning of ontheffing te verlenen wanneer deze weigering niet meer in beroep kan worden getroffen;
b. het feit dat degene die bij uitgifte effecten aanbiedt en op wie naar zijn oordeel het verbod, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van toepassing is, niet over een ontheffing beschikt;
c. het feit dat een effecteninstelling waarop naar zijn oordeel het verbod, bedoeld in artikel 7, eerste lid, van toepassing is, niet over een vergunning beschikt;
d. het feit dat degene waarop een vrijstelling als bedoeld in artikel 10 van toepassing is, zich niet houdt aan de voorschriften die aan die vrijstelling zijn verbonden;
e. het feit dat de houder van een effectenbeurs waarop naar zijn oordeel het verbod, bedoeld in artikel 22, eerste lid, van toepassing is, niet over een erkenning of ontheffing beschikt; of
f. het feit dat de houder van een effectenbeurs waarop een vrijstelling als bedoeld in artikel 25 van toepassing is, zich niet houdt aan de voorschriften die aan die vrijstelling zijn verbonden;
g. zijn aanwijzing als bedoeld in artikel 28, tweede lid, terzake van het niet naleven van de regels gesteld bij of krachtens de artikelen 6a, tweede en derde lid, en 6b. (curs. BvM)

Ten slotte verdient nog vermelding het eerste lid van artikel 48m:

Met het oog op een adequate functionering van de effectenmarkten of de positie van de beleggers op die markten, kan Onze Minister, onverminderd artikel 31, eerste en tweede lid, het feit ter zake waarvan de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete is opgelegd, het overtreden voorschrift, alsmede de naam, het adres en de woonplaats van degene aan wie de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete is opgelegd, ter openbare kennis brengen.

Inmiddels is door de Autoriteit-FM driemaal gebruikgemaakt van de bevoegdheid die haar in deze bepaling is toegekend.[130] De bekendste ervan betreft de boete die is opgelegd aan ABN AMRO inzake misleiding bij de beursintroductie van World Online.

De logische consequentie van de Kaderstellende visie van de regering dat de resultaten van onderzoeken door toezichthouders openbaar moeten worden gemaakt, zou zijn terzake een algemene wettelijke regeling te treffen. Een voor de hand liggende plaats is hoofdstuk 5 van de Awb. Daartoe zou artikel 5.4.2.1 Awb-IV over het boeterapport

130. Zie www.autoriteit-fm.nl onder het kopje 'nieuws' c.q. 'nieuwsarchief', de publicaties d.d. 6 februari 2003 (Raman); 19 september 2002 (ABN AMRO) en 15 februari 2001 (Fortis).

kunnen worden aangepast. Bepaald zou kunnen worden in hoeverre en onder welke voorwaarden het bestuursorgaan bevoegd is het rapport openbaar te maken. Ten minste zou moeten worden bepaald dat artikel 10 van de Wob van overeenkomstige toepassing is. Voorts zou deze bepaling kunnen worden verplaatst naar titel 5.2. De beslissing over het al dan niet opleggen van een boete gaat logischerwijs niet aan het opmaken van het rapport vooraf. Mijns inziens past een regeling inzake rapportage[131] daarom beter in de titel over toezicht dan in de titel over de bestuurlijke boete.

4.2.7 Rechtsbescherming

Het overheidsinformatierecht in Nederland heeft zich in de rechtspraak ontwikkeld tot een gesloten stelsel. Iedere informatieverstrekking door een bestuursorgaan vergt een wettelijke grondslag. Indien niet een specifieke grondslag kan worden aangewezen, neemt de rechter aan dat de verstrekking is gebaseerd op de Wob.

> In een geval waarin een bestuursorgaan naar aanleiding van een Wob-verzoek *openbaarmaking* van de gevraagde informatie afwees op de grond dat de gevraagde informatie privacygevoelig was voor de verzoeker zelf (artikel 10 lid 2 sub e Wob) en vervolgens een deel van de gevraagde informatie wel aan de verzoeker verstrekte juist omdat deze hemzelf betrof, overwoog de Afdeling dat er naast de Wob (en artikel 8:29 Awb) geen ruimte is voor het voeren van een beleid dat strekt tot gerichte openbaarmaking.[132]
> 'Appellant had de op de Wob gebaseerde aanvraag uitsluitend moeten beoordelen aan de hand van de in die wet neergelegde maatstaven en de Afdeling gaat er van uit dat in zoverre de aanvraag is ingewilligd, dat is gebeurd op grond van die wet.'

Het gesloten stelsel van overheidsinformatierecht betekent in beginsel dat iedere beslissing inzake informatieverstrekking een op een wet gebaseerd besluit is in de zin van de Awb, waartegen een belanghebbende rechtsmiddelen kan aanwenden.[133]

Op ten minste twee punten zou de wetgever dit gesloten stelsel kunnen perfectioneren. De positie van degene die een belang heeft om zich tegen verstrekking te verzetten, zou in de eerste plaats kunnen worden versterkt door voor te schrijven dat deze zoveel mogelijk voorafgaand aan de verstrekking van het voornemen daartoe op de hoogte wordt gesteld (artikel 5 Wob is op dit punt onvoldoende expliciet), en in de tweede plaats door hem een positie te geven in de discussie die bij toepassing van artikel 8:29 Awb tussen bestuursorgaan en rechter wordt gevoerd over de vraag welke stukken voor de procespartijen beschikbaar komen.

---

131. Die regeling zou dan betrekking hebben op de vraag wanneer een rapport kan of moet worden opgemaakt, wat daarvan de inhoud is, voor wie het beschikbaar is, welke procedure erop wordt gevolgd, enz.
132. ABRvS 4 december 2002, JB 2003/34 m.nt. dzz.
133. Overigens is het een betreurenswaardige juridisering dat de Afdeling het niet mogelijk acht bijzondere belanghebbenden meer informatie te verstrekken dan voor openbaarmaking in aanmerking komt, wanneer daarvoor geen bijzondere wettelijke grondslag bestaat.

Wat de eerste verbetering betreft, biedt de Mededingingswet een voorbeeld. Op verschillende plaatsen is bij amendement[134] in die wet een voorziening aangebracht naar het volgende model:

> Artikel 18 Mw
> 3. Door een onderneming bij de aanvraag verstrekte gegevens die door die onderneming als vertrouwelijk zijn aangemerkt, worden niet eerder ter inzage gelegd dan nadat een week is verstreken na de bekendmaking van de daartoe strekkende beschikking van de directeur-generaal.
> 4. Indien met betrekking tot de in het derde lid bedoelde beschikking van de directeur-generaal een verzoek om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht is gedaan, wordt de termijn, genoemd in artikel 19, opgeschort tot de dag waarop de schriftelijke uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank, bedoeld in artikel 93, eerste lid, is bekendgemaakt.

De termijn die in deze bepaling wordt opgeschort, is de beslistermijn voor het besluit ten gronde dat na de terinzagelegging moet worden genomen. In de praktijk van de NMa wordt in afwachting van de beslissing in voorlopige voorziening ook geen uitvoering gegeven aan de beschikking tot terinzagelegging. In een algemene wettelijke regeling zou dit uiteraard uitdrukkelijk moeten worden bepaald.

4.2.8 Bedrijfsgegevens in de bestuursrechtelijke procedure

Een bestuursorgaan is verplicht om in een procedure voor de bestuursrechter alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het geding te brengen.[135]

Voor degene die gevoelige informatie aan de overheid verstrekt, bestaat daarom altijd de kans dat het bestuur deze informatie in een procedure over zal (moeten) leggen, waardoor deze ter kennis van andere partijen kan komen. Ingevolge artikel 8:29 Awb kan het bestuursorgaan om gewichtige redenen weigeren bepaalde (gedeelten van) stukken in het geding te brengen of kan het de rechter verzoeken alleen zelf daarvan kennis te nemen onder uitsluiting van de andere partijen in het geschil. Een probleem voor degene voor wie de informatie gevoelig is, is dat hij niet zelf de mogelijkheid heeft om zijn zaak voor de rechter te bepleiten, maar afhankelijk is van het bestuursorgaan dat eerst overtuigd moet worden, en zich vervolgens moet inzetten om de rechter te overtuigen.

Mijns inziens verdient het aanbeveling een voorziening te treffen die degene van wie de informatie afkomstig is of op wie die betrekking heeft, een eigen bevoegdheid geeft zijn zaak bij de rechter te bepleiten.

---

134. Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 28.
135. Art. 8:42 Awb. Zie nader mijn Vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens in procedures bij de bestuursrechter, M&M 2001, p. 82-85.

Een tweede probleem is dat het gewicht van vertrouwelijkheid tegenover verschillende partijen verschillend kan liggen. Zo zou een partij die zich verweert tegen een administratieve sanctie, een sterker recht op informatie geldend moeten kunnen maken dan een derde belanghebbende partij, zoals de klager die om de sanctie heeft gevraagd. Voorzover beide in beroep komen tegen hetzelfde besluit, heeft de praktijk de oplossing gevonden de zaken te splitsen waardoor er verschillende dossiers ontstaan, maar wel gevoegd ter zitting te behandelen en in één uitspraak af te doen. Voor een derde belanghebbende partij ex artikel 8:26 Awb die niet zelf een rechtsmiddel heeft ingesteld, is deze aanpak echter niet mogelijk. Ook op dat punt lijkt een wettelijke voorziening mij op zijn plaats.

4.3 Toegang voor de consument

Het kabinet geeft in de Kaderstellende visie op toezicht aan dat belanghebbenden en gebruikers van onder toezicht staande organisaties of sectoren een rol bij het toezicht dienen te krijgen.[136] Deze gebruikers zijn in het geval van toezicht op markten vaak consumenten.

Hiervoor heb ik betoogd dat marktwerking een belang is dat de positie van de consument betreft. Dit is de consument in abstracto. Deze consument is feitelijk echter niets anders dan de optelsom van concrete individuele consumenten. In hoeverre hebben deze concrete individuele consumenten toegang tot marktautoriteiten om hun individuele belangen als consumenten te (doen) behartigen?

> In het beeld dat in hoofdstuk 1 is gesuggereerd dat de consument in de economische democratie de bepalende factor is, en de burger in de politieke democratie, komt deze vraag erop neer of de consument als zodanig in het mededingings- en marktordeningsrecht tevens burger is.

In hoeverre kunnen consumenten zich actief mengen in de uitoefening door marktautoriteiten van hun bevoegdheden op de markt? Bij de behartiging van de belangen van de consument zal het in veel gevallen gaan om optreden tegen overtredingen jegens de consument. Om deze reden zal ik mij op deze plaats beperken tot de uitoefening van handhavingsbevoegdheden. Voor andere bevoegdheden geldt echter mutatis mutandis hetzelfde.

136. T.a.p., p. 18.

4.3.1 De klager

Een consument kan een marktautoriteit die over handhavingsbevoegdheden beschikt, verzoeken om op te treden tegen een overtreding op de markt. Iemand die zo'n verzoek doet, wordt vaak een 'klager'[137] genoemd. Verschillende instanties zien klagers vooral als een bron van informatie. Klachten kunnen afhankelijk van hun inhoud op basis van een interne afweging aanleiding vormen voor een toezichtsonderzoek en eventuele maatregelen.[138]

De Rechtbank Rotterdam heeft zich in enkele NMa-zaken, onder overneming van de visie van de d-g NMa, op het standpunt gesteld dat een klacht moet worden begrepen als een verzoek om een handhavingsbesluit te nemen.[139] Een verzoek om een besluit te nemen is een aanvraag in de zin van de Awb, indien dit verzoek wordt gedaan door een belanghebbende. Aan de klager kan derhalve een juridisch kader worden toegekend wanneer hij belanghebbende is bij het (handhavings)besluit dat hij de marktautoriteit verzoekt te nemen. De vraag of een consument aan de vereisten van belanghebbendheid voldoet, is in de literatuur inzake de handhavingspraktijk van de NMa onderwerp geweest van enige controverse.[140]

Uit de rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam is af te leiden dat een klager belanghebbende is wanneer hij vraagt om een besluit dat erop is gericht een (beweerde) overtreding jegens hem te beëindigen én wanneer hij zich in zijn belang bij een besluit ten aanzien van die overtreding onderscheidt van anderen.[141] Wat betreft de aard van het besluit neemt de rechtbank aan dat een klager bij een last onder dwangsom in beginsel wel en bij een boetebesluit[142] in beginsel geen belanghebbende kan zijn. Dit is in over-

---

137. Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat dit een ander begrip klager is dan aan de orde in het kader van hoofdstuk 9 Awb.
138. Dit is onder andere het beeld bij de OPTA (aldus P.J.M. Koning (2002), p. 103) en bij de KvW.
139. Vgl. Rb. Rotterdam 1 augustus 2001, LJN AB3736; Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, LJN AB6588 en Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, LJN 6591.
140. Zie bijvoorbeeld: P.B. Gaasbeek, Mededingingswet, beschermheer van de consument? Tijdschrift voor Consumentenrecht 1998, p. 13-21; P.R. Rodrigues, Jaarboek consumentenrecht (red. Hondius & Rijken), Deventer 1999, p. 178-181; P.R. Rodrigues, rubriek consumentenrecht, Sociaal Recht 1999, afl. 10; J.C.A. de Poorter, De belanghebbende in het mededingingsrecht, M&M 2000, p. 36-40; B.M.J. van der Meulen, Klagers onder de Mededingingswet. Het bondgenootschap tussen NMa en consument revisited, in: Jansen/Van der Meulen/Widdershoven (red.), Handhaving van de Mededingingswet, mededingingsmonografieën 4, Deventer 2001, p. 13-32; O.W. Brouwer, De rechtspositie van de klager in het mededingingsrecht, in: Jansen/Van der Meulen/Widdershoven (2001), p. 33-44; en F. Brenninkmeijer, Klagen bij de NMa. Een onderzoek naar de rechtspositie van de klager in het mededingingsrecht, in: Jansen/Van der Meulen/Widdershoven (2001), p. 45-72.
141. Rb. Rotterdam 9 augustus 2002, LJN AB6588: 'Om te kunnen worden aangemerkt als belanghebbende dient volgens vaste jurisprudentie sprake te zijn van een objectief bepaalbaar, eigen (persoonlijk, individualiseerbaar) en voldoende actueel belang, dat bovendien rechtstreeks bij het desbetreffende besluit is betrokken. Het vereiste van een persoonlijk belang is daarbij in de rechtspraak van zowel de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als het College van Beroep voor het bedrijfsleven aldus ingevuld, dat het bij het besluit betrokken belang zodanig moet zijn dat de betrokkene zich daarmee in rechtens relevante mate onderscheidt van (al dan niet tot een – grote – groep behorende) andere betrokkenen.'
142. Rb. Rotterdam 26 november 2002, LJN AF1111 (Sep), waarbij ongegrond is verklaard het beroep tegen het besluit van de d-g NMa d.d. 27 maart 2000 zaak 650 (Hydro Energy vs. Sep).

eenstemming met de toelichting bij het Voorontwerp Vierde tranche Awb.[143] Wat betreft de persoon van klager neemt de rechtbank aan dat een consument als zodanig niet een voldoende onderscheidend belang heeft om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt.

Dit betekent dat de consument in beginsel geen bestuursrechtelijke aanspraken heeft jegens de marktautoriteit. Slechts diegene die op een onderscheidende wijze het slachtoffer is van een overtreding, kan als aanvrager een handhavingstraject initiëren, heeft er recht op te worden gehoord in de procedure, heeft er recht op dat op zijn aanvraag een beslissing wordt genomen die aan hem bekend wordt gemaakt, en kan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen instellen.

Uiteraard staat het de marktautoriteit vrij om in geval van een klacht van een niet-belanghebbende *ambtshalve* onderzoek te doen en – zo nodig – op te treden.

In het milieurecht is in afwijking van de hoofdregel van de Awb gekozen voor een actio popularis. Inmiddels wordt daarvan weer de afschaffing bepleit omdat toch alleen maar belanghebbenden van de mogelijkheden tot inspraak en rechtsbescherming gebruik zouden maken.[144] In het economisch recht is de situatie regelmatig aan de orde dat een consument die aantoonbaar in zijn belangen wordt getroffen, voor die belangen wil opkomen, maar zich daarin niet op een bestuursrechtelijke aanspraak kan beroepen omdat dit belang niet voldoende onderscheidend is.

De wetgever zou kunnen overwegen op dit punt een voorziening te treffen. Enerzijds om de consument een positie te geven ten aanzien van de behartiging van consumentenbelangen, anderzijds om de mogelijkheden voor de rechter te vergroten om een tegenwicht te bieden tegen de beperking in toezicht in de hiërarchisch-politieke lijn.

4.4 Civielrechtelijke ingang

Hiervoor is het standpunt betrokken dat overheidsbestuur van markten publiekrechtelijke ingrepen in privaatrechtelijke verhoudingen impliceert. Dit leidt tot de vraag hoe de civiele procedure zich verhoudt tot het optreden van de marktautoriteit. Deze vraag naar de betekenis van het civiele recht is tweeledig. Kan een belanghebbende ondanks de aanwezigheid van een marktautoriteit op de markt zelfstandig in rechte optreden tegen een overtreding waarvan hij het slachtoffer is? En kan degene die wegens gebrek aan belang door de marktautoriteit de deur is gewezen, deze markt-

143. Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche, Den Haag 1999, p. 101.

144. Zie de nota Juridisering in het openbaar bestuur, Kamerstukken II 1997/98, 26 360, nr. 1. Zie over het onderzoek dat hieraan ten grondslag ligt: A.A.J. de Gier & J. Robbe, De actio popularis in het ruimtelijk ordeningsrecht en het milieurecht, Gst. 1999, 7109, p. 605-611 en Gst. 1999, 7110, p. 639-643; en Chr. Backes, Much ado about nothing?, M en R 1999, p. 119.

autoriteit daarop bij de civiele rechter aanspreken? Beide vragen moeten blijkens de gevestigde rechtspraak van de burgerlijke rechter bevestigend worden beantwoord. Om met de laatste te beginnen.

4.4.1 Vordering tegen de rechtspersoon waartoe de marktautoriteit behoort

De omstandigheid dat een consument niet als zodanig belanghebbende is, belet de consument-klager niet om een weigering van een marktautoriteit om te zijnen gunste handhavend op te treden in rechte aan te vechten bij de burgerlijke rechter.

Vaste rechtspraak is dat degene voor wie een (bestuursrechtelijke) rechtsgang openstaat die hem voldoende rechtsbescherming biedt, niet-ontvankelijk is bij de burgerlijke rechter.[145] Het omgekeerde is ook waar. Wanneer *niet* een voldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang beschikbaar is – bijvoorbeeld omdat de eiser geen belanghebbende is in bestuursrechtelijke zin – dan kan deze eiser wel terecht bij de burgerlijke rechter. Het standaard-arrest van de Hoge Raad in deze is het Montenegro-arrest:[146]

> 'Wat betreft de nog te nemen beschikkingen staat voor Montenegro c.s. geen beroep op grond van de Wet Arob open, omdat zij niet kunnen worden aangemerkt als personen die door deze beschikkingen rechtstreeks in hun belang zijn getroffen in de zin van artikel 7 van deze wet. En wat betreft de reeds bestaande beschikkingen staat evenmin beroep open tegen een beslissing van de minister op een verzoek als door het hof bedoeld, omdat deze beslissing overeenkomstig de (...) uitspraak van de Afdeling rechtspraak[147] moet worden aangemerkt als een besluit van algemene strekking als bedoeld in artikel 2 Wet Arob. Uit het vorenstaande vloeit voort dat het hof ten onrechte Montenegro c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard (...).'

In casu ging het om mensen met een afgeleid belang. Er is echter geen reden om aan te nemen dat voor mensen met een niet-onderscheidend belang iets anders geldt.

4.4.2 Vordering tegen de overtreder (civielrechtelijke handhaving)

Een burger die wordt geconfronteerd met de overtreding van een onderneming op de markt, heeft andere mogelijkheden om zijn recht te halen dan alleen het vragen om handhaving aan de terzake bevoegde marktautoriteit.

---

145. Vgl. HR 28 februari 1992, TAR 1992, 86; NJ 1992, 687 m.nt. MS (Changoe): '(...) de eiser [dient] door de burgerlijke rechter niet ontvankelijk te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de administratieve rechter voldoende rechtsbescherming biedt.'
146. HR 20 november 1987, AB 1988, 117 m.nt. FHvdB.
147. ARRvS 17 september 1987, AB 1988, 116 (BvM).

Reeds in 1982, in het klassieke arrest Zegwaard/Knijnenburg,[148] heeft de Hoge Raad geoordeeld dat:

> 'aan een – niet tegen de overheid gerichte – vordering voor de gewone rechter, al of niet in kort geding, waarbij de eisende partij een rechterlijk verbod vraagt van jegens haar onrechtmatige gedragingen van gedaagde, op zichzelf niet in de weg staat dat er, bij gebruikmaking van administratiefrechtelijke rechtsgangen, ook andere wegen bestaan, waarlangs bereikt zou kunnen worden dat gedaagde ten gevolge van maatregelen van de overheid zijn gewraakte gedragingen staakt'.

In die zaak vorderde de eiser in kort geding een verbod om op het aan zijn erf grenzende perceel afval te storten. Voor zo'n gedraging zou een vergunning nodig zijn. De storter beschikte daarover niet. In het kort geding werd – tevergeefs – het verweer gevoerd dat eiser aan de gemeente had moeten vragen bestuursdwang uit te oefenen. De Hoge Raad wijst die gedachte niet alleen van de hand, hij voegt daar nog aan toe dat dit handelen in strijd met een publiekrechtelijke norm onrechtmatig is jegens de eiser.

In de parlementaire geschiedenis bij de Mededingingswet wijst de regering uitdrukkelijk op het belang van civiele handhaving.[149]

> 'Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op hun weg in dergelijke gevallen actie te ondernemen en zij behoren dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid over te laten. Doorgaans zullen de mogelijkheden tot civielrechtelijke handhaving ook een snellere oplossing bieden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving.'

Tot op heden heeft de civiele handhaving van het mededingingsrecht echter geen hoge vlucht genomen.[150] Zij speelt wel een rol in de prioriteitenstelling van de NMa.[151]

Wellicht geldt een uitzondering op de regel dat de gang naar de burgerlijke rechter openstaat in die gevallen waarin de wet aan de marktautoriteit een bevoegdheid tot geschilbeslechting heeft opgedragen,[152] omdat deze bevoegdheid dezelfde rechts-

---

148. HR 17 september 1982, NJ 1983, 278 m.nt. JRSt. Zie voorts HR 18 december 1992, NJ 1994, 139 m.nt. MS en CJHB (Kuunders).

149. PG Mw, p. 331 (MvT, par. 11.1).

150. In de Verenigde Staten is dit anders. Daaraan draagt vermoedelijk de mogelijkheid bij 'punitive damages' te vorderen. Het voornemen bestaat in de reeks Mededingingsmonografieën een verslag te laten verschijnen van een in Utrecht gehouden expertmeeting over dit thema. Zie voorts E.H. Pijnacker Hordijk & S.B. Noë, Afstemmingsvraagstukken in de verhouding tussen de NMa en de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds; F.W. Grosheide, Afstemming tussen de civiele rechter en de NMa/bestuursrechter in mededingingszaken, in het bijzonder bij de handhaving van art. 6 lid 1 Mw; en E.C. Pietermaat, De verhouding tussen de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit en de civiele rechter bij de handhaving van de Mededingingswet. Alledrie in Jansen/Van der Meulen/Widdershoven (2001).

151. Bij besluit van 19 februari 1999, zaak 1006 (X vs. BP) heeft de d-g NMa op overwegingen van prioriteit een klacht afgewezen op de grond dat reeds een civiele procedure aanhangig was.

152. Bijvoorbeeld art. 63 lid 2 Tw.

betrekking betreft die ook de burgerlijke rechter heeft te beoordelen. Voorzover het toetsingskader van de marktautoriteit beperkter is dan dat van de burgerlijke rechter,[153] zou laatstgenoemde dan aanvullende rechtsbescherming kunnen bieden.

4.5 Markt en autoriteit

De verhouding tussen marktautoriteiten en de spelers op de markt ten aanzien waarvan zij bevoegd zijn, blijkt in verschillende opzichten delicaat te zijn. Enerzijds moeten marktautoriteiten ervoor waken voldoende distantie te bewaren, anderzijds moeten zij zich openstellen en publieke verantwoording afleggen. Marktwerking betreft privaatrechtelijke verhoudingen, met name ook ten behoeve van de consument. Het blijkt voor de consument echter niet gemakkelijk te zijn om als een volwaardige speler betrokken te worden in het optreden van marktautoriteiten ten aanzien van ondernemingen op de markt. Partijen op de markt en dus ook consumenten kunnen zich wel via de civiele rechter een positie bevechten, zowel jegens ondernemingen als jegens de marktautoriteit. Voorzover ik kan overzien, komt daar in de praktijk niet veel van terecht. Mijns inziens verdient het aanbeveling de bestuursrechtelijke positie van consumenten in relatie tot marktautoriteiten te versterken.

153. Zoals het geval is in de art. 19 van de Gaswet en 51 van de Elektriciteitswet 1998, waarin de NMa is opgedragen 'op de grondslag van de Mededingingswet' geschillen te beslechten. Er zijn vele onrechtmatigheden naar civiel recht denkbaar die niet in strijd zijn met de Mededingingswet.

5 Interne verhoudingen

In dit hoofdstuk komt de interne functiescheiding aan de orde die de wetgever bij verschillende marktautoriteiten heeft voorgeschreven in verband met de concentratie van bevoegdheden in de handhavingsketen die kenmerkend is voor marktautoriteiten. Deze concentratie van bevoegdheden impliceert dat de checks and balances die ontstaan door spreiding van bevoegdheden niet aanwezig zijn. Om deze reden wordt vervolgens ingegaan op de vraag of marktautoriteiten zich in staat tonen om dit ontbreken te compenseren door een bijzondere mate van zelfcorrectie.

5.1 Functiescheidingen

In de context van toezicht in ruime zin wordt vrij snel gesproken van functiescheidingen. De Kaderstellende visie op toezicht bijvoorbeeld schrijft een functiescheiding voor van beleid, uitvoering en toezicht.[154] Hoewel de marktautoriteiten functioneren op een meer of minder grote afstand van de minister, en daarmee van 'het beleid',[155] lijkt er toch eerder sprake van een concentratie van functies dan van functiescheiding.

5.1.1 Concentratie van bevoegdheden

In de regel beschikken marktautoriteiten over bevoegdheden tot normstelling (soms algemeen verbindende voorschriften, altijd zachtere vormen van regels, zoals beleidsregels en richtlijnen, vaak vergunningen of ontheffingen), toezicht op de naleving van normen, beschuldiging van overtreding (boeterapport), sanctionering van overtreding en rechtsbescherming in eerste aanleg tegen sancties (heroverweging in bezwaar).

---

154. T.a.p., p. 13.

155. Maar wat is beleid? Ik kan niet nalaten A.T. Ottow en I.M. Schong te citeren. Zij schrijven (De sectorspecifieke toezichthouders en het kamermodel NMa, M&M 2002, p. 128-134, i.h.b. p. 131): 'Daarbij gaat het kabinet er kennelijk van uit dat het maken of voeren van beleid gelijk moet worden gesteld met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften. Dit is echter niet het geval. In de praktijk blijkt de stelling van het kabinet ook niet uitvoerbaar en is het onoverkomelijk [bedoeld zal zijn: onvermijdelijk, BvM] dat een toezichthouder bij de uitoefening van haar toezichtstaken beleid maakt (hetgeen overigens ook bij de NMa en de DTe het geval is).'

In de Europees rechtelijke en nationaal rechtelijke literatuur is kritiek uitgeoefend op dergelijke concentraties van bevoegdheden. Zij zouden ten koste gaan van de rechtsstatelijke checks and balances die voortvloeien uit spreiding van bevoegdheden.

Ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet formuleren Biesheuvel, Mok en Sevenster[156] het als volgt:

> 'Het bezwaar betreft het "alles-in-één-hand"-stelsel. Een ambtelijke dienst voert beleid (verlenen van ontheffingen, omlijnen van "misbruik"), spoort inbreuken op, hoort de betrokkenen daarover, en veroordeelt ze. Het zullen in het algemeen niet dezelfde personen zijn die alle handelingen verrichten[157] (...), maar het zijn ambtenaren van dezelfde Dienst, ondergeschikt en verantwoording verschuldigd aan dezelfde directeur. Het kwam al naar voren dat functionarissen (juist de goede!) zich met hun werk identificeren. Dat brengt mee dat zij een zaak tot een – in hun ogen – goed einde willen brengen. Als de politie een zaak "rond" heeft, wil zij dat veroordeling volgt. Een officier van justitie, en een rechter in nog sterkere mate, kijkt daar anders tegen aan. Zij bezien of het bewijs echt geleverd is, en niet met onrechtmatige middelen, alsmede of er geen verzachtende en disculperende omstandigheden zijn. Soms volgt er dan géén veroordeling. Dat kan wel frustrerend werken op de politie, maar zo hoort het in een rechtsstaat. Het is beter dat iemand ten onrechte een veroordeling ontloopt dan dat iemand ten onrechte veroordeeld wordt. Het al genoemde "over drie schijven lopen" van de strafrechtspleging bevordert de verwezenlijking van díe doelstelling.'

5.1.2 Spreiding van taken ('Chinese walls')

Weliswaar kunnen bij dit beeld enige nuancerende opmerkingen worden gemaakt – het onderschat bijvoorbeeld de rol van rechter in het kader van de bestuurlijke handhaving – maar feit is inderdaad dat een onderneming die van een overtreding wordt beschuldigd al heel wat bestuurlijke schakels bij hetzelfde orgaan heeft moeten doorlopen voordat zij de zaak in een bodemprocedure aan een andere, onafhankelijke, instantie kan voorleggen.

De wetgever heeft zich niet, althans niet geheel, doof betoond voor dit type kritiek. In verschillende wetten[158] zijn bepalingen opgenomen die inhouden dat werkzaamheden in verband met de oplegging van sancties worden verricht door personen die niet

---

156. M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok & H.G. Sevenster, Van ordening naar marktwerking. Kanttekeningen bij het ontwerp Mededingingswet, Preadvies voor de Vereeniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor Mededingingsrecht, Den Haag 1996, p. 117-118; in gelijke zin: M.R. Mok, Kartelrecht I Nederland, 1998, p. 284 en PG Mw, p. 339; O.W. Brouwer, Interactie bestuursrecht en mededingingsrecht. De rechten van de verdediging, M&M 1999, p. 13.

157. Bij de toepassing van het Europees kartelrecht is dat wel voorgekomen. Er zijn gevallen waarin dat bij (de medewerkers van) de betrokken ondernemingen trauma's heeft achtergelaten (voetnoot in origineel, BvM).

158. Zie bijvoorbeeld de art. 3 lid 2 en 54a Mw, 15h Postwet, 15h Wet OPTA, 15.11 Telecommunicatiewet, 5 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en 60 Gaswet. De Wet IDBB (Stb. 1999, 590) leidde voorts tot de art. 33l Wib, 48l Wte, 90l Wtk, 93l Wtn, 43h en 188l Wtv, 23k Wiw, 13k Wmz 1996 en 9j Wfbb 1994.

betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek.[159]

De Commissie voor de toetsing van wetgevingsvraagstukken heeft in haar advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten' de vraag opgeworpen of een 'bestuursorgaan bij de boete-oplegging steeds de noodzakelijke distantie in acht weet te nemen, als het tevens is betrokken bij uitvoering van de desbetreffende regeling'. Voorts onderstreept zij dat een systeem waarin sancties worden opgelegd door het bestuur – in tegenstelling tot het strafrecht – 'vooronderstelt dat volledige onafhankelijkheid niet kan worden bewerkstelligd'. Waarborgen kunnen worden gevonden in de mogelijkheid van beroep bij de onafhankelijke rechter en een nauwkeurige vastlegging in de wet in welke gevallen het bestuur een boete mag opleggen en hoe hoog die boete mag zijn. 'Niettemin is de Toetsingscommissie van mening dat het onwenselijk is als degene die de overtreding constateert tevens het bestuursorgaan is dat de boete oplegt. Wegens zijn betrokkenheid bij de vaststelling van het feit is de betreffende ambtenaar minder geschikt voor een objectieve beoordeling van de geconstateerde gedraging in relatie tot de op te leggen boete.'[160]

In het kader van de Mededingingswet heeft de regering over de vormgeving van de functiescheiding gediscussieerd met de Raad van State.[161] De Raad was er voorstander van een zelfstandige functionaris (door attributie of mandaat) te belasten met de sanctieoplegging.[162] De regering was daar niet voor. Attributie zou leiden tot een tweede bestuursorgaan binnen dezelfde organisatie. Ook heeft mandaat weinig betekenis wanneer de afstand tussen de mandaatgever en de mandataris gering is. Zij bleef daarom bij de feitelijke scheiding van werkzaamheden. Eén wens van de Raad van State lijkt wel in vervulling te zijn gegaan. Hij pleitte voor een eenvormige regeling. De regeling is inmiddels zo vaak toegepast dat er wel van een standaard kan worden gesproken. De memorie van toelichting bij de Mededingingswet zegt erover:

> 'Ik acht het wenselijk om die feitelijke scheiding in het voorstel van wet zelf zeker te stellen. Daarom wordt in artikel 3, tweede lid, van het voorstel van wet bepaald dat werkzaamheden in verband met het oproepen van belanghebbenden om hun zienswijze naar voren te brengen, het ter inzage leggen van het rapport en de andere op de zaak betrekking hebbende

159. Merk op dat dit weer een andere functiescheiding is dan die tussen vergunningverlening en toezicht waarvan sprake is in de Kaderstellende visie op toezicht.

160. Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten, Den Haag 1994, p. 49.

161. Zie PG Mw, p. 403-406.

162. In het wetsvoorstel fiscale boeten was oorspronkelijk voorzien in oplegging van de boete door een speciale boete-inspecteur, die daartoe aangewezen zou worden door het hoofd van de desbetreffende eenheid binnen de Belastingdienst. Vanuit het parlement zijn bij de behandeling van het wetsvoorstel echter bedenkingen geuit tegen deze figuur. De vrees bestond dat de introductie van de boete-inspecteur een nadelige invloed zou kunnen hebben op de relatie tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige. Dit heeft geleid tot schrapping van de figuur van de boete-inspecteur (Kamerstukken II 1996/97, 24 800, nr. 5).

stukken, het organiseren van hoorzittingen en het opleggen van een boete of last worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek en het opstellen van het rapport van de overtreding.
Voorts is het de bedoeling dat die feitelijke scheiding ook tot uitdrukking komt in de organisatie van de dienst. Daarom zal binnen de dienst een afdeling worden belast met het uitoefenen van toezichthoudende bevoegdheden en onderzoeksbevoegdheden en het opstellen van rapporten van overtredingen. Het zal in de praktijk die afdeling zijn die naar aanleiding van een klacht of ambtshalve het initiatief neemt tot een inbreukprocedure wegens overtreding van een verbodsbepaling of het niet nakomen van een procedurele verplichting. Ook zal die afdeling toezien op de naleving van de voorschriften en beperkingen die gelden voor een vrijstelling of die aan een ontheffing zijn verbonden en, als die voorschriften of beperkingen niet worden nageleefd, het initiatief nemen tot het opleggen van sancties c.q. het intrekken van de ontheffing. Als de directeur na afloop van het door die afdeling verrichte onderzoek van oordeel is dat er voldoende aanleiding is aan te nemen dat een overtreding is begaan en dat daarvoor een boete of dwangsom moet worden opgelegd, laat hij die afdeling een rapport opmaken. Daarmee zal in de desbetreffende zaak de rol van die afdeling zijn beëindigd. Een andere afdeling binnen de dienst zal worden belast met de werkzaamheden vanaf het oproepen van belanghebbenden tot en met het opstellen van de beschikking waarbij een boete of last wordt opgelegd. De directeur stelt die beschikking vast.
Door aldus bij een inbreukprocedure twee verschillende afdelingen na elkaar in te schakelen wordt de objectiviteit van de besluitvorming bevorderd. Bovendien wordt die objectiviteit voor justitiabelen ook zichtbaar gemaakt doordat zij voor het opstellen van een rapport met andere ambtenaren te maken hebben dan daarna.'[163]

In de parlementaire geschiedenis van het voorstel Wet markt en overheid wordt opgemerkt:

'De beslissing omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete dient – binnen het systeem van bestuursrechtelijke sanctionering – zo objectief mogelijk plaats te vinden. Daarom voorziet deze bepaling erin dat de ambtenaren van de NMa die bij het feitelijke onderzoek naar de overtreding waren betrokken, geen rol meer spelen in de verdere procedure die voorafgaat aan een boetebeschikking (met name het horen van belanghebbenden en het concipiëren van de beschikking).'[164] 'Bij de Mededingingswet fungeert dit systeem al sinds 1998 naar tevredenheid. Naar ons oordeel is hiermee de onafhankelijkheid voldoende gewaarborgd.'[165]

In de memorie van toelichting bij de Wet Invoering Dwangsom en Bestuurlijke Boete (in de financiële toezichtswetgeving) wordt het minder verhullend gezegd:[166]

'Om te voorkomen dat men *rechter* wordt *in eigen zaak*, is het overigens wel noodzakelijk dat de interne organisatie bij het bestuursorgaan zo wordt [ingericht] dat een functionaris die een

163. PG Mw, p. 348-349 (MvT).
164. Kamerstukken II 2001/02, 28 050, nr. 3 (MvT), p. 71.
165. Kamerstukken II 2001/02, 28 050, nr. 5 (NNV), p. 50.
166. Kamerstukken II 1997/98, 25 821, nr. 3, p. 5.

overtreding constateert niet tevens beoordeelt of een dwangsom of een bestuurlijke boete moet worden opgelegd (functiescheiding). Derhalve is in het onderhavige voorstel voorgeschreven dat de werkzaamheden in verband met het opleggen van een dwangsom of van een boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek.' (curs. BvM)

5.1.3 Vormgeving in de praktijk

Zoveel is duidelijk: de wetgever beoogt met de functiescheiding een uitoefening van verschillende taken door verschillende ambtenaren die werkzaam zijn bij verschillende afdelingen. Hoe strikt de scheiding moet zijn, laat de wetgever ter beantwoording aan de praktijk.[167] Op de vraag wat functiescheiding in bestuurlijke heroverweging moet betekenen wordt in het geheel niet ingegaan.

Bij de NMa zijn de taken met betrekking tot de voorbereiding van sanctiebesluiten opgedragen aan de Juridische dienst. Tot deze taken behoren het horen van de belanghebbenden en het concipiëren van besluiten. De Juridische dienst is tevens belast met de heroverweging in bezwaar van andere dan sanctiebesluiten. Bij de heroverweging van sanctiebesluiten speelt een onafhankelijke bezwaaradviescommissie een centrale rol. In procedures voor deze commissie en voor de rechter is de Juridische dienst verantwoordelijk voor het verweer. Om te garanderen dat de Chinese walls worden gerespecteerd, zijn aan de ambtenaren van de Juridische dienst geen toezichtsbevoegdheden toegekend. Bovendien zijn zij gehuisvest in een ander gebouw dan de andere directies van de NMa.

Vrijwel alle NMa-ambtenaren die niet tot de Juridische dienst behoren, zijn aangewezen als toezichthouder. In beginsel echter behoort het houden van toezicht tot de taak van de directie Concurrentietoezicht. Indien het toezicht leidt tot een vermoeden dat een boete of een last onder dwangsom moet worden opgelegd, behoort ook het opstellen van een rapport tot de taak van de toezichthouders.[168] Wanneer het rapport is opgemaakt, wordt het dossier overdragen aan de Juridische dienst. Vanaf dat ogenblik krijgt de beschuldigde onderneming te maken met andere ambtenaren. De toezichthouders spelen ter hoorzitting nog slechts een rol die vergelijkbaar is met die van een officier van justitie die de vordering toelicht of van die van een bestuursorgaan dat verweer voert.

---

167. Bij de behandeling van de Wet IDBB zei de Minister van Financiën in de Tweede Kamer dat hij de wijze waarop de toezichthouders in de praktijk aan de wettelijke scheiding van functies gestalte geven, in eerste instantie aan hen zelf zou overlaten. Hij zegde toe om als dat nodig zou zijn met uitvoeringsregelgeving te zullen komen. Uit niets blijkt dat de minister zich inmiddels een oordeel heeft gevormd over de wijze waarop de praktijk met de Chinese walls omgaat.
168. De Mededingingswet en de NMa-praktijk kennen met andere woorden niet de scheiding die uit het strafrecht bekend is van opsporing en vervolging.

5.1.4 Onderbroken informatiestromen

De rechtspraak stelt in toenemende mate grenzen aan het gebruik dat mag worden gemaakt van informatie. Er lijkt zich een tendens te ontwikkelen dat tegen de wil van de betrokkene onder dwang verkregen informatie niet mag worden gebruikt voor een punitief doel. Zo valt uit het arrest Saunders[169] van het EHRM af te leiden dat het op zichzelf toelaatbaar is om in de bestuurlijke fase (dat wil zeggen buiten of voorafgaand aan een 'criminal charge') verklaringen af te dwingen, maar dat deze vervolgens niet mogen worden gebruikt ter onderbouwing van een daaropvolgende punitieve sanctie. Dit uitgangspunt zou worden uitgehold wanneer de ambtenaren die de punitieve sanctie voorbereiden, wel van deze informatie op de hoogte zijn.[170]

De scheiding tussen toezichthouders en besluitvoorbereidende ambtenaren is niet voldoende om dit probleem op te lossen. De onder dwang verkregen informatie kan niet zonder meer uit het dossier worden verwijderd, aangezien deze relevant blijft voor eventuele reparatoire maatregelen. Het reparatoire traject en het punitieve traject lopen tot het einde nagenoeg gelijk.

Wellicht zouden de Chinese walls moeten worden versterkt door de bevoegdheid te beslissen inzake punitieve of reparatoire sanctie toe te kennen aan de toezichthoudende ambtenaren. Dit zou praktisch kunnen worden vormgegeven door te bepalen dat het rapport een vordering dient te bevatten op de grondslag waarvan vervolgens het sanctiebesluit moet worden genomen. Op basis van de aard van die vordering – punitief of niet – kan dan worden beoordeeld of bepaalde informatie (met name verklaringen) uit het dossier moet worden verwijderd.[171]

5.1.5 Heroverweging

De wettelijke eis van functiescheiding kan tot complicaties leiden in de heroverwegingsfase.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft een jurisprudentielijn uitgezet die inhoudt dat de heroverweging in bezwaar in één keer moet worden voltooid. De Afdeling acht ontoelaatbaar de combinatie van een gegrondverklaring van het bezwaar met de herroeping van het bestreden besluit en de (her)opening van onderzoek ter voorbereiding

169. EHRM 17 december 1996, JB 1997/80 (Saunders). In gelijke zin HR 8 juli 1998, BNB 1998/326 m.nt. Wattel.

170. Op deze complicatie wordt ook gewezen door O.J.D.M.L. Jansen en M.J.J.P. Luchtman in hun noot onder EHRM 3 mei 2001, AB 2002, 343 (JB tegen Zwitserland). Zij hebben echter bezwaar tegen beperking van de omvang van het boetedossier omdat het daardoor voor de burger en de rechter haast onmogelijk zou worden gemaakt te beoordelen of het in gang zetten van de boeteprocedure rechtmatig is geweest.

171. Voor de beschuldigde onderneming zou dit het bijkomende voordeel hebben dat in een eerder stadium van de procedure precies bekend is wat de grenzen van het onderwerp van debat zijn. Dit zou het voeren van verweer faciliteren.

van een nieuw besluit in de desbetreffende zaak.[172] In een uitspraak van 4 december 1997 bijvoorbeeld inzake de toelating van bepaalde opleidingen overweegt de Afdeling:

> 'De Afdeling stelt vast dat verweerder de gegrondverklaring van het ingediende bezwaar niet gepaard heeft doen gaan met een nader, voor beroep bij de Afdeling vatbaar inhoudelijk besluit. Verweerder heeft te kennen gegeven dat hij dit nieuwe besluit eerst neemt, nadat de doelmatigheid van de aangemelde opleiding nader is onderzocht. Met het oog hierop heeft verweerder alsnog advies gevraagd (...).
> Naar het oordeel van de Afdeling heeft verweerder gehandeld in strijd met hetgeen in de Awb, met name in artikel 7:11 is bepaald aangaande de bezwaarprocedure. Door in het bestreden besluit te volstaan met gegrondverklaring van het bezwaarschrift, terwijl het nemen van een nieuw besluit afhankelijk wordt gesteld van nader onderzoek, geeft verweerder er blijk van dat *een volledige heroverweging nog niet heeft plaatsgevonden.* Verweerder had de doelmatigheid van de opleiding dienen te beoordelen alvorens hij de onderhavige beslissing op het bezwaarschrift nam.' (curs. BvM)

Deze jurisprudentie kan onder omstandigheden op gespannen voet komen te staan met (wettelijke) Chinese walls. Denk bijvoorbeeld aan de volgende situatie. Bij een marktautoriteit wordt een klacht ingediend die het verzoek inhoudt een last onder dwangsom op te leggen aan een onderneming die volgens de klager jegens hem regels overtreedt op de naleving waarvan de marktautoriteit heeft toe te zien. De klacht wordt afgewezen op de grond dat hetgeen is aangevoerd onvoldoende aanleiding geeft tot het instellen van een onderzoek naar een mogelijke overtreding. De klager maakt bezwaar. Bij de behandeling van het bezwaar komt vast te staan dat hetgeen de klager (al dan niet in bezwaar alsnog) heeft aangevoerd wel degelijk van dien aard is dat een onderzoek redelijkerwijs niet achterwege kan blijven. De logische beslissing, het bezwaar is gegrond en de klacht wordt in behandeling genomen, zou op grond van deze rechtspraak niet kunnen worden genomen. Het lijkt echter wat overdone te concluderen dat er geen beslissing in bezwaar kan worden genomen *voordat* de zaak terug is gegaan naar ambtenaren met onderzoeksbevoegdheid en er een rapport is geschreven ter zake van het al dan niet bestaan van een overtreding.

Natuurlijk is het aan het bestuursorgaan niet verboden om een tussenbericht te zenden waarin de herroeping van het besluit wordt aangekondigd, maar het komt de helderheid van de situatie niet ten goede wanneer geruime tijd een besluit blijft gelden waarvan reeds vaststaat dat daarop zal worden teruggekomen.

---

172. Vgl. ABRvS 4 december 1997, ABkort 1998, 91; ABRvS 8 december 1997, NJB 1998, p. 365; CRvB 15 mei 1997, RAwb 1997, 157 m.a. Voermans; CRvB 9 december 1997, AB 1998, 92 m.nt. HBr; ABRvS 27 mei 1999, RAwb 1999, 178 m.nt. dzz. Anders Vz. ABRvS 1 juli 1996, MR 1997/2, 20 m.nt. Backes en Vz. ABRvS 7 augustus 1997, AB 1998, 96 m.nt. PvB.

5.1.6 Vierde tranche

In het boetehoofdstuk van het Voorontwerp Vierde tranche Awb is niet voorzien in Chinese walls. Volstaan is met het mandaatverbod van artikel 5.4.2.6 lid 4: 'Mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete wordt niet verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.' Deze bepaling is van toepassing bij boetes van meer dan € 340 (lid 1).

De toelichting gaat wel in op het CTW-advies en het regeringsstandpunt, maar inhoudelijk wordt volstaan met de opmerking dat de mate waarin de bedoelde feitelijke distantie gerealiseerd kan worden, per geval sterk kan verschillen. Vervolgens wordt aangegeven dat het voorstel om in de fiscale wetgeving een boete-inspecteur te introduceren, na bedenkingen uit het parlement, is geschrapt. Dit is naar mijn mening te mager. Het punt is principieel. De functiescheiding is een zeer bescheiden reactie op tamelijk fundamentele kritiek. Een verdere doordenking en uitwerking lijken mij gewenst. Aangezien het punt niet slechts gelding heeft voor de bijzondere rechtsgebieden, lijkt hoofdstuk 5 van de Awb mij daarvoor de juiste plaats. En dan liever titel 5.1 dan titel 5.4. Het belang dat wordt gewaakt tegen belangenverstrengeling geldt mijns inziens ten aanzien van reparatoire sancties niet in mindere mate dan ten aanzien van punitieve sancties. De grens voor de toepasselijkheid van de zware procedure mag dan wat mij betreft op een veel hoger niveau worden gelegd dan de boete van € 340.

5.1.7 Rechtsgevolgen

Volgens Rogier, Hartmann en Van der Hulst kan het rechtsgevolg van het niet in acht nemen van de functiescheiding zijn dat de sanctiebeslissing uiteindelijk wordt vernietigd 'wegens strijd met de wet in de gevallen waarin dat is voorgeschreven of[173] strijd met het *nemo-tenetur*-beginsel en/of het formele zorgvuldigheidsbeginsel'.[174]

Deze interpretatie lijkt plausibel. Ook mandaatgebreken, bijvoorbeeld, plegen tamelijk rigoureus tot vernietiging aanleiding te geven. Deze zijn in zekere zin vergelijkbaar omdat ook zij bevoegdheden in het kader van de besluitvormingsprocedure betreffen.

5.2 Zelfreinigend vermogen

Tegen de achtergrond van de lange procedurele keten die aan oplegging van een sanctie door een marktautoriteit voorafgaat, en van het verminderde aantal correctie-

173. Blijkbaar zijn deze auteurs van oordeel dat de eis van functiescheiding ook geldt wanneer zij niet uitdrukkelijk is voorgeschreven (BvM).

174. L.J.J. Rogier, A.R. Hartmann & J.W. van der Hulst, Nalevingstoezicht, Monografieën financieel-economisch bestuursrecht deel 2, Den Haag 2002, p. 38.

mechanismen – een beperkte greep van de rechter op complexe economische vraagstukken, geen of betrekkelijk weinig verantwoordelijkheid jegens de minister, een beperkte spreiding van taken – komt bijzonder belang toe aan de vraag in hoeverre marktautoriteiten in staat blijken om zichzelf in bezwaar te controleren en zo nodig te corrigeren.

Op dit punt genieten de marktautoriteiten weinig vertrouwen bij de financieel-economische advocatuur. Deze staat tamelijk afwijzend tegenover de bezwaarschriftprocedure. In een redactioneel commentaar in Markt en Mededinging wordt als een van de punten van kritiek op de evaluatie van de Mededingingswet opgemerkt: 'Merkwaardig is dat de bezwaren tegen de bezwaarschriftprocedure zo weinig uit de verf komen.'[175] De wereld van gevoelens binnen de advocatuur van de economische ordeningspraktijk die achter dit ene zinnetje schuilgaat, is treffend onder woorden gebracht door Mark Biesheuvel in een column die hij een kleine acht jaar geleden in het Nederlands Juristenblad schreef onder de titel 'Weg met de bezwaarschriftenprocedure'.[176] Hij schrijft – de nuanceringen laat ik weg – het volgende:

> 'Meestal gaat het om een tijdrovende en volkomen overbodige rituele dans langs ambtenaren die zich diep in hun schuttersputje hebben ingegraven. (...) voor bestuurden komt de bezwaarschriftenprocedure in de praktijk nogal eens neer op een juridisch straatverbod dat hen ten onrechte gedurende lange tijd – soms jaren – de toegang tot de rechter ontzegt. (...) in de meeste gevallen lijkt alle energie toch uit te gaan naar het krampachtig en zo nodig met een opgetuigde motivering instandhouden van het besluit. (...) Aan de Awb ligt de naïeve veronderstelling ten grondslag dat het bestuur materiegericht is, en niet organisatiegericht. (...) Maar de bestuurde moet dan niet verplicht worden een herhaling van zetten te ondergaan in een trage procedure waarvan voor hem de uitkomst op voorhand vast staat. De zojuist in werking getreden Wet op de geneesmiddelenprijzen heeft geresulteerd in tientallen individuele besluiten die maximumprijzen vastleggen. Aan deze besluiten zijn, deels in (maar ook buiten) de voorbereidingsprocedure, intensieve contacten tussen bestuur en industrie voorafgegaan. Voorspelbaar is dat van die besluiten, ook na bezwaar, geen duimbreed zal worden afgeweken. En hetzelfde geldt natuurlijk voor de veto's die de [NMa] (...) gaat uitspreken over fusies (...). Als na een grondig marktonderzoek van enige maanden zo'n ingrijpend veto over een fusie wordt uitgesproken, denkt men dan werkelijk dat dit oordeel in een bezwaarschriftenprocedure anders zal uitvallen?'

Deze gedachte van Biesheuvel past in de observaties die zijn gedaan in de eerste evaluatie van de Awb.[177] In de bezwaarfase is er een groot onderscheid tussen wat in de

---

175. P.V.F. Bos e.a., Evaluatie van de Mededingingswet; een gemiste kans, M&M 2002, p. 213-218, i.h.b. p. 214.

176. M.B.W. Biesheuvel, Weg met de bezwaarschriftenprocedure, Opinie, NJB 1996, p. 930. In eerste instantie had ik niet onderkend dat het hier een tamelijk breed gedragen opvatting betreft. In mijn Info Awb 1997-1998, Den Haag 1997, p. 150, schreef ik: 'Slechts incidenteel wordt het nut [van de bezwaarschriftprocedure] betwijfeld. Zie bijvoorbeeld [Biesheuvel] die zich echter meer op emoties dan op feiten lijkt te baseren' (idem Info Awb 2001-2002, Den Haag 2001, p. 222).

177. Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht, Verslag van de Commissie Evaluatie Algemene wet bestuursrecht, 's-Gravenhage 18 december 1996, p. 45. e.v.

evaluatie worden genoemd 'beschikkingenfabrieken' en 'beschikkingenateliers'. Bij fabrieksmatige (massa) beschikkingen ligt het accent in de bezwaarfase sterk op het herstel van fouten. Het aantal gegrondverklaringen is relatief groot, de zeefwerking naar de beroepsfase eveneens.

> 'Een geheel ander beeld bestaat in sectoren (...) waar kleinere aantallen beschikkingen worden afgegeven en de besluitvorming veel meer is toegespitst op de omstandigheden van het concrete geval. In deze sectoren is de bezwaarschriftprocedure veeleer gericht op juridische verfijning dan op bestuurlijke heroverweging. Het blijkt in veel gevallen te gaan om een procedure met sterk contradictoire trekken waarbij het accent ligt op de beoordeling van de rechtmatigheidsaspecten. Slechts zelden leidt de bezwaarschriftprocedure tot een inhoudelijk ander besluit (...).' En 'Het belangrijkste effect van de procedure is de verbetering van de motivering, zodat het bestuur sterker staat in een eventuele beroepsprocedure. Zo gezien is weliswaar geen sprake van een volledige heroverweging, maar wel van een verlengde besluitvorming die de belangen van het bestuur dient.'

Bij de beschikkingenateliers – waartoe de marktautoriteiten als ik het goed zie zonder uitzondering zijn te rekenen – is de primaire fase over het algemeen zo uitvoerig dat alle aspecten voor het voetlicht kunnen komen. Slordigheidsfouten zullen weinig worden gemaakt. Voor een volledige bestuurlijke heroverweging zal daarom zelden aanleiding bestaan.

Het zal niet verbazen dat de Evaluatiecommissie een versoepeling van het verplichte karakter van de bezwaarschriftprocedure bepleit.

De verwachtingen over het zelfreinigend vermogen van de marktautoriteiten zijn blijkbaar niet hooggespannen en hoeven dat in het licht van de Awb-evaluatie ook niet te zijn, maar valt er iets te zeggen over hoe de situatie *feitelijk* is?

Het zelfreinigend vermogen betreft een vraag die een aantal marktautoriteiten niet de moeite waard blijkt te vinden om in hun jaarverslag te behandelen.[178] Dit gegeven is op zichzelf niet erg geruststellend. Voorzover wel cijfers worden gegeven, zien die er echter niet beroerd uit. De jaarverslagen van de NMa beginnen zelfs zeer hoopgevend. In 1998 – het eerste jaar van de NMa – zijn zeven van de tien (70%) van de bezwaarschriften waarop is beslist, geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard. Gebrek aan zelfkritiek kan dan toch moeilijk worden verweten. In 1999 is het nog 15%, in 2000 daalt het verder naar 10%[179] en in 2001 is het 13%. Het College voor de toelating van

---

178. Geen informatie over de afhandeling van bezwaarschriften bevatten de jaarverslagen van OPTA, het College ter beoordeling van geneesmiddelen, De Nederlandsche Bank, het College bescherming persoonsgegevens, de Autoriteit-FM en de DTe. Verrassend is dat het College Tarieven Gezondheidszorg in zijn jaarverslag over 2001 wel melding maakt van het aantal bezwaarschriften dat in de voorafgaande vier jaren is ingediend, maar niet van de beslissingen die daarop zijn genomen. De OPTA besteedt aandacht aan allerlei aspecten van klanttevredenheid en kwaliteit van de organisatie, maar niet aan haar zelfreinigend vermogen.

179. De jaarverslagen over 1999 en 2000 spreken van respectievelijk 12% en 9%. Dit zijn percentages over het aantal 'afgehandelde' bezwaarschriften inclusief intrekkingen. In de tekst heb ik ter wille van de vergelijkbaarheid voor percentage van het aantal beslissingen gekozen.

bestrijdingsmiddelen verklaarde in 2001 zeven op de 35 bezwaarschriften gegrond (20%),[180] bij het Commissariaat voor de Media was het zeven op de 30 (23%). De PVK maakt verspreid over het jaarverslag over 2001 melding van 57 bezwaarschriften. Daarvan zijn er acht (15%) gegrond verklaard.

Er lijkt voor de bezwaarmakers die hun zaak doorzetten, gemiddeld een 'score' van 15 tot 20% naar voren te komen. Dit steekt zeker niet ongunstig af bij de cijfers die ten aanzien van andere bestuursorganen bekend zijn en zelfs niet bij de percentages[181] rechterlijke vernietigingen, die over het algemeen hoger zijn dan de gegrondverklaringen in bezwaar.[182]

Uiteraard zeggen percentages niet alles, zeker niet bij kleine aantallen, maar als deze gegevens representatief zijn, mag men bij een gemiddelde kans van één op zes à vijf, toch concluderen dat er bij marktautoriteiten in bezwaar een serieuze discussie over de inhoud van de zaak kan worden gevoerd en dat er bereidheid bestaat gebleken fouten te herstellen.

Deze gegevens zijn wellicht niet voldoende om de kritiek te ontzenuwen, zij geven haar echter ook geen nieuw voedsel. Overigens zijn zij mijns inziens ook niet voldoende om te concluderen dat de bezwaarschriftprocedure een zo afdoende tegenwicht biedt tegen het ontbreken van hiërarchische en parlementaire controle dat het gerechtvaardigd is te vergen dat ondernemingen die zich al vanaf de initiële normstelling, de toezichtsfase, de rapportagefase en het primaire sanctietraject moeten verantwoorden tegenover hetzelfde bestuursorgaan, zich nogmaals tot datzelfde bestuursorgaan wenden.

Inmiddels zijn verschillende wetsvoorstellen aanhangig tot het introduceren van de een of andere facultatieve vorm van bezwaar waarbij desgewenst rechtstreeks in beroep kan

---

180. Bij de rechter kreeg de eiser c.q. verzoeker om een voorlopige voorziening in 7 op de 22 zaken gelijk (30%).

181. In absolute aantallen is het aandeel rechterlijke vernietigingen uiteraard aanzienlijk lager dan het aandeel gegrondverklaringen in bezwaar.

182. Veel onderzoek is gedaan naar de werking van de Wet Arob. Vgl. P.J.J. van Buuren, H. Bolt & M. Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, Deventer 1981, p. 60: bijna 40% vernietiging in beroep (waarvan bijna een kwart op de grond dat het bezwaar ten onrechte was ontvangen); C.M. Breeuwsma, E. Helder, E. Niemeijer & M. Oosting, Beeld van de Arob-bezwaarschriftenprocedure, Deventer 1982, p. 289-291: 15% bezwaarschriften gegrond, 17-24% beroepen gegrond; C.M. Breeuwsma, E. Helder, E. Niemeijer, H. Rawee, J. Griffiths & M. Oosting, Arob-praktijken, Deventer 1984, p. 309: 10% bezwaarschriften gegrond, 30% beroepen gegrond; B.M.J. van der Meulen, De administratieve rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur, Gst. 1988, p. 78-81, succespercentage in beroep bijna 22% (variërend van ruim 10% ARRvS kamer 1 tot bijna 27% ARRvS kamer 3). Uiteraard kan het naar rechtsgebied zeer verschillen. In de Van der Hurk-zaak is naar voren gebracht dat melkveehouders in 8.500 superheffingzaken bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet verder kwamen dan een procent of twee. Vgl. de noot van PJMK en dzz. onder ECRM 10 december 1992, UCB 1992, 74. Zie voor recentere gegevens: M. Herwijer & R.A. van Peppel, Eerst bezwaar maken en daarna wellicht nog in beroep: het perspectief van de belanghebbende, in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), Vijf jaar JB en de Awb, Den Haag 1999: bezwaar geheel of gedeeltelijk gegrond 12-43%.

worden gegaan.[183] Een pleidooi van de OPTA voor afschaffing van de bezwaarfase is echter van de hand gewezen.[184]

Het lijkt mij van belang dat een belanghebbende die dat wenst zich tegen een besluit – en in het bijzonder een sanctiebesluit – van een marktautoriteit zo spoedig mogelijk kan wenden tot een onafhankelijke derde.

Hierbij verdient overigens aantekening dat een externe bezwaaradviescommissie in hoge mate het karakter heeft van een onafhankelijke derde. Weliswaar kan het bestuursorgaan afwijken van het advies ('contrair gaan'), maar de verstandhouding met de eigen adviseur zal vergen spaarzaam met die mogelijkheid om te gaan. Wanneer het bestuursorgaan het advies volgt, dan mist het echter – anders dan bij een vernietiging door de bestuursrechter of in administratief beroep – de mogelijkheid om de juistheid ervan in hoger beroep aan te vechten.

5.3 Interne procedures

Aangezien de aard van specialistische onafhankelijke marktautoriteiten meebrengt dat de werking van externe correctiemechanismen begrensd is, is het temeer van belang dat wordt voorzien in procedurele waarborgen. Een goede functiescheiding is er daar één van. Een goede bestuurlijke heroverwegingsprocedure zou een tweede kunnen zijn. Op het feitelijk functioneren van de bezwaarschriftprocedure lijkt – beoordeeld naar resultaten – niet veel aan te merken. Het vertrouwen van repeat players in deze procedure is echter gering. Dit is een probleem. 'Justice must not only be done, it must also be seen to be done'. Om deze reden is het wenselijk om aan degenen die dat wensen de mogelijkheid tot prorogatie te bieden. In hoofdstuk 8 zal worden bezien of er ook nog aan een andere oplossing kan worden gedacht.

183. Het wetsvoorstel rechtstreeks beroep (Kamerstukken 27 563) voorziet in een algemene regeling in de Awb. De zbo-wet NMa voorziet in van deze en van elkaar afwijkende regelingen in de Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Zie hierover mijn: Onoverkomelijk bezwaar. Drie soorten prorogatie: maatwerk of wetgevingsvandalisme?, NTB 2002, p. 87-97.

184. Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 26.

6 Onderlinge verhoudingen

In dit hoofdstuk komen de onderlinge verhoudingen tussen marktautoriteiten aan de orde. In hoeverre zijn zij zelfstandig ten opzichte van elkaar of maken zij deel uit van eenzelfde organisatie? Wat is er geregeld over samenwerking in het algemeen en uitwisseling van informatie in het bijzonder?

6.1 Zicht op toezicht

De vraag naar de verhouding tussen marktautoriteiten begint bij de instelling. In de eerste plaats zal moeten worden bezien of een nieuwe taak door een bestaande organisatie kan worden vervuld of dat de oprichting van een nieuwe organisatie is vereist. Het kabinet heeft zich op het standpunt gesteld dat terughoudendheid moet worden betracht met sectorspecifieke mededingingsregels en sectorspecifieke toezichthouders.[185] Voorts geeft het kabinet er blijk van sectorspecifieke regelgeving en toezicht zoveel mogelijk als tijdelijk te zien en algemeen mededingingsrecht en -toezicht als de normale langetermijnsituatie. Een wildgroei aan regels en sectorspecifieke toezichthouders moet zoveel mogelijk worden voorkomen.

> '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 is (...).
> Het beleidsmatige streven is erop gericht om dergelijke marktcondities in de telecommunicatie- en postmarkt zo snel mogelijk te bereiken. Hiertoe dienen – in principe tijdelijk – sectorspecifieke regels die op een aantal punten 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 snelle doorloop van het transitieproces (...).'[186]

Er bestaat een inhoudelijk verschil tussen de werkzaamheden van regulators en die van de algemene mededingingsrechtelijke toezichthouder NMa, dat doorgaans wordt gekwalificeerd met de begrippen 'ex ante' en 'ex post'. De regulators hebben tot taak

185. Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73H.
186. Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 11-12.

een 'level playing field' tot stand te helpen brengen waarop uiteindelijk marktwerking kan plaatsvinden. Daartoe leggen zij ('ex ante') gedragsnormen op, met name aan de oorspronkelijke monopolist, vaak een voormalig staatsbedrijf: de 'incumbent'. Hoewel ook de NMa bepaalde marktarrangementen vooraf beoordeelt (in het kader van ontheffingsaanvragen en concentratietoezicht), werken de belangrijkste regels van het mededingingsrecht (het kartelverbod en het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie) vanzelf. De taak van de d-g NMa is dan om toezicht te houden op de naleving ervan en sanctionerend in te grijpen bij overtreding.

De werkgroep Visser heeft in haar rapport 'Zicht op toezicht'[187] een afwegingskader ontwikkeld voor de noodzaak en inrichting van het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving ten aanzien van mededinging en marktordening die de marktwerking in betekenende mate beïnvloedt. De werkgroep bedient zich van een ruim begrip toezicht dat de vergunningverlening mede omvat.

De werkgroep onderscheidt algemeen mededingingstoezicht en sector-specifiek toezicht. In de meeste gevallen hebben ondernemingen waarop sector-specifieke regelgeving van toepassing is, tegelijkertijd ook te maken met het mededingingsrecht. Vaak zelfs voor dezelfde gedraging. Overlap is daarom onvermijdelijk en afstemming onontbeerlijk.

De werkgroep onderscheidt drie vormen:
A. NMa-toezicht op algemene mededingingsregels;
B. sector-specifiek toezicht op niet-mededingingsregels; en
C. sector-specifiek toezicht op mededingings(relevante) regels.

Volgens de werkgroep zal de regelgever steeds moeten nagaan of de beoogde overheidsinterventie bewerkstelligd kan worden via algemene mededingingsregels. Is dat het geval, dan is er geen sector-specifiek toezicht nodig. Is dat niet het geval, dan dient dat allereerst uitdrukkelijk te worden gemotiveerd; vervolgens moet worden gekozen voor het passende toezichtsregime. Opnieuw onderscheidt de werkgroep drie modaliteiten:
I. een eigenstandige sector-specifieke toezichthouder;
II. een sector-specifieke toezichthouder als kamer bij de NMa;
III. de NMa als sector-specifieke toezichthouder.

De laatste modaliteit is voor de werkgroep een soort restcategorie. Ten behoeve van de keuze voor een van de andere modaliteiten reikt zij enige criteria aan.

Voor een eigenstandige sector-specifieke toezichthouder kan worden gekozen, als er een onlosmakelijk verband is tussen de sector-specifieke mededingingsregels en

187. November 1997, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 12 januari 1998, Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73. De ministers nemen de aanbevelingen van de werkgroep over.

andere sector-specifieke regels; als de sector-specifieke regels een aspect reguleren waarvoor de algemene mededingingsregels niet werken (zoals geneesmiddelenprijzen) of als er tijdelijk een verhoogde staat van toezicht nodig is in verband met de betrokkenheid van een vakminister bij een proces van overgang naar concurrerende marktverhoudingen.

Voor het kamermodel kan worden gekozen wanneer enerzijds de vakminister voldoende betrokken moet blijven bij de sector, maar anderzijds de samenhang met het algemene mededingingsregime zo groot is dat deskundigheid op dat terrein binnen handbereik moet zijn. Als bijkomend voordeel ziet de werkgroep dat het kamermodel de sector een eigen aanspreekpunt biedt, zonder dat dit het risico loopt de 'captive' van de sector te worden.

Inmiddels bestaan er voorbeelden van alledrie de vormen. Zie in paragraaf 2.2 de portretten van de OPTA (I), de DTe (II) en de Vervoerkamer (III).

6.2 Kamermodel

Met de Elektriciteitswet 1998 heeft de wetgever toepassing gegeven aan de suggesties van de werkgroep Visser en in de wereld van de marktautoriteiten het zogenoemde kamermodel geïntroduceerd. Artikel 5 bepaalt in het eerste lid: Er is een Dienst uitvoering en toezicht energie, die als kamer deel uitmaakt van de Nederlandse mededingingsautoriteit.

Dit betekent dat het ene bestuursorgaan deel uitmaakt van de ambtelijke organisatie van een ander bestuursorgaan. De ambtenaren van de DTe (inclusief het bestuursorgaan de directeur DTe) zijn ambtelijk ondergeschikt aan de directeur-generaal van de NMa. Volgens de lijnen die hiervoor uiteen zijn gezet bij de bespreking van het gedeconcentreerde ambt, zou de d-g NMa als ambtelijk hiërarchische baas bevoegd zijn algemene en bijzondere aanwijzingen te geven aan de directeur DTe, ook over de uitoefening van de bevoegdheden die de wetgever rechtstreeks aan de directeur DTe (en niet aan de d-g NMa) heeft toegekend.[188] De wetgever lijkt deze bevoegdheid in artikel 8 van de Elektriciteitswet echter te beperken door uitdrukkelijk te bepalen dat de d-g NMa zulke aanwijzingen kan geven 'met betrekking tot de uitoefening van in deze wet en de Gaswet aan de directeur van de dienst toegekende taken en bevoegdheden *waarbij naar het oordeel van de directeur-generaal uitleg kan of moet worden gegeven*

188. P. Larouche en S. Lavrijssen (EG-regulering van de elektronische communicatie. Een kritische beschouwing van de onderliggende aannames van de EG-regelgeving betreffende elektronische communicatie, SEW 2002, p. 258-268) brengen het als volgt onder woorden (in noot 76): 'Op grond van het kamermodel heeft de directeur eigen bevoegdheden (attributie), maar bij de uitoefening van die bevoegdheden is hij hiërarchisch ondergeschikt aan de d-g NMa. Uit die hiërarchische relatie vloeit voort dat de d-g NMa de werkzaamheden van de directeur zowel beleidsmatig als beheersmatig aanstuurt.'

aan begrippen die worden gehanteerd bij de toepassing van de mededingingswet' (curs. BvM). A contrario lijkt hieruit te volgen dat in andere gevallen geen aanwijzingen kunnen worden gegeven.[189]

Het praktisch nut van het kamermodel ligt in de synergie. De marktautoriteiten die deel uitmaken van één organisatie, kunnen via korte communicatielijnen profiteren van elkaars knowhow, zowel op het inhoudelijke vlak als op het organisatorische. De gezagsrelatie biedt een voertuig om snel tot overeenstemming te komen. In de praktijk van de NMa worden bezwaarschriften behandeld door de Juridische dienst van de NMa, zowel ten aanzien van primaire besluiten in NMa-zaken als ten aanzien van primaire besluiten in DTe-zaken. Op deze wijze kunnen verschillen in toepassing of interpretatie van voorschriften en begrippen snel aan het licht komen en – zo nodig – worden overbrugd.

Het kamermodel veroorzaakt nieuwe complicaties uit oogpunt van de verhouding tussen marktautoriteit en minister. In dit model kunnen toezichthouders een kamer bij de NMa betrekken wier werkterreinen zich uitstrekken over het beleidsterrein van verschillende ministers. De NMa en DTe bijvoorbeeld bewegen zich op het terrein van Economische Zaken, maar de Vervoerkamer op dat van Verkeer en Waterstaat.

De zbo-wet NMa voorziet in een fundamentele wijziging van het kamermodel. Het is de bedoeling dat de bevoegdheden op het terrein van de kamers niet meer aan deze kamers worden geattribueerd – waardoor zij hun eigenstandige status als bestuursorgaan verliezen – maar aan de (op te richten) Raad van Bestuur van de NMa. Deze wordt dan wettelijk verplicht de bevoegdheden te mandateren aan de kamers. Het lijkt mij geen verbetering. Het komt de positie van de regulator op de markt ten goede wanneer hij op eigen naam en onder eigen verantwoordelijkheid kan optreden. Tegenover deze nadelen levert een wettelijk afgedwongen mandaatverhouding geen helderder ambtelijke rechtsverhouding op dan attributie aan een ambtelijk ondergeschikte. Het zal ook tot praktische problemen aanleiding geven. De wetgever is voornemens om op termijn de OPTA als kamer te doen opgaan in de NMa. Dit voornemen zal ongetwijfeld minder weerstanden oproepen als de naam 'OPTA' niet van de eigen besluiten hoeft te verdwijnen.

Het kamermodel (in zijn huidige vorm) zou het overwegen waard zijn voor de financiële toezichthouders, gelet op het nauwe onderlinge verband van hun werkzaamheden en het gegeven dat hun toezicht vaak is gericht op dezelfde ondernemingen.[190]

---

189. Schrapping van deze bepaling zou de duidelijkheid van de verhoudingen zeer ten goede komen.

190. Hierbij verdient nog aantekening dat een samenvoeging van de afzonderlijke toezichtswetten in de financiële sector tot een Wet financieel toezicht in het verschiet ligt en dat een fusie is voorgenomen tussen DNB en PVK. Zie hierover: Hervorming van het toezicht op de financiële marktsector, Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nrs. 1-6.

6.3 Samenwerking

6.3.1 Afstemming

Om verschillende redenen kan er afstemming nodig zijn tussen verschillende marktautoriteiten. De bevoegdheden van de regulators zijn doorgaans beperkt tot betrekkelijk smalle marktsegmenten. Het is echter zeer goed mogelijk dat de activiteiten van de onder toezicht staande ondernemingen zich uitstrekken over meerdere markten waar verschillende autoriteiten bevoegd zijn. Op de financiële markten bijvoorbeeld vormen zich conglomeraten die zowel bancaire diensten verlenen als zich begeven in het verzekeringen- en effectenverkeer. Voorts is het mededingingsrecht in beginsel op alle – dus ook de gereguleerde – markten van toepassing. Ten slotte werken diverse bijzondere wettelijke regimes met algemene mededingingsrechtelijke begrippen.

In zijn Kaderstellende visie op toezicht geeft het kabinet aan de onderlinge afstemming een zaak van de betrokken bestuursorganen te vinden:[191]

> 'De ACT pleit voor een éénloketbenadering bij geconstateerde overlap tussen toezichthouders, waarbij toezichthouders de plicht en het recht krijgen om gezamenlijk de betrokken rechtsstelsels toe te passen op één concreet geval met één beschikking en één bezwaar- en beroepsprocedure.' Naar de mening van het kabinet gaat dit wat ver. 'Op de eerste plaats is het naar de mening van het kabinet wenselijk dat toezichthouders door organisatorische maatregelen, afspraken en dergelijke onderlinge samenwerking in concrete gevallen gaan bevorderen. Zij kunnen daarvoor hun interne procedures afstemmen en stroomlijnen. Inzet van informatie- en communicatietechnologie (ICT) kan daaraan bijdragen. Voor verdergaande samenwerking (...) is een rechtsbasis nodig.'

In de Telecommunicatiewet is voor wat betreft het gebruik van een gemeenschappelijk begrippenapparaat voorzien in een afstemmingsregeling. De regering had voorgesteld de OPTA bij de interpretatie van mededingingsrechtelijke begrippen te binden aan instemming van de NMa. In de Tweede Kamer is dit voorstel afgezwakt tot een verplichting van de OPTA om bij de uitleg van mededingingsrechtelijke begrippen, die tevens door de d-g NMa worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 24 Mw,[192] te handelen in overeenstemming met algemene richtlijnen van de d-g NMa.[193] Een aardig voorbeeld van de situatie bedoeld in artikel 4:81 lid 2 Awb: een bestuursorgaan kan beleidsregels vaststellen met betrekking tot een bevoegdheid die niet onder zijn verantwoordelijkheid wordt uitgeoefend. In de praktijk is de d-g NMa niet overgegaan tot het eenzijdig vaststellen van beleidsregels waaraan de OPTA zich zou moeten houden. Wel worden er regelmatig door de OPTA en de NMa gezamenlijke beleidsdocumenten gepubliceerd.

---

191. T.a.p., p. 21.
192. Het verbod van misbruik van een economische machtspositie.
193. Art. 18.3 lid 3 Tw. Een soortgelijke voorziening is getroffen in art. 15o van de Postwet.

Voorts hebben OPTA en NMa een samenwerkingsprotocol opgesteld dat erop is gericht om dubbel werk en forumshopping te voorkomen. Uiteraard heeft een samenwerkingsprotocol geen formele derdenwerking. Een marktautoriteit kan een belanghebbende niet verplichten zich te wenden tot een andere marktautoriteit wanneer zij ook zelf bevoegd is in de desbetreffende zaak, maar zij kan wel beslissen om geen prioriteit toe te kennen aan een zaak wanneer ook een andere autoriteit bevoegd is en er met die autoriteit een afspraak bestaat die de verwachting wettigt dat die andere autoriteit adequaat zal optreden. In die zin is ook dit samenwerkingsprotocol te zien als een gezamenlijke beleidsregel.

6.3.2 Samenwerkingsverbanden

RFT

De Autoriteit-FM, DNB en de PVK hebben een convenant gesloten inzake de coördinatie van toezicht.[194]

Voorts werken zij sedert augustus 1999 samen in een Raad van Financiële Toezichthouders (RFT). Deze samenwerking heeft in 2001 een wettelijke basis gekregen door de inwerkingtreding van de Wet introductie niet sector-specifieke toezichtdimensie.[195] De RFT heeft bijvoorbeeld de zogenoemde financiële bijsluiter en beleidsregels voor de toetsing van de betrouwbaarheid van beleidsbepalers ontwikkeld. Hij is een centraal aanspreekpunt voor (klagende) consumenten. Ook aan de minister brengt de RFT advies uit, onder andere over voorgenomen en gewenste wetgeving.

FEC

Met het oog op een goede samenwerking tussen toezichthouders en opsporings- en vervolgingsinstanties is het Financieel Expertise Centrum (FEC) opgericht.[196] Het is een samenwerkingsverband van het parket Amsterdam, de Autoriteit-FM, DNB, de PVK, de Belastingdienst/FIOD-ECD, de Belastingdienst/Grote ondernemingen Amsterdam, het politiekorps Amsterdam/Amstelland, het Korps landelijke politiediensten en het meldpunt ongebruikelijke transacties. Het FEC heeft tot taak (a) het onderling uitwisselen van informatie over onderzoeksmethoden, fraudeprofielen, trends en marktontwikkelingen, teneinde de taakuitoefening van de betrokken organisaties te versterken; (b) het bevorderen dat mogelijke strafbare feiten die door de instanties afzonderlijk onvolledig worden onderkend, beter in beeld worden gebracht; en (c) het ontwikkelen van expertise ten behoeve van de uitvoering van en bijstand aan opsporingsonderzoeken.

---

194. Stcrt. 2002, 179.

195. Zie Kamerstukken II 2000/01, 27 290.

196. Zie hierover M.J.J.P. Luchtman, J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum (rapport in opdracht van het Ministerie van Financiën), Utrecht 2002.

6.4 Gegevensuitwisseling

Een van de eerste zaken waaraan bij samenwerking kan worden gedacht, is de uitwisseling van informatie. Dit blijkt een onderwerp te zijn dat tot een groot aantal complicaties aanleiding geeft.

6.4.1 Verkrijging en uitwisseling

Uit de aard van bijna al hun werkzaamheden verkrijgen marktautoriteiten informatie over de bedrijfsvoering van ondernemingen die actief zijn op de markten ten aanzien waarvan zij bevoegd zijn. In veel gevallen zal die informatie door de desbetreffende ondernemingen actief worden verstrekt in het kader van een aanvraag of melding, in andere gevallen zal de marktautoriteit zich door middel van toezichtsbevoegdheden[197] van die informatie meester maken.

Bedrijfsinformatie waarover een marktautoriteit de beschikking heeft gekregen, behoort tot het publiek domein. Dat wil zeggen dat de marktautoriteit te dien aanzien een publiekrechtelijke verantwoordelijkheid heeft. Dit betekent onder andere dat zij zorgvuldig met de informatie moet omgaan en zich er niet zomaar van mag ontdoen.[198] De mate waarin deze informatie toegankelijk is voor het publiek is tamelijk uitgekristalliseerd. Deze vraag wordt beheerst door de Wet openbaarheid van bestuur en de eventuele bijzondere openbaarheids- en geheimhoudingsregelingen.

Minder uitgekristalliseerd is de vraag in hoeverre bedrijfsinformatie die bij marktautoriteiten aanwezig is, ter beschikking staat of kan worden gesteld van andere overheidsonderdelen.

Parlementaire stukken geven zeer uiteenlopende indicaties.

De regering merkt in de parlementaire stukkenwisseling bij de Wet OPTA, naar aanleiding van een vraag over de mogelijkheid dat de minister eventueel vertrouwelijke gegevens kan opvragen bij de OPTA, het volgende op:[199]

> 'Uitgangspunt is de bepaling in artikel 24, eerste lid, dat de OPTA bedrijfsvertrouwelijke informatie, die in verband met de uitvoering van de in artikel 15 genoemde taken is verkregen,

197. In ruime zin opgevat. Dan kan worden gedacht aan de art. 5:17 jo. 5:20 Awb, maar ook aan bijzondere bepalingen zoals art. 7 leden 1 en 2 en art. 78 leden 1 en 2 Elektriciteitswet 1998, art. 34 leden 1 en 2 Gaswet, art. 18.7 Telecommunicatiewet, art. 5 lid 2 sub e Postwet en art. 43 Mededingingswet. Al deze bepalingen geven de marktautoriteit bevoegdheid om bedrijfsgegevens op te vragen.

198. De omstandigheid dat de rechter in het kader van de Wob de feitelijkheid accepteert dat bepaalde informatie niet meer voorhanden is (vgl. Rb. Den Haag 10 oktober 2002, NTE 2002, p. 87-90 m.nt. P.J.M. Koning) maakt dit niet anders. Uiteraard kunnen er goede gronden zijn die rechtvaardigen dat een bestuursorgaan zich ontdoet van bedrijfsinformatie die onder zijn beheer berust. Zo lijkt het mij toelaatbaar dat een toezichthouder informatie die hij van een onderneming heeft verkregen en die hij niet nodig blijkt te hebben, teruggeeft aan deze onderneming. Sommige regelingen, zoals de Wet bescherming persoonsgegevens, kennen uitdrukkelijk maximum bewaartermijnen, voorts kent de Archiefwet 1995 een specifieke procedure voor de vernietiging van overheidsinformatie.

199. Kamerstukken II 1996/97, 25 128, nr. 7 (NNV), p. 18-19.

alleen mag gebruiken voor de uitvoering van die taken. Daarnaast bepaalt artikel 18, eerste lid, dat de minister inzage kan vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden, voorzover dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is. Indien het bij deze laatstbedoelde gegevens gaat om bedrijfsvertrouwelijke informatie geldt als uitgangspunt dat deze informatie niet wordt verstrekt en zal de minister de desbetreffende gegevens zo nodig op basis van zijn eigen bevoegdheden rechtstreeks kunnen opvragen, waartegen de desbetreffende bedrijven dan desgewenst rechtsmiddelen kunnen aanwenden.[200] Verder is de OPTA wat betreft het beheer van vertrouwelijke gegevens uiteraard gehouden aan de naleving van de algemene wettelijke bepalingen op het gebied van de openbaarheid van bestuur, ook ten opzichte van de minister.'

Dit kan alleen maar betekenen dat de regering aanneemt dat informatie die zich bij een marktautoriteit bevindt, niet zomaar beschikbaar is voor een ander bestuursorgaan.

Uit de memorie van toelichting bij het voorstel Wet markt en overheid komt een diametraal tegengesteld beeld naar voren. Onder het kopje 'Relatie tussen toezichthouders'[201] wordt het volgende opgemerkt:

'De keuze voor de NMa als toezichthouder sluit goed aan bij de terughoudendheid die wordt betracht bij het instellen van nieuwe toezichthouders, met name om versnippering van toezichtfuncties tegen te gaan. Toch is het onvermijdelijk dat toezichthouders in de uitvoering van het toezicht elkaar "tegenkomen". Sectorale toezichthouders en de NMa zullen bij de uitoefening van hun bevoegdheden bijvoorbeeld beide de financiële verantwoording van een organisatie willen inzien, respectievelijk om de rechtmatigheid van de besteding van overheidsmiddelen te toetsen dan wel om aanwijzingen te vinden voor marktverstorend gedrag. Een overlapping in werkterrein van toezichthouders is overigens niet ongebruikelijk. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de financiële wereld, waar onder meer de Nederlandsche Bank, de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de NMa en de Pensioen- & Verzekeringskamer actief zijn. Uitgangspunt is dat er sprake moet zijn van aanvullende toezichtsactiviteiten. De NMa zal daarom bij het uitoefenen van toezicht zoveel mogelijk gebruik maken van gegevens die uit de reguliere (interne) verantwoordingscyclus van overheidsorganisaties en ondernemingen voortkomen.'

Mocht daar nog twijfel over bestaan:

'De bedoelde samenwerking van de NMa met andere toezichthouders betreft vooral de mogelijkheid gebruik te maken van bij andere toezichthouders berustende gegevens. De betrokken ondernemingen worden hierdoor niet nodeloos belast.'[202]

---

200. Inmiddels is gebleken dat de rechtspraak inlichtingenvorderingen niet als beroepbare besluiten aanmerkt. Zie CBB 21 juli 1998, JB 1998/223 m.nt. RJGHS; AB 1998, 437 m.nt. JHvdV; RAwb 1999, 16 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; CBB 2 maart 1999, NJB 1999, p. 569; AB 1999, 168 m.nt. JHvdV; CRvB 12 mei 1999, JB 1999/157 m.nt. MAH (voetnoot BvM).

201. Kamerstukken II 2001/02, 28 050, nr. 3, par. 3.2.3, p. 29-30.

202. Kamerstukken II 2001/02, 28 050, nr. 5 (NNV), p. 50.

Afhankelijk van de context wordt blijkbaar gedacht in verschillende vanzelfsprekendheden.[203] De vanzelfsprekendheid dat staatsrechtelijke afstand tussen overheidsonderdelen ondernemingen veiligheid geeft met betrekking tot door hen verstrekte bedrijfsgegevens en de vanzelfsprekendheid dat overheidsonderdelen informatie over ondernemingen kunnen uitwisselen ('om de betrokken onderneming niet nodeloos te belasten').

Valt er iets naders te zeggen over de mate van bescherming tegen casu quo mogelijkheid tot informatie-uitwisseling tussen overheden? Maakt het daarbij verschil of er is gekozen voor interne of externe verzelfstandiging?

6.4.2 Geheimhouding

Algemene geheimhoudingsverplichting
De Ambtenarenwet stelt in artikel 125a grenzen aan de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren. Dat artikel bepaalt in het derde lid:

> De ambtenaar is verplicht tot geheimhouding van hetgeen hem in verband met zijn functie ter kennis is gekomen, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt.

Ambtenaren zijn echter niet de enigen die werken ten behoeve van de overheid. De Awb geeft daarom in artikel 2:5 een algemenere regeling dan de Ambtenarenwet. Deze geheimhoudingsbepaling geldt algemeen voor iedereen die in het kader van een bestuursorgaan werkzaam is, voorzover althans niet een bijzondere geheimhoudingsbepaling geldt.

Vertrouwelijk karakter
De geheimhoudingsplicht van artikel 2:5 Awb geldt ten aanzien van gegevens waarvan degene die ermee werkt het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden. Bij de beantwoording van de vraag of gegevens een vertrouwelijk karakter hebben, speelt de aard van de gegevens een belangrijke rol, maar ook de mening van degene die deze gegevens aan de overheid heeft verstrekt. Belanghebbenden bijvoorbeeld die bij een aanvraag bepaalde gevoelige gegevens verstrekken, kunnen daarbij vermelden dat deze verstrekking vertrouwelijk geschiedt.

Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht
Artikel 2:5 Awb maakt twee uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht:

---

203. Rondom de financiële affaires Vie d'Or en Nusse Brink/Regio Effect is voorts nog de vraag opgekomen in hoeverre toezichtsinformatie kan worden verstrekt aan de Rekenkamer en het parlement. Zie voor een heldere samenvatting van de discussie die terzake is gevoerd: H.J. Sachse, Informatie-uitwisseling in het effectenverkeer, in: Van Everdingen/Grundmann-van de Krol/Sachse (1999). Zie voor een kritische beoordeling: H.R.B.M. Kummeling, Relatieve geheimhoudingsplichten (oratie Utrecht), Deventer 1997.

1. een wettelijk voorschrift verplicht de betrokkene tot mededeling; of
2. uit de taak van de betrokkene vloeit de noodzaak tot mededeling voort.

In andere gevallen is het verboden[204] vertrouwelijke gegevens naar buiten te brengen. Anders gezegd: vertrouwelijke informatie mag slechts worden verstrekt op basis van een impliciete (taak) of expliciete bevoegdheid. Bevoegdheden komen toe aan bestuursorganen, niet aan individuele overheidswerknemers. Uit het systeem van artikel 2:5 Awb vloeit derhalve voort dat voor de individuele medewerkers van de overheid (ambtenaren, arbeidscontractanten, adviseurs en anderen) een verplichting tot vertrouwelijkheid vooropstaat en dat bestuursorganen voor verstrekking van vertrouwelijke informatie een wettelijke grondslag moeten kunnen aanwijzen.

Taak informatie te verstrekken
De regering wilde voorkomen dat de geheimhoudingsplicht in de weg zou kunnen staan aan een goede uitvoering van de bestuurstaak. Hierbij gaat het niet alleen om het naar buiten brengen van informatie als zodanig, maar ook om het doen van mededelingen aan andere bestuursorganen en het motiveren van besluiten. De overheid mag informatie in principe gebruiken voor het doel waarvoor deze (rechtmatig) is verzameld.

Gebruiksbeperking
Het Nederlandse recht kent geen algemene regel dat bij het verzamelen van informatie moet worden aangegeven voor welk doel dit geschiedt, en nog minder dat de overheid informatie uitsluitend mag gebruiken voor het doel waarvoor deze is verkregen. Enkele bijzondere regelingen zijn er wel. Onderling zijn er echter de nodige verschillen.

Zo bepaalt de Elektriciteitswet 1998 in artikel 7 lid 3:

> Gegevens of inlichtingen omtrent een producent, een leverancier, een handelaar of een netbeheerder, welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van deze wet en de Gaswet zijn verkregen, mogen uitsluitend voor de toepassing van deze wet, onderscheidenlijk de Gaswet, worden gebruikt.

Bij deze bepaling kan de vraag worden gesteld of zij aldus moet worden gelezen dat informatie alleen mag worden gebruikt in het kader van de wet waarin zij is verkregen, of dat binnen het bestuursorgaan documenten mogen worden uitgewisseld tussen elektriciteits- en gasdossiers.

Een dergelijke interne informatie-uitwisseling tussen dossiers lijkt uitdrukkelijk toegestaan in artikel 18 van de Wet Personenvervoer 2000:

---

204. En zelfs strafbaar: vgl. art. 272 Sr.

> Gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming, die in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van deze wet zijn verkregen door de Nederlandse mededingingsautoriteit, mogen uitsluitend worden gebruikt voor de toepassing van deze wet en de Mededingingswet.

Veel beperkter lijkt het regime dat de Elektriciteitswet 1998 voorziet in artikel 78 lid 3:

> Onze Minister gebruikt gegevens of inlichtingen omtrent een producent, een leverancier, een handelaar of een netbeheerder, welke hij heeft verkregen in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van een van zijn taken, uitsluitend voor de uitvoering van die taak.

Deze bepaling lijkt zelfs binnen het kader van de Elektriciteitswet 1998 maar zeer beperkt informatie-uitwisseling tussen dossiers toe te laten. Zo lijkt informatie die is verstrekt bij de aanvraag van een begunstigend besluit op grond van deze bepaling niet gebruikt te mogen worden voor een handhavingsdoel, althans niet wanneer dat is gelegen buiten de reikwijdte van het desbetreffende besluit. Evenmin lijkt het toegestaan informatie uit het dossier betreffende de ene onderneming te gebruiken in de zaak betreffende de andere onderneming. Maar is dat ook de bedoeling van de wetgever? De Gaswet biedt een aanknopingspunt voor een ontkennende beantwoording van deze vraag. Artikel 34 van die wet bepaalt in het derde lid:

> Onze Minister gebruikt gegevens of inlichtingen welke hij heeft verkregen in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van een van zijn taken op grond van deze wet uitsluitend voor de uitoefening van die taak.

Ook hier lijkt een aannemelijke interpretatie dat er niet of nauwelijks uitwisseling tussen dossiers mag plaatsvinden. Het volgende artikel van de Gaswet – 35 – lijkt deze interpretatie echter weer geheel op losse schroeven te zetten:

> 1. Artikel 34 is van overeenkomstige toepassing op de directeur-generaal, voor zover hij inlichtingen en gegevens nodig heeft voor de uitvoering van zijn taken op grond van deze wet, met dien verstande dat hij de door hem verkregen inlichtingen en gegevens ook kan gebruiken in verband met de toepassing van de Mededingingswet.
> 2. Artikel 34 is van overeenkomstige toepassing op de directeur voor zover hij inlichtingen en gegevens nodig heeft voor de uitvoering van zijn taken op grond van deze wet.

Het zou wat ongerijmd zijn om informatie die de minister maar voor één taak mag gebruiken, voor de d-g NMa en de directeur DTe vrij te geven voor een heel scala van

taken.[205] Blijkbaar laat de zinsnede 'uitsluitend voor de uitoefening van die taak' de nodige ruimte om informatie te gebruiken voor de uitvoering van de wet.

Wat betekent het overigens dat informatie uitsluitend mag worden gebruikt voor de toepassing van de wet?

Artikel 90 Mw bepaalt:

> Gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming, welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van deze wet zijn verkregen, mogen uitsluitend voor de toepassing van deze wet worden gebruikt.

Deze bepaling wordt als volgt toegelicht:[206]

> 'Hierdoor wordt zoveel mogelijk voorkomen dat voor de toepassing van de mededingingswet verstrekte gegevens bekend worden bij ambtenaren die belast zijn met andere taken. Dat is ook van belang voor een goede uitvoering van dit wetsvoorstel. Voorkomen moet immers worden dat ondernemingen om die reden terughoudend worden met het verstrekken van gegevens aan de dienst.'

Artikel 91 Mw bepaalt dat de d-g NMa *in afwijking van artikel 90* onder bepaalde voorwaarden inlichtingen mag verstrekken aan bepaalde andere autoriteiten. Blijkbaar wordt het verstrekken van inlichtingen *niet* gezien als een gebruik voor de toepassing van deze wet en *wel* als een gedraging die op grond van de gebruiksbeperking niet is toegestaan. Geheel in lijn met deze interpretatie heeft de d-g NMa in het kader van een Wob-verzoek geoordeeld dat het openbaar maken buiten de gevallen om waarin de Mededingingswet voorziet in openbaarmaking van gegevens of inlichtingen die zijn verkregen in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van de Mededingingswet, geen toepassing is van de Mededingingswet en mitsdien niet is toegestaan.[207] Op deze opvatting is een beleid gebaseerd dat inhoudt dat hangende een procedure bedrijfsgegevens alleen worden verstrekt indien en wanneer de wet in terinzagelegging van die gegevens voorziet. Bij openbaarmakingen ter uitvoering van de Mededingingswet (bijvoorbeeld de publicatie van besluiten op internet) worden de uitzonderingsgronden van de Wob overigens wel (naar analogie) toegepast. Dat wil met name zeggen dat besluiten, voordat zij worden gepubliceerd, van bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden ontdaan.

Een soortgelijke interpretatie van artikel 34 lid 3 van de Gaswet is overigens van de hand gewezen door de Haagse rechtbank.[208] De rechtbank overweegt dat deze rege-

---

205. De MvT merkt slechts op: 'In verband met de toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet – in het verlengde waarvan dit wetsvoorstel ligt – moet de directeur-generaal de op grond van dit wetsvoorstel verkregen gegevens ook in dat verband kunnen gebruiken.' Kamerstukken II 1998/99, 26 463, nr. 3, p. 42.
206. PG Mw, p. 717.
207. D-g NMa besluit op bezwaar d.d. 19 april 1999 zaaknummer 1231 Vendex International N.V. en N.V. Koninklijke Bijenkorf Beheer KBB (verzoek om inzage in EIM-rapport), ook bekend als 'de zaak Mulder'.
208. Rb. Den Haag 10 oktober 2002, NTE 2002, p. 87-90 m.nt. P.J.M. Koning.

ling niet voldoet aan het criterium dat sprake moet zijn van een bijzondere, uitputtend bedoelde openbaarmakingsregeling in de zin van artikel 2 Wob en dat de regeling in de Gaswet niet is opgenomen om te voorkomen dat door (afzonderlijke) toepassing van de Wob afbreuk zou worden gedaan aan de goede werking van de materiële bepalingen in de Gaswet. De annotator acht de uitkomst juist, al veronderstelt zij dat deze bij (energie)bedrijven de vraag oproept in hoeverre het nog veilig is om (vertrouwelijke bedrijfs)informatie aan de directeur DTe te verstrekken, nu eenieder deze informatie zal kunnen opvragen. Zij tracht deze bedrijven enigszins gerust te stellen door te wijzen op de uitzonderingsgronden van de Wob.

Ik wil twee opmerkingen bij deze interpretatie maken. In de eerste plaats strekt de gebruiksbeperking zich blijkens de tekst van de verschillende bepalingen uit tot alle bedrijfsgegevens en niet alleen tot vertrouwelijke gegevens in de zin van artikel 10 lid 1 sub c Wob. In de tweede plaats en in het verlengde daarvan is het toch wat bizar dat het bestuursorgaan bepaalde informatie slechts voor bepaalde doelen mag gebruiken, welke informatie ieder ander via de Wob ter vrije beschikking zou kunnen krijgen.

Bijzondere geheimhoudingsbepalingen
Voor de autoriteiten op de financiële markten volgt uit Europese richtlijnen een bijzonder regime van geheimhouding en informatie-uitwisseling. Het is een uniform stelsel met een strenge geheimhoudingsplicht als hoofdregel met de mogelijkheid van een aantal limitatief omschreven uitzonderingen. Dit regime is overgenomen in de Nederlandse wetgeving.

Artikel 31 Wte 1995 bepaalt in het eerste lid:

> Gegevens en inlichtingen die ingevolge het bij of krachtens deze wet bepaalde omtrent afzonderlijke ondernemingen of instellingen zijn verstrekt of zijn verkregen en gegevens en inlichtingen die van een instantie als bedoeld in de artikelen 33, eerste lid, of 33*a*, eerste lid, zijn ontvangen, worden niet gepubliceerd en zijn geheim.

Informatie-uitwisseling is slechts toegestaan voorzover de wet daarin uitdrukkelijk voorziet. Dit was de aanleiding voor de eerdergenoemde wet 'toezicht op toezicht'. De STE achtte zich onbevoegd informatie te verstrekken aan de Rekenkamer en aan de minister. Evenzeer werd betwist dat de minister bevoegd was informatie te verstrekken aan het parlement. Binnen strakke kaders zijn daarvoor nu mogelijkheden getroffen.[209]

209. Zie zeer uitvoerig over de (on)mogelijkheden van informatie-uitwisseling tussen financiële toezichthouders: M.J.J.P. Luchtman, J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum (rapport in opdracht van het Ministerie van Financiën), Utrecht 2002.

6.4.3 Informatie-uitwisseling en ambtelijke ondergeschiktheid

Het ziet ernaar uit dat informatie, ook bedrijfsvertrouwelijke informatie, zelfs in het geval van een wettelijke gebruiksbeperking vrijelijk kan worden doorgegeven tussen verschillende onderdelen die deel uitmaken van hetzelfde organisatorische overheidsverband.

Een belangrijke indicatie daarvoor is dat de minister en niet het aan hem ondergeschikte bestuursorgaan, bevoegd is om te beslissen op verzoeken op basis van de Wet openbaarheid van bestuur om informatie die zich bij laatstgenoemd bestuursorgaan bevindt.[210] Kunnen beslissen op een Wob-verzoek impliceert kunnen beschikken over de informatie waarop het verzoek betrekking heeft. Tot de beslissing behoort de beoordeling of informatie wegens vertrouwelijkheid moet worden geweigerd. Het tot beslissen bevoegde orgaan moet deze vertrouwelijkheid dus kunnen beoordelen, en dus ook over de vertrouwelijke informatie kunnen beschikken. In deze lijn past het ontwerp artikel 10.1.3.2 Awb-IV, dat voorziet in een inlichtingenplicht van het gedeconcentreerde ambt aan het bestuursorgaan onder wiens verantwoording het werkzaam is.

6.4.4 Informatie-uitwisseling tussen onafhankelijke overheidsonderdelen

In het wetsvoorstel Markt en Overheid wordt niet voorzien in een wettelijke grondslag voor informatie-uitwisseling tussen toezichthouders.[211] Blijkbaar (zie vorenstaand citaat) gaat de regering ervan uit dat deze niet is vereist.

Uit de rechtspraak valt op te maken dat een wettelijke grondslag op zijn minst in bepaalde gevallen wél vereist kan zijn.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich daar bijvoorbeeld over uitgelaten in een uitspraak uit januari 1997.[212] Die zaak betreft een (strafrechtelijk) rechercherapport dat de Minister van Justitie ter inzage heeft gegeven aan zijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken ten behoeve van rechtspositionele maatregelen jegens een burgemeester. De Afdeling kiest als uitgangspunt dat ingevolge artikel 8 lid 1 EVRM een ieder recht heeft op respect voor zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Het tweede lid, voorzover van belang, bepaalt dat geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voorzover *bij de wet* is voorzien. Door dit uitgangspunt te kiezen

---

210. Zie ABRvS 15 februari 2001, AB 2002, 2 m.nt. SZ; ABRvS 12 september 2001, AB 2002, 4 m.nt. SZ. Zie voorts art. 2.3.2.2 Awb-IV.
211. De toelichting heeft uitdrukkelijk toezichthouders op het oog die onafhankelijk zijn ten opzichte van elkaar (NMa en de financiële toezichthouders), niet (alleen) toezichthouders die als kamers deel uitmaken van hetzelfde organisatorische verband.
212. ABRvS 16 januari 1997, JB 1997/26 m.nt. H. Koning.

lijkt de Afdeling te impliceren dat de verstrekking van informatie slechts kan geschieden op een wettelijke grondslag in de gevallen waarin die verstrekking een inmenging in de persoonlijke levenssfeer meebrengt. Zo'n inmenging kan vrij spoedig worden aangenomen bij informatie die tegen de betrokkene gebruikt kan worden, wellicht zelfs bij elke informatieverstrekking die voor de betrokkene belastend kan zijn. Voor de desbetreffende gegevensuitwisseling was geen bijzondere wettelijke grondslag voorhanden. De Afdeling overweegt in dit verband dat ook de Wet openbaarheid van bestuur kan worden aangemerkt als een wet in de zin van het tweede lid van artikel 8 EVRM. De vraag of de Minister van Justitie terecht het verzoek van zijn ambtgenoot om verstrekking van het rechercherapport heeft ingewilligd, dient volgens de Afdeling derhalve te worden getoetst aan de Wob.[213]

Het is niet helemaal duidelijk of het vereiste van een wettelijke grondslag voor gegevensuitwisseling tussen overheden volgens de Afdeling uitsluitend geldt wanneer dit belastend kan zijn voor *natuurlijke* personen. Twee ontwikkelingen die geheel losstaan van elkaar, kunnen ertoe leiden dat ook jegens rechtspersonen het vereiste van een wettelijke grondslag voor belastende gegevensuitwisseling in acht moet worden genomen. De ene is de uitbreiding die het Europese Hof voor de Rechten van Mens in Straatsburg in zijn jurisprudentie geeft aan de werkingssfeer van artikel 8 EVRM. In elk geval voorzover het de bescherming van het huisrecht betreft, heeft het Hof ondernemingen onder de reikwijdte van artikel 8 gebracht.[214] De andere is de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarin belastende gegevensuitwisseling zonder bijzondere wettelijke grondslag aan de Wob wordt getoetst, ook zonder dat artikel 8 EVRM daarvoor als reden wordt aangevoerd.[215]

Voor marktautoriteiten die naar de bedoeling van de regering onderling informatie willen uitwisselen, biedt de Wob als grondslag om twee redenen geen soelaas. Het zal haast per definitie gaan om vertrouwelijk[216] aan de overheid verstrekte bedrijfsgegevens waarop de absolute uitzonderingsgrond van artikel 10 lid 1 onder c Wob van toepassing is.[217] Gegevensuitwisseling is dan niet toegestaan. Mocht zich de situatie voordoen dat het gegevens betreft die wel onder de werking van de Wob (kunnen) worden uitgewisseld, dan worden zij door het enkele feit van verstrekking op basis van de Wob openbaar, dat wil zeggen toegankelijk voor *een ieder*. Dit geldt zelfs in situaties waarin

---

213. In deze zaak werd die vraag bevestigend beantwoord.
214. EHRM 16 april 2002, AB 2002, 277 m.nt. OJ; M&M 2002, p. 239-243 m.nt. H.R. Kranenborg (Colas Est e.a./ Frankrijk).
215. ABRvS 25 april 2000, RAwb 2001, 25 m.a. dzz.
216. Een verplichting te verstrekken doet niet af aan het vertrouwelijke karakter van de verstrekking.
217. Daaraan kan niet toe- of afdoen een merkwaardige bepaling als art. 5 lid 7 Postwet: Een beroep door de houder van de concessie, gedaan krachtens artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur, op de vertrouwelijkheid van aan Onze Minister onderscheidenlijk het college verstrekte informatie als bedoeld in het tweede lid onder e is alleen toegestaan indien die informatie redelijkerwijs als vertrouwelijk moet worden aangemerkt.

een Wob-verzoek eigenlijk had moeten zijn afgewezen omdat een uitzonderingsgrond van toepassing is.[218] Deze consequentie zal in de meeste gevallen onevenredig belastend zijn voor de desbetreffende onderneming.

De enige andere algemene wettelijke grondslag waarop toezichthouders (in de zin van de Awb, werkzaam bij de meeste marktautoriteiten) zich dan nog zouden kunnen beroepen, is artikel 5:17 juncto 5:20 Awb. Zij zouden hun toezichtsbevoegdheden jegens elkaar kunnen uitoefenen in die zin dat de één van de ander inzage vordert in zakelijke gegevens en bescheiden (die deze als toezichthouder heeft verworven) met een beroep op diens medewerkingsplicht. Het is natuurlijk buitengewoon onelegant en vermoedelijk ook niet in overeenstemming met artikel 3:3 Awb.

Kortom, een wetgever die samenwerking en informatie-uitwisseling tussen onafhankelijke marktautoriteiten bepleit, zal daartoe moeten voorzien in een deugdelijke wettelijke grondslag.

6.4.5 Wettelijke voorzieningen

Zbo en minister

Allereerst staat het uitgangspunt onder druk dat de minister geen bedrijfsvertrouwelijke gegevens kan opvragen bij een marktautoriteit die is vormgegeven als een zelfstandig bestuursorgaan.

De ontwerp-Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt in artikel 20:

> 1. Een zelfstandig bestuursorgaan verstrekt desgevraagd aan Onze Minister[219] alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen. Onze Minister kan inzage vorderen van alle zakelijke gegevens en bescheiden, indien dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is.
> 2. Een zelfstandig bestuursorgaan geeft bij het verstrekken van de in het eerste lid bedoelde inlichtingen waar nodig aan welke gegevens een vertrouwelijk karakter dragen. Dit vertrouwelijke karakter kan voortvloeien uit de aard van de gegevens, dan wel uit het feit dat natuurlijke of rechtspersonen deze aan het orgaan hebben verstrekt onder het beding dat zij als vertrouwelijk zullen gelden.

In de memorie van toelichting bij de zbo-wet NMa wordt deze bevoegdheid aldus geïnterpreteerd dat daarmee door de minister ook inzage kan worden verkregen in bedrijfsvertrouwelijke gegevens.[220]

---

218. ABRvS 25 april 2000, JB 2000/142 (Damen/KNVB).
219. Blijkens art. 1 van het wetsontwerp is dit 'Onze Minister wie het aangaat'. Dat is dus de minister op wiens beleidsterrein het desbetreffende zbo actief is.
220. Kamerstukken II 2000/01, 27 639, nr. 3, p. 14: 'Het inlichtingenrecht van de minister aan de ene kant en de inlichtingenplicht van de NMa aan de andere kant zijn onbeperkt: de minister dient alle inlichtingen te kunnen krijgen. De minister kan dus in beginsel ook beschikken over vertrouwelijke, privacygevoelige of bedrijfsgegevens die bij de NMa berusten.'

Ook hier blijkbaar de vanzelfsprekendheid dat vertrouwelijke informatie binnen de overheid kan worden doorgegeven. Bescherming van de vertrouwelijkheid gebeurt eventueel door de minister, maar niet tegenover de minister.

Een soortgelijke voorziening is nu al opgenomen in artikel 18 van de OPTA-wet:

> 1. Het college verstrekt desgevraagd aan Onze Minister de voor de uitoefening van zijn taak benodigde inlichtingen. Onze Minister kan inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden, voor zover dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is.
> 2. Onze Minister verstrekt het college de inlichtingen die het voor zijn taakuitoefening redelijkerwijs nodig heeft.
> 3. Onze Minister stelt een informatiestatuut vast. Het informatiestatuut bevat inhoudelijke en procedurele voorschriften met betrekking tot gegevensstromen tussen Onze Minister en het college, die voor een goede uitvoering van deze wet noodzakelijk zijn.

Autoriteiten onderling

Artikel 91 Mw voorziet in de eerdergenoemde afwijking van artikel 90 Mw die de d-g NMa de bevoegdheid geeft gegevens of inlichtingen die hij heeft verkregen bij de uitoefening van de taken die hem in de Mededingingswet zijn opgedragen, te verstrekken aan een ander bestuursorgaan binnen of buiten Nederland. In beide gevallen moet het gaan om een bestuursorgaan dat is belast met de toepassing van regels die de mededinging betreffen. De verstrekkingsbevoegdheid is verbonden aan de voorwaarden dat de geheimhouding van de gegevens of inlichtingen in voldoende mate is gewaarborgd, en dat voldoende is gewaarborgd dat de gegevens of inlichtingen niet zullen worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze worden verstrekt. Voor de verstrekking aan een buitenlandse instelling geldt daarnaast nog de voorwaarde dat die verstrekking naar het oordeel van de d-g NMa in het belang is van de Nederlandse economie.

Artikel 33 Wte 1995 schept de mogelijkheid dat de Autoriteit-FM bedrijfsvertrouwelijke informatie uitwisselt met andere toezichthouders *op de financiële markten.*[221] In aanvulling hierop verplicht artikel 34 lid 4 Wte 1995 tot uitwisseling met andere toezichthouders van gegevens of inlichtingen die betrekking hebben op deskundigheid en betrouwbaarheid van (mede)beleidsbepalende personen en bepaalde aandeelhouders.

Blijkens de Integriteitsnota 1997 zijn DNB en de toenmalige STE en VK overgegaan tot het realiseren van 'een gezamenlijke databank c.q. koppeling van hun eigen bestanden van getoetste personen'. Sachse vermoedt dat dit inhoudt dat de toezichthouders zelfstandig kunnen vaststellen of informatie over een bepaalde persoon aanwezig is in de bestanden van een andere toezichthouder. Vervolgens kan deze infor-

221. Sachse (1999), p. 94, is van oordeel dat hiertoe ook de NMa is te rekenen nu de financiële branche niet als zodanig is uitgesloten van het toezicht van de NMa.

matie dan worden opgevraagd. Ongelimiteerde toegang zou in strijd zijn met de wet.[222]

6.4.6 Uitwisseling met Justitie

Sachse wijst erop dat de Europese richtlijnen waarop de geheimhoudingsbepalingen in de financiële toezichtwetgeving zijn gebaseerd, ruimte laten voor het verstrekken van toezichtsinformatie aan opsporingsinstanties nu daarin telkens uitzonderingen zijn opgenomen voor 'gevallen die onder het strafrecht vallen'. De vraag is vervolgens of deze ruimte door de Nederlandse wetgever ook is benut. Zo bevat artikel 31 lid 3 Wte 1995 slechts een uitzondering op de geheimhoudingsbepalingen ter zake van verklaringen die door de toezichthouder als getuige of deskundige in strafzaken worden afgegeven. Sachse meent echter dat de verstrekking van toezichtsgegevens aan strafrechtelijke autoriteiten behoort tot de taakuitoefening van de toezichthouder (bedoeld in artikel 31 lid 2 Wte 1995). Zijns inziens vloeit logischerwijs uit de toezichtstaak voort dat in voorkomende gevallen gemotiveerd aangifte kan worden gedaan. Mijns inziens kan daar nog aan worden toegevoegd dat ook de bevoegdheid ex artikel 161 Sv[223] van een ieder die kennis draagt van een strafbaar feit om daarvan aangifte te doen, kan worden gezien als een algemene beperking op de wettelijke geheimhoudingsverplichtingen.

Het Besluit politieregisters voorziet in omgekeerde richting uitdrukkelijk in verstrekking van strafrechtelijke gegevens aan toezichthouders door tussenkomst van de Landelijk Officier van Justitie.

6.4.7 Informatie-uitwisseling binnen het bestuur

Samengevat komt het voorafgaande op het volgende neer. In de relatie tussen gedeconcentreerde ambten en de minister is informatieverstrekking zonder meer mogelijk. Na inwerkingtreding van de Kaderwet zbo heeft de minister ook een sterke claim ten aanzien van zbo's.

In het verlengde hiervan lijkt informatie-uitwisseling binnen het kamermodel ook tamelijk eenvoudig voorzover specifieke wettelijke gebruiksbepalingen daaraan niet in de weg staan.

222. Sachse (1999), p. 94.
223. C.q. verplichting in geval art. 160 of 162 Sv van toepassing is.

Voor informatie-uitwisselingen tussen marktautoriteiten die onafhankelijk ten opzichte van elkaar zijn, is een uitdrukkelijke wettelijke grondslag vereist. Het zou wenselijk zijn in een algemene regeling te voorzien.[224]

6.4.8 Gevolgen van informatie-uitwisseling zonder vereiste grondslag

De onduidelijkheid die bestaat over de regels inzake de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie, heeft tot gevolg dat de kans groot is dat er zich gevallen voordoen waarin informatie wordt verstrekt in strijd met de wet. De vraag is of daaraan rechtsgevolgen zijn verbonden.

De Minister van Financiën lijkt aan te nemen dat een toezichthouder die zonder voldoende bevoegdheid bijdraagt aan strafrechtelijk onderzoek en vervolging, daarvoor civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden.[225] Ook in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet wordt opgemerkt dat bij overtreding van artikel 90 Mw, het verbod bedrijfsgegevens te gebruiken voor andere doeleinden dan toepassing van de Mededingingswet, een vordering uit onrechtmatige daad zal kunnen worden ingesteld.[226] Voorts wordt opgemerkt dat een onderneming die meent onjuist behandeld te zijn, zich kan wenden tot de Nationale ombudsman.[227] Inmiddels is er de voorliggende interne klachtprocedure van hoofdstuk 9 Awb.[228]

Voor de praktijk zal minstens even belangrijk zijn de vraag of informatie die is verkregen ten gevolge van een onwettige gegevensuitwisseling, ten grondslag mag worden gelegd aan een bestuursrechtelijke sanctie, of dat zij als onrechtmatig verkregen bewijs is uitgesloten.

De hoofdregel in het bestuursrecht lijkt te zijn dat bewijsmiddelen niet snel worden uitgesloten.

De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde bijvoorbeeld:[229]

> 'Er bestaat geen rechtsregel die ieder gebruik verbiedt van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. In het administratiefrechtelijke geding is zodanig bewijs slechts dan niet

---

224. De socialezekerheidswetgeving kent een uniforme regeling. Naar mijn smaak is daarin echter het juiste evenwicht tussen efficiency en waarborgen nog niet helemaal gevonden. De nadruk ligt op het eerste. Zie Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (art. 54-77); Algemene bijstandswet (art. 121-127) van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 32 van de Wet inkomensvoorziening kunstenaars; Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (art. 44-50); Ziekenfondswet (art. 73b-73c); Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (art. 44-50).

225. Integriteitsnota 1997, Kamerstukken II 1997/98, 25 830, nr. 2, p. 31.

226. NV II, PG Mw, p. 719.

227. NV II, PG Mw, p. 720.

228. Zie hierover het Besluit klachtenfunctionaris NMa/DTe van 6 september 2001 (www.nmanet.nl onder overige besluiten).

229. ABRvS 4 februari 2002, AB 2002, 242. Ontleend aan HR 1 juni 1992, BNB 1992, 306; NJ 1994, 621. In gelijke zin ook CRvB 28 november 1995, JABW 1996, 96. Zie over deze rechtspraak: P.M. van Russen Groen, Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht (diss. Rotterdam), Deventer 1998.

toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze, die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Van een zodanige handelwijze van de overheid kan in dit geval niet worden gesproken.'

Een van de weinige gevallen waarin bewijs wel bestuursrechtelijk is uitgesloten, is te vinden in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit januari 2000:[230]

'Appellant [de burgemeester van Amsterdam] had het niet naleven van voorwaarde 3 [dat de in het bedrijf werkzame prostitué(e)s in het bezit zijn van een geldige verblijfstitel] in beginsel dan ook aan de aanzegging van bestuursdwang ten grondslag kunnen leggen. Het standpunt van appellant, dat H in strijd met deze voorwaarde heeft gehandeld, is in de beslissing op bezwaar echter uitsluitend gebaseerd op gegevens, bij de verkrijging waarvan toepassing is gegeven aan voorwaarde 4 [dat door de prostitué(e) op eerste vordering van de toezichthouder, inzicht wordt verschaft over zijn/haar identiteit en verblijfstitel door middel van rechtsgeldige documenten]. Het oordeel dat deze voorwaarde in strijd is met de WID leidt de Afdeling tot het oordeel, dat genoemde gegevens niet in redelijkheid aan het besluit ten grondslag mochten worden gelegd. Het besluit ontbeert derhalve een deugdelijke motivering.'

Interessant aan deze uitspraak is dat de geschonden norm niet van strafrechtelijke maar van bestuursrechtelijke aard is. Dit kan erop duiden dat de bestuursrechter bij schending van bestuursrechtelijke normen eerder geneigd is het gebruik van de informatie dermate onbehoorlijk te achten dat dit ontoelaatbaar moet worden geacht – dus tot bewijsuitsluiting te concluderen – dan bij schending van strafrechtelijke normen. Wanneer deze veronderstelling juist is, dan zou de consequentie inderdaad kunnen zijn dat gegevens die zijn verkregen door onwettige informatie-uitwisseling door marktautoriteiten niet aan bestuurlijke sancties ten grondslag kunnen worden gelegd.[231]

230. ABRvS 18 januari 2000, JB 2000/51 m.nt. AWH.

231. Aantekening verdient dat over dit onderwerp op 11 april 2003 door Meriam Embregts een proefschrift wordt verdedigd aan de Universiteit van Tilburg, getiteld Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkegen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht. Zie ook de bijdrage van O.J.D.M.L. Jansen, Nulla probatio sine lege?, NJB 2003 (rubriek Stelling).

7 Transnationale verhoudingen

7.1 Transnationaal bestuur

Marktautoriteiten bevinden zich op een kruispunt van internationale wegen. Het openleggen van nieuwe markten en het instellen van regulators op die markten gebeurt in veel gevallen op aangeven van Europese richtlijnen. Er is geen marktautoriteit die niet in aanzienlijke mate de uitvoering van Europees recht tot haar taak rekent. De desbetreffende markten verkrijgen ook zelf in toenemende mate een internationaal karakter. Overheidsbevoegdheden – voorzover het niet betreft bevoegdheden van communautaire instellingen – en dus ook de bevoegdheden van marktautoriteiten blijven echter achter de nationale grenzen steken. Dit bezorgt de marktautoriteiten een handicap in hun relatie tot het onbekommerd internationaal opererende bedrijfsleven. De versplintering van bevoegdheden van marktautoriteiten naar markt en naar nationaliteit nodigt ondernemingen uit tot een vorm van forumshopping die bekendstaat onder de naam 'toezichtsarbitrage'.[232] Dit is het verschuiven van bepaalde activiteiten naar een plaats binnen het ondernemingsconglomeraat of naar een daartoe nieuw op te richten ondernemingsonderdeel, waar geen of een zo licht mogelijke vorm van toezicht bestaat, dan wel een beperkte rechtsingang voor concurrenten of belangenorganisaties. Dit zal naar verwachting aanleiding geven tot een concentratie van ondernemingsactiviteiten op het laagste punt van toezicht.[233] Deze neiging wordt nog versterkt door de wederzijdse erkenning van beslissingen van de ene lidstaat in de andere. Deze heeft tot gevolg dat een besluit dat wordt genomen in de ene lidstaat, rechtsgevolgen heeft in de andere. Dit leidt weer tot vragen ten aanzien van de rechtsbescherming. Het is niet evident dat van belanghebbenden in laatstgenoemde lidstaat in redelijkheid kan worden gevergd dat zij tijdig op de hoogte zijn van besluiten in een andere lidstaat en dat zij daar rechtsbescherming zoeken. Wanneer dat echter niet het geval is, kan wederzijdse erkenning (in combinatie met toezichtsarbitrage) impliceren

232. Zie voor dit begrip bijvoorbeeld: brief van de Minister van Financiën d.d. 12 mei 1998, Kamerstukken II 1997/98, 24 456, nr. 19, p. 7.

233. Widdershoven waarschuwt voor het gevaar dat landen met een hoge standaard op het punt van waarborgen onder druk komen te staan om zich aan te passen aan landen met een lagere standaard. R.J.G.M. Widdershoven, Nationaal bestuursrecht in de Europese rechtsorde, in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), De autonomie van het bestuursrecht, Den Haag 2001, p. 203-224 (i.h.b. p. 223).

dat een grote groep belanghebbenden feitelijk van rechtsbescherming wordt uitgesloten wanneer er geen specifieke compenserende maatregelen worden getroffen.[234]

7.2 Toegang tot de markt

7.2.1 Producten

Het verwezenlijken van een interne markt in de Europese Unie is geruime tijd belemmerd door uiteenlopende eisen die in de verschillende lidstaten werden gesteld aan producten die op de markt werden gebracht. Aanvankelijk werd dit probleem vooral tegemoet getreden via de lange weg van talloze richtlijnen ter harmonisatie van de nationale regelgeving. Uiteindelijk heeft het Hof in Luxemburg de zaak in 1979 vlotgetrokken met het klassieke arrest Cassis de Dijon.[235]

Aan de Duitse onderneming Rewe was een vergunning geweigerd voor de import in Duitsland van een Franse vruchtenlikeur 'Cassis de Dijon' op de grond dat deze drank niet het minimumpercentage alcohol bevatte dat in Duitsland was vastgesteld voor vruchtenlikeuren. Tegen de achtergrond van het ontbreken van een communautaire regeling overweegt het Hof:

> 'Belemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken producten, moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken.'

De impact van het arrest zit vooral in de strenge toetsing waaraan het Hof de argumenten van de Duitse regering (inzake volksgezondheid en eerlijke concurrentie) onderwerpt. Het Hof is niet snel – en ook in casu niet – bereid aan te nemen dat er sprake is van een voldoende dringende behoefte.

> 'Er is dus geen geldige reden om te beletten dat – in een der Lid-Staten regulier geproduceerde en verhandelde – alcoholhoudende dranken een andere Lid-Staat binnenkomen, zodat hun verkoop niet kan afstuiten op een wettelijk verbod op de verhandeling van gedistilleerd met een lager alcoholpercentage dan in de nationale regeling wordt aangehouden.'

---

234. Zo zou in Nederland in het kader van art. 6:11 Awb tegemoet kunnen worden gekomen aan partijen die in het buitenland worden geconfronteerd met de rechtsgevolgen van een in Nederland genomen besluit. Ook zou de burgerlijke rechter zich bevoegd kunnen achten aanvullende rechtsbescherming te bieden op de grond dat het bestuursrechtelijke stelsel voor een belanghebbende in het buitenland niet een voldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang oplevert.

235. Ook bekend als Rewe Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein; HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, Jur. 1979, p. 649.

Sedertdien geldt in de Europese Unie de regel dat wanneer een product in een van de lidstaten rechtmatig op de markt is gebracht, het desbetreffende product in een andere lidstaat in beginsel niet van de markt mag worden geweerd.

Een toelatingsbeslissing in de ene lidstaat krijgt derhalve rechtsgevolgen in alle andere lidstaten.

Harmonisatie van nationale regelgeving is niet meer nodig om vrij verkeer van goederen mogelijk te maken, maar wel om te voorzien in de gevolgen ervan en om de markten verder te ontwikkelen. Op diverse terreinen zijn dan ook specifieke regelingen getroffen inzake wederzijdse erkenning. Het meest ontwikkeld[236] in dit opzicht is de geneesmiddelenmarkt.[237] Geneesmiddelen kunnen langs twee procedures worden toegelaten tot de markt. De ene procedure is communautair. Bij het Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling (EMEA) kan een autorisatie worden gevraagd.[238] Deze geldt voor de hele Unie. De andere procedure is nationaal.[239] Bij de bevoegde autoriteit in een van de lidstaten kan toelating worden gevraagd, in Nederland 'registratie' geheten. Toelating vindt plaats op basis van een onderzoek naar de deugdelijkheid van het geneesmiddel. Indien een geneesmiddel in één lidstaat is toegelaten, kan de onderneming die de toelating heeft verkregen ('de vergunninghouder') op basis van een wederzijdse erkenningsprocedure toelating vragen in andere lidstaten. De autoriteit die op zo'n aanvraag dient te beslissen, vraagt het beoordelingsrapport op bij de autoriteit die de oorspronkelijke toelating heeft verleend. Indien dit rapport daartoe aanleiding geeft, kan eerstgenoemde autoriteit daarover vragen stellen. Deze vragen worden door de autoriteit die de oorspronkelijke toelating heeft verleend, beantwoord in overleg met de vergunninghouder. Indien de vragende autoriteit niet door de antwoorden wordt overtuigd, kan deze een arbitrageprocedure aanhangig maken bij de Europese Commissie. De beslissing van de Commissie is bindend voor alle bevoegde autoriteiten binnen de Europese Unie. De aanvrager kan voorkómen dat een arbitrageprocedure wordt gevoerd wanneer hij zijn aanvraag intrekt in de lidstaat die daarop aanstuurt.

De toetsing in de wederzijdse erkenningsprocedure is tamelijk marginaal. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. De uitspraak betreft een zogenoemd 'generiek' geneesmiddel. Generieke geneesmiddelen zijn geneesmiddelen die na het verstrijken van een octrooi[240] (of net

---

236. Andere voorbeelden betreffen de regelingen omtrent productveiligheid, import van beschermde planten of dieren, uitvoer van cultuurproducten en export van dual use goederen.
237. Zie over de wederzijdse erkenning van geneesmiddelen bijvoorbeeld Richtlijn 65/65/EG van 26 januari 1965, gewijzigd bij Richtlijn 93/39/EG van 14 juni 1993, in Nederland geïmplementeerd in de art. 7b-7f van het Besluit registratie geneesmiddelen.
238. Zie Richtlijn 2309/93 en Richtlijn 2001/83.
239. Het voornemen bestaat de nationale procedures af te schaffen en te volstaan met één centraal stelsel van Europese toelatingen.
240. Of de 'data exclusivity period'.

buiten de reikwijdte ervan) worden nagemaakt en op de markt worden gebracht door een andere onderneming dan de oorspronkelijke octrooihouder. Wanneer zo'n middel 'essentially similar' wordt bevonden aan een reeds geregistreerd middel, kan het worden geregistreerd op basis van het dossier van dat eerdere middel (het specialité[241]) zonder een afzonderlijke beoordeling. Vervolgens kan in andere landen erkenning van de registratie worden gevraagd. De Afdeling bestuursrechtspraak[242] overwoog in een beroep tegen de registratie van een generiek geneesmiddel op basis van de wederzijdse erkenningsprocedure:

> 'De Afdeling is (...) van oordeel dat de tekst van artikel 7bis van Richtlijn 65/65/EEG geen grond geeft voor het oordeel dat bij toepassing van de wederzijdse erkenningsprocedure opnieuw aan het vereiste van "essentially similar" dient te worden getoetst. Dit artikel geeft slechts de mogelijkheid om niet tot erkenning over te gaan indien de lidstaat van oordeel is dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de vergunning voor het betrokken geneesmiddel een risico voor de volksgezondheid kan opleveren. Het door appellant ingenomen standpunt miskent het doel van de wederzijdse erkenningsprocedure, die tot stand is gebracht met het oog op bevordering van het vrije verkeer van farmaceutische producten in de interne markt, en die erop gericht is een einde te maken aan nodeloze doublures bij het onderzoek van aanvragen voor een vergunning om geneesmiddelen in de handel te brengen.'

Wanneer een derde belanghebbende de toelating ten principale ter discussie wil stellen, zal hij dit derhalve in het eerste land moeten doen.

> Het is overigens onduidelijk wat de gevolgen zijn voor toelatingen op basis van de wederzijdse erkenningsprocedure wanneer de oorspronkelijke toelating door de nationale rechter wordt vernietigd. In de zaak bijvoorbeeld die de Afdeling in de hiervoor geciteerde uitspraak heeft beslist, is de toelating naar Nederlands recht onaantastbaar geworden. Tegen de onderliggende toelating zou echter nog een procedure aanhangig kunnen zijn.

In de geneesmiddelenmarkt lijkt de eerder bedoelde mogelijkheid van toezichtsarbitrage soms werkelijkheid te worden. Sommige landen zijn strenger in de toelating van geneesmiddelen dan andere en sommige landen staan meer welwillend tegenover generieke geneesmiddelen dan andere. Met name het Verenigd Koninkrijk en Nederland gelden als streng.

In sommige gevallen kiezen producenten ervoor hun eerste toelating te vragen in een streng land. Hun verwachting is dan dat de wederzijdse erkenningsprocedure in de andere landen daarna geen problemen meer zal opleveren. In andere gevallen vraagt de producent de toelating van zijn product juist bij voorkeur in een van de landen met een mild klimaat. Wanneer vervolgens in de wederzijdse erkenningsprocedures blijkt dat één of meer andere landen kritische vragen stellen, dan trekt hij in de desbetref-

241. Het oorspronkelijk geoctrooieerde middel.
242. ABRvS 18 december 2002, LJN F 2130.

fende landen zijn aanvraag om wederzijdse erkenning in om te voorkomen dat er een arbitrageprocedure bij de Europese Commissie aanhangig wordt gemaakt, die ook de al verkregen toelatingen op losse schroeven zou kunnen zetten.[243]

7.2.2 Spelers

In de financiële markten geldt het 'single license'-beginsel. Dit houdt in dat een financiële instelling die in een van de lidstaten van de Europese Unie – namelijk de lidstaat waar haar hoofdvestiging is gesitueerd – tot de markt is toegelaten, bevoegd is om in elke lidstaat op de markt te komen door middel van een bijkantoor en diensten te verlenen zonder dat deze toetreding aan een beoordeling door nationale autoriteiten is onderworpen. De instelling beschikt over wat men noemt een 'Europees paspoort'.[244]

7.3 Handhaving

7.3.1 Toezicht

Voor een beperkt aantal terreinen, zoals het Europese mededingingsrecht,[245] is voorzien in toezichtsbevoegdheden op Europees niveau. Dit is echter uitzondering. In de meeste gevallen beperkt de Europese regelgeving zich tot de materiële normstelling. De toezichtsverantwoordelijkheid is overgelaten aan de lidstaten, maar wel (enigszins) geharmoniseerd door de toepasselijkheid van communautaire normen.

Nederlandse toezichthouders kunnen worden geconfronteerd met het gegeven dat bepaalde informatie waarover zij willen kunnen beschikken, zich niet bij de Nederlandse vestiging van een onderzochte onderneming bevindt. De vraag is dan of zij zich informatie mogen verschaffen die zich fysiek in het buitenland bevindt. Het lijkt mij dat op basis van Afdeling 5.2 Awb van een onder toezicht gestelde in redelijkheid kan

243. Het is nog niet uitgemaakt wat de gevolgen zijn wanneer een (handels)onderneming met een beroep op het vrij verkeer van goederen een geneesmiddel vanuit een land waar het is toegelaten, invoert in een ander land waar dat niet het geval is.

244. Vgl. de Tweede Richtlijn kredietinstellingen (89/646/EEG, Pb. 1989, L 386), de Derde Richtlijn schadeverzekering (92/49/EEG, Pb. 1992, L 228), de Derde Richtlijn levensverzekeringen (92/96/EEG, Pb. 1992, L 360) en de Richtlijn beleggingsdiensten (93/22/EEG, Pb. 1992, L 141).

245. Andere voorbeelden zijn visserij (Verordening 2847/93, Pb. 1993, L 261), fraude (Verordening 2185/96, Pb. 1999, L 136) en staatssteun (Verordening 659/1999, Pb. 1999, L 083). Ook inzake voedselveiligheid beschikt de Commissie over ingrijpende bevoegdheden, maar deze kunnen alleen worden uitgeoefend in samenwerking met de nationale autoriteiten (vgl. Beschikking 98/139/EG, houdende bepalingen inzake de door deskundigen van de Commissie in lidstaten op veterinair gebied te verrichten controles ter plaatse, Pb. 1998, L 038). Op 5 februari 2003 heeft de Commissie een voorstel voor een verordening ingediend die haar verstrekkende bevoegdheden zal geven voor controles inzake de veiligheid van voeding en diervoeders: COM (2003) 52 final.

worden gevorderd om informatie waarover deze in het buitenland beschikt, in Nederland aan de toezichthouder ter beschikking te stellen.[246]

Mag de toezichthouder echter ook tijdens een bedrijfsonderzoek via een computer in het desbetreffende bedrijf kennisnemen van bedrijfsinformatie die is opgeslagen op een server die zich in het buitenland bevindt? In het bestuursrecht is op dit punt niets geregeld. Het Wetboek van Strafvordering kent ten behoeve van de opsporing een artikel 125j dat als volgt luidt:

> 1. In geval van een doorzoeking kan vanaf de plaats waar de doorzoeking plaatsvindt, in een elders aanwezig geautomatiseerd werk onderzoek worden gedaan naar gegevens die redelijkerwijs nodig zijn om de waarheid aan de dag te brengen. Worden dergelijke gegevens aangetroffen, dan kunnen zij worden vastgelegd.
> 2. Het onderzoek reikt niet verder dan voor zover vanaf de plaats waar de doorzoeking wordt gedaan, de personen die aldaar wonen, plegen te werken of te verblijven, met toestemming van de rechthebbende tot een dergelijk geautomatiseerd werk, toegang hebben.

Blijkens de toelichting bij deze bepaling[247] wordt het niet toelaatbaar geacht onderzoek te doen in een in het buitenland aanwezig geautomatiseerd werk, omdat dit een inbreuk zou impliceren op de soevereiniteit van het desbetreffende land.

In de meeste gevallen zal de toezichthouder voor het verkrijgen van de desbetreffende informatie dus zijn aangewezen op samenwerking met de buitenlandse collega-toezichthouder. In het strafrecht kan men in veel gevallen terugvallen op de kleine rechtshulpverdragen. In het bestuursrecht is maar zeer ten dele in dit soort instrumenten voorzien. Nog problematischer is de samenwerking wanneer de ene lidstaat ten aanzien van een bepaalde gedraging een strafrechtelijk handhavingsstelsel hanteert en de andere een bestuursrechtelijk.[248]

De vraag of een marktautoriteit toezichtsactiviteiten mag uitoefenen ten behoeve van een buitenlandse collega-marktautoriteit, is primair een vraag van nationaal recht.

---

246. Dit spreekt overigens minder vanzelf dan het lijkt. De voormalige STE ontbeerde eigen bevoegdheden om een inlichtingenvordering af te dwingen. Daarom vorderde zij nakoming in kort geding. In het bijzonder ten aanzien van een vordering jegens ING om informatie uit de Antillen en Griekenland over te laten komen, is rechtspraak gepubliceerd. Zie Pres. Rb. Amsterdam 20 mei 1999, RAwb 1999, 176 m.a. O.J.D.M.L. Jansen; JOR 1999/64 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (vordering afgewezen) vernietigd in hoger beroep: Hof Amsterdam 2 maart 2000, JOR 2000/83 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol. Cassatieberoep is te laat ter rolle ingeschreven HR 13 oktober 2000, JOR 2001, 189.

247. Kamerstukken II 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 11-12.

248. Het eerdergenoemde voorstel van de Commissie van 5 februari 2003 (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on official feed and food controls; COM (2003) 52 final) voorziet onder meer in strafrechtelijke handhaving door de lidstaten. Dit kan een van de eerste keren worden dat EG-rechtelijk aan de lidstaten gebruik van het strafrecht wordt voorgeschreven. Dit is ingrijpend. Het komt de internationale samenwerking echter wel ten goede wanneer in alle lidstaten de handhaving op dezelfde rechtsbasis plaatsvindt.

Het nationale mededingingsrecht in Nederland kent deze mogelijkheid niet.[249] De Wet toezicht effectenverkeer 1995 kent in artikel 36 lid 1 uitdrukkelijk wel een bevoegdheid om ten behoeve van internationale informatie-uitwisseling inlichtingen te vorderen. Deze bevoegdheid gaat zelfs verder dan de bevoegdheid ten behoeve van het nationale toezicht.

> Sachse stelt zich op het standpunt dat informatie die langs deze weg is verkregen, rechtmatig is verkregen en derhalve ook ten behoeve van het nationale toezicht mag worden gebruikt.[250]

Is een Nederlandse toezichthouder eenmaal bevoegd tot het verrichten van toezichtactiviteiten ten behoeve van een buitenlandse autoriteit, dan kan hij zich bij een onderzoek ter plaatse desgewenst laten vergezellen door een vertegenwoordiger van de buitenlandse autoriteit.[251] Naar Nederlands recht komen aan deze vertegenwoordigers echter geen eigen onderzoeksbevoegdheden toe.

Wanneer ten behoeve van een buitenlandse autoriteit informatie is verkregen, geldt voor de verstrekking van die informatie aan de buitenlandse autoriteit hetgeen is opgemerkt in het vorige hoofdstuk.

7.3.2 Communautaire voorzieningen

Voor enkele specifieke gevallen voorziet het communautaire recht in bevoegdheden voor nationale autoriteiten die kunnen worden aangewend niet alleen voor verticale samenwerking (met de Commissie), maar ook voor horizontale samenwerking (met buitenlandse autoriteiten). Het meest recente voorbeeld is het mededingingsrecht.[252] Zoals alle andere met handhaving belaste autoriteiten bezwijkt ook de Europese Commissie onder de werklast. In antwoord daarop heeft zij een voorstel ingediend voor een nieuwe Kartelverordening.[253] Op 4 januari 2002 is de nieuwe verordening in het Publicatieblad verschenen.[254] Centraal daarin staat de decentralisatie van enkele taken die tot nu toe door de Commissie zelf werden behartigd. Ten behoeve van een voortvarende handhaving op nationaal niveau van het communautaire mededingingsrecht, voorziet de nieuwe verordening in een beantwoording van een deel van de vragen die

---

249. Vgl. O.J.D.M.L. Jansen, Toezicht en onderzoek – een beperkt transnationale benadering, in: Jansen/Van der Meulen/Widdershoven (red.), Handhaving van de Mededingingswet, mededingingsmonografieën 4, Deventer 2001, p. 145-165.
250. Sachse (1999), p. 128.
251. Vgl. art. 5:15 lid 3 Awb.
252. Een ander belangrijk voorbeeld is Verordening 515/97 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van douane- en landbouwvoorschriften, Pb. 1997, L 82/1. Zie hierover nader: R.J.G.M. Widdershoven, De rol van het nationale bestuursrecht bij transnationale handhavingssamenwerking, in: J.A.E. Vervaele (red.), Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, Antwerpen/Groningen 1999, p. 135-155.
253. Pb. 2000, C 365 E, p. 284-296.
254. Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2003, L 1/1.

in het voorafgaande aan de orde zijn gekomen en die naar nationaal recht nog openliggen. Artikel 12 voorziet in de uitwisseling van vertrouwelijke gegevens:

> 1. Voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag hebben de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid elkaar alle gegevens, zowel van feitelijke als van juridische aard, met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen, mee te delen en deze als bewijsmiddel te gebruiken.
> 2. De uitgewisselde inlichtingen worden alleen als bewijsmiddel gebruikt voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en met betrekking tot het onderwerp waarvoor zij door de toezendende autoriteit zijn verzameld. Wanneer nationaal mededingingsrecht in dezelfde zaak en parallel met het EG-mededingingsrecht wordt toegepast en niet tot een verschillend resultaat leidt, kunnen de uit hoofde van dit artikel uitgewisselde inlichtingen ook voor de toepassing van nationaal mededingingsrecht worden gehanteerd.
> 3. Overeenkomstig lid 1 uitgewisselde gegevens kunnen enkel als bewijs voor het opleggen van sancties ten aanzien van natuurlijke personen worden gebruikt indien:
> – de wetgeving van de toezendende autoriteit voorziet in sancties van soortgelijke aard in verband met een inbreuk op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag, of indien dat niet het geval is,
> – de gegevens zijn verzameld op een manier die een zelfde mate van bescherming biedt voor de rechten van de verdediging van natuurlijke personen als die welke geboden wordt door de nationale regelgeving van de ontvangende autoriteit. In dit laatste geval mogen de verstrekte gegevens door de ontvangende autoriteit niet gebruikt worden om gevangenisstraffen op te leggen.

Artikel 22 voorziet in onderzoek ten behoeve van de Commissie (verticale samenwerking) of van een buitenlandse mededingingsautoriteit (horizontale samenwerking).

> 1. De mededingingsautoriteit van een lidstaat kan op het grondgebied van deze lidstaat overeenkomstig het nationale recht elke inspectie of andere onderzoeksmaatregelen uitvoeren namens en voor rekening van de mededingingsautoriteit van een andere lidstaat, om uit te maken of er een inbreuk op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag is gepleegd. Elke uitwisseling of gebruik van de verkregen inlichtingen geschiedt overeenkomstig artikel 12.
> 2. De mededingingsautoriteiten van de lidstaten verrichten op verzoek van de Commissie de inspecties die deze overeenkomstig artikel 20, lid 1, noodzakelijk acht of die zij overeenkomstig artikel 20, lid 4, bij beschikking heeft gelast. De functionarissen van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten die met het verrichten van een inspectie zijn belast, alsook de door die autoriteiten gemachtigde of aangewezen functionarissen, oefenen hun bevoegdheden uit overeenkomstig hun nationale wetgeving.
> De door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen kunnen, op verzoek van de Commissie of van de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie moet worden verricht, de functionarissen van deze autoriteit bijstand verlenen.

Op deze wijze worden vragen van (trans)nationaal bestuursrecht – voorzover het betreft de toepassing van communautair mededingingsrecht – omgezet in vragen van

communautair recht en in dat kader beantwoord. Dit betekent echter niet dat het geheel aan de Europese regelgeving kan worden overgelaten. Een soepel functionerend systeem vergt een goede onderlinge afstemming tussen nationale en bovennationale regelgeving. Zeker voor het Nederlandse bestuur geldt mijns inziens dat het te zeer is betrokken in internationale relaties om het zich te kunnen veroorloven niet ook zelf actief bij te dragen aan de ontwikkeling van een functionerend transnationaal bestuursrecht.[255]

7.3.3 Sancties

Een volgend punt in het transnationale kader betreft de bestuursrechtelijke handhaving in enge zin: de oplegging van bestuursrechtelijke sancties. Wanneer een marktautoriteit optreedt – bijvoorbeeld door middel van een bestuurlijke boete – tegen een overtreding die zich naar gedraging of effect mede uitstrekt tot andere staten, mag de marktautoriteit dan met dat gegeven rekening houden bij het bepalen van de hoogte van de sanctie of dient zij zich tot het Nederlandse deel te beperken?

Mij is geen eenduidig antwoord op deze vraag bekend.[256] Wel geldt in het algemeen dat extraterritoriale werking van nationale maatregelen slechts bij uitzondering is toegestaan. Steyger leidt uit de rechtspraak van het Hof in Luxemburg af dat er ten minste een eigen belang van de lidstaat moet zijn dat de lidstaat ook buiten de landsgrenzen wil beschermen.[257]

> Bij besluit van 14 januari 2003 heeft de d-g NMa wegens overtreding van de *Europese* mededingingsregels, boetes opgelegd tot in totaal € 13,781 miljoen aan acht groothandelaren in garnalen en aan vier Nederlandse, drie Duitse en één Deense producentenorganisatie voor de garnalenvisserij. Aan deze ondernemingen wordt onder meer verweten dat zij afspraken hebben gemaakt over de beperking van de vangsthoeveelheid van Noordzeegarnalen en over minimumprijzen. Ten tijde van het afsluiten van deze tekst was het besluit nog niet beschikbaar,[258] maar in het persbericht dat de NMa heeft uitgegeven wordt uitdrukkelijk opgemerkt: 'De boete voor de betrokken ondernemingen is beperkt tot het effect van hun gedrag op het Nederlandse deel van de markt.'

Hoewel nog onduidelijk is of de NMa deze keuze heeft gemaakt op grond van een oordeel over de grenzen van haar bevoegdheid, lijkt mij dit een illustratie van hoe nationaal het bestuursrecht functioneert te midden van een te besturen wereld die de nationale grenzen steeds meer achter zich laat.

---

255. Zie in dit verband ook Elies Steyger, Besturen in het Europese recht. Over de invloed van het communautaire recht op de nationale bestuurlijke tradities (oratie Amsterdam VU), Den Haag 2002.
256. Een regeling over de reikwijdte zoals titel 1 Boek 1 Sr ontbreekt in het Nederlandse bestuursrecht.
257. E. Steyger, Verknoopt en verweven; de autonomie van het bestuursrecht ten opzichte van het Europese recht, in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), De autonomie van het bestuursrecht, Den Haag 2001, p. 155-201.
258. Zie inmiddels http://www.nmanet.nl/nl/Images/11_7028.pdf.

7.3.4 Executie

Wanneer in transnationale verhoudingen bestuurlijke sancties worden opgelegd, is de vraag van belang hoe deze kunnen worden geëffectueerd. Duijkersloot en Widdershoven wijzen erop dat het bestuursrechtelijk instrumentarium op dit punt tekortschiet.[259] Voor burgerlijke of handelszaken voorziet het EEG Executieverdrag (EEX) in mogelijkheden tot tenuitvoerlegging. In de transnationale tenuitvoerlegging van schuldvorderingen in de sfeer van landbouw en douane is voorzien in een EG Richtlijn.[260] Voor het overige ontbreken mogelijkheden tot tenuitvoerlegging in het buitenland en ook overdracht van de tenuitvoerlegging aan een buitenlandse autoriteit is slechts mogelijk wanneer daarvoor een verdragsrechtelijke basis bestaat.[261]

7.3.5 Rechten van de verdediging

Wanneer nationale bestuursorganen bevoegdheden uitoefenen in een transnationale context, met name wanneer het gaat om bevoegdheden die zij rechtstreeks ontlenen aan communautaire regelgeving, dan zijn zij gebonden aan de waarborgen die het communautaire recht biedt, ook wanneer zij afwijken van de nationale voorschriften terzake.[262]

Zo wordt het recht op bijstand door een advocaat reeds van toepassing geacht tijdens de onderzoeksfase. Daarom moeten de onderzoekers de komst van een onafhankelijke advocaat in beginsel afwachten, tenzij de onderneming een eigen jurist in dienst heeft of over een juridische dienst beschikt.[263] Voorts geldt het zogenoemde legal privilege, de vertrouwelijkheid van tussen advocaat en onderneming gewisselde correspondentie en samenvattingen daarvan ook wanneer deze door de onderzoekers bij de onderneming worden aangetroffen.[264] Vervolgens geldt een zwijgrecht ten aanzien van feiten waaruit een onregelmatigheid zou kunnen blijken die het bestuur zou moeten bewijzen.[265] Dit recht kan worden ingeroepen ook voordat sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM.

---

259. A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, Europa en bestuurlijke handhaving; trends en uitdagingen, Justitiële verkenningen 2001, nr. 2, p. 68-80.
260. Richtlijn 76/308/EEG betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die deel uitmaken van het EOGFL, alsmede van landbouwrechten en douaneheffingen, Pb. EG 1976, L 73/18.
261. Zoals de – voor marktautoriteiten niet relevante – Overeenkomst inzake samenwerking in procedures wegens inbreuken op de verkeerswetgeving en bij de tenuitvoerlegging van terzake opgelegde geldelijke sancties, Trb. 1999, 191.
262. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, De rol van het nationale bestuursrecht bij transnationale handhavingssamenwerking, in: J.A.E. Vervaele (red.), Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, Antwerpen/Groningen 1999, p. 135-155.
263. HvJ EG gev. zaken 46/87 en 227/88, Hoescht, Jur. 1989, p. I-2859.
264. HvJ EG zaak 155/79, AM&S, Jur. 1982, p. 1575 en GvEA, zaak T-30/89, Hilti, Jur. 1990, p. II-163. Zie ook art. 51 Mw.
265. HvJ EG zaak 374/87, Orkem, Jur. 1989, p. 3283.

In een recent arrest heeft het Hof in Luxemburg geoordeeld dat de nationale rechter die bevoegd is toestemming te geven voor dwangmaatregelen in het kader van nationale bijstand bij een verificatieonderzoek door de Commissie, ook al dient hij rekening te houden met de bijzondere context waarin hij wordt aangezocht, verplicht is 'zich er in elk individueel geval van te vergewissen dat de beoogde dwangmaatregel niet willekeurig is of onevenredig in verhouding tot het doel van de bevolen verificatie'. Hij dient met andere woorden ook het verzoek van de Commissie integraal te toetsen.[266]

7.4 Samenwerking

De werkzaamheden van marktautoriteiten hebben in twee opzichten een grensoverschrijdend karakter dat aanleiding geeft tot grensoverschrijdende samenwerking: over nationale grenzen en over de grenzen van markten. Dit heeft aanleiding gevormd tot het ontstaan van diverse meer of minder informele samenwerkingsnetwerken. Op nationaal niveau is bijvoorbeeld de RFT actief die in het vorige hoofdstuk is genoemd.

FLEP
In 1990 is het informele 'European Forum of Food Law Enforcement Practitioners (FLEP)' in het leven geroepen als platform voor handhavers van het levensmiddelenrecht om elkaar te ontmoeten en ervaringen en knowhow uit te wisselen.[267] Het doel is kennismaking, opbouw van wederzijds respect en vertrouwen, uitwisseling van informatie, ontwikkeling van 'best practices' en oplossing van praktische problemen. FLEP heeft bijvoorbeeld bijgedragen aan harmonisatie van de controles van noten aan de Europese buitengrenzen op mycotoxine. Inmiddels is er een tweedelijns toezichthouder op Europees niveau (FVO), die het zijne bijdraagt aan harmonisatie.

ECA
Op Nederlands initiatief is in 1999 de ECA (European Competition Authorities) opgericht. Het is een forum waarin de mededingingsautoriteiten uit de lidstaten van de Europese Unie, Noorwegen, IJsland, Liechtenstein, de Europese Commissie en de EFTA Surveillance Authority, waarin laatstgenoemde landen samenwerken, elkaar ontmoeten.

Onder de nieuwe kartelverordening komt er naast de informele Eca een meer formeel netwerk van mededingingsautoriteiten te staan om handen en voeten te geven aan de samenwerking binnen de Europese Unie. Het netwerk wordt niet met zoveel woorden genoemd in de artikelen van Verordening 1/2003, maar wel in de preambule. Overweging 15 luidt:

---

266. HvJ EG 22 oktober 2002 zaak C-94/00, M&M 2002, p. 275-279 m.nt. H.R. Kranenborg (Roquette Frères SA).
267. Zie www.flep.org.

De Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten moeten tezamen een netwerk van overheidsinstanties vormen, die de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toepassen. Daartoe moeten kennisgevings- en raadplegingsmechanismen in het leven worden geroepen. Verdere modaliteiten voor samenwerking binnen het netwerk worden vastgesteld en herzien door de Commissie, in nauwe samenwerking met de lidstaten.

Het netwerk beoogt drie zaken: efficiënte allocatie van zaken, samenwerking bij de waarheidsvinding en coördinatie ten behoeve van een consistente toepassing van het Europese mededingingsrecht. De verordening zelf voorziet wel in de instelling van een Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities (artikel 14) dat bestaat uit vertegenwoordigers van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het ligt voor de hand dat dit adviescomité de inbedding van het netwerk zal gaan vormen.

CESR

In september 2001 is het Committee of European Securities Regulators (CESR) in het leven geroepen als opvolger van het FESCO. Het bestaat uit de voorzitters van de Europese effectentoezichthouders. Het CESR is een fulltime organisatie met een eigen secretariaat. Het ondersteunt communautaire wetgevingsactiviteiten. Naast het CESR is er nog een mondiale organisatie van effectentoezichthouders: IOSCO.

Internationale betrekkingen

Het ziet ernaar uit dat de marktautoriteiten wegen hebben gevonden en verder ontwikkelen om hun eigen internationale betrekkingen te onderhouden. Werkelijke grensoverschrijdende bevoegdheden en waarborgen kunnen daarin echter niet tot stand worden gebracht. Dat vereist optreden van de lidstaten zelf of van de Europese Unie. Het lijkt van belang ook de formele structuren te doen aansluiten bij de internationale werkelijkheid.

8 Conclusies en aanbevelingen

In de voorafgaande pagina's is een beeld geschetst van het verschijnsel 'marktautoriteit'. In de marge daarvan zijn verschillende complicaties aan het licht gekomen, in het bijzonder op het vlak van checks and balances. In dit hoofdstuk worden enkele samenvattende en concluderende opmerkingen gemaakt en aanbevelingen gedaan die bedoeld zijn om bij te dragen aan de verdere ontwikkeling van de marktautoriteit tot een bruikbare bestuursfiguur met een eigen plaats in het Nederlandse publiekrecht.

8.1 Marktwerking

In de hele westerse wereld worden de economische wetten van de markt in toenemende mate door overheden aangewend als maatschappelijk ordeningsprincipe. Ik denk dat het belangrijk is de markt op deze manier te blijven benaderen: als een instrument en niet als een geloof; als een werktuig dat zorgvuldig moet worden aangewend en gecorrigeerd waar nodig of in de gereedschapskist moet worden gelaten in situaties waarin het minder geschikt is. Zij moet met name niet worden omarmd als een heilsleer waarvan de resultaten per definitie goed zijn omdat zij zelf de maatstaf vormt voor wat wel en niet goed is.

In het kielzog van de ontwikkeling van de markt tot bestuurlijk instrument, komen marktautoriteiten tot ontwikkeling als bestuurlijke vorm bij de aanwending van dit instrument. Het is aan de beoefenaren van het staats- en bestuursrecht in Nederland om bij te dragen aan de ontwikkeling van deze bestuurlijke vorm tot een figuur die op het nationale en bovennationale toneel zijn rol soepel en slagvaardig kan vervullen, zonder daaraan te grote concessies te doen uit oogpunt van de traditionele normen en waarden van de democratische sociale rechtsstaat.

8.2 Nieuwe vormen impliceren nieuwe risico's

Ik heb geen criteria ontwikkeld voor een definitie van het begrip marktautoriteit die zou kunnen worden gebruikt als vlijmscherpe grensafbakening tussen bestuursorganen die nog net wel en bestuursorganen die net niet meer tot de groep behoren. Mijns inziens zijn wij in dit stadium van de ontwikkeling van het denken over marktautoriteiten meer gebaat bij een 'open mind' ten aanzien van verschijnselen die kunnen bijdra-

gen aan begrip en aan ideeën dan bij een strakke afbakening. Die zal later wel komen, met name wanneer de wetgever ertoe zal overgaan institutionele keuzes te maken op een wat hoger abstractieniveau dan dat van de individuele autoriteit.

In hun huidige diversiteit vertonen de bestaande marktautoriteiten een aantal gemeenschappelijke karakteristieken, die voldoende coherentie vertonen om te mogen concluderen dat marktautoriteiten als afzonderlijke categorie bestaan. Geen van deze karakteristieken is bestuursrechtelijk gezien zo specifiek dat marktautoriteiten als een bestuursrechtelijke rechtsfiguur moeten worden onderscheiden. Rond marktautoriteiten komt echter wel steeds hetzelfde cluster bestuursrechtelijke vragen aan de orde. Dit maakt het zinvol om vanuit een bestuursrechtelijk perspectief na te denken over marktautoriteiten teneinde coherente bestuursrechtelijke modellen en antwoorden te kunnen geven op de vormgevingsvragen die de marktgewijze samenlevingsordening opwerpt.

Marktautoriteiten verzorgen het bestuurlijk framework voor of in plaats van de werking van economische wetten op de markt. Daartoe dienen zij te beschikken over een concentratie van ingrijpende bestuurlijke bevoegdheden in verschillende schakels van de bestuurlijke handhavingsketen (normstelling, toezicht, beschuldiging, sanctionering). Hun optreden is in belangrijke mate gebaseerd op eigen materiedeskundigheid. Zij zijn in zekere mate onafhankelijk van politieke sturing. Zij werken in een meer dan gemiddeld internationale context.

Sommige van deze karakteristieken kunnen ongunstige gevolgen hebben voor de werking van de klassieke 'checks and balances'. Wanneer deze gevolgen zich inderdaad voordoen, is het van belang om te voorzien in compenserende maatregelen.

– Zij zijn minder dan veel andere ambtelijke organisaties onderworpen aan hiërarchisch bureaucratische controle.
– Naar de mate waarin zij onafhankelijk zijn van de minister, zijn zij ook minder onderworpen aan democratische controle door de volksvertegenwoordiging.
– Ten aanzien van de verschillende bevoegdheden is soms voorzien in interne functiescheidingen. Deze zijn echter substantieel beperkter dan bijvoorbeeld de externe functiescheidingen die in het strafrecht gebruikelijk zijn.
– Zij bewegen zich op technisch gecompliceerde rechtsgebieden. Daardoor hebben materiedeskundigen een grote invloed en kan er sprake zijn van verminderde invloed van recht en rechter.
– De toespitsing van de bestuurstaak op in sommige gevallen een tamelijk smal terrein draagt voor de marktautoriteit een zeker risico in zich ingekapseld te raken in het veld.
– In het veld ontbreekt voldoende vertrouwen in het zelfreinigend vermogen van de bezwaarschriftprocedure om te rechtvaardigen dat belanghebbenden lang van een onafhankelijke derde instantie worden afgehouden.

Het ziet ernaar uit dat de wetgever bij elke nieuwe marktordening en bij elke nieuwe inrichting van een marktautoriteit telkens opnieuw heeft geprobeerd het wiel uit te vinden. Dat heeft geleid tot een weliswaar globaal herkenbaar algemeen beeld, maar ook tot een nodeloze diversiteit. Er zijn enkele nota's geschreven met een aanzet tot een coherente visie. Een vruchtbare volgende stap zou kunnen zijn het ontwikkelen van een algemeen model waarin ten aanzien van de algemene vragen algemene antwoorden worden geformuleerd. Dat model zou de wetgever bij de organisatie en reorganisatie van het markttoezicht tot uitgangspunt kunnen nemen. Keuzes tot afwijking zullen dan in elk geval bewuste – en waarschijnlijk dus ook gemotiveerde – keuzes zijn.

Sluitstuk van dat model zou de instelling van een college van toezicht voor de marktautoriteiten kunnen zijn.

8.3 Een college van toezicht?

Is er een mogelijkheid om tegemoet te komen aan de ongunstige gevolgen voor de checks and balances van de organisatie van (sommige) marktautoriteiten zonder de blijkbaar zozeer gewenste onafhankelijkheid van de politiek teniet te doen?

Misschien wel. Daartoe zou kunnen worden teruggegrepen op een instrument van bestuurlijke heroverweging dat onder de Awb wat in ongenade is gevallen: het administratief beroep. Boven de marktautoriteiten zou als tweedelijns toezichthouder een, zoveel mogelijk gezamenlijk, college van toezicht kunnen worden geplaatst waaraan de bevoegdheid zou kunnen worden toegekend tot bestuurlijke heroverweging van besluiten in administratief beroep en tevens de bevoegdheid tot toezicht in de zin van hoofdstuk 10 van de Awb, inclusief de bevoegdheid tot spontane vernietiging.

De onafhankelijkheid van marktautoriteiten kan tot een rechtsstatelijk tekort leiden omdat het niet alleen beschermt tegen politieke inmenging, maar ook tegen verantwoording en controle. Indien een instantie in het leven wordt geroepen die evenzeer politiek onafhankelijk is, dan is het mogelijk om alsnog te voorzien in controle en verantwoording.

Bestuurlijke rechtsbeschermingsprocedures kunnen een nuttige functie vervullen als 'piepsysteem' om bestuurlijke tekorten aan het licht te brengen. Indien de instantie tevens zou worden uitgerust met een spontaan vernietigingsrecht en met de bevoegdheid in te grijpen bij taakverwaarlozing, dan nemen de mogelijkheden van 'toezicht op toezicht' toe, maar ook de onafhankelijkheid van de marktautoriteiten neemt toe in vergelijking tot het stelsel dat is voorzien in de ontwerp-Kaderwet zelfstandige bestuursorganen die de bevoegdheid tot optreden bij taakverwaarlozing aan de minister toedenkt. Een bevoegdheid bij taakverwaarlozing past bij de systeemverantwoordelijkheid uit de Kaderstellende visie.

Voegt een college van toezicht voordelen toe aan de mogelijkheid van beroep bij de onafhankelijke gespecialiseerde bestuursrechter? Ik meen van wel. Om te beginnen

kan de rechter niet de spontane bevoegdheden uitoefenen die hiervoor zijn genoemd. Voorts behoeft een bestuursorgaan niet dezelfde terughoudendheid in acht te nemen ten aanzien van de toetsing van besluiten die in beleidsvrijheid zijn genomen of die gecompliceerde niet-juridische kwesties betreffen.

Een college dat boven de marktautoriteiten staat, kan bijdragen aan een consistente interpretatie van gemeenschappelijke begrippen en bevoegdheden, en aan een goede onderlinge afstemming van het optreden van de verschillende marktautoriteiten.

Wanneer primaire besluiten voorwerp worden van externe toetsing, dan zal dat marktautoriteiten ongetwijfeld stimuleren om waar nodig en mogelijk te investeren in de kwaliteit van de primaire bestuurlijke besluitvorming.

Belanghebbenden die twijfelen aan de meerwaarde van een bezwaarschriftprocedure na een uitvoerige voorbereidingsprocedure, hebben geen reden voor dezelfde twijfel ten aanzien van een bestuurlijke voorprocedure bij een ander onafhankelijk bestuursorgaan.

8.4 Zelfreiniging

Intussen kunnen marktautoriteiten ook zelf het nodige doen om het ontstaan van de mogelijke tekorten in checks and balances te voorkomen of terug te draaien door publieke verantwoording af te leggen door middel van een zo transparant mogelijke praktijk en door te investeren in de kwaliteit van procedures, bijvoorbeeld door in bezwaarprocedures een onafhankelijke externe bezwaaradviescommissie in te schakelen.

8.5 Pre-advies

Het hiervoor bedoelde model zou wat mij betreft de volgende elementen mogen omvatten:

– Marktautoriteiten worden vormgegeven als zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid krachtens publiekrecht. Zie paragraaf 2.1 en hoofdstuk 3.
– Marktautoriteiten worden zoveel mogelijk samengevoegd met gebruikmaking van het kamermodel. Dat wil zeggen als bestuursorganen met eigen wettelijke bevoegdheden in één ambtelijke organisatie. Ik denk hierbij niet alleen aan een kamermodel bij de NMa, maar bijvoorbeeld ook aan een samengaan van de drie autoriteiten op de financiële markten. Zie de paragrafen 6.1 en 6.2.
– Marktautoriteiten worden uitgerust met een royale set bevoegdheden in normstellende en handhavende zin. Zie paragraaf 2.1.
– Er wordt voorzien in serieuze functiescheidingen binnen de marktautoriteiten. Zie paragraaf 5.1.

– Er wordt een regeling getroffen betreffende de publieke verantwoording, waaronder begrepen de voorwaarden waaronder de resultaten van onderzoek openbaar kunnen worden gemaakt. Zie paragraaf 4.2.
– De toegang van consumenten tot de marktautoriteiten wordt gewaarborgd. Zie paragraaf 4.3.
– Het gebruik van bedrijfsgegevens en de uitwisseling van gegevens met de minister en met collega-marktautoriteiten in binnen- en buitenland wordt wettelijk geregeld. Zie paragraaf 6.4.
– Tegen besluiten van marktautoriteiten staat beroep open bij een gespecialiseerde bestuursrechter. Zie paragraaf 2.3. In hoogste ressort is die bestuursrechter het CBB.

8.6 Transnationaal bestuursrecht

Een belangrijk aspect van het werk van marktautoriteiten is het transnationale aspect. De markten waarop de marktautoriteiten zich bewegen, zijn grensoverschrijdend. De meeste marktautoriteiten hebben counterparts op het niveau van de Europese Unie, in de meeste andere lidstaten van de Unie en in vele landen daarbuiten. Het Europese recht, dat wil zeggen het recht in de verticale verhoudingen tussen Unie, lidstaten en burgers, is tot volle wasdom gekomen. Dat geldt niet voor het recht dat de horizontale verhoudingen tussen de burgers in de verschillende lidstaten regeert. De gedragingen van partijen op de markt houden geen halt voor nationale grenzen. Beslissingen van marktautoriteiten in het ene land hebben vaak feitelijke gevolgen in het andere en vaak zelfs ook rechtsgevolgen. Dit verschijnsel roept vragen op van legitimiteit en rechtsbescherming die in hun complexiteit de reikwijdte van dit preadvies te buiten gaan. Mijns inziens zou het zeer de moeite waard zijn wanneer de VAR nog eens een jaarvergadering of studie(mid)dag zou wijden aan het transnationale bestuursrecht.

8.7 Stellingen

Het voorafgaande geeft mij aanleiding om ten behoeve van de discussie op de jaarvergadering de volgende stellingen voor te leggen. Telkens is aangegeven in welk hoofdstuk de beschouwingen te vinden zijn die aan de stellingen te grondslag liggen.

Hoofdstukken 1 en 2

1. Het is zinvol marktautoriteiten te onderscheiden en te beschrijven als een specifieke categorie van bestuursorganen.

Hoofdstuk 3

2. In geval van externe verzelfstandiging van een marktautoriteit moet niet worden gekozen voor een andere vorm dan de rechtspersoon krachtens publiekrecht.

Hoofdstuk 4

3. Het is wenselijk dat een wettelijke regeling wordt getroffen inzake de openbaarmaking van de resultaten van toezicht.

4. 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 betekenende mate onderscheiden van andere consumenten.

Hoofdstuk 5

5. Het is wenselijk dat artikel 5.4.2.6 lid 4 Awb-IV wordt vervangen door een Chinese-walls-regeling.

Hoofdstuk 6

6. Het is wenselijk dat in de Awb algemene regels van overheidsinformatierecht worden opgenomen.

7. In algemene regels van overheidsinformatierecht dient ten minste aandacht te worden besteed aan de vraag onder welke voorwaarden een bestuursorgaan informatie voor een ander doel mag gebruiken dan het doel waarvoor het de informatie heeft verkregen, en onder welke voorwaarden die informatie mag worden verstrekt aan een ander bestuursorgaan.

Hoofdstuk 8

8. Het is wenselijk dat er een college van toezicht voor de marktautoriteiten komt.

Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie

De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt

Mr. A.T. Ottow[*]

1	**Inleiding**	**135**
1.1	Over duivenhokken en telecommunicatie	135
1.2	De bestuursrechtelijke inrichting van het toezicht	136
1.3	De procedurele aspecten van het toezicht: de Awb	137
1.4	Hoofdstukindeling	139
2	**De doelstellingen van telecommunicatieregulering**	**141**
2.1	Doorwerking doelstellingen	141
2.2	Doelstellingen van telecommunicatieregulering	143
2.2.1	Inleiding	143
2.2.2	ONP-richtlijnen	144
2.2.3	ONP Review-richtlijnen	146
2.3	Conclusie	147
3	**De taken en bevoegdheden van de toezichthouder**	**149**
3.1	Inleiding	149
3.2	De taken en bevoegdheden van OPTA	151
3.3	De afstemming tussen OPTA en de NMa	151
3.3.1	De adviesverplichting	151
3.3.2	Geen concurrent powers	153
3.3.3	De kamerstructuur NMa	153
3.4	Staats- en bestuursrechtelijke obstakels?	154
3.4.1	Het legaliteitsbeginsel	154
3.4.2	De ministeriële verantwoordelijkheid versus onafhankelijkheid	157

* Annetje Ottow is als senior onderzoeker verbonden aan het Instituut voor informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam en als advocaat-adviseur bij Houthoff Buruma. Velen hebben een nuttige bijdrage aan de totstandkoming van dit preadvies geleverd. Gaarne wil ik bedanken (in willekeurige volgorde): Nirmala Sitompoel, Ricarda Oudejans, Eric Daalder, Theo Simons, Peter Eijsvoogel, Bowine Meijer, Michelle de Rijke, Peter Schnezler en Mimi Dekkers. Vanzelfsprekend komt de tekst alleen voor mijn rekening. De tekst is op 14 februari 2003 afgesloten.

3.4.3 Beleid en beleidsvrijheid 160
3.5 Gevolgen van de ontbrekende bevoegdheden bij OPTA 162
3.6 Vereisten voor effectief toezicht 167
3.7 Conclusie 170

4 De Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet 171
4.1 Inleiding 171
4.2 Flexibele interpretatie van de Awb 172
4.3 Diverse aspecten van de Awb 174
4.3.1 Het besluitbegrip 174
4.3.2 Het belanghebbendebegrip 179
4.3.3 De inrichting van procedures 182
4.3.4 De openbaarheid van het toezicht 189
4.3.5 Diverse overige aspecten 192
4.4 Conclusie 193

5 Handhaving en rechtsbescherming 195
5.1 Inleiding 195
5.2 Algemene handhavingsbevoegdheid 196
5.3 Geen algemene (bindende) aanwijzingsbevoegdheid 198
5.4 Bestuursdwang en sancties 199
5.4.1 Recht op inlichtingen 199
5.4.2 Verificaties 200
5.4.3 (Voorlopige) last onder dwangsom 201
5.4.4 Boetes 202
5.4.5 Rechterlijk verlof voor sancties en verificaties? 202
5.5 Rechtsbescherming 203
5.5.1 Inleiding 203
5.5.2 Bezwaar 204
5.5.3 (Hoger) beroep 205
5.5.4 Voorlopige voorzieningen 206
5.5.5 Rechterlijke toetsing 206
5.5.6 Artikel 8:29 Awb 207
5.6 Conclusie 209

6 Geschilbeslechting 211
6.1 Inleiding 211
6.2 De geschilbeslechtende bevoegdheden van OPTA 212
6.2.1 De wettelijke regelingen 212
6.2.2 De bevoegdheden van OPTA 212
6.2.3 Voorlopige maatregelen 222
6.2.4 Het Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw 225
6.2.5 Elektriciteitswet en Gaswet 226

6.3 Artikel 112 lid 1 Gw 227
6.4 Geen executoriale titel: de rol van de civiele rechter 228
6.5 Conclusie 230

7 Conclusie en stellingen 233
7.1 Conclusie 233
7.2 Stellingen 233

1 Inleiding

1.1 Over duivenhokken en telecommunicatie

> 'Van meet af aan heeft de gevestigde mededingingsrechtelijke orde blijk gegeven van een diepgeworteld wantrouwen jegens het (Awb-)bestuursrecht in het algemeen en de bezwaarschriftenprocedure in het bijzonder. Vier jaar ervaring met de Mededingingswet lijkt dit wantrouwen niet te hebben weggenomen maar eerder te hebben verdiept. De Awb wordt ervaren als een knellend keurslijf, ontwikkeld in de context van en geschikt voor de verschillende onderdelen van het omgevingsrecht (omschreven in termen van duivenhokken), maar niet voor het economisch ordeningsrecht (waaronder naast de ordeningswetgeving in strikte zin mede begrepen mededingingsrecht, en liberaliseringsregelgeving o.a. inzake telecommunicatie, elektriciteit en gas).'[1]

Volgens Van der Meulen is deze visie op het bestuurs(proces)recht meer gebaseerd op emoties dan op feiten, maar hij erkent dat de feiten nader onderzoek vergen. In dit preadvies zal ik voor de telecommunicatiemarkt onderzoeken welke obstakels zich zoal voordoen bij de toepassing van het commune bestuursrecht en bestuursprocesrecht op het telecommunicatierecht.

Mijn centrale stelling is dat de telecommunicatiewetgever bij de invoering van de OPTA-wet[2] en de Telecommunicatiewet (Tw)[3] in 1998, als het startpunt van volledige liberalisering van de Nederlandse telecommunicatiemarkt, te weinig oog heeft gehad voor de bestuursrechtelijke en procedurele aspecten van het toezicht. Bij het openbreken van een markt hoort een strak toezicht, waarbij via direct ingrijpen correcties op het vrije-markt- en contractsmechanisme moeten kunnen worden aangebracht. Deze correcties hebben wegens het ontbreken van bevoegdheden en instrumenten niet voldoende kunnen plaatsvinden.

---

1. B.M.J. van der Meulen, Onoverkomelijk bezwaar. Drie soorten prorogatie: maatwerk of wetgevingsvandalisme?, NTB 2002, p. 90.
2. Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit), Stb. 1997, 320, laatstelijk gewijzigd Stb. 2001, 559.
3. Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie, Stb. 1998, 610, laatstelijk gewijzigd Stb. 2002, 196. In dit onderzoek zullen de OPTA-wet en Tw als uitgangspunt worden genomen. De voordien geldende wetten (zoals de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, de Interimwet en de Vergunningenwet) blijven buiten beschouwing.

Terugkijkend op de eerste vijf jaren van de werking van de OPTA-wet en de Tw en het toezicht door het College voor de post en telecommunicatiemarkt (ook aangeduid als: de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, 'OPTA') kan worden gesteld dat de op dit punt gebrekkige wetgeving een negatieve invloed heeft gehad op de totstandkoming van concurrentie. Het liberaliseringsproces is hierdoor langzamer verlopen. De bezwaren vallen uiteen in twee onderdelen:

1. de staatsrechtelijke c.q. bestuursrechtelijke inrichting van het toezicht;
2. de procedurele aspecten van het toezicht.

Op beide aspecten zal in deze inleiding kort worden ingegaan.

1.2 De bestuursrechtelijke inrichting van het toezicht

OPTA is totstandgekomen in een periode waarin de Ctsv-affaire nog sterk in het geheugen stond gegrift. Bij de instelling van OPTA hinkte de verantwoordelijke Minister van Verkeer en Waterstaat duidelijk op twee gedachten: aan de ene kant diende hij (mede op grond van Europese regelgeving) een onafhankelijke toezichthouder te installeren, aan de andere kant waakte de minister ervoor dat te veel bevoegdheden uit handen zouden worden gegeven. Deze dualistische houding is fnuikend geweest voor de positie van OPTA. De Minister van Verkeer en Waterstaat wilde nog duidelijk de touwtjes zoveel mogelijk in handen houden. Als gevolg hiervan werd OPTA niet neergezet als een strijdlustige regulator met algemene verstrekkende bevoegdheden, doch als een zelfstandig bestuursorgaan met strikt omschreven en beperkte taken en bevoegdheden. De minister heeft zich er steeds tegen verzet dat OPTA zou uitgroeien tot een regulator. Hiermee wordt de toezichthouder aangeduid die daadwerkelijk op eigen gezag en initiatief sturing via beleid en besluiten aan de marktontwikkelingen kan geven. Deze positionering van OPTA heeft het kabinet opnieuw benadrukt bij de evaluatie van OPTA medio 2001:

> 'Bij de instelling van de OPTA is expliciet niet overgegaan tot een "regulator", maar is gekozen voor een uitvoering/toezichtsorgaan met beperkte discretionaire bevoegdheden. Het beleid berust bij de verantwoordelijke vakminister.'[4]

Op grond van het legaliteitsbeginsel is door de toenmalige regering keer op keer (voorzover het OPTA betreft) betoogd dat een strikt onderscheid moet worden gemaakt tussen beleid en toezicht. Het opstellen van beleid is voorbehouden aan de

4. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 18.

minister, de uitvoering daarvan aan de toezichthouder. In de eerdergenoemde brief aan de Tweede Kamer wordt dit (opnieuw) als volgt door het kabinet verwoord:

> '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 regelgevend 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 legaliteitsbeginsel in dit kader nogmaals bevestigen.'[5]

Door deze positionering van OPTA heeft het kabinet/de telecommunicatiewetgever niet het toezicht in het leven geroepen dat noodzakelijk was op een open te breken markt. De Europese wetgever heeft in de diverse telecommunicatierichtlijnen duidelijk voor ogen gehad een ex ante regulator neer te zetten die op de diverse nationale telecommunicatiemarkten het liberaliseringsproces actief en daadkrachtig zou begeleiden. Ex ante bepalingen zien – kort gezegd – op bij voorbaat opgelegde verplichtingen, die gelden voor de voormalige monopolisten (ook aangeduid als incumbent). Dit in tegenstelling tot ex post gericht toezicht, waarbij slechts achteraf correcties plaatsvinden. Nederland heeft onvoldoende aan de vereisten van Europees recht voldaan. Het krampachtig vasthouden aan de nationale staatsrechtelijke principes heeft averechts gewerkt. Deze principes behoeven enige relativering en aanpassing als gevolg van Europese invloeden.

1.3 De procedurele aspecten van het toezicht: de Awb

De wetgever heeft verzuimd in de Tw en de OPTA-wet aandacht te besteden aan de procedurele aspecten van het toezicht door OPTA. De wetgever verschaft niet de gewenste helderheid om het proces van het toezicht goed te regelen.[6] Slechts in een incidenteel geval[7] heeft de wetgever een minimale regeling opgenomen. De wetgever heeft gemeend te kunnen volstaan met een enkele verwijzing naar de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De Awb zou afdoende zijn om alle procedurele aspecten van de Tw op te lossen en een afdoende rechtsbescherming voor betrokkenen te garanderen. Te gemakkelijk gaat de telecommunicatiewetgever ervan uit dat de algemene regels van de Awb een voldoende procedureel kader boden. Typerend in dit verband is het antwoord van de Minister van Verkeer en Waterstaat op Kamervragen over de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA:

---

5. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 13.
6. E.J. Dommering e.a., Toezicht en regulering in de Telecommunicatiemarkt. Een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam (IViR), 2001, p. 84.
7. Voor huurlijnen (art. 7.7 Tw) en bij interconnectie-geschillen (art. 6.3 lid 3 Tw) en de samenwerking OPTA-NMa (art. 18.3 Tw).

> 'De in de Awb voorkomende regeling ten aanzien van besluiten en beschikkingen is afdoende om een in alle opzichten correcte afhandeling van bedoelde geschillen te garanderen.'[8]

Deze veronderstelling is evenwel onjuist gebleken. In het rapport van het Instituut voor Informatierecht, uitgevoerd in opdracht van OPTA, 'Toezicht en regulering in de Telecommunicatiemarkt. Een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht' wordt hierover vermeld:[9]

> 'Al met al blijken deze onduidelijkheden in het proces een negatieve feedback te hebben op het theoretische voordeel dat het specifiek toezicht heeft als het er om gaat in concreto beslissingen te kunnen geven omtrent kosten en eindgebruikerstarieven. Het doet afbreuk aan twee theoretische voordelen van het sectorspecifieke toezicht: timing en slagkracht.'

Dit geldt evenwel niet voor beslissingen van OPTA omtrent kosten en eindgebruikerstarieven alleen. Het *gehele* toezicht door OPTA heeft aan effectiviteit ingeboet doordat klagers, en OPTA zelf, in veel gevallen niet alleen worstelden met de materieelrechtelijke vraagstukken, maar in de eerste plaats opbotsten tegen ingewikkelde vragen van (bestuurs)procesrecht. Procedures zijn zowel in eerste instantie als in de bezwaar- en beroepfase – door bestuursrechtelijke complicaties waarin de wetgever niet heeft voorzien – onnodig ingewikkeld. Het gebrek aan transparante procesregels leidt er in de praktijk toe dat procedures te veel tijd in beslag nemen. De incumbent, in Nederland KPN Telecom, heeft bij deze intransparantie garen kunnen spinnen. Het ontbreken van duidelijke regels vormde een extra barrière voor nieuwkomers: de procedurele hobbels waren (en zijn nog steeds) van dien aard dat zij niet op adequate wijze door OPTA konden worden genomen. Hun concurrentiepositie is hierdoor aanzienlijk verslechterd.

Vanuit de wetenschap, de praktijk, maar ook door OPTA zelf is aandacht gevraagd voor de nadelige effecten van de toepasselijkheid van de Awb en het tekort aan procedurele waarborgen in de Tw. Tijdens de evaluatie van OPTA, die gedurende 2001 haar beslag heeft gekregen, is eveneens bij diverse aspecten van het toezicht en rechtsbescherming stilgestaan. In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van OPTA erkent het kabinet het belang van een goede kwaliteit van en efficiënte geschilbeslechtingsprocedures en klachtenbehandeling. Opgemerkt wordt dat op dit terrein nog het nodige te verbeteren valt. Het kabinet laat het aan nader overleg tussen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en OPTA over om in het kader van de implementatie (per

8. J.M.E. van Breugel & E.J. Daalder, Telecommunicatierecht. De Parlementaire Geschiedenis van de Telecommunicatiewet, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 292.
9. E.J. Dommering e.a. (2001), p. 86.

24 juli 2003) van de nieuwe ONP Review-richtlijnen[10] de gesignaleerde knelpunten mee te nemen. Het kabinet geeft evenwel niet te kennen de procedurele tekortkomingen van de Tw en de OPTA-wet, met name als gevolg van de algehele toepasselijkheid van de Awb, structureel te zullen aanpakken. Integendeel, het kabinet meent dat de Awb voldoende rechtsbescherming biedt:[11]

> '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.' (curs. ATO)

De wetgever is er te gemakkelijk van uitgegaan dat de algemene regels van de Awb een voldoende procedureel kader vormen voor het toezicht op de telecommunicatiemarkt. Het economisch marktordeningsrecht vraagt een verfijnder gereedschap dan de algemene regels van de Awb. Meer op markttoezicht toegespitste procedureregels zijn noodzakelijk om een liberaliseringsproces van een markt effectief te begeleiden. Ruime bevoegdheden, snelheid en flexibele instrumenten vormen hierbij noodzakelijke ingrediënten.

In dit preadvies zal deze visie van het kabinet onder de loep worden genomen. Aan de hand van voorbeelden zal worden aangegeven dat door veel onduidelijkheden omtrent de Awb timing en slagkracht bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt verloren is gegaan.

1.4 Hoofdstukindeling

De hoofdstukindeling is als volgt.

In *hoofdstuk 2* zullen de doelstellingen van het telecommunicatierecht worden geschetst. Begrip en kennis van deze doelstellingen zijn noodzakelijk om de vraag te kunnen beantwoorden of het traditionele Nederlandse bestuurs(proces)recht voldoet aan

---

10. Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten ('Toegangsrichtlijn'), Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ('Machtigingsrichtlijn'), 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') en Richtlijn 2002/22/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten ('Universele Dienstrichtlijn'), alle gepubliceerd in Pb. 2002, L 108.
11. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 26.

de eisen die aan dit formele recht dienen te worden gesteld. Daarbij zal tevens aandacht worden geschonken aan de economische achtergronden en doorwerking van het EG-recht. Naar mijn mening hebben deze Europese en nationale doelstellingen gevolgen voor het te hanteren formele recht: het nationale institutionele recht en procesrecht tot aanpassingen dienen bij te dragen aan het bereiken van deze doelstellingen.

In *hoofdstuk 3* vormt het centrale thema: bevoegdheden. Met een beroep op het klassieke legaliteitsbeginsel wordt door de wetgever benadrukt dat OPTA, als aangewezen bevoegd bestuursorgaan, slechts een uitvoerend orgaan is met beperkte bevoegdheden. OPTA mag en kan geen regulator zijn, die sturend in de telecommunicatiemarkt optreedt. Zoals gezegd, is deze beperkte basis naar mijn mening niet verenigbaar met de doelstellingen van het Europese en nationale telecommunicatierecht. Deze positionering verdient heroverweging.

In *hoofdstuk 4* komen de procedurele aspecten van het onderzoek aan bod. In dit hoofdstuk zullen de gevolgen van de toepasselijkheid van de Awb aan de orde komen. Aandacht zal met name worden besteed aan de centrale Awb-begrippen besluit en belanghebbende. Deze twee begrippen bepalen in belangrijke mate de omvang van de rechtsbescherming voor telecommunicatieondernemingen. Verder komen aan de orde: de inrichting van procedures en de openbaarheid van het toezicht.

In *hoofdstuk 5* zal speciale aandacht worden besteed aan de aan OPTA ter beschikking gestelde toezicht- en handhavingsinstrumenten. OPTA beschikt niet over een algemene aanwijzingsbevoegdheid. In dit hoofdstuk wordt tevens stilgestaan bij de specifiek aan handhaving gerelateerde rechtsbeschermingsvraagstukken. Daarnaast komen de bezwaar- en (hoger)beroepfases aan de orde.

In *hoofdstuk 6* wordt speciale aandacht besteed aan een atypische taak voor een (zelfstandig) bestuursorgaan: de geschillenbeslechtende bevoegdheid van OPTA. Het bestuurs(proces)recht sluit slecht aan bij deze hybride rechtsvorm, waarbij OPTA zich als het ware 'boven partijen' plaatst en een bindend oordeel over het geschil tussen de betrokken partijen dient te vellen. Bij de geschillenbeslechting verwijdert de uitoefening van bevoegdheden door de toezichthouder zich van de traditionele handhavingsinstrumenten. Het 'gewone' bestuursrecht is niet op deze taken voorzien. Dit heeft in de toezichtpraktijk van OPTA voor de nodige complicaties van de procedures gezorgd.

In *hoofdstuk 7* zal worden afgesloten met conclusies en stellingen.

2 De doelstellingen van telecommunicatieregulering

2.1 Doorwerking doelstellingen

De doelstellingen die ten grondslag liggen aan het Europese en nationale telecommunicatierecht zijn belangrijke richtsnoeren bij de toepassing en uitleg van zowel het materiële als formele nationale recht. Dit betreft niet alleen de doorwerking ten aanzien van het telecommunicatierecht, maar eveneens het bestuurs(proces)recht. De reikwijdte van – voorzover hier relevant – bevoegdheden, instrumenten en rechtsbescherming wordt mede 'ingekleurd' door de doelstellingen die het Europese en nationale telecommunicatierecht nastreven. Deze doelstellingen werken door op al deze terreinen, of anders gezegd: het nationale recht kan niet geïsoleerd worden beschouwd doch wordt beïnvloed door dit toetsingskader.[12] Deze conclusie volgt uit diverse Europese en nationale jurisprudentie.

De standaardzaak voor telecommunicatie betreft de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in de zaak Dutchtone,[13] waarin het CBB overwoog dat bij de uitleg van de Tw, in casu, de reikwijdte van een wettelijke verplichting

> 'dient te worden vastgesteld met inachtneming van de bedoeling ervan [de wettelijke bepaling, ATO], te weten bevorderen van een snelle uitrol van nieuwe netwerken'.

Reeds eerder besliste het CBB in die zin. In de Otto-zaak,[14] aangaande de (oude) Postwet, oordeelde het College:

> '4.5 Op grond van het vorenstaande moet naar het oordeel van het College de interpretatie van de Postwet en de daarop gebaseerde bepalingen, (...) plaatsvinden tegen de achtergrond

12. Over de doorwerking van het Europese recht op het nationale bestuurs(proces)recht bracht de VAR reeds preadviezen uit: 'Europees recht en het Nederlands bestuursrecht', preadviezen uitgebracht door E. Steyger, R.J.G.M. Widdershoven en A.W.H. Meij voor de Algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 10 mei 1996, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996.
13. CBB 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, Mediaforum 2001, Jur.nr. 28, m.nt. A.T. Ottow en Computerrecht 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.
14. CBB 18 september 1996, KPN en PTT Post vs. Minister van Verkeer en Waterstaat (nr. 95/1582/090/199), UCB nr. 91, m.nt. K. Mortelmans.

van het met die wet nagestreefde evenwicht in de concurrentieverhoudingen op de markt voor postdiensten.'

Met andere woorden: er dient te worden gekeken naar de *doelstellingen* die met de wet – voor het onderhavige preadvies relevant: de Tw – worden beoogd en niet alleen naar de bewoordingen van die wet.[15] In navolging van het CBB overwoog de Rechtbank Rotterdam in de Denda-zaak[16] dat de wettelijke bepaling

'niet los kan worden gezien van de centrale en overkoepelende doelstelling van die richtlijn, te weten: het bevorderen van concurrentie op de markt voor spraaktelefonie'.

Deze nationale uitspraken zijn volledig in lijn met Europese jurisprudentie, die tot eenzelfde conclusie leiden. In dit verband kan worden gewezen op het voor telecommunicatie relevante arrest van het Hof van Justitie, in de zaak Telefónica España,[17] waarin het Hof van Justitie belangrijke betekenis toekent aan het doel van de richtlijn (in casu de Interconnectierichtlijn 97/33/EG).[18] Deze werkwijze dient niet alleen te zien op de (interpretatie van de) materiële norm, doch tevens op het formele recht. In de conclusie van de advocaat-generaal Geelhoed[19] is dit als volgt voor het telecommunicatierecht onder woorden gebracht:

'41 (...) In dit verband breng ik allereerst de vaste rechtspraak van het Hof inzake artikel 249 EG in herinnering volgens welke elke lidstaat verplicht is om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van een richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren.

42. Richtlijn 90/387/EEG maakt deel uit van een pakket aan communicatieve maatregelen in de jaren negentig met als doel de liberalisatie van de telecommunicatiesector te realiseren. Er was vaak gedetailleerde regelgeving nodig, om er voor te zorgen dat nieuwkomers daadwerkelijk toegang zouden krijgen tot een markt, die tot dan toe door een monopolist was beheerst. Kenmerk van een groot deel van deze regelgeving is dat deze verplichtingen oplegt aan de voormalige monopolist, waarvan de nieuwkomers op de markt kunnen profiteren (...).

43. In een dergelijk stelsel, dat tot doel heeft bestaande ongelijkheid tussen – potentiële – marktpartijen weg te nemen, moet niet alleen worden voorzien in een evenwichtige materiële normstelling, maar ook in een evenwichtige en effectieve uitvoering.'

---

15. Zie annotatie E.J. Dommering onder de genoemde Dutchtone-zaak, Computerrecht 2001, p. 212-213.
16. Rb. Rotterdam 21 juni 2001, KPN en Denda vs. OPTA, nrs. TELEC 01/066-SIMO, TELEC 01/111-SIMO en TELEC 01/191-SIMO, Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 180-184, m.nt. RM.
17. HvJ EG 13 december 2001, Telefónica España, zaak C-79/00, ro.v. 26-37, http://europa.eu.int./index.htm.
18. PbEG 1997, L 199/1.
19. Conclusie van advocaat-generaal L.A. Geelhoed van 13 december 2001, Connect Austria Gesellschaft für Telecommunication GmbH vs. Telecom-Control-Kommission, zaak C-462/99, 26-37, http://europa.eu.int./index.htm.

De voorgestane doelstellingen, zoals neergelegd in het Europese en – als implementatie daarvan – nationale recht hebben derhalve tevens invloed op de bestuurs(proces)rechtelijke aspecten van het nationale recht. Een mooi voorbeeld ter illustratie betreft de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Versatel,[20] waarin de rechtbank inhoud diende te geven aan het Awb-begrip belanghebbende. De rechtbank overwoog als volgt:

> 'De Rechtbank overweegt in dat verband allereerst in algemene zin dat het, *gelet op de rol die een exante toezichthouder als verweerder [OPTA] inneemt op de markten waarop het toezicht wordt uitgeoefend* en op de wenselijkheid van het handhaven van een evenwicht in rechtsbeschermingsmogelijkheden, in de rede ligt het belanghebbende begrip met betrekking tot regulerende besluiten van verweerder (...) zo te interpreteren dat niet alleen de (gereguleerde of te reguleren) marktpartij tot welke het besluit is gericht, maar ook die (...) marktpartijen die in een concurrentiële of anderszins rechtens relevante relatie staan tot de gereguleerde of te reguleren marktpartij en op welke (rechts)positie het betrokken besluit in voldoende mate rechtstreeks van invloed is, als belanghebbende bij dat besluit worden aangemerkt.' (curs. ATO)

In hoofdstuk 4 zal nader op deze Awb-aspecten worden ingegaan.

2.2 Doelstellingen van telecommunicatieregulering

2.2.1 Inleiding

Voor de vaststelling van de reikwijdte van taken, bevoegdheden, instrumenten en rechtsbescherming is derhalve van belang in kaart te brengen om welke doelstellingen het bij telecommunicatieregulering gaat. Deze doelstellingen vormen een belangrijke norm voor de toepassing en uitvoering van de Tw. Zij vormen een leidraad voor het betrokken bestuursorgaan (de minister en OPTA) en voor de rechter bij de toetsing van besluiten en de uitleg van wettelijke bepalingen.[21] Gezien het belang dat aan deze doelstellingen wordt gehecht, is het opmerkelijk te moeten constateren dat in de huidige Europese richtlijnen[22] en de Tw geen expliciete doelstellingen zijn neergelegd, die richting geven aan de toepassing van de wet door de toezichthouder en/of de rechter.

---

20. Rb. Rotterdam 7 januari 2002, Versatel vs. OPTA (zaaknr. TELEC 00/1010-SIMO), Mediaforum 2002, Jur.nr. 9, m.nt. M.J. Geus.
21. E.J. Dommering e.a., Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 49.
22. Zie onder meer Richtlijn 90/387/EEG, zoals ingevoegd bij Richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een voor concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie (PbEG 1997, L 295/3). Zie tevens Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PbEG 1997, L 117/15). Voor een bespreking van alle ONP-richtlijnen wordt verwezen naar E.J. Dommering e.a. (1999), hoofdstuk 3.

Uit de parlementaire geschiedenis en de huidige Europese ONP-richtlijnen zijn deze wel af te leiden, maar deze blinken niet uit in helderheid.[23] Met name valt een tegenstelling te bespeuren tussen de bescherming van de belangen van telecommunicatieondernemingen (met name de nieuwkomers op de markt) aan de ene kant en de belangen van consumenten aan de andere kant. Ook de bevordering van infrastructuur- en dienstenconcurrentie zijn niet altijd verenigbare doelen.

Maar wat zijn nu de belangrijkste doelstellingen en kenmerken van deze regulering van de telecommunicatiemarkt? Daarbij is het van belang een onderscheid te maken tussen de regels die bekend stonden als de genoemde ONP-richtlijnen, zoals geïmplementeerd in de Tw van 1998, en de ONP *Review*-richtlijnen, die in werking treden op 24 juli 2003, en die geïmplementeerd zullen worden in een te herziene Tw. Hiertoe circuleren voorstellen van het Ministerie van Economische Zaken (concept 8 november 2002),[24] welke voor dit preadvies zullen worden gebruikt ('Concept Wijzigingsvoorstel Tw'). De ONP-richtlijnen en de ONP Review-richtlijnen onderscheiden zich – kort gezegd – in één belangrijk opzicht. Stond de ontwikkeling van concurrentie anno 1997 nog in de kinderschoenen, anno 2003 is deze (tot op zekere hoogte) meer tot wasdom gekomen. In 1997 lag de nadruk dan ook sterk op het openbreken van markten via zogenoemde ex ante verplichtingen, op te leggen aan de voormalige monopolisten, in 2002 ligt de focus meer op het instandhouden van concurrentie en waar nodig corrigerend optreden. Deze regelgeving is dan ook minder ex ante gericht, doch zou meer aansluiten bij het ex post gerichte, generieke mededingingsrecht.[25]

2.2.2 ONP-richtlijnen

Om op korte termijn concurrentie daadwerkelijk tot stand te brengen en markten open te breken zijn in de ONP-richtlijnen diverse bevoegdheden neergelegd, waarbij de sectorspecifieke toezichthouder ex ante kan optreden en de markt met generieke maatregelen kan sturen. Een belangrijk kenmerk van deze regulering is dat sprake is van marktordeningsrecht. De economische context is van groot belang, waarbij een markt die voorheen (bijna volledig) gecontroleerd werd door een monopolist, nu via actief optreden wordt opengebroken. De telecommunicatiemarkt betreft een netwerkmarkt:[26] de monopolist beschikt over netwerken, waartoe nieuwe telecommunicatieondernemingen toegang dienen te verkrijgen, willen zij (op korte termijn) diensten

---

23. E.J. Dommering e.a. (2001), p. 76-77.
24. Begin februari 2003 is het ontwerp voor advies naar de Raad van State verzonden. Het is mogelijk (doch mij niet bekend) dat het ontwerp, zoals dit aan de Raad van State is verzonden, nog gewijzigd is.
25. In het kader van dit preadvies ga ik niet verder in op deze ex ante/ex post-tegenstelling. In literatuur is op vele plaatsen hierop ingegaan. Zie bijvoorbeeld Th. Van Dijk, General or specific competition rules for network utilities?, Journal of Network Industries 2: 93-111, 2001.
26. Voor de economische achtergronden van een dergelijke netwerkmarkt: E.E.C. van Damme & L. Hancher, Netwerksectoren in transitie, ESB, 22 juni 2000, p. D6-D9. Voor de reguleringsaspecten van dergelijke markten: E.J. Dommering, Institutionele vormgeving van netwerken. Een nieuw maatpak voor netwerkmarkten, I&I 2002/4, p. 24-33.

aan gebruikers kunnen aanbieden. Er is hierdoor voor deze nieuwkomers een grote afhankelijkheid van de incumbent. Zonder de medewerking van de incumbent, kunnen zij in veel gevallen geen diensten aanbieden. Dit doet zich met name voor bij de koppeling van netwerken (zgn. interconnectie) en de toegang tot netwerkonderdelen (bijvoorbeeld bij ontbundelde toegang en collocatie).

Daarbij speelde (en in zeker opzicht doet het dat nog steeds) het element tijd een belangrijke rol. Gezien de voor nieuwkomers te verrichten investeringen dienen zij zo snel mogelijk een voet aan de grond te krijgen en hun diensten aan te bieden. Lukt dat niet, dan zijn zij ten dode opgeschreven en wordt het pasgeboren kind met het badwater weggegooid. De gedragingen van de (voormalige) monopolist, de incumbent, zullen er dan ook altijd op zijn gericht vertragingen in het proces te bewerkstelligen. Bovendien doen zich op de markt snelle, technologische ontwikkelingen voor. Dit maakt het tot een zeer dynamische markt, waarop veranderingen zich snel afspelen. Het optreden van een toezichthouder (en de rechter) dient hierop te zijn ingesteld. Het tijdselement is cruciaal, zowel voor nieuwkomers als voor de incumbent. Met deze specifieke kenmerken onderscheidt de telecommunicatiemarkt zich van een 'gewone markt', als bijvoorbeeld de snoepmarkt, en onderscheidt een telecommunicatieonderneming zich van een 'gewone' burger, zoals een inwoner van een gemeente die zich beklaagt over de duivenhokken van zijn buurman (of vrouw).

Tegen deze economische achtergrond dienen de doelstellingen van de Europese én nationale wetgever te worden bezien. De doelstellingen kunnen als volgt kort worden samengevat:
– het tot stand brengen van concurrentie;
– het bevorderen van efficiency (met name bij de kosten van de incumbent);
– meer keuzemogelijkheden voor gebruikers;
– het verbeteren van de kwaliteit van infrastructuur en diensten.

In de memorie van toelichting[27] op de Tw zijn de doelstellingen als volgt geformuleerd. Het gestelde doel is volledige marktwerking, teneinde:
– de concurrentiepositie van Nederland door eerste klas telecommunicatievoorzieningen en -toepassingen (gunstig investeringsklimaat) te versterken;
– kwaliteit en toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur te bevorderen;
– maatschappelijke belangen bij de toegang tot en het gebruik van telecommunicatievoorzieningen te bewaken.

Om deze doelen te bereiken dient eerst de achterstand van andere ondernemingen ten opzichte van de (voormalige) monopolist te worden ingehaald, of anders gezegd: dient

27. J.M.E. van Breugel & E.J. Daalder (1999), p. 6.

de behaalde voorsprong van de voormalige monopolist te worden ingelopen.[28] Lessen uit het verleden hebben aangetoond dat concurrentie niet automatisch totstandkomt, maar dat extra maatregelen noodzakelijk zijn.[29] In de ONP-richtlijnen en in navolging daarvan heeft de nationale wetgever als instrument voor het inlopen van deze achterstand gekozen voor asymmetrische regelgeving, d.w.z. via het opleggen van specifieke verplichtingen aan de incumbent worden de nieuwkomers in een voordeligere positie geplaatst. Deze verplichtingen worden bij voorbaat (ex ante) opgelegd. Via een dergelijke actieve besturing worden gewenste structurele veranderingen in de markt bewerkstelligd.

2.2.3 ONP Review-richtlijnen

In de nieuwe ONP Review-richtlijnen zijn nu de doelstellingen voor het eerst op een zeer prominente wijze vastgelegd. In artikel 8 lid 2 Kaderrichtlijn zijn de doelstellingen opgesomd. De lidstaten worden verplicht de *concurrentie te bevorderen* bij de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:
– zij zorgen ervoor dat de gebruikers, met inbegrip van gehandicapte gebruikers, maximaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;
– zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van concurrentie is;
– zij moedigen efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan en steunen innovaties; en
– zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van radiofrequenties en de nummervoorraad.

Deze doelstellingen zullen een belangrijke rol gaan vervullen bij de invulling van de opgelegde taken en de uitoefening daarvan door de nationale toezichthouder(s). In artikel 7 lid 1 Kaderrichtlijn wordt dit benadrukt: bij de uitvoering van hun taken dienen zij 'zoveel mogelijk rekening (te houden) met de doelstellingen van artikel 8'. De bevordering van concurrentie lijkt daarbij – gezien de aanhef van artikel 8 Kaderrichtlijn – voorop te staan.

De doelstellingen zijn in de nieuwe regelgeving derhalve niet anders. De wijze waarop deze doelstellingen dienen te worden bereikt, is wel verschillend. Ten tijde van de review (1999-2002) ging men ervan uit dat de achterstand inmiddels voor een belangrijk deel was ingelopen en de noodzaak tot het opleggen van ex ante verplichtingen in veel mindere mate bestaat. Dit heeft ertoe geleid dat verplichtingen slechts in bepaalde (door de toezichthouder te bewijzen) omstandigheden kunnen worden opgelegd. Op

28. Idem.
29. E.E.C. van Damme & L. Hancher (2000), p. D6-D9.

deze wijze dient het telecommunicatierecht steeds meer toe te groeien naar het generieke mededingingsrecht, dat meer ex post gericht is. Het betreft een overgangsfase, waarbij de wetgeving nog belangrijke ex ante kenmerken vertoont, doch in mindere mate. Achteraf bezien kan men zich de vraag stellen of de wetgever de marktomstandigheden niet te rooskleurig heeft ingeschat en te vroeg tot het inroepen van deze nieuwe fase is overgegaan. Deze wetgeving is totstandgekomen op het hoogtepunt van de telecommunicatiemarkt. In de huidige malaise van deze markt blijken de relatieve nieuwkomers zeer kwetsbaar en zal mogelijk blijken dat de nieuwe regelgeving hun te weinig bescherming biedt.

2.3 Conclusie

De doelstellingen van het telecommunicatierecht en de economische achtergronden en kenmerken van de telecommunicatiemarkt spelen een belangrijke rol bij de interpretatie van het telecommunicatierecht, maar beïnvloeden tevens het nationale bestuurs(proces)recht. Deze doelstellingen vormen een belangrijke norm voor de toepassing en uitvoering van de Tw. Zij vormen een leidraad voor het betrokken bestuursorgaan (de minister en OPTA) en voor de rechter bij de toetsing van besluiten en de uitleg van wettelijke bepalingen. De reikwijdte van bevoegdheden, instrumenten en rechtsbescherming wordt mede 'ingekleurd' door de doelstellingen die het Europese en nationale telecommunicatierecht nastreven.

3 De taken en bevoegdheden van de toezichthouder

3.1 Inleiding

De telecommunicatiewetgever heeft OPTA geen algemene bevoegdheid tot optreden in de telecommunicatiemarkt gegeven. OPTA is slechts bevoegd tot optreden indien dit binnen de grenzen valt van de limitatief opgesomde taken van artikel 15 OPTA-wet en OPTA op grond van de Tw een bevoegdheid tot optreden heeft. De wetgever heeft destijds gekozen voor een zelfstandig bestuursorgaan met strikt omschreven taken en bevoegdheden. OPTA is hierdoor wel eens gekwalificeerd als een 'waakhond aan de ketting'. De Minister van toen nog Verkeer en Waterstaat, sinds 29 juli 2002 Economische Zaken,[30] heeft de touwtjes in handen: deze houdt greep op het regelgevend kader, waarbij het beleid berust bij de minister. Er is geen sprake van een regulator, maar van een uitvoerings- en toezichtorgaan met beperkte discretionaire bevoegdheden.

Deze visie staat haaks op de wensen van OPTA zelf, die – naar mijn mening terecht – aangeeft:

> 'Concurrentieregels toepassen vereist beoordelingsruimte – en op dynamische markten ook een bijbehorende mate van pro-actief optreden, waar dat efficiënt en rationeel is. Het zijn met name deze twee vereisten van toezicht – beoordelingsruimte en eigen initiatiefruimte – die aanleiding geven tot discussie over toezichtarrangementen, niet alleen in Nederland.'[31]

Zoals reeds aangegeven in hoofdstuk 2, ontstaat concurrentie niet vanzelf, maar vereist dit marktordening, waarbij een sterke toezichthouder pro-actief, snel en effectief kan optreden. Dit vereist flexibiliteit en de daarbij behorende instrumenten. Zo tonen Van Damme en Eijlander aan dat de gewenste mate van marktwerking niet vanzelf

---

30. Besluit van 22 juli 2002, houdende de herindeling van de ministeriële taak met betrekking tot telecommunicatie- en postbeleid, alsmede met betrekking tot het beleid ten aanzien van de kabelsector en digitale televisie en radio via de ether, Stb. 2002, 419. Zie tevens Besluit mandaat, volmacht en machtiging voor het directoraat-generaal voor Telecommunicatie en Post van het Ministerie van Economische Zaken, Stcrt. 2002, 142, p. 5.
31. J.G. Arnbak & M.S. Mulder, Regels en toezicht op de telecommunicatiemarkten, in: H.J. de Ru e.a., Toezicht en regulering van nieuwe markten: opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 114.

ontstaat en behoefte is aan een regulator (door hen aangeduid als 'marktmeester'). Deze dient naast de klassieke toezichthoudende bevoegdheden ook over regulerende bevoegdheden te beschikken.[32]

Voor deze werkwijze is bij de totstandkoming van de Tw niet gekozen. De Tw is destijds strak geredigeerd. De wetgever heeft ervoor gekozen op detailniveau, op basis van de toen aanwezige kennis van de telecommunicatietechniek en -problematiek, regels te stellen. Het gevolg is dat, indien nieuwe technieken of problemen zich voordoen die niet zijn voorzien (of in sommige gevallen gewoonweg zijn vergeten), OPTA geen juridische kapstok heeft om haar bevoegdheid aan op te hangen. Deze rigide normstelling heeft ertoe geleid dat de Tw niet bestand is gebleken tegen nieuwe of niet-voorziene technologische ontwikkelingen en problemen.

De stelling van de wetgever en diverse auteurs[33] is evenwel dat het Nederlandse staats- en bestuursrecht zich niet goed leent voor slagvaardige overheidsregulering van markten. Het nationale staatsrecht zou niet zijn ingericht op ex ante regulering. Immers, het staatsrecht zou ervan uitgaan dat de armslag van de toezichthouder beperkt is. De vraag is of deze stellingen juist zijn. In deze discussie spelen diverse staats- en bestuursrechtelijke begrippen en beginselen een rol.[34] Voor de helderheid van de discussie en ter voorkoming van (verdere) misverstanden is het nuttig deze begrippen die bij de discussie rondom OPTA een rol spelen, nogmaals de revue te laten passeren (paragraaf 3.4). Daarbij zal steeds worden bezien in hoeverre deze begrippen en beginselen inderdaad een obstakel vormen voor de positionering van OPTA als ex ante regulator.

Alvorens op deze discussie in te gaan, zullen in paragraaf 3.2 kort de taken en bevoegdheden van OPTA worden uiteengezet. Daarbij zal in paragraaf 3.3 tevens aandacht worden besteed aan de bevoegdheidsafbakening tussen OPTA en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Vervolgens zal in paragraaf 3.4 worden onderzocht welke staatsrechtelijke c.q. bestuursrechtelijke obstakels zich voordoen bij het toezicht door OPTA. In paragraaf 3.5 zal aan de orde komen welke gevolgen zich hebben voorgedaan op de telecommunicatiemarkt als gevolg van de door de wetgever gemaakte keuze OPTA slechts beperkte bevoegdheden te verstrekken.

---

32. E.E.C. van Damme & Ph. Eijlander, Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek?, in: H.J. de Ru e.a. (2000), p. 60.
33. Zie onder meer H.J. de Ru, De toekomst van het overheidstoezicht op telecommunicatie, Mediaforum 2001, p. 342-348 en D.F. Edens, Van toezichthouder naar regulator? Het spanningsveld tussen legaliteit en legitimiteit, Tijdschrift voor Privatisering 1991, nr. 6, p. 10-13.
34. Verschillende dilemma's die zich hierbij voordoen zijn in kaart gebracht in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters, Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoeienis ingekaderd, in: H.J. de Ru e.a. (2000), p. 12-16.

3.2 De taken en bevoegdheden van OPTA

De taken van OPTA – voorzover het telecommunicatie betreft – staan nauwkeurig omschreven in artikel 15 OPTA-wet. Kort samengevat vallen deze taken uiteen in drie onderdelen:

1. het beheer van nummers: OPTA beheert de voorraad nummers in Nederland;
2. de werkzaamheden met betrekking tot registers, afschriften en overzichten;
3. het geven van beschikkingen betreffende registraties, aanwijzingen, goedkeuringen en geschillen, en het opleggen van vergoedingen.

In dit preadvies wordt ingegaan op de laatste categorie van werkzaamheden.[35] De bij deze taken behorende bevoegdheden zijn neergelegd in de Tw.[36] Deze activiteiten hebben met name betrekking op de bijsturing van de werking van de telecommunicatiemarkt, waarbij OPTA invloed kan uitoefenen op het marktmechanisme, zoals het goedkeuren en vaststellen van tarieven of het opleggen van specifieke (toegangs)verplichtingen aan door OPTA aangewezen telecommunicatieondernemingen en kabelmaatschappijen.

Niet alle taken met betrekking tot de telecommunicatiemarkt zijn aan OPTA toebedeeld. Ook de Minister van Economische Zaken (voorheen Verkeer en Waterstaat) heeft specifieke bevoegdheden, zoals het verlenen van frequentievergunningen. Het beheer van frequenties is voorbehouden aan het Agentschap Telecom. Het Commissariaat voor de Media oefent eveneens diverse taken uit. In dit preadvies zal niet worden ingegaan op aspecten van versnipperdheid van het toezicht.[37] Wel zal in de volgende paragraaf de verhouding tussen OPTA en de NMa nader onder de loep worden genomen.

3.3 De afstemming tussen OPTA en de NMa

3.3.1 De adviesverplichting

Voor de telecommunicatiesector was de wetgever bevreesd dat OPTA een te grote zelfstandigheid zou krijgen bij de toepassing en uitleg van het mededingingsrecht en

---

35. In dit preadvies zal niet op de financiering van de werkzaamheden van OPTA worden ingegaan.
36. Voor overzichten van de werkzaamheden wordt verwezen naar: A.P.W. Duijkersloot & F.C.M.A. Michiels, Taken en bevoegdheden van onafhankelijke toezichthouders: mogelijkheden en beperkingen, in: H.J. de Ru e.a. (2000), p. 23-24 en P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak (eindred.), De Nederlandse Mededingingswet in perspectief, Deventer: Kluwer 2000, p. 184-192. Voor een behandeling van diverse werkzaamheden: Kroes & Visser, 3 Jaar toezicht op de telecommunicatiemarkt; een vette kluif, Mediaforum 2000, p. 272 e.v.
37. Zie over deze overlappende en aanvullende bevoegdheden: A.T. Ottow, Convergentie of concurrentie tussen de toezichthouders in de telecom- en mediasector?, in: Convergentie in telecom- en mediasector. Recht op informatie in elke vorm, Studiecommissie Convergentie NVvIR, Alphen aan den Rijn: Samsom bedrijfsinformatie 1997, p. 26-37.

wenste de wetgever voor de uitoefening van bepaalde taken een instemmingsvereiste van de NMa in de wet in te voeren.[38] De Tweede Kamer voelde hier echter niets voor. Uiteindelijk werd dit vereiste afgezwakt tot een verplichting van OPTA om bij de uitleg van mededingingsrechtelijke begrippen, die tevens door de directeur-generaal (d-g) van de NMa worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 24 Mw, te handelen in overeenstemming met de algemene richtlijnen van de d-g NMa (artikel 18.3 lid 3 Tw). De wetgever heeft bij de invoering van de Postwet opnieuw een poging gewaagd het instemmingsvereiste te introduceren, maar ook hier kreeg de Minister van Verkeer en Waterstaat nul op het rekest.[39] Dergelijke algemene, eenzijdige richtlijnen van de d-g NMa zijn er nooit gekomen. Met enige regelmaat publiceren beide toezichthouders wel gezamenlijk beleidsdocumenten (richtsnoeren), waarbij bepaalde vraagstukken worden geanalyseerd en waarmee de toezichthouders bij de uitoefening van hun toezicht rekening houden.[40] Artikel 18.3 Tw is door beide toezichthouders uitgewerkt in een Samenwerkingsprotocol.[41] Het Samenwerkingsprotocol bevat een opsomming in welke zaken NMa en OPTA bij elkaar advies moeten inwinnen, mede ter voorkoming van forum shopping. Kort gezegd treedt OPTA op indien sprake is van een zogenoemde gereguleerde dienst: de te beoordelen activiteiten vallen onder de werkingssfeer van de Tw. In geval van samenloop van de Mw en de Tw treedt de NMa terug, tenzij de bevoegdheden van OPTA om op te treden, tekortschieten, of OPTA de zaak niet binnen een redelijke termijn ter hand neemt. Wat een redelijke termijn is, wordt niet vermeld.

Het is opvallend te constateren dat het toezicht onder de Elektriciteitswet en de Gaswet anders is geregeld. Ten eerste is de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) direct als kamer ondergebracht bij de NMa. Dit maakt beleidsmatige afstemming tussen beide toezichthouders eenvoudiger. Ten tweede kan de d-g NMa algemene en bijzondere aanwijzingen geven met betrekking tot de uitoefening van de in de Elektriciteitswet en de Gaswet aan de directeur DTe toegekende taken en bevoegdheden, waarbij naar het oordeel van de d-g NMa uitleg kan of moet worden gegeven aan begrippen die worden gehanteerd bij de toepassing van de Mw.[42] In de dagelijkse praktijk verschaffen de DTe en de NMa elkaar over en weer inzicht in hun bezigheden. Synergie is eveneens aanwezig doordat de Juridische Dienst van de NMa de beslissingen op bezwaar van de directeur DTe in zijn geheel voorbereidt, zodat verwacht mag worden dat de d-g NMa in dat kader toetst of de directeur DTe in zijn

38. A.T. Ottow, Zicht op effectief toezicht op de telecommunicatiesector?, Mediaforum 1998, p. 76-77.
39. Kamerstukken II 1998/99, 26 363, nrs. 1-2.
40. Enkele voorbeelden zijn: Internetrapportage van 14 december 2001 van Internetteam OPTA en NMa, www.nmanet.nl; Richtsnoeren Price Squeeze van OPTA en NMa van 28 februari 2001, Stcrt. 2001, 44, p. 7 en Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken, Stcrt. 1999, 159, p. 6.
41. Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa, Stcrt. 2000, 249 (hierin zijn ook de afspraken opgenomen die zijn gebaseerd op art. 50 van de gewijzigde Postwet). Het vorige protocol was gepubliceerd in Stcrt. 1999, 2.
42. Zie art. 8 Elektriciteitswet 1998.

primaire besluit een juiste uitleg heeft gegeven aan mogelijke mededingingsrechtelijke begrippen. Een bijzondere afstemming dient plaats te vinden bij de geschilbeslechting door de d-g NMa. Dit zal in hoofdstuk 6 (Geschilbeslechting) verder worden behandeld.

3.3.2 Geen concurrent powers

OPTA heeft tijdens haar evaluatie vorig jaar gepleit voor het verkrijgen van de bevoegdheid tot rechtstreekse toepassing van het generieke mededingingsrecht op basis van de Mw. Een dergelijke bevoegdheid leidt ertoe dat OPTA op grond van algemene regels tot optreden in de betrokken sector kan overgaan in het geval de specifieke sectorregels tekortschieten.[43] Deze zogenoemde concurrent powers voor OPTA zijn door het kabinet vooralsnog afgewezen,[44] aangezien het de toepassing van het generieke mededingingsrecht op grond van de Mw exclusief aan de NMa wenst over te laten. Bij de evaluatie van OPTA heeft het kabinet benadrukt dat de samenwerking tussen OPTA en de NMa zal moeten worden geïntensiveerd.[45] OPTA zal hierdoor opgaan in een 'Telecommunicatie- en Postkamer'. In afwachting van deze herstructurering zullen beide toezichthouders reeds nu meer naar elkaar moeten toe groeien en de samenwerking moeten intensiveren, aldus het kabinet. Het kabinet noemt daarbij het vormen van projectteams en joint ventures en verwacht dat de toezichthouders hiervoor op korte termijn nadere (werk)afspraken maken. Het ligt voor de hand dat de NMa in elk geval een serieuze invloed zal (moeten) krijgen bij de afbakening van markten, welke taak OPTA als gevolg van de implementatie van de nieuwe ONP Review-richtlijnen veelvuldig zal moeten uitvoeren.[46]

3.3.3 De kamerstructuur NMa

Bij de evaluatie van OPTA heeft het kabinet besloten OPTA in 2005 om te vormen van OPTA tot een kamer van de NMa.[47] Inmiddels hebben OPTA en de NMa via een persbericht laten weten dat zij ervoor pleiten deze omvorming van OPTA versneld te

---

43. Zie in dit verband A.T. Ottow & A.S.M.L. Prompers, De rol van het mededingingsrecht in de telecommunicatiesector, Mediaforum 2002, p. 7-14 en P. Kuipers & G-J. Zwenne, Marktafbakening ten behoeve van ex ante-regulering in de e-communicatiesector, Mediaforum 2003, p. 2-9.
44. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 17-18.
45. Idem, p. 20-22.
46. Zie onder meer de Kaderrichtlijn en Wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit in verband met de invoering van een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toegang tot internet en een verduidelijking en een verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken (Kamerstukken II 2001/02, 28 203, nrs. 1-2).
47. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 20-22.

laten plaatsvinden.[48] Nu evenwel de verzelfstandiging van de NMa is vertraagd (wegens het vooralsnog niet in behandeling nemen van het zbo-wetsvoorstel[49] door de Eerste Kamer), is het niet waarschijnlijk dat OPTA voor 2005 reeds een kamer van de NMa zal zijn.

De betreffende kamer zou slechts de bevoegdheid verkrijgen de sectorspecifieke regelgeving toe te passen. Het mandaat van de betrokken kamer strekt zich – volgens de huidige voorstellen – niet uit tot de directe toepassing van het generieke mededingingsrecht op grond van de Mw. De toepassing van de Mw op de betrokken sectoren blijft voorbehouden aan de 'algemene' afdeling van de NMa, die organisatorisch losstaat van de betrokken kamer. Omgekeerd geldt in zijn algemeenheid dat de NMa, buiten de kamers om, geen sectorspecifieke regelgeving mag toepassen. Dit is slechts anders daar waar de sectorspecifieke wetgever specifieke taken aan de NMa (niet zijnde een kamer van de NMa) heeft toebedeeld, zoals het geval is bij de geschillenbeslechting door de NMa op grond van de Elektriciteitswet en de Gaswet. Een afstemming tussen de specifieke toezichthouder (de kamer) en de algemene afdeling van de NMa over de toepassing en uitleg van het mededingingsrecht blijft dus ook in de nieuwe kamerstructuur noodzakelijk, nu het organisatorische toezicht op de betrokken sector nog steeds niet in één hand is.

Tegen een constructie, waarbij de telecommunicatiekamer van de NMa zowel de sectorspecifieke wetgeving op basis van de Tw als het generieke mededingingsrecht op basis van de Mw (al dan niet in hetzelfde besluit) toepast, zou bij het kamermodel geen bezwaar meer mogen bestaan. Immers, een dergelijke bundeling leidt automatisch tot een consistent mededingingsbeleid, tot een optimaal gebruik van de aanwezige expertise, grote synergie-effecten voor de organisatie en een effectievere en efficiëntere dossierbehandeling. Daarbij is dan wel een vereiste dat de onderliggende procedures van de diverse wetten op elkaar zijn afgestemd, hetgeen tot op heden niet het geval is.

3.4 Staats- en bestuursrechtelijke obstakels?

3.4.1 Het legaliteitsbeginsel

De vraag is gesteld of de overheid slechts bevoegd is op te treden wanneer die bevoegdheid berust op een wet welke is vastgesteld door een vertegenwoordigend

48. Gezamenlijk persbericht NMa en OPTA: OPTA en NMa vragen om versnelde fusie, 10 juli 2002, www.nmanet.nl en www.opta.nl.
49. Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (gewijzigd voorstel van wet d.d. 5 februari 2002), Kamerstukken I 2001/02, 27 639, nr. 228.

orgaan. Dit is de vraag naar de werking van het legaliteitsbeginsel.[50] In de literatuur wordt het legaliteitsbeginsel op twee wijzen omschreven. In de eerste plaats wordt de nadruk gelegd op het feit dat het overheidshandelen een wettelijke grondslag vereist.[51] In andere gevallen wordt het beginsel omschreven als: inbreuken op en beperkingen van vrijheid en eigendom van de burger kunnen slechts plaatshebben bij of krachtens de wet. Bij de evaluatie van OPTA formuleert de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat dit beginsel weer op een andere wijze:

> 'Het legaliteitsbeginsel houdt in dat algemeen verbindende voorschriften die verplichtingen aan burgers opleggen onder politieke controle moeten worden opgelegd.'[52]

De Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat verbindt hieraan de conclusie:

> 'Een dergelijke taak kan derhalve niet worden opgedragen aan een toezichthouder als zbo.'

Deze opvatting behoeft echter – in het licht van de eerder opgenomen definities – enige relativering. De staatssecretaris lijkt eerder te doelen op een gebrek aan democratische controle en de daarmee verband houdende ministeriële verantwoordelijkheid, dan op de werking van het legaliteitsbeginsel als zodanig. Op deze controle en verantwoordelijkheid wordt hierna separaat ingegaan. Wat het legaliteitsbeginsel betreft zijn de meningen niet onverdeeld. Van Ommeren geeft in zijn proefschrift duidelijk de diverse stromingen over de werking van dit beginsel weer, die uiteenlopen van een zeer strikte toepassing tot een flexibelere houding.[53]

Het legaliteitsbeginsel bezien vanuit de eis van een wettelijke grondslag vormt een belangrijk aspect bij het bevoegdheidsvraagstuk van OPTA. Het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en diverse auteurs[54] doen het voorkomen alsof dit beginsel in de weg zou staan aan het toekennen van bevoegdheden aan OPTA. Dit is naar mijn mening evenwel een verkeerde voorstelling van zaken. 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

---

50. F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 13.
51. Van Ommeren (1996), p. 13.
52. Van Ommeren (1996), p. 13. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 13 (opgenomen in de voetnoot van deze brief).
53. Zie hierover tevens zeer uitvoerig: J.G.L. van Nus, Overheidstoezicht op afstand. Verzelfstandiging van toezichthoudende taken naar zelfstandige bestuursorganen verkend, Antwerpen: Maklu 1995, hoofdstuk 4, p. 103-135 en S.E. Zijlstra, Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtstaat, Den Haag: Vuga 1997.
54. Zie bijvoorbeeld: D.F. Edens (2001), p. 10-13 en H.J. de Ru, De toekomst van het overheidstoezicht op telecommunicatie, Mediaforum 2001, p. 346.

een kwestie van een politieke keuze of visie op de rol die de onafhankelijke toezichthouder dient te spelen. Het is een duidelijke keuze geweest deze beperkt te houden.

Door deze keuze doet zich in de praktijk regelmatig de vraag voor of bepaalde bevoegdheden door de wetgever aan OPTA zijn verstrekt. Aangezien zich uiteenlopende situaties in de markt voordoen, waarbij een beroep op OPTA wordt gedaan, ziet OPTA zich vaak voor de vraag gesteld of zij in die kwesties een bevoegdheid tot optreden bezit. Daarbij worden vanzelfsprekend de grenzen van de bevoegdheden afgetast. Herhaaldelijk is getracht de wettelijke bevoegdheden *extensief* te interpreteren om bevoegheden 'op te rekken'. De vraag is of deze extensieve interpretatie in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Duijkersloot en Michiels menen dat dit inderdaad het geval is:

> 'Op grond van het legaliteitsbeginsel kunnen die bevoegdheden niet extensief worden uitgelegd.'[55]

Mijns inziens wordt met deze opvatting voorbijgegaan aan de ruimere interpretatie van wettelijke bevoegdheden aan de hand van de doelstellingen van het materiële recht, in casu het telecommunicatierecht. In hoofdstuk 2 is op deze doelstellingen ingegaan en is op grond van Europese en Nederlandse jurisprudentie aangetoond dat wel met deze doelstellingen rekening dient te worden gehouden. Niet alleen bij de uitleg van wettelijke bepalingen, doch ook waar het de toekenning van bevoegdheden betreft. Vanzelfsprekend kan deze uitleg niet leiden tot een toekenning van bevoegdheden die niet in de wet zijn vastgelegd[56] of tot een contra legem toepassing, doch een zekere mate van verruiming van bevoegdheden kan plaatsvinden. Het legaliteitsbeginsel dient dan ook enigszins te worden gerelativeerd, althans hieraan dient niet te strak de hand te worden gehouden. Rekening dient te worden gehouden met de juridische en economische achtergrond van het betrokken marktordeningsrecht. Een te formalistische opvatting over de toepassing van het legaliteitsbeginsel en een te enge interpretatie van de wettelijke bepalingen leiden tot een frustratie van het centrale doel van de telecommunica-

---

55. Duijkersloot & Michiels (2000), p. 29.
56. In sommige gevallen is niet duidelijk op grond van welke bevoegdheden OPTA tot optreden overgaat. In bijvoorbeeld de SIM lock-affaire laat OPTA de grondslag van haar optreden geheel in het midden. OPTA schreef de mobiele operators aan met het verzoek haar inlichtingen te verstrekken over het toepassen van de SIM lock (brief van 17 december 1998, niet officieel gepubliceerd). Op basis van de verkregen inlichtingen heeft OPTA vervolgens diverse mobiele operators en service providers aanwijzingen gegeven met betrekking tot het gebruik van de SIM lock (brief van 19 februari 1999, niet officieel gepubliceerd). In deze aanschrijvingen vermeldt OPTA niet welke overtreden normen uit de Tw zij hierbij op het oog heeft. In dit verband kan tevens worden gewezen op de zaak Versatel aangaande de kortingstarieven van KPN Telecom (Rb. Rotterdam 14 maart 2002, reg.nrs. WTV 98/2144-SIMO en WTV 98/2188-SIMO, niet gepubliceerd), waar de rechtbank bepaalde dat OPTA geen bevoegdheid had tot het beoordelen van de tarieven, aangezien de wetgever had verzuimd tijdig een Europese richtlijn te implementeren die bepaalt dat een kostentoerekeningssyteem dient te worden vastgesteld en goedgekeurd op basis waarvan de tarieven kunnen worden beoordeeld. OPTA ontbeerde derhalve deze bevoegdheid, hoewel de implementatietermijn reeds was verstreken.

tiewetgeving: de totstandkoming van concurrentie. Dit zal in de volgende paragraaf 3.5 aan de hand van voorbeelden nader worden toegelicht.

De extensieve interpretatie van wettelijke bepalingen heeft in de praktijk tevens plaatsgevonden aan de hand van het generieke mededingingsrecht. Zoals vermeld, heeft OPTA geen bevoegdheid rechtstreeks het generieke mededingingsrecht op grond van de Mw toe te passen. Wel is het generieke mededingingsrecht gebruikt voor de interpretatie van normen van de Tw, waardoor de bevoegdheden van OPTA werden 'opgerekt'.[57]

3.4.2 De ministeriële verantwoordelijkheid versus onafhankelijkheid

Bij de uitleg van het legaliteitsbeginsel door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat wordt de nadruk gelegd op de politieke controle bij het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften. Anders gezegd: de bevoegdheid tot regelgeving. Naar de visie van het ministerie behoort deze niet bij het zelfstandig bestuursorgaan te liggen, maar bij de minister onder democratische controle van het parlement. In die visie is OPTA geen 'regulator' in de beperkte zin van het woord: OPTA kan geen algemeen verbindende voorschriften vaststellen.[58] In tegenstelling tot OPTA heeft de directeur DTe op grond van de Elektriciteitswet[59] wel bevoegdheden tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. De DTe wordt door de wetgever en de Minister van Economische zaken dan ook steeds aangeduid als een 'regulator'. Deze bevoegdheid van de DTe tot het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften kan – vanuit het legaliteitsbeginsel – worden gerechtvaardigd vanwege het feit dat de Minister van Economische Zaken – in tegenstelling tot de Minister van Verkeer en Waterstaat – de bevoegdheid heeft tot het geven van individuele aanwijzingen.[60] Aldus kan een democratische controle via de ministeriële verantwoordelijkheid plaatsvinden.

Het feit dat een markt zich nog in het liberaliseringsproces bevindt, was voor de telecommunicatiesector een argument om geen individuele aanwijzingsbevoegdheid aan

---

57. Na lang aarzelen durfde OPTA het aan de price squeeze problematiek aan te pakken via een extensieve interpretatie van het beginsel van kostenoriëntatie, zoals neergelegd in art. 35 BOHT. Hoewel de wetgever slechts het vaststellen van een prijsmaximum voor ogen had gestaan, introduceerde OPTA tevens de verplichting van een prijsminimum voor de tarieven van KPN Telecom ter voorkoming van een price squeeze: zie de Richtsnoeren Price Squeeze van OPTA en NMa van 28 februari 2001, Stcrt. 2001, 44, p. 7. De price squeeze problematiek wordt behandeld in: A.T. Ottow & A.S.M.L. Prompers (2001), p. 11-12.
58. Zie over deze soms moeizame verhouding tussen OPTA en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat: H. Bakker, Viereneenhalf jaar OPTA. Wennen aan onafhankelijk markttoezicht, I&I 2002-2, p. 32-35.
59. Zie de art. 26, 31 en 36 Elektriciteitswet. Ingevolge art. 82 Elektriciteitswet kan een belanghebbende, voorzover een besluit, genomen op grond van art. 26 of 31, aangemerkt wordt als een algemeen verbindend voorschrift, in afwijking van art. 8:2 Awb beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie ook Vz. CBB 22 maart 2001, zaaknr. AWB 01/01 t/m 01/05, www.rechtspraak.nl.
60. Deze bevoegdheid is zowel voor 'elektriciteits- als gasbesluiten' uitgewerkt in art. 6 leden 1 en 2 Elektriciteitswet. In dit artikel wordt deze bevoegdheid tevens geregeld voor de Gaswet.

de Minister van Verkeer en Waterstaat te geven. Elke individuele bemoeienis van de minister werd onwenselijk geacht. Uit de Europese telecommunicatierichtlijnen volgde[61] dat de telecomtoezichthouder volledig onafhankelijk moest worden van een overheid, die tevens aandeelhouder is van de voormalige monopolist. Elke belangenverstrengeling tussen de toezichthouder en KPN Telecom moest worden vermeden. Dit leidde ertoe dat OPTA werd gepositioneerd als een zbo, waarbij de Minister van Verkeer en Waterstaat slechts de bevoegdheid verkreeg algemene aanwijzingen te geven (artikel 19 lid 1 OPTA-wet). De onafhankelijkheid van de toezichthouder werd bij de oprichting van OPTA van belang geacht, zowel met het oog op het aandeelhouderschap van de Staat in KPN als in meer algemeen politieke zin.[62] Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze algemene bevoegdheid van de minister niet kan zien op concrete toepassing van regelgeving in individuele gevallen.[63] Van deze algemene bevoegdheid heeft de minister in de praktijk nooit (althans niet zichtbaar) gebruikgemaakt. Het is opvallend te constateren dat dit aspect van (potentiële) belangenverstrengeling geen rol speelt bij het toezicht door de DTe en de Minister van Economische Zaken, hoewel in de energiesector de problematiek geheel vergelijkbaar is.

De Kaderrichtlijn spreekt zich niet uit over de vraag of de toezichthouder een orgaan mag zijn dat valt binnen de ministeriële verantwoordelijkheid van een lidstaat. Wel stelt de Kaderrichtlijn – in navolging van de ONP-richtlijnen[64] – speciale eisen aan de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie. In artikel 3 lid 2 Kaderrichtlijn worden twee vereisten genoemd:

1. zij dienen *juridisch gezien onderscheiden te zijn en functioneel onafhankelijk* van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden; en
2. lidstaten die de eigendom van of zeggenschap over dergelijke ondernemingen hebben, dienen te zorgen voor een *daadwerkelijke structurele scheiding* tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

Het is zeer de vraag of in Nederland aan deze eisen van onafhankelijkheid wordt voldaan. In Nederland is het toezicht verdeeld over diverse organen, die niet alle als een zelfstandig bestuursorgaan zijn aan te duiden.[65] Het toezicht op de telecommunicatie-

61. A.T. Ottow (1998), p. 76-77.
62. Kamerstukken II 1996/97, 25 128, nr. 3, p. 5.
63. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1996/97, 25 128, nr. 3, p. 2.
64. Zie art. 5bis lid 2 van Richtlijn 90/387/EEG, zoals ingevoegd bij Richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een voor concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie (PbEG 1997, L 295/3). Zie tevens art. 2 lid 1 sub b van Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PbEG 1997, L 117/15).
65. Zie in dit verband A.T. Ottow (1997), p. 26-37.

c.q. communicatiesector is nu verdeeld tussen het Ministerie van Economische Zaken (DGTP en het Agentschap Telecom) en OPTA.

In de situaties waar de Minister van Economische Zaken zelf het toezicht uitoefent via DGTP (bijvoorbeeld het uitgeven van vergunningen voor frequenties) en het Agentschap Telecom, voldoet dit toezicht naar mijn mening niet aan het vereiste van 'daadwerkelijke structurele scheiding'. Het aandeelhouderschap van de Staat in KPN is nu (of zal binnen afzienbare tijd worden) ondergebracht bij het Ministerie van Financiën.[66] Een groep van acht ambtenaren van het Ministerie van Financiën en de Minister van Financiën waken over het bijzondere belang van de Staat in KPN. De groep werkt volgens de woordvoerder van het ministerie 'achter Chinese muren'.[67]

Er bestaat – voorzover mij bekend – evenwel geen expliciete regeling waarin eenduidig is vastgelegd dat de Minister van Economische Zaken geen enkele bemoeienis kan en mag hebben met het aandeelhouderschap van KPN (Telecom en Mobile). Formele waarborgen dienen te worden ingebouwd die ertoe strekken dat de uitoefening van het aandeelhouderschap door de Staat op geen enkele wijze het toezicht door de Minister van Economische Zaken zou kunnen beïnvloeden (bijvoorbeeld via besluitvorming in het kabinet). Het enkele statement dat een en ander nu 'achter Chinese walls' plaatsvindt, is volstrekt onvoldoende. Daarnaast bepaalt artikel 3 lid 3 Kaderrichtlijn dat de lidstaten ervoor dienen zorg te dragen dat de nationale toezichthouder (voor Nederland dus zowel OPTA als de Minister van Economische Zaken) zijn bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Dit uitgangspunt is niet in de huidige wet of in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw vastgelegd. In elk geval voldoet het 'toezicht' door het Ministerie van Economische Zaken (vooralsnog) niet aan dit vereiste.

De beperkte bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken jegens OPTA tot het geven van algemene aanwijzingen in combinatie met het onderbrengen van het aandeelhouderschap van de Staat bij het Ministerie van Financiën voldoet naar mijn mening wel aan het door de Kaderrichtlijn gestelde vereiste van 'daadwerkelijke structurele scheiding'.[68] Indien OPTA een kamer van de NMa gaat vormen,[69] dient de bevoegdheid van de minister evenwel beperkt te blijven tot de algemene aanwijzingsbevoegdheid, dit in het licht van de onafhankelijkheidseisen van de Kaderrichtlijn. Dit

---

66. Zie voor een recent verslag van de Minister van Financiën over het aandeelhouderschap: brief van de Minister van Financiën van 5 februari 2002 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal, Vaststelling van de begroting van de uitgaven en ontvangsten van het Ministerie van Financiën (IXB) voor het jaar 2002, Kamerstukken II 2001/02, 28 000 IXB, nr. 21.
67. Zalm valt met KPN in eigen zwaard, Het Financieele Dagblad 7 februari 2002. Een andere rechtsvraag is in hoeverre het aandeelhouderschap van de Staat kan worden gekwalificeerd als verboden steun. Zie hiervoor B.J. Drijber, Gouden aandelen van hun glans ontdaan, NTER 2002, p. 237-241.
68. A.T. Ottow (1998), p. 77.
69. A.T. Ottow & I.M. Schong, De sectorspecifieke toezichthouders en het kamermodel NMa, M&M 2002, p. 128-134.

is momenteel nog niet het geval in de verhouding Minister van Economische Zaken en de d-g NMa. Momenteel heeft de Minister van Economische Zaken nog de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen aan de d-g NMa in individuele zaken, een bevoegdheid die, zoals gezegd, zal komen te vervallen bij de verzelfstandiging van de NMa.

Er bestaat dus een spanningsveld tussen de eis van onafhankelijkheid en de eis van democratische controle via de ministeriële verantwoordelijkheid. De vraag is echter of niet meer bevoegdheden (tot regelgeving) aan OPTA kunnen worden geattribueerd, zonder daarbij afbreuk te doen aan het vereiste van controle op het zelfstandig bestuursorgaan. In het genoemde artikel van Mulder en Arnbak geven zij aan op welke wijze naar hun mening al voldoende checks and balances zijn ingebouwd bij de controle op OPTA.[70] De belangrijkste daarvan zijn: de algemene aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Economische Zaken, de vaststelling van de begroting en tarieven van OPTA door de Minister van Economische Zaken, de jaarlijkse verslagen van OPTA, de door OPTA uitgeschreven consultaties en de rechtelijke controle. In de nabije toekomst komt hier een belangrijke controle bij: die van de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft op grond van de nieuwe ONP Review-richtlijnen een vetorecht verkregen bij belangrijke besluiten van OPTA.[71] Hoewel op de democratische controle op de Europese Commissie ook het nodige valt af te dingen, dient wel te worden geconstateerd dat OPTA aan de nodige banden (kan worden) wordt gelegd. Het argument van het ministerie en anderen dat de democratische beginselen eraan in de weg staan meer bevoegdheden aan OPTA te verstrekken, dient dan ook te worden genuanceerd. In elk geval kan de wetgever niet om de Europese vereisten met betrekking tot onafhankelijkheid heen.

3.4.3 Beleid en beleidsvrijheid

Beleid en beleidsvrijheid zijn eveneens begrippen waar de nodige verwarring over bestaat of wordt veroorzaakt. Bij de evaluatie van OPTA benadrukt de Minister van Verkeer en Waterstaat dat 'beleid bij de verantwoordelijke vakminister' berust en er sprake is van slechts beperkte discretionaire bevoegdheden bij OPTA.[72] OPTA zou zich in deze visie slechts met uitvoering mogen bezighouden. In de nog hangende zbowet voor de verzelfstandiging van de NMa is dit uitgangspunt uitdrukkelijk vastgelegd (via een amendement Voûte-Droste en Van den Akker[73]) in het ingevoegde artikel 51 Mw. In dit artikel wordt bepaald dat de nieuwe Raad van Bestuur van de NMa alleen 'uitvoeringsregels' en geen beleidsregels mag vaststellen ter uitvoering van zijn taken.

---

70. J.G. Arnbak & M.S. Mulder (2000), p. 112-113.
71. Zie over deze procedures en bevoegdheden: A.T. Ottow, Review van het toezicht, te verschijnen in Computerrecht 2003, nr. 1.
72. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 18.
73. Kamerstukken II 2001/02, 27 639, nr. 45.

Ook in de Kaderstellende Visie op het Toezicht[74] maakt de regering het verschil tussen het houden van toezicht in enge zin (handhaving) en het uitvoeren van beleid. Hierbij wordt telkens over het hoofd gezien dat het toezichtorgaan wel degelijk 'beleid' maakt en kan maken. Beleidsregels in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb zijn niet alleen algemene regels die betrekking hebben op de (discretionaire) afweging van belangen, maar kunnen ook 'de vaststelling van feiten en de uitleg van wettelijke voorschriften' betreffen.[75] Zbo's kunnen derhalve wel degelijk beleid ontwikkelen ter normering van de uitoefening van gebonden bevoegdheden. Zij kunnen bijvoorbeeld via deze beleidsregels vage wettelijke normen uitleggen en verder invullen.

Ook de bestuursrechter in Rotterdam heeft nog onlangs bevestigd dat OPTA deze bevoegdheden heeft:

> 'De Voorzieningenrechter zal eerst ingaan op de meest algemene stelling van verzoeksters – kort gezegd – dat verweerder [OPTA] zijn bevoegdheid te buiten is gegaan door, (...), algemeen regulerend te gaan optreden. De Voorzieningenrechter merkt allereerst op dat een bestuursorgaan dat wordt verzocht om binnen een kort tijdsbestek min of meer gelijksoortige geschillen te beoordelen – veelal aan de hand van een tevoren vastgesteld beleid – deze geschillen uit een oogpunt van consistent beleid wel op (plusminus) dezelfde wijze dient te beslissen en dusdoende vrijwel onvermijdelijk *de facto* in algemene zin 'regulerend' te werk gaat.'[76]

Welke mate van beleidsvrijheid OPTA heeft bij de uitoefening van haar bevoegdheden, dient per geval te worden beoordeeld. Dit hangt mede af van de betrokken wettekst, toelichting en – zoals aangegeven – de doelstellingen van de betrokken bepaling van de Tw. Zo oordeelde het CBB bijvoorbeeld in de genoemde zaak Dutchtone[77] dat OPTA ten aanzien van de geschilbeslechtende bevoegdheid op grond van artikel 3.11 Tw een 'zekere beleidsvrijheid' heeft en de betrokken bepaling geen beperking van de inhoud van de aldus te stellen regels inhoudt. Bij de behandeling van een geschil, het toetsen van tarieven of de toepassing van handhavingsinstrumenten beschikt OPTA eveneens over de nodige beslissingsvrijheid: welke feiten zijn van belang, welke termen behoeven nadere uitleg en welke belangen dienen daarbij te worden afgewogen.[78] Voor de slagvaardigheid van het toezicht is het van groot belang dat de toezichthouder discretionaire bevoegdheid heeft bij de keuze van de beleidsinstrumenten en beoorde-

---

74. B.K. Olivier & I.C. van der Vlies, Kroniek van het algemeen bestuursrecht, NJB 2002, p. 1510.
75. Hierop wordt ook gewezen door: J.W. van de Gronden & R.J.G.M. Widdershoven, Slotbeschouwing. Over onafhankelijk mededingingstoezicht, politieke verantwoordelijkheid en het publieke belang, in: J.W. van de Gronden & R.J.G.M. Widdershoven (eindred.), Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?, Deventer: Kluwer 2002, p. 147.
76. Vz. Rb. Rotterdam 29 november 2002, O2 e.a. vs. OPTA, reg.nr. VTELEC 02/2675 RIP, www.rechtspraak.nl.
77. CBB 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, Mediaforum 2001, Jur.nr. 28, m.nt. A.T. Ottow en Computerrecht 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.
78. Zie voor een bespreking van de beleids- en beslissingsruimte van de NMa: M. Harmsen & M.A. Heldeweg, Mededingingswet en beleidsregels, M&M 2001, p. 120-123.

lingsruimte bij het vaststellen van de feiten. De wetgever dient dit duidelijker in de wettekst vast te leggen door middel van wetteksten als 'naar het oordeel van het College'.

3.5 Gevolgen van de ontbrekende bevoegdheden bij OPTA

In belangrijke gevallen bleek OPTA niet of slechts na aanvullende regelgeving, dan wel aan de hand van een geforceerde extensieve interpretatie[79] van bestaande normen tot optreden te kunnen overgaan. Dit heeft vanzelfsprekend de nodige vertragingen veroorzaakt bij het behandelen van klachten en het oplossen van geschillen, ten koste van de klagende ondernemingen die om een dringende oplossing verlegen zaten.

Verschillende voorbeelden uit de rechtspraktijk kunnen worden genoemd ter illustratie van deze conclusie. Het belangrijkste voorbeeld vormt wel het internet en het ontbreken van elke bevoegdheid van OPTA hieromtrent. Op dit terrein is de Tw volledig door de dynamiek van de markt ingehaald. Als gevolg van deze omissie is OPTA bijvoorbeeld niet bevoegd de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom voor de zogenoemde ADSL-diensten (bekend onder de naam Mxstream) te toetsen. Immers, er is geen sprake van een openbare telefoniedienst (waar de wetgever van uitgaat) doch van een breedband(data)dienst. Dit heeft weer tot gevolg dat OPTA de klachten van concurrerende ADSL-aanbieders van KPN Telecom[80] over een price squeeze door KPN Telecom niet kan toetsen. De NMa heeft op haar beurt laten weten deze eindgebruikerstarieven van KPN Telecom niet te willen onderzoeken. Hier speelt het probleem van de afbakening van de relevante markt, waardoor KPN Telecom – naar de visie van de NMa en OPTA – geen economische machtspositie lijkt in te nemen. Een klacht van HCC Net tegen de tarieven van Mxstream is op dezelfde gronden door de NMa afgewezen.[81] Het generieke mededingingsrecht biedt derhalve geen oplossing. OPTA heeft alsnog geprobeerd het price squeeze probleem via de route van de tarieven van de bijzondere toegangsdienst voor ontbundelde toegang/line sharing op te lossen.[82] Deze zogenoemde whole sale diensten kan OPTA weer wel toetsen.[83] Of deze verla-

79. Uit de uitspraak van het CBB in de zaak KPN vs. OPTA en Dutchtone (Mediaforum 2001, Jur.nr. 28, m.nt. A.T. Ottow en Computerrecht 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering) volgt dat OPTA aan de hand van de doelstellingen van de Tw de bepalingen extensief kan interpreteren. Nadat de rechtbank te Rotterdam aanvankelijk de bevoegdheden van OPTA zeer restrictief had uitgelegd, geeft het CBB in deze uitspraak aan dat OPTA zich bij de interpretatie van de bepalingen van de Tw niet alleen hoeft te richten tot de letterlijke tekst van de wet, maar zich tevens mag laten leiden door de belangrijkste doelstellingen van de Tw (bevordering van concurrentie). De Rechtbank Rotterdam heeft deze uitspraak van het CBB reeds gevolgd in de Denda-uitspraak van 21 juni 2001, nrs. TELEC 01/066-SIMO, TELEC 01/111-SIMO en TELEC 01/191-SIMO, Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 180-184, m.nt. R. Mahler.
80. Zie de Volkskrant van 15 januari 2002: 'Duurder Mxstream is nog te goedkoop'.
81. Dit is vastgelegd in een niet-gepubliceerde informele zienswijze van de NMa.
82. Beslissing op bezwaar van OPTA van 25 januari 2002 inzake geschil BaByXL/KPN Telecom (kenmerk OPTA/JUZ/2002/200185), www.opta.nl.
83. Via art. 6.9 lid 2 jo. art. 6.3 Tw.

ging van de tarieven voor de concurrenten van KPN Telecom voldoende is, zal nog moeten blijken. De oplossing van OPTA kwam rijkelijk laat (bijna anderhalf jaar na de introductie van de dienst). Vele aanbieders hebben de concurrentieslag met KPN Telecom inmiddels niet overleefd of hebben zich uit deze markt teruggetrokken.[84]

De internet-omissie in de telecommunicatiewetgeving doet zich ook gevoelen bij de toegang tot de kabel-problematiek. OPTA beschikt niet over de instrumenten om de internettoegang tot de kabel voor internet-providers af te dwingen. Dit heeft er vooralsnog toe geleid dat geen concurrerende internettoegangsmarkt zich in Nederland heeft kunnen ontwikkelen: de dominante aanbieders van netwerkdiensten hebben hun netten voor nieuwe aanbieders gesloten kunnen houden. De wetgever heeft pas recentelijk een wetswijziging aan de Tweede Kamer voorgesteld om dit hiaat in de wetgeving op te vullen.[85] Deze reparatiewetgeving lijkt evenwel zijn doel voorbij te schieten nu de NMa en OPTA van oordeel zijn dat de kabelexploitanten geen economische machtspositie (en dus geen aanmerkelijke marktmacht) op de diverse internetmarkten innemen.[86] Ingrijpen door de toezichthouders lijkt hierdoor uitgesloten.

Een te rigide wettelijke norm speelde OPTA tevens parten bij het medegebruik van antennes. Het oorspronkelijke artikel 3.11 Tw zag slechts op het medegebruik van antenneopstelpunten en niet op het delen van de antennes. Dit volgt uit de uitspraken in de zaken Dutchtone/OPTA en KPN Telecom/OPTA.[87] Naar aanleiding van deze uitspraken is een amendement ingediend door het Tweede-Kamerlid Voûte-Droste c.s., waarin werd voorgesteld artikel 3.12 zodanig te wijzigen dat de verplichting tot medegebruik tevens ziet op antennes.[88]

---

84. Dit is mede het gevolg doordat het zeer lang heeft geduurd voordat de ADSL-aanbieders de whole sale-dienst tegen redelijke voorwaarden van KPN Telecom konden afnemen.
85. Een wetswijziging is hiertoe onlangs naar de Tweede Kamer gezonden: Wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit in verband met de invoering van een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toegang tot internet en een verduidelijking en een verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken (Kamerstukken II 2001/02, 28 203, nrs. 1-2).
86. Dit volgt uit de Internetrapportage van 14 december 2001 van het Internetteam OPTA en NMa, gepubliceerd op de website van beide toezichthouders, besproken door A.T. Ottow, Actualiteiten Mededingingsrecht 2002, p. 21-23. Zie tevens N. van Eijk, Nieuwe regels voor de toegang tot omroepnetwerken II, Mediaforum 2002, p. 85-89 en N. van Eijk, Nieuwe regels voor toegang tot omroepnetwerken, Mediaforum 2001, p. 117-119. Zie tevens M. Bolhuis, Toegang tot de kabel voor ISP's: access for all?, Mediaforum 2002, p. 2-6.
87. Het oorspronkelijke art. 3.11 Tw zag slechts op het medegebruik van antenneopstelpunten en niet op het delen van de antennes. Dit volgt uit de uitspraken van 13 september 2000 in de zaken Dutchtone/OPTA en KPN Telecom/OPTA, TELEC 99/2715 – RIP en TELEC 99/2781 – RIP, Mediaforum 2000, p. 381-384.
88. Dit amendement is in werking getreden bij Wet van 2 november 2000, houdende intrekking van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 en enige daarmee verband houdende voorzieningen, Stb. 2000, 491. Bovendien werd een nieuw art. 3.12 Tw toegevoegd. In dit nieuwe artikel wordt de mogelijkheid gegeven om bij AMvB nadere regels te stellen met betrekking tot antenneopstelpunten en – voorzover het gaat om omroepzendernetwerken – antennesystemen en antennes. Een ontwerp-AMvB is naar de Raad van State voor advies verzonden.

De telecommunicatiewetgeving schoot tevens tekort bij de problemen veroorzaakt door het capaciteitstekort bij huurlijnen. Het oorspronkelijke Besluit ONP huurlijnen en telefonie (BOHT) voorzag niet in een expliciete verplichting tot het aanbieden van huurlijnen binnen een redelijke termijn. Hoewel OPTA (na lang aarzelen) deze bevoegdheid trachtte te construeren op grond van artikel 13 BOHT,[89] heeft zij het niet aangedurfd daadwerkelijk tot maatregelen jegens KPN Telecom op grond van deze rechtsbasis over te gaan. Hoewel dit verschillende malen door OPTA is aangekondigd, is het er niet van gekomen. Inmiddels is het BOHT gewijzigd en voorziet artikel 13 lid 2 BOHT nu in een dergelijke expliciete verplichting, waar OPTA KPN Telecom aan kan houden.[90]

Een dergelijke (tijdrovende) omweg was niet nodig geweest indien de wetgever in het BOHT een algemene norm voor de aangewezen ondernemingen zou hebben vastgelegd, waarin de verplichting is neergelegd te allen tijde 'een state of the art netwerk' te verzorgen (vergelijk het oude artikel 3 lid 3 Wet op de telecommunicatievoorzieningen).[91] Op grond van deze algemene norm zou OPTA de bevoegdheid hebben gehad op te treden indien KPN Telecom tekortschoot haar investeringen op peil te houden, waardoor er geen capaciteitstekort zou zijn ontstaan. Bij de huidige bezuinigingen van KPN Telecom lijkt een dergelijke algemene bevoegdheid van OPTA om de kwaliteit van het netwerk te kunnen blijven controleren des te meer noodzakelijk. Het capaciteitstekort deed zich eveneens gevoelen bij het leveren van interconnectieverbindingen door KPN Telecom. Ook hier worstelde OPTA met het ontbreken van een wettelijke norm.[92]

Een ander voorbeeld hiervan betreft de price squeeze problematiek van de carrier preselect-aanbieders. Toen deze marktpartijen begin 2000 werden geconfronteerd met een price squeeze tussen de inkoopprijs voor de dienst carrier preselect en de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom, bleek de telecommunicatiewetgever dergelijk misbruikelijk gedrag niet te hebben voorzien. De systematiek van de Tw ziet op het voorkomen van te hoge eindgebruikerstarieven van KPN Telecom en de toetsing daarvan door OPTA. De wet voorzag niet in een regeling voor de vraag of sprake was van te lage tarieven. Slechts via een extensieve interpretatie van het beginsel van kostenoriëntatie, mede op basis van het mededingingsrecht (en met hulp van de NMa), was het mogelijk voor OPTA deze kwestie aan te pakken. Deze onduidelijkheid heeft er wel

89. Zie bijvoorbeeld de brief van OPTA van 22 maart 2001 aan KPN Telecom, www.opta.nl.
90. Besluit van 7 november 2001 tot wijziging van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (leveringsplicht en goedkeuring voorgenomen tariefwijzigingen), Stb. 2001, 550.
91. E.J. Dommering e.a. (2001), p. 77.
92. Zie onder meer A.T. Ottow, Het capaciteitstekort van KPN en OPTA, Computerrecht 1999, p. 80-81 en de brief van OPTA van 9 februari 2000 aan KPN Telecom, www.opta.nl.

toe geleid dat de concurrenten meer dan een jaar deze gedragingen van KPN Telecom hebben moeten ondergaan.[93]

De beperkte invalshoek van de wetgever ten aanzien van de bevoegdheden en instrumenten van OPTA kan tevens worden geïllustreerd aan de hand van de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA voor toegang en interconnectie, zoals deze in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw, ter implementatie van de nieuwe ONP Review-richtlijnen is vastgelegd. De bevoegdheid van OPTA maatregelen te treffen ten aanzien van (de onderhandelingen aangaande) interconnectie is – in navolging van de huidige wet – slechts aanwezig in die gevallen waar sprake is van een concreet geschil.[94] Ten aanzien van (andere vormen van) toegang heeft OPTA slechts geschilbeslechtende bevoegdheid voorzover deze is opgenomen in een limitatieve lijst van gevallen.[95] OPTA heeft derhalve geen algemene bevoegdheid tot het bevorderen of waarborgen van toegang of interconnectie in algemene zin. OPTA heeft slechts de bevoegdheid ambtshalve in te grijpen indien 'het niet bestaan van interoperabiliteit vanuit algemeen maatschappelijk en economisch belang ongewenst is'.[96] Hoewel deze bevoegdheid ten opzichte van de huidige Tw een uitbreiding van de bevoegdheden van OPTA inhoudt, laat de wetgever in het ontwerp-memorie van toelichting niet na te benadrukken dat deze ambtshalve bevoegdheid van OPTA slechts bedoeld is voor 'uitzonderlijke gevallen'.[97] Naar mijn mening voldoen deze beperkte bevoegdheden van OPTA in verband met toegang en interconnectie geenszins aan de algemeen geformuleerde opdracht in artikel 5 lid 1 Toegangsrichtlijn. Uit dit artikel volgt dat de bevoegdheden van OPTA in een ruimer jasje dienen te worden gestoken. Ook in gevallen waar geen sprake is van een geschil, maar waar naar de mening van de toezichthouder onvoldoende sprake is van toegang of interconnectie, moet OPTA de noodzakelijke maatregelen kunnen treffen.[98]

Een overigens interessant aspect betreft de reikwijdte van bevoegdheden van OPTA bij de te late of onvolledige implementatie van de ONP Review-richtlijnen. Dit is uiterst actueel, nu het zich laat aanzien dat de Nederlandse wetgever de uiterste implementatiedatum (24 juli 2003) niet gaat halen. Is het mogelijk dat OPTA (nieuwe) bevoegdheden rechtstreeks op de richtlijnen baseert, bij gebrek aan implementatie? Reeds eerder heeft de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat OPTA geen bevoegdheid

---

93. Na lang aarzelen durfde OPTA het aan de price squeeze problematiek aan te pakken via een extensieve interpretatie van het beginsel van kostenoriëntatie, zoals neergelegd in art. 35 BOHT. Hoewel de wetgever slechts het vaststellen van een prijsmaximum voor ogen had gestaan, introduceerde OPTA tevens de verplichting van een prijsminimum voor de tarieven van KPN Telecom ter voorkoming van een price squeeze: zie de Richtsnoeren Price Squeeze van OPTA en NMa van 28 februari 2001, Stcrt. 2001, 44, p. 7. De price squeeze problematiek wordt behandeld in: A.T. Ottow & A.S.M.L. Prompers (2002), p. 11-12.
94. Art. 6.2 lid 1 en art. 12.3 sub d en e Concept Wijzigingsvoorstel Tw.
95. Art. 12.3 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw.
96. Art. 6.2 lid 2 Concept Wijzigingsvoorstel Tw.
97. Zie de ontwerp memorie van toelichting, p. 42 en 86.
98. A.T. Ottow, Review van het toezicht, te verschijnen in Computerrecht 2003, nr. 1.

had (in die zaak nog in het kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen) de tarieven van KPN Telecom te beoordelen bij gebreke van een tijdige implementatie van de richtlijnen. De rechtbank oordeelde dat in casu geen sprake van rechtstreekse werking van (bepalingen van) de richtlijn kon zijn.[99]

In de jurisprudentie over de bevoegdheden van OPTA op grond van de Tw (en overigens ook de Postwet en de Elektriciteitswet) zijn meerdere voorbeelden te noemen, waarbij de rechter een (zeer) restrictieve uitleg aan wettelijke bepalingen geeft, met als gevolg dat OPTA niet kon optreden in de markt. Het gebrek aan duidelijke instructies ten aanzien van de te volgen doelstellingen heeft ertoe geleid dat de bevoegde rechter een strikte interpretatie volgde bij de vaststelling van bevoegdheden van OPTA in plaats van een ruime interpretatie aan de hand van de doelstellingen van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.[100] Hoewel het hoogste college, het CBB, in de reeds aangehaalde Dutchtone-zaak heeft aangegeven dat bij uitleggeschillen van de Tw niet alleen naar de bewoordingen van de wet dient te worden gekeken, maar tevens rekening dient te worden gehouden met de doelstellingen die met de Tw worden beoogd,[101] lijkt de Rotterdamse rechtbank nog steeds moeite te hebben met deze extensieve interpretatie van de wet. Indien de doelstellingen op een duidelijke wijze in de wet verankerd worden, zal de rechter bij de uitleg van wettelijke bepalingen niet om deze doelstellingen heen kunnen. Deze uitspraken hebben negatieve gevolgen voor de ontwikkeling van concurrentie met zich meegebracht: nieuwe spelers konden hun achterstand minder snel inlopen of eindgebruikers/consumenten zijn langere tijd met hogere prijzen geconfronteerd.[102] De bestuursrechter zou meer oog voor deze economische effecten op de markt dienen te hebben bij de beoordeling van de zaak die aan hem wordt voorgelegd.

---

99. Rb. Rotterdam 19 maart 2002, Versatel en KPN vs. OPTA, reg.nrs. WTV 98/2144-SIMO en WTV 98/2188-SIMO, niet gepubliceerd. In deze zaak betrof het niet tijdig implementeren van de Richtlijnen 95/62/EG en Richtlijn 98/10/EG. Nu een (grondslag voor een) kostentoerekeningssyteem en het beoordelingskader daarvan ontbrak, was OPTA niet bevoegd een aanwijzing over de hoogte van de tarieven aan KPN Telecom te geven.
100. Rb. Rotterdam 20 maart 2002, TNT Post vs. OPTA, reg.nr. POST 01/2525-SIMO, www.rechtspraak.nl; Vz. Rb. Rotterdam 1 mei 2002, Telfort Mobiel vs. OPTA, reg.nr. VTELEC 02/900 RIP, www.rechtspraak.nl; Vz. Rb. Rotterdam 8 juli 2002, UPC vs. OPTA, Mediaforum 2002, p. 337, nr. 40, m.nt. ATO en Vz. Rb. Rotterdam 29 november 2002, O2 e.a. vs. OPTA, reg.nr. VTELEC 02/2675 RIP, www.rechtspraak.nl.
101. Vgl. E.J. Dommering e.a. (1999), p. 49.
102. Het moge duidelijk zijn dat hier 'subjectieve' elementen over de vraag wat 'negatieve' gevolgen zijn een rol spelen. Beziet men dit vraagstuk vanuit de invalshoek van de incumbent of spelers met belangrijke marktaandelen, dan zal deze vraag anders worden beantwoord. In dit preadvies worden deze gevolgen beoordeeld aan de hand van de doelstellingen van de richtlijnen, waarbij de positie van nieuwe ondernemingen op de (tele)communicatiemarkt doorslaggevend is.

3.6 Vereisten voor effectief toezicht

Uit het voorgaande volgt dat de bevoegdheden van OPTA in de Tw te beperkt zijn gebleken. Dit is met name het gevolg geweest van de visie van de telecommunicatiewetgever over de beperkte rol die een zelfstandig bestuursorgaan dient te spelen. Deze visie is gebaseerd op een te restrictieve opvatting over de staatsrechtelijke beginselen, zoals het legaliteits- en democratiebeginsel. Deze beginselen staan naar mijn mening een ruimere taakopvatting van een zelfstandig bestuursorgaan niet in de weg. Zij zouden dan ook geen obstakel hoeven te zijn bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt. Bovendien dienen deze beginselen te worden uitgelegd op grond van de toepasselijke Europese richtlijnen, die een toezichthouder met ruime bevoegdheden en voldoende instrumenten voor ogen heeft. In dit verband kan worden gewezen op het Zevende Implementatierapport, waar dit treffend staat omschreven:

> 'To ensure effective market entry and regulatory certainty, there is a need for clearly defined decision-making powers on the part of the NRAs, swift procedures and deterrent sanctions to control the incumbant' behaviour. This is often not the case, and new entrants in the market request increased proactivity and ex ante action by regulators. (...) regarding the functioning of the regulators, there is a concern as to the division of powers between the relevant ministries and the independent regulators which is often unclear and delays regulatory intervention. (...)
>
> Concerns exist in a number of cases regarding the lack of enforcement powers, in particular to ensure that imcumbants apply NRA decisions. (...)
>
> The new regulatory framework will impose new and complex tasks on NRAs, relating in particular to market analysis and the designation of undertakings with significant market power using the dominance test. It is therefore crucial that they should be fully functioning in accordance with the current framework in terms of powers, assignment of tasks, resources and operational skills.'[103]

De Europese Commissie benadrukt dat de nationale toezichthouders met voldoende toezichtinstrumenten moeten worden geëquipeerd om hun toezichtzaken naar behoren uit te oefenen. Bij gebreke van dergelijke instrumenten komt de implementatie van de ONP (Review)-richtlijnen in gevaar en dreigt de incumbent ten onrechte een concurrentiële voorsprong te behouden. De Nederlandse wetgever dient met deze overwegingen rekening te houden en de nodige aanpassingen in de wetgeving aan te brengen die dergelijke problemen kunnen voorkomen. Concrete waarborgen dienen te worden geschapen om de omgeving – waarbinnen de telecommunicatieondernemingen opere-

---

103. Zevende Implementatierapport van de Europese Commissie: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Seventh Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, Brussels, COM (2001) 706, p. 15.

ren – zodanig in te richten dat concurrentie daadwerkelijk tot stand kan komen. Tot deze waarborgen behoren in elk geval:
– voldoende ruime wettelijke normen die de totstandkoming van concurrentie bevorderen en afdwingen;
– voldoende rechtsmiddelen voor telecommunicatieondernemingen om op te komen tegen concurrentievervalsing; en
– de instelling van een onafhankelijk toezichthouder met voldoende instrumenten om sturing aan de markt te geven en daadkrachtig op te treden tegen onoorbare praktijken.

Een parallel kan worden getrokken met de criteria die door het Europese Hof van Justitie zijn ontwikkeld ter waarborging van de doorwerking van het Europese recht. Uit deze jurisprudentie volgt dat, hoewel de nationale procesrechtelijke autonomie voorop staat, het procesrecht wel aan een drietal eisen dient te voldoen:[104]
1. het vereiste van effectieve rechtsbescherming;
2. het vereiste van non-discriminatie;
3. het effectiviteitsvereiste.

Het eerste en derde vereiste zijn voor de onderhavige problematiek van belang. Met het eerste vereiste wordt bedoeld:

> 'Op grond hiervan moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontlenen aan het EG-recht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Daartoe moet zijn voorzien in een effectieve toegang tot de rechter en moet de rechter beschikken over effectieve remedies, waarmee schendingen van EG-recht daadwerkelijk ongedaan kunnen worden gemaakt.'[105]

De Europese ONP-richtlijnen voorzien in rechten en aanspraken van telecommunicatieondernemingen die in het nationale recht moeten worden omgezet. Bij deze omzetting dient evenwel te worden gegarandeerd dat deze rechten en aanspraken ook daadwerkelijk kunnen worden afgedwongen. Deze rechtsbescherming dient evenwel niet beperkt te zijn tot toegang tot een rechter (die beschikt over effectieve remedies), doch dient naar mijn mening tevens te zien op de onafhankelijke toezichthouder, als het orgaan dat door de Europese richtlijnen is belast met de controle op de naleving van de verplichtingen van de richtlijnen.

Het derde vereiste omvat:

---

104. R.J.G.M. Widdershoven, Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa, VAR-reeks 116, Alphen aan den Rijn: Samsom 1996, p. 107-123.
105. D. Allewijn e.a. (red.), Bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 1999, R.J.G.M. Widdershoven, Deel A, Hoofdstuk 5 Rechtsbescherming en Europees recht, p. 80.

'Op grond hiervan mogen de nationaal procesrechtelijke regels de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten of aanspraken niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken.'[106]

Het nationale procesrecht dient zodanig te worden ingericht dat telecommunicatieondernemingen de rechten of aanspraken van de ONP (Review)-richtlijnen ook daadwerkelijk kunnen uitoefenen en de regels deze uitoefening niet uiterst moeilijk maken. In het hiernavolgende hoofdstuk 4 zal dit aspect nader worden onderzocht. In de voorgestelde ONP Review-richtlijnen worden – gezien de gesignaleerde moeilijkheden van de nationale toezichthouders – de nationale wetgevers verplicht diverse maatregelen te treffen om de positie van toezichthouders (en derhalve die van de rechtzoekende) te versterken.[107] Zo bepaalt onder meer artikel 8 van de Kaderrichtlijn dat de toezichthouders in het kader van de aan hen toevertrouwde taken 'alle redelijke maatregelen' moeten kunnen treffen die gericht zijn op de in genoemd artikel neergelegde doelstellingen. Zo dienen de toezichthouders onder meer ervoor te zorgen dat 'er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is' (artikel 8 lid 2 sub b). De Toegangsrichtlijn bepaalt verder dat de nationale toezichthouders hun bevoegdheid dienen uit te oefenen 'op een wijze die bevorderlijk is voor efficiënte en duurzame concurrentie' (artikel 5 lid 1 Kaderrichtlijn). Wat interconnectie betreft, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de toezichthouder de bevoegdheid heeft op eigen initiatief dan wel op verzoek in te grijpen ter waarborging van de (behandelde) doelstellingen van de richtlijnen (artikel 5 lid 4 Toegangsrichtlijn).

De Nederlandse wetgever zal met deze nieuwe bepalingen rekening dienen te houden. Naar mijn mening zal een juiste implementatie ertoe dienen te leiden dat de bevoegdheden van de toezichthouder worden verruimd, ter voorkoming van hiaten in de wet. Immers, de richtlijnen bepalen dat voor alle soorten communicatienetwerken anticoncurrentieel gedrag dient te worden opgeheven. De huidige structuur van de Tw is hierop niet ingesteld en vergt een ingrijpende aanpassing. In het Concept Wijzigingsvoorstel Tw wordt een dergelijke aanpassing niet aangebracht.[108] Ook de gesignaleerde problemen hadden in het verleden (in elk geval voor een belangrijk deel) kunnen worden voorkomen indien de wetgever er indertijd voor had gekozen een algemene anticoncurrentienorm[109] in de wet op te nemen. Op basis van deze norm had OPTA anticoncurrentieel gedrag van KPN Telecom kunnen aanvechten, indien de wet niet voorzag in een andere concrete norm. Een dergelijke vangnet-bepaling kent de Tw evenwel niet. Het is zeer de vraag of de wetgever deze systematiek kan handhaven in het licht

106. Allewijn (1999), p. 80.

107. Zie onder meer: art. 8, art. 16 lid 4 en art. 20 van de Kaderrichtlijn, art. 5 van de Toegangsrichtlijn.

108. E.J. Dommering, Het Telecommunicatierecht wordt opnieuw overhoop gehaald. Over algemene vraagstukken van regulering en toegang in de telecommunicatiesector na 2003, te verschijnen in Computerrecht 2003, nr. 1.

109. Zo heeft Oftel via de 'Fair Trading Condition' (Condition 18A van de vergunning van BT) de mogelijkheid elke misbruikvorm aan te pakken.

van de nieuwe Europese richtlijnen. De algemene verwijzing door het kabinet naar het generieke mededingingsrecht (toegepast door de NMa) – als vangnet voor mogelijke hiaten in de telecommunicatiewetgeving – is niet terecht. De praktijk toont aan dat het generieke mededingingsrecht geen adequate oplossing biedt voor specifieke telecommunicatieproblemen.[110]

3.7 Conclusie

De wetgever en OPTA dienen lering te trekken uit de lessen van het verleden en de nodige aanpassingen in de Tw en OPTA-wet aan te brengen om de ex ante regelgeving, die volgt uit de ONP Review-richtlijnen, en het daarbijbehorende toezicht volledig tot zijn recht te laten komen. Daarbij dient de wetgever zich niet te laten leiden door de politieke vraag wie dit toezicht dient uit te oefenen, doch zich te richten op de noodzakelijke normen van materieel en procesrecht. Daarbij zijn met name flexibele normen en ruime bevoegdheden en toezichtinstrumenten voor OPTA ter voorkoming van anti-concurrentieel gedrag van belang. Ook strakke en transparante procesregels zijn voor een effectief toezicht onontbeerlijk. Deze (ex ante) normen blijven een belangrijke rol spelen bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt, ook indien OPTA uiteindelijk een kamer van de NMa zou worden.

110. Zie A.T. Ottow & A.S.M.L. Prompers (2002), p. 7-14.

4 De Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet

4.1 Inleiding

De Tw kent – een enkele uitzondering daargelaten – geen specifieke regels voor procedures. Het ontbreken van deze regels staat haaks op de doelstellingen van de Tw, waarbij liberalisering – of anders gezegd het snel openbreken van de telecommunicatiemarkt en het opheffen van (feitelijke) monopolies en bijzondere rechten – van de telecommunicatiemarkt de kern vormt. Tegen deze achtergrond is het niet begrijpelijk dat de wetgever ervoor gekozen heeft de procedurele aspecten van het toezicht niet in de Tw zelf te regelen. De wetgever heeft gemeend dat de Awb-regels een voldoende kader boden voor de procedurele aspecten van het toezicht.

Bij het openbreken van een markt hoort een strak toezicht, waarbij via direct en actief ingrijpen correcties op het vrije-markt- en contractsmechanisme moeten kunnen worden aangebracht. Nieuwkomers op de markt dienen reële kansen te krijgen. Indien niet snel wordt ingegrepen, is het kalf al verdronken voordat het werkelijk een voet aan de grond gekregen heeft. Nieuwe marktspelers zijn kwetsbaar: zij dienen op te boksen tegen gevestigde ondernemingen die alles in het werk stellen om hun positie veilig te stellen. Met deze economische realiteit dient rekening te worden gehouden. Het gaat in deze gevallen niet om een buurman die verlost dient te worden van de overlast van een duivenhok. Het gaat om economisch marktordeningsrecht, waarbij markten worden opengebroken en correcties op het marktmechanisme plaatsvinden.

De Awb voorziet niet in de behoefte tot het begeleiden van deze marktcorrecties. De Awb gaat uit van het klassieke model, waarbij sprake is van een besluit van een bestuursorgaan en een belanghebbende. Bij dit traditionele toezicht gaat het initiatief als regel van de overheid uit, die de naleving van voorschriften controleert. In dat geval vindt de procedure primair plaats tussen overtreder en bestuursorgaan. Slechts in bepaalde categorieën gevallen is een derde in het spel (bijvoorbeeld in het milieu- en het ruimtelijke-ordeningsrecht). Bij de toezichthouders in te liberaliseren markten ligt de situatie anders. Daar is de toezichthouder ingesteld om de marktwerking te bevor-

deren of zelfs in bepaalde gevallen een level playing field te creëren.[111] Dit heeft consequenties bij de inrichting van het toezicht, die de Nederlandse wetgever echter niet onder ogen heeft (willen) (ge)zien.

De Awb voorziet niet in de instrumenten en procedures die noodzakelijk zijn bij actief ingrijpen in een zo dynamische markt als de telecommunicatiemarkt. Dit actief optreden moet zowel op eigen initiatief als op basis van klachten van concurrenten die de toezichthouder aanmanen tot snel en effectief ingrijpen, kunnen plaatsvinden. Ook voor de rol die de wetgever OPTA heeft toebedeeld, die van geschillenbeslechter, is de Awb niet ingericht. Bij de geschillenbeslechting, waarbij de toezichthouder zich als het ware 'boven partijen' plaatst, verwijdert de uitoefening van bevoegdheden door de toezichthouder zich van de traditionele handhavingsinstrumenten (zoals bestuursdwang en opleggen van een dwangsom of van een administratieve boete).[112] Het 'gewone' bestuursrecht is niet op deze taken voorzien. Dit ten nadele van de ontwikkeling van concurrentie. Illustratief zijn in dit verband de bevindingen van de Europese Commissie over de procedures (onder meer) in Nederland:

> 'In a fast-moving market, players look to the NRA to resolve disputes rapidly. There is, however, clearly a trade-off between the quality of decisions on the one hand and rapid decision-making in line with market developments on the other. In some Member States the incumbent (and in some cases its subsidiaries) has been able to seize first mover advantage in the roll-out of DSL services while entrants have been engaged in lengthy proceedings with regulators and the courts. (...)
>
> In a related matter, it appears that incumbents have, as a matter of strategy, continued the practice of appealing systematically against NRA decisions (...). While due process is a fundamental legal principle, NRAs need to put in place disincentives for excessive delaying measures. Operators are concerned at lengthy appeal procedures in Belgium, Germany and the Netherlands, Austria and Finland.'[113]

4.2 Flexibele interpretatie van de Awb

Een eerste vraag die gesteld dient te worden, is of een deel van het probleem niet zou kunnen worden opgelost door een flexibelere toepassing van de Awb. Verschillende malen is bepleit – zowel in het kader van het generieke als het sector-specifieke mededingingsrecht – dat de Awb-begrippen niet onverkort zouden moeten gelden, om zo

111. Vgl. E.J. Daalder, Onderneming, Toezicht en de Algemene wet bestuursrecht, in: Overheid en Onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen, Serie Onderneming en Recht, deel 10, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 388.
112. E.J. Daalder (1998), p. 389.
113. Zie Zevende Implementatierapport (2001), p. 15.

te kunnen ontsnappen aan de starre en beperkte begrippen van de Awb.[114] De begrippen van de Awb zouden 'tekstueel' of 'omgevingsgericht' moeten kunnen worden geïnterpreteerd: de begrippen zouden verschillende betekenis kunnen hebben al naar gelang het rechtsgebied waar ze aan de orde zijn. De vraag naar de reikwijdte van het betrokken Awb-begrip dient in dat geval te worden beantwoord aan de hand van de doelstellingen van het (generieke dan wel specifieke) mededingingsrecht. Nog recentelijk wees de Rotterdamse rechtbank een dergelijke 'flexibele' interpretatie van de Awb bij de toepassing van de Mw af. De rechtbank bepaalde dat een afnemer, in dit geval een postbushouder (klant van PTT Post), geen 'belanghebbende' is in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb.[115] De rechtbank bepaalde dat het belang van de betrokken postbushouder zich onvoldoende onderscheidde van dat van andere postbushouders. Daarbij overweegt de rechtbank expliciet het volgende:

> 'De Rechtbank heeft zich beraden over de vraag of er om redenen van "strategische" aard aanleiding is voor de toepassing van de Mw terzake een ruimer belanghebbende-begrip te hanteren, in die zin dat elke consumentcontractpartij die ten aanzien van een bepaalde onderneming een verzoek om toepassing van artikel 56 van de Mw doet, als belanghebbende zou moeten worden aangemerkt. De Rechtbank heeft die vraag om de volgende redenen ontkennend beantwoord.
>
> De totstandkomingsgeschiedenis van art. 1:2, lid 1, van de Awb bevat onder meer de volgende passage (vgl. PG Awb I, blz. 148):
>
> "*Een zekere beperking ten aanzien van de ruimst mogelijke opvatting van belanghebbende is noodzakelijk om de uitvoering van de administratieve wetgeving en de in dat kader plaatsvindende procedures efficiënt en slagvaardig te doen verlopen.* Met dat laatste zijn dikwijls aanwijsbare belangen van individuen en bedrijven gemoeid."
>
> De Rechtbank acht deze argumentatie ook voor de toepassing van de Mw terzake relevant. Voor afwijking van het algemene bestuursrecht is dan ook geen reden.' (curs. ATO)

Een meer flexibele interpretatie van de Awb kan een deel van de gesignaleerde problemen oplossen, doch er is meer nodig. Een belangrijke taak is weggelegd voor de wetgever – en OPTA – om (in afwijking van de algemene regels van de Awb) duidelijke procedures, termijnen en toezichtinstrumenten in de wet vast te leggen, toegespitst op

---

114. Zie E.J. Daalder met zijn interventie tijdens de jaarlijkse bijeenkomst van de VAR, 12 mei 2000, te kennen uit: J.R. van Angeren & J.E. M. Polak, Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland, M&M 2000, p. 138, voetnoot 6 van het artikel en F. Brenninkmeijer, Klagen bij de NMa. Een onderzoek naar de rechtspositie van de klager in het mededingingsrecht, in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven (eindred.), Handhaving van de Mededingingswet, Deventer: Kluwer 2001, p. 60.
115. Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, A.B.V./d-g NMa en derde-partij PTT Post, zaaknr. MEDED 99/1836-SIMO, www.rechtspraak.nl. Zie tevens: Rb. Rotterdam 11 september 2002, Vodafone Libertel en Unipart Group vs. d-g NMa, zaaknrs. MEDED 00/2176-SIMO, MEDED 00/2177-SIMO, MEDED 00/2190-SIMO, Actualiteiten Mededingingsrecht 2002, p. 177-184.

de telecommunicatiesector. Dit voorkomt onnodige discussies over de formele aspecten van het toezicht, zodat tijd en energie kan worden gespaard voor de issues waar het daadwerkelijk om gaat. In de nieuwe voorstellen tot wijziging van de Tw wordt hier echter (wederom) weinig aandacht aan geschonken.

4.3 Diverse aspecten van de Awb

In deze paragraaf zullen enkele aspecten van de Awb onder de loep worden genomen, die bij de toepassing van het telecommunicatierecht een rol hebben gespeeld. In het kader van dit preadvies zal de nadruk liggen op twee belangrijke onderwerpen: het belanghebbende- en besluitbegrip. Daarnaast zullen enkele andere aspecten van de Awb kort worden aangestipt.

Bij zowel het besluit- als het belanghebbendebegrip speelt het aspect van rechtsbescherming een belangrijke rol. In hoofdstuk 5 zal op het onderwerp rechtsbescherming (in meer algemene zin) worden ingegaan. Hier wordt volstaan met een korte opmerking in verband met deze twee Awb-begrippen. Het is duidelijk dat hier een moeilijke belangenafweging dient plaats te vinden tussen het belang van het betrokken individu of de betrokken onderneming tot rechtsbescherming aan de ene kant en het belang van een efficiënt en slagvaardig optreden door de toezichthouder (ter voorkoming van overbelasting en vertraging) aan de andere kant. In het telecommunicatierecht is het evenwel van cruciaal belang dat concurrenten jegens elkaar, doch met name tegen de incumbent KPN Telecom, klachten kunnen indienen dan wel kunnen ageren tegen besluiten van OPTA met betrekking tot de positie van KPN Telecom of een andere aangewezen partij. Immers, hun concurrentiepositie wordt direct beïnvloed door een dergelijk besluit, bijvoorbeeld voor wat betreft de tarieven voor interconnectie of bijzondere toegang. Hoewel hun interventie tot een vertraging van de procedure zou kunnen leiden, weegt dit niet op tegen hun belang om in dergelijke procedures te worden gehoord. De telecommunicatiewetgever heeft echter verzuimd aan deze speciale positie van concurrenten (vanuit een procedureel oogpunt) aandacht te schenken. In de praktijk bleek dit een heikel punt.

4.3.1 Het besluitbegrip

In de Tw zijn geen specifieke bepalingen opgenomen die duidelijk maken of de handelingen van OPTA als een 'besluit' in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb dienen te worden aangemerkt.[116] Belangrijke beslismomenten van OPTA monden in veel gevallen niet

116. Zie voor recente overzichtsartikelen ten aanzien van het besluitbegrip: R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?, NTB 2000, p. 1-13 en G.A. van der Veen, Actuele jurisprudentie inzake het besluitbegrip, Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 2002, p. 118-128.

direct uit in een besluit, doch zien eerder op een niet-ingrijpen,[117] een (voorlopig)[118] oordeel,[119] richtsnoeren[120] of een beleidsregel. Voorbeelden hiervan zijn artikel 6.7 lid 3 Tw (oordeel van OPTA over de referentie-interconnectie-aanbieding), het (oorspronkelijke) artikel 36 BOHT (instemming van OPTA met prijswijzigingen van KPN Telecom voor openbare telefoniediensten) en diverse oordelen van OPTA over de invulling van wettelijke bevoegdheden of het optreden van een telecommunicatieonderneming. Indien geen sprake is van een besluit, betekent dit dat belanghebbenden aan de zijlijn staan toe te kijken en geen rechtsgang openstaat indien zij tegen deze 'besluit'vorming van OPTA wensen op te komen.

Zo volgde uit de Kerktelefonie-zaak[121] dat een (impliciete) instemming van OPTA met een tariefswijziging van KPN Telecom voor huurlijnen geen besluit was waartegen kon worden opgekomen. De poging van OPTA zelf om flexibel met het besluit om te gaan, mislukte. OPTA argumenteerde dat het niet-optreden van OPTA diende te worden gezien als een impliciete weigering tot het geven van een aanwijzing. De wettelijke bepaling ter toetsing van de kostengeoriënteerdheid van de huurlijnentarieven van KPN Telecom voorzag – volgens de voorzieningenrechter – uitdrukkelijk niet in een op een rechtsgevolg gerichte (schriftelijke) beslissing van OPTA tot (niet-)instemming.[122] De constructie van OPTA leidde volgens de rechtbank tot een 'juridische fictie' die zich ver verwijdert van zowel de structuur van de toepasselijke regelgeving als de feitelijke situatie.

Dit had ook tot gevolg dat concurrenten van KPN Telecom niet konden klagen toen OPTA ten onrechte een verlaging van de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom goedkeurde die tot een price squeeze leidde. Als gevolg van de verlaging door KPN Telecom raakten concurrenten (in casu carrier preselect-aanbieders) klem tussen de lage eindgebruikerstarieven en de hoge interconnectietarieven van KPN Telecom.

---

117. Zo werd Versatel niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar en beroep tegen een – impliciete – weigering van OPTA tot het geven van een aanwijzing aan KPN Telecom: Rb. Rotterdam 25 november 2002, Versatel vs. OPTA, reg.nr. TELEC 00/1676-SIMO, niet gepubliceerd.
118. Zie bijvoorbeeld: Voorlopig oordeel initieel tarief ontbundelde toegang tot de aansluitlijn (MDF access) van 28 oktober 1999, www.opta.nl.
119. Zie bijvoorbeeld: Oordeel interconnecterende huurlijnen van 20 december 2002 (kenmerk OPTA/IBT/2002/204306), www.opta.nl.
120. Zie bijvoorbeeld: Richtsnoeren van OPTA/NMa met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken van 17 augustus 1999 (kenmerk OPTA/IBT/99/7064), www.opta.nl.
121. Vz. Rb. Rotterdam 31 maart 2000, Landelijke Organisatie Kerktelefoon/OPTA, reg.nr. VTELEC 00/0083-SIMO, Mediaforum 2000, Jur.nr. 42, m.nt. W. Hins. Deze uitspraak is nog gebaseerd op art. 5.5 aanhef en onderdeel d Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie, de voorloper van art. 16 en 17 BOHT.
122. Anders is het geregeld in art. 16 lid 3 BOHT, waarin is bepaald dat het kostentoerekeningssysteem van de aangewezen aanbieder (KPN Telecom) de 'goedkeuring' van OPTA behoeft. Deze goedkeuring lijkt een voor bezwaar vatbaar besluit. Dit was in elk geval het standpunt van OPTA in de beslissing op bezwaar van 18 juni 1999 in de zaak Esprit tegen de goedkeuring door de Minister van Verkeer en Waterstaat van het kostentoerekeningssysteem van KPN Telecom voor huurlijnen, toen nog op basis van het Barp en de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (niet gepubliceerd).

Hoewel de klagers door OPTA niet-ontvankelijk werden verklaard ten aanzien van hun klacht wegens het ontbreken van een 'besluit' in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb,[123] werd uiteindelijk door OPTA (een jaar na dato!) 'ambtshalve' het probleem 'opgelost' (maar niet met terugwerkende kracht).[124] Dit gebrek aan rechtsbescherming leidde ertoe dat de besluitvorming van OPTA voor de direct getroffenen niet controleerbaar was en zij de negatieve gevolgen van de besluitvorming van OPTA niet aan een rechter konden voorleggen. Voor een aantal van de groep klagers kwam de interventie van OPTA te laat: zij hebben de price squeeze niet overleefd. Deze omissie is pas nadien door de wetgever gecorrigeerd door wijziging van het BOHT.[125] Door de wijziging van de artikelen 17 en 36 BOHT staat nu vast dat OPTA's instemming (met de tarieven van KPN Telecom) een voor bezwaar vatbaar besluit is, waartegen 'belanghebbenden' kunnen opkomen. Bovendien heeft de wetgever hier duidelijke en strakke beslistermijnen voor OPTA opgenomen. Deze wetgeving is een mooi voorbeeld van hoe het wel moet: een wettelijke regeling, die de besluitvorming en de daaraan gekoppelde rechtsbescherming op een duidelijke en heldere wijze regelt, en die aansluit bij efficiënt toezicht. Helaas vormt deze regeling een uitzondering in de telecommunicatiewetgeving. Deze regeling kwam echter pas tot stand na vele onnodige procedures, ten koste van eindgebruikers en concurrenten.

Een ander aspect van het besluitbegrip betreft de vraag of een besluit van algemene strekking als een algemeen verbindend voorschrift dient te worden gekwalificeerd, waartegen geen bezwaar of beroep openstaat.[126] Deze vraag deed zich voor in de procedures van Versatel 3G ten aanzien van de besluitvorming rondom de UMTS-veiling. Versatel had diverse bezwaren tegen de wijze waarop de veiling was ingericht, met name vanwege het feit dat de betrokken regelingen geen rekening hielden met potentiële nieuwkomers op de mobiele markt. Het CBB oordeelde dat de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat ten onrechte Versatel 3G niet-ontvankelijk had verklaard in het bezwaar tegen het Frequentiebesluit. Naar het oordeel van het CBB was sprake van een besluit niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, aangezien in dit besluit 'de inhoud van de naderhand te verlenen vergunning reeds op rechtens bindende wijze wordt bepaald' en daarmee 'de rechtspositie van de potentiële vergunninghouder wordt bepaald'.[127]

123. Besluit van OPTA van 23 maart 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/200677), niet officieel gepubliceerd.

124. Oordeel van 28 juni 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/201632), www.opta.nl.

125. Besluit van 7 november 2001 tot wijziging van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (leveringsplicht en goedkeuring voorgenomen tariefswijzigingen), Stb. 2001, 550.

126. Zie voor een mooi overzicht over het begrip algemeen verbindend voorschrift: S.E. Zijlstra, Recente jurisprudentie over het begrip algemeen verbindend voorschrift, Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 2002, p. 170-180.

127. CBB 18 juli 2001, Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat e.a. vs. Versatel 3G, zaaknrs. AWB 00/910, 00/913, 00/924, 00/925 34545, www.rechtspraak.nl.

Versatel 3G kon derhalve tegen het Frequentiebesluit opkomen. Deze ruime opvatting van het besluitbegrip liep Versatel 3G vervolgens echter weer voor de voeten, aangezien de bezwaren van Versatel 3G zich tevens richten op de Regeling aanvraag en de Regeling veiling. Tegen deze ministeriële regelingen had zij juist weer geen bezwaar aangetekend. De Rechtbank Rotterdam besliste dat ook deze ministeriële regelingen als een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift zijn aan te duiden:

> 'Het gaat hierbij dan ook niet om algemene en voor herhaalde toepassing bedoelde en geschikte regels, die – dus – ook gelden voor toekomstig belanghebbenden, maar om concrete bepalingen ter uitwerking van een verdelingsprocedure, die daarmee gericht zijn tot de ondernemingen die op dat moment (potentiële) spelers op de desbetreffende markt zijn.'[128]

De vraag kan worden gesteld of deze ruime rechtsbescherming in het kader van economisch recht, als het verlenen van vergunningen op basis van een veiling, juist weer niet te veel van het goede is. Immers, de gevolgen van het naderhand terugdraaien van een veiling indien de bezwaren of beroepen gegrond zouden worden verklaard, leiden tot enorme economische gevolgen.[129] Immers, dit zou kunnen betekenen dat reeds aangelegde nieuwe netwerken op basis van de nieuwe vergunningen wellicht ten onrechte zijn aangelegd. Deze consequentie zou kunnen worden 'verzacht' door een speciale wettelijke regeling op te nemen die voorziet in een schorsingsprocedure tijdens of vlak voor de start van de veiling. Termijnen zouden kunnen worden bekort tot bijvoorbeeld een week, waarbinnen belanghebbenden de mogelijkheid hebben schorsing bij de voorzieningenrechter te vragen met betrekking tot (aspecten van) de veiling.[130] Hierdoor zou 'snelrecht' kunnen worden gedaan en kan de voorzieningenrechter snel knopen doorhakken.

In dit verband kan nog worden gewezen op de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van het Hof van Justitie in de zaak Connect Austria Gesellschaft,[131] die pleit voor een ruime rechtsbescherming. Geelhoed overweegt dat artikel 5bis lid 3 van Richtlijn 90/387/EEG[132] een algemeen karakter heeft en beoogt te garanderen dat de besluitvorming door de nationale regelgevende instanties met de nodige waarborgen moet zijn omkleed. Bovendien moet de mogelijkheid bestaan tegen dergelijke besluitvorming in beroep te gaan:

---

128. Rb. Rotterdam 29 november 2002, Versatel 3G vs. Staatssecretaris van Economische Zaken e.a., zaaknr. TELEC 01/418-SIMO en TELEC 01/814-SIMO, www.rechtspraak.nl. Bijzonder in deze zaak is dat de rechtbank van oordeel is dat deze regelingen formele rechtskracht hadden gekregen.
129. Vgl. B.J. Schueler in zijn oratie 'Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming' ter aanvaarding van zijn hoogleraarsambt op 22 januari 2003, nog niet gepubliceerd.
130. Vgl. de procedure van art. 35 lid 4 Mw.
131. Conclusie van advocaat-generaal L.A. Geelhoed van 13 december 2001, Connect Austria Gesellschaft für Telecommunication GmbH vs. Telecom-Control-Kommission, zaak C-462/99, http://europa.eu.int./index.htm.
132. PbEG 1997, L 295/3.

'Het recht om in beroep te gaan is naar mijn oordeel onmisbaar in het stelsel van de richtlijn en meer in het stelsel van de liberalisering van de telecommunicatiewetgeving. Nog los van het gegeven dat alle bepalingen uit EG richtlijnen nauwgezet en volledig moeten worden omgezet, betekent een en ander dat het recht in beroep te gaan niet beperkt mag worden uitgelegd. Een beperking van de omvang van het beroepsrecht of *van de soorten besluiten* waarvoor het beroep open staat acht ik niet toelaatbaar.' (curs. ATO)[133]

Het Europese recht kan dus de reikwijdte van het nationale bestuursrechtelijke begrip (in casu het besluitbegrip) bepalen. Reeds eerder is gewezen op de doorwerking van het Europese recht op het nationale bestuurs(proces)recht.[134]

In de praktijk van OPTA (en overigens ook de NMa) spelen (voorlopige) (rechts)oordelen[135] een belangrijke rol. Daarnaast neemt OPTA incidenteel een voorlopig besluit. Bij al deze verschillende verschijningsvormen doet zich de vraag voor of sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Ten aanzien van een voorlopig oordeel (van de NMa) heeft de Rechtbank Rotterdam snel duidelijkheid gegeven: dit is geen besluit waartegen bezwaar of beroep openstaat.[136] De rechtbank heeft dit nu ook bevestigd voor oordelen van OPTA.[137]

Interessant in dit verband betreft de correspondentie tussen OPTA en KPN Telecom aangaande de transittarieven die de Business Unit Carrier services van KPN Telecom aan andere telecommunicatieondernemingen in rekening bracht.[138] In de eerste brief constateerde OPTA een overtreding van de Tw, in de andere twee brieven kondigde OPTA handhavingsmaatregelen (last onder dwangsom) aan. KPN Telecom maakte tegen de eerste brief bezwaar. OPTA verklaarde dit bezwaar niet-ontvankelijk, aangezien geen sprake zou zijn van een rechtshandeling. Het argument van KPN Telecom dat sprake zou zijn van een als definitief bedoeld rechtsoordeel omtrent de toepasselijkheid van wettelijke voorschriften, werd door het college niet aanvaard. Het gevolg van deze beslissing van OPTA is dat de nadruk geheel op het handhavingstraject komt te liggen en niet separaat tegen het onderliggende oordeel kan worden opgekomen. OPTA meende evenwel dat in casu niet aan het door de jurisprudentie ontwikkelde

133. Zie de overwegingen 47 en 48 van de hiervoor genoemde conclusie van Geelhoed.

134. Preadviezen uitgebracht door E. Steyger, R.J.G.M. Widdershoven & A.W.H. Meij, Europees recht en het Nederlands bestuursrecht, Algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief recht op 10 mei 1996, Alphen aan den Rijn: Samsom 1996.

135. Zie bijvoorbeeld: Oordeel van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit over de evaluatie van het door OPTA gehanteerde beoordelingskader voor de kortingen van KPN op de vaste telefoondienst van 12 december 2001, www.opta.nl.

136. Rb. Rotterdam 24 januari 2000, Vereniging Belangenbehartiging Schildersbedrijven e.a. vs. d-g NMa, zaaknr. MEDED 99/602-scr., M&M 2000, p. 79-82, m.nt. P.J.M. Koning.

137. Rb. Rotterdam 4 februari 2003, KPN Telecom vs. OPTA, reg.nr. TELEC 01/87 RIP, nog niet gepubliceerd. Deze zaak betrof het zogenoemde RIA-oordeel van OPTA op grond van art. 6.7 lid 3 Tw.

138. Dit betreft de brieven van OPTA aan KPN Telecom van 22 maart 2001, 23 mei 2001 en 10 augustus 2001, alle www.opta.nl.

criterium was voldaan: het was voor KPN Telecom niet onevenredig bezwarend om een handhavingsbesluit af te wachten.

4.3.2 Het belanghebbendebegrip

Een ander belangrijk aspect betreft de reikwijdte van het belanghebbendebegrip. Daarbij spitst de vraag zich toe of concurrenten belanghebbenden zijn in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. De (voorzieningenrechter van de) rechtbank te Rotterdam bepaalde aanvankelijk – in de cruciale aanvangsperiode waarin concurrentie op gang begon te komen – dat concurrenten geen 'belanghebbende' in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb zijn. Zo werd Versatel in de aanwijzingszaak van Libertel als procespartij geweigerd te interveniëren met betrekking tot het schorsingsverzoek van Libertel ten aanzien van het aanwijzingsbesluit van OPTA.[139] Dit betekende dat de weg voor concurrenten om te opponeren tegen besluiten van OPTA over het al dan niet aanwijzen van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht of de nieuwe eindgebruikerstarieven van KPN Telecom, werd afgesloten.[140] Deze consequentie valt moeilijk te rijmen met het telecommunicatierecht, waar juist de bevordering van concurrentie en daarmee de positie van concurrenten van de voormalige monopolist centraal staat. Of anders gezegd:

> 'Volgens het ONP ex ante toezicht moet de toezichthouder de concurrentieverhoudingen op de markt vooraf vast stellen, hetgeen noodzakelijkerwijs meebrengt dat iedere (potentiële) toetreder tot de markt of daarop reeds actieve nieuwkomer in beginsel belanghebbende is bij de inhoud van de beslissingen die de toezichthouder neemt.'[141]

Concurrenten worden bij een dergelijke strikte toepassing van de regels van de Awb bij de ontwikkeling en toepassing van het telecommunicatierecht dus volledig buiten spel gezet. Deze uitkomst is bovendien onnodig geweest, aangezien juist ten aanzien van concurrenten geen discussie over de reikwijdte van het begrip belanghebbende had dienen te bestaan. De strikte toepassing van het Awb-begrip door de Rechtbank Rotterdam valt moeilijk te rijmen met andere uitspraken van de Awb-jurisprudentie. In het bestuursrecht zijn concurrenten eerder al als 'belanghebbende' beschouwd[142] en ook de NMa past op deze wijze het begrip in haar beschikkingspraktijk toe.

De rechtbank heeft dit uiteindelijk ingezien en is (gedeeltelijk) overstag. In een belangwekkende uitspraak heeft de rechtbank (ten overvloede) bepaald dat OPTA ten onrechte had aangenomen dat Versatel niet rechtstreeks bij het besluit van OPTA (tot

---

139. Vz. Rb. Rotterdam 24 december 1999, Libertel/OPTA, reg.nr. VTELEC 99/2547-SIMO, Mediaforum 2000, Jur.nr. 13, m.nt. E. Loozen & K. Mortelmans.

140. Strikt genomen stond voor hen nog de mogelijkheid van een civielrechtelijke procedure open, maar in de praktijk is dit – mede gezien de gespecialiseerdheid van de materie – geen begaanbare weg.

141. E.J. Dommering e.a. (2001), p. 85.

142. R.J.N. Schlössels, Het belanghebbende-begrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2, leden 1 en 2 Awb, Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 2001, p. 108-109.

niet-aanwijzing van KPN Telecom) was betrokken.[143] De rechtbank overweegt dat niet alleen de (gereguleerde of te reguleren) marktpartij tot welke een besluit is gericht, maar ook die marktpartijen die in een concurrentiële of anderszins rechtens relevante relatie staan tot de gereguleerde of te reguleren marktpartij en op welker (rechts)positie het betrokken besluit in voldoende mate rechtstreeks van invloed is, als belanghebbende bij dat besluit worden aangemerkt. Versatel had volgens de rechtbank voldoende belang bij het al dan niet aanwijzen van KPN Telecom, waarbij doorslaggevend is dat, gelet op de uit de artikelen 6.5, 6.6 en 6.9 Tw voor de aangewezen marktpartij voortvloeiende verplichtingen, door een aanwijzing de (rechts)positie van de partijen bij een dergelijke overeenkomst in zoverre onherroepelijk en niet onderhandelbaar wordt vastgelegd.

Deze uitspraak vormt een belangrijke doorbraak: het opent de weg voor een meer flexibele interpretatie van de Awb-begrippen tegen de achtergrond van de doelstellingen van een specifieke wet, zoals de Tw. Daarbij lijkt het aspect van ex ante wetgeving en de speciale taken van de toezichthouder een grote rol te spelen. De rechtbank deed hiermee eindelijk, twee jaar na inwerkingtreding van de Tw, recht aan de vereiste rechtsbescherming voor telecommunicatieondernemingen die in concurrentie staan met de incumbent of een onderneming met aanmerkelijke marktmacht. Via een (gerechtelijke) procedure kunnen zij nu invloed uitoefenen op het proces van liberalisering, in het geval sprake is van een besluit van OPTA omtrent aanwijzing van een telecommunicatieonderneming met aanmerkelijke marktmacht. Waar voorheen concurrenten de deur werden gewezen (zie de genoemde Libertel-zaak), kunnen zij zich nu wel in deze procedure mengen.[144] Concurrenten van deze marktpartijen die het niet met deze besluiten eens zijn, kunnen als gevolg van deze uitspraak nu bezwaar tegen deze besluiten van OPTA aantekenen.

Daarnaast heeft de uitspraak direct effect voor de toetsing van de eindgebruikerstarieven (voor openbare telefonie) van KPN Telecom. Als gevolg van de uitspraak kunnen concurrenten nu ook tussenbeide komen bij de besluitvorming van OPTA omtrent de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom. Door de uitspraak van de rechtbank is nu ook duidelijk dat concurrenten 'belanghebbenden' zijn en kunnen ageren tegen tariefsbesluiten van OPTA op grond van artikel 36 BOHT. Het is wel zuur te moeten

---

143. Rb. Rotterdam 7 januari 2002, Versatel vs. OPTA, zaaknr. TELEC 00/1010-SIMO, Mediaforum 2002, Jur.nr. 9, m.nt. M.J. Geus. In dezelfde zin voor de postsector: Rb. Rotterdam 7 augustus 2002, Impress B.V. vs. OPTA en TNT Postgroep, reg.nr. POST 00/2565/SIMO, met betrekking tot een aanwijzing van OPTA aan PTT Post, www.rechtspraak.nl.

144. Zie bijvoorbeeld de intrekking van de aanwijzing van Libertel ex art. 6.4 lid 1 Tw en het besluit van OPTA tot niet-aanwijzing van KPN Mobile op de nationale markt met betrekking tot de vaste en mobiele openbare telefoondienst tezamen ex art. 6.4 lid 2 Tw. Een formeel besluit van OPTA is hierover niet gepubliceerd. Het besluit is te kennen uit de brief van OPTA van 19 december 2001 aan alle mobiele operators, gepubliceerd op www.opta.nl. Procedures van concurrenten zijn tegen deze besluiten van OPTA aanhangig gemaakt.

constateren dat op het moment dat deze interventie het hardst nodig was, deze weg niet openstond.

De vraag blijft nu nog open of anderen dan concurrenten, zoals afnemers of andere eindgebruikers, ook tegen dergelijke besluiten van OPTA zouden kunnen procederen. De rechtbank overweegt immers dat ook andere marktpartijen 'die in een anderszins relevante relatie staan' als belanghebbenden kunnen worden beschouwd. In het licht van de eerdergenoemde Postbussen-uitspraak lijkt het niet waarschijnlijk dat 'gewone' afnemers van de diensten van KPN Telecom tot deze categorie behoren. Aan de andere kant kan ook met recht worden betoogd dat ook hier het ex ante karakter van de regelgeving doorslaggevend zou moeten zijn. Deze specifieke regelgeving heeft immers tevens de bescherming van consumenten tot doel, een doelstelling die in het telecommunicatierecht nogal eens ondergesneeuwd raakt.[145] Dit betreft een moeilijke afweging, die naar mijn mening vooralsnog in het nadeel van de gewone afnemers en consumenten dient te komen. Indien zij eveneens tegen dergelijke besluiten zouden kunnen opkomen, zou in mijn visie een overkill aan rechtsbescherming ontstaan die een effectief toezicht in de weg staat.

De rechtbank overweegt in de Versatel-uitspraak verder ten overvloede dat concurrenten geen belanghebbenden zijn bij een uitspraak van OPTA in een geschil tussen twee andere marktpartijen. De rechtbank handhaaft in deze haar eerder uitgesproken standpunt, zoals neergelegd in een eerdere Versatel-uitspraak.[146] In deze zaak overwoog de president dat doorslaggevend is dat een andere partij die niet bij het geschil betrokken is, de mogelijkheid heeft een eigen geschil met KPN Telecom aan OPTA voor te leggen. In de visie van de rechter is een beslissing van OPTA in een interconnectiegeschil voor anderen dan partijen bij dat geschil niet een 'onherroepelijke en bindende beslissing'. Hoewel dit strikt genomen juist is, werkt een dergelijk besluit van OPTA wel degelijk als bindend voor alle marktpartijen. Immers, KPN Telecom (als aangewezen marktpartij) is gebonden aan het non-discriminatiebeginsel en is dus gehouden de uitkomst van het geschil voor alle marktpartijen op dezelfde wijze ten uitvoer te leggen. Aan de andere kant zou een interventie van andere partijen weer tot de nodige vertraging van de procedure leiden, procedures die reeds veel tijd in beslag nemen. Deze factor is naar mijn mening doorslaggevend en dwingt tot een beperking van de kring van belanghebbenden. Indien andere marktpartijen menen dat zij door de uitkomst

145. Zie in dit verband de waarschuwende opmerking van de Europese Commissie in het Zevende Implementatierapport (2001), p. 15.

146. Rb. Rotterdam 28 februari 1998, Versatel vs. OPTA, reg.nr. VWTV 97/42S5-S1, Mediaforum 1998, Jur.nr. 28 en Computerrecht 1998, p. 89-97, m.nt. P. Burger. Vgl. Vz. Rb. Rotterdam 16 februari 2001, KPN Telecom/OPTA en MCI WorldCom, reg.nr. VTELEC 00/2530-SIMO, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, Computerrecht 2001, p. 159-163. In deze zaak werd MCI WorldCom als de oorspronkelijke verzoeker van het interconnectiegeschil wel als procespartij toegelaten, maar Level3 niet. Deze laatste partij was niet bij het interconnectiegeschil betrokken, doch had een eigen geschil aanhangig gemaakt.

van het geschil gedupeerd zijn, staat niets hun in de weg een eigen geschil te initiëren, waarin zij andere standpunten of omstandigheden naar voren kunnen brengen. In hoofdstuk 6 zal nader op de specifieke aspecten van geschilbeslechting worden ingegaan.

4.3.3 De inrichting van procedures

Nationale procedureregels
In de Tw is vrijwel niets geregeld ten aanzien van de inrichting en het verloop van procedures.[147] Dit staat in schril contrast met bijvoorbeeld de Mw, die vele bepalingen over de (te doorlopen fases van) procedures bevat. In de Tw is hier echter geen aandacht aan besteed. Slechts voor twee typen geschillen is in de Tw een termijn voorgeschreven, waarbinnen OPTA dient te beslissen (voor interconnectie zes maanden[148] en voor gedoogplicht acht weken[149]). In de andere gevallen worden geen termijnen genoemd. In dat geval dient derhalve te worden teruggevallen op de algemene bepaling van artikel 4:14 Awb. De geschillenregeling rondom huurlijnen staat – in tegenstelling tot de andere regelingen – wel uitgebreid omschreven in het Besluit ONP-geschillenbeslechting (bijvoorbeeld de termijn waarbinnen het geschil aanhangig dient te zijn gemaakt).[150]

Ook OPTA heeft lang het belang van duidelijke en transparante procedures niet ingezien. Hier bestond geen aandacht voor. Na lang aandringen vanuit de praktijk[151] heeft OPTA voor geschilprocedures een Procedureregeling geschillen[152] gepubliceerd. Deze procedureregels waren evenwel lange tijd niet beschikbaar en dat heeft de eerste jaren van het toezicht voor veel onduidelijkheden en vertragingen gezorgd. Dit was mede te wijten aan onervarenheid aan de zijde van OPTA. Ook nu nog zou er bij OPTA meer oog dienen te zijn voor het belang van (het de hand houden aan) strakke procedureafspraken en termijnen, bijvoorbeeld voor het toe- en doorzenden van stukken (door OPTA) en vanzelfsprekend beslistermijnen.[153] Hoewel artikel 6.3 lid 3 sub a bepaalt dat OPTA binnen zes maanden dient te beslissen, verlengt OPTA deze termijn indien partijen nadere stukken wensen in te dienen of te laat stukken leveren. Hoewel hier begrip voor bestaat, dient OPTA er strakker op toe te zien dat hier geen misbruik van wordt gemaakt. Immers, zo heeft de verweerder van de geschilprocedure (in veel geval-

147. Uitzondering hierop zijn de art. 15.4-15.13 Tw ten aanzien van het opleggen van boetes (zie hoofdstuk 5 over handhaving).
148. Art. 6.3 lid 3 sub a Tw.
149. Art. 5.3 lid 3 Tw.
150. Zie art. 3 Besluit ONP-geschillenbeslechting.
151. Zie bijvoorbeeld A.T. Ottow, De procedures bij OPTA: geen sinecure, M&M 2000, p. 5.
152. Stcrt. 2001, 138, p. 19.
153. Zie voor de doorlooptijd van deze procedures: Ottow (2000), p. 3-10 en Achtste verslag van de Commissie over de tenuitvoerlegging van het pakket telecommunicatieregelgeving van 3 december 2002 (COM (2002) 695 def.), Annex 3.10 The Netherlands, p. 1-2.

len KPN Telecom) er belang bij de zaak zolang mogelijk te rekken en dus termijnen op te schuiven. KPN Telecom heeft hier in de praktijk handig gebruik van weten te maken. Bovendien verzuimt OPTA nogal eens zelf direct stukken door te zenden, hetgeen tot onnodig tijdsverlies leidt.

Deze Procedureregeling geschillen geldt evenwel weer niet voor andere dan de geschilprocedures. In zijn algemeenheid houdt OPTA de openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb aan. Deze procedure wordt evenwel regelmatig doorkruist door een consultatieprocedure, waarbij andere, niet bij het geschil betrokken partijen over de problematiek worden geconsulteerd. OPTA houdt in dat geval de besluitvorming in het geschil aan, in afwachting van de uitkomst van de consultatie. Hiermee is vaak een halfjaar vertraging gemoeid. Hoewel dit de rechtsbasis en rechtszekerheid van de besluitvorming ten goede komt, dient te worden geconstateerd dat OPTA vaak pas achteraf – nadat het geschil is gerezen – tot consultatie en het opstellen van beleidsregels overgaat. Dit heeft tot veel vertragingen geleid.[154] OPTA had hier (zeker in het begin) pro-actiever kunnen optreden.

In de praktijk is de onderlinge samenwerking en afstemming tussen OPTA en de NMa omgeven met de nodige procedurele intransparanties. Het Samenwerkingsprotocol bevat een opsomming in welke zaken NMa en OPTA bij elkaar advies moeten inwinnen. Inmiddels hebben beide instanties diverse keren bij elkaar advies ingewonnen bij de voorbereiding van diverse besluiten. Noch het Samenwerkingsprotocol noch de Procedureregeling geschillen bevatten regels op dit punt. De wijze waarop een advies c.q. instemming totstandkomt, wordt hierin niet geregeld. De inschakeling van de NMa geschiedt bovendien in veel gevallen geheel buiten de betrokken partijen om. Zo heeft OPTA bijvoorbeeld in de zaak Canal+ de NMa om advies gevraagd naar aanleiding van een conceptbesluit. OPTA heeft dit advies derhalve in de eindfase van de procedure ingewonnen. De NMa is in staat gebleken dit advies binnen een zeer korte termijn (drie weken) te geven. De contacten tussen de autoriteiten hebben ertoe geleid dat OPTA haar conceptbeslissing aanpaste alvorens de NMa haar advies definitief uitbracht. Verweerder in dit geschil (A2000) werd door OPTA echter niet meer in de gelegenheid gesteld op dit advies te reageren. Ook zijn de betrokken partijen niet door de NMa gehoord bij de voorbereiding van het advies. A2000 verzocht de president van de Rechtbank Rotterdam het (voorlopig) besluit van OPTA te schorsen, onder meer op grond van de stelling dat OPTA onvoldoende recht had gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor en dat OPTA de directeur-generaal van de NMa onvoldoende had geïnformeerd. De president overwoog ten aanzien van dit bezwaar:[155]

154. Zie de diverse voorbeelden van doorlooptijden in Ottow (2000), p. 6.
155. Stcrt. 1999, 2.

'Al hetgeen verzoekster heeft aangevoerd om te betogen dat sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor, komt in de kern hierop neer dat de wijze waarop verweerder procedureel heeft geopereerd bij de voorbereiding van de bestreden aanwijzing ertoe heeft geleid dat verweerder is uitgegaan van een deels onjuiste voorstelling van zaken, terwijl verzoekster voorts niet in de gelegenheid is geweest ten volle haar zienswijze kenbaar te maken. De President laat in het midden of wellicht ten aanzien van een of meer van de door verzoekster genoemde concrete voorvallen zou moeten worden geoordeeld dat het beginsel van hoor en wederhoor niet (ten volle) is nageleefd. Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit immers voort dat verzoekster daardoor niet in haar belangen kan zijn geschaad.

Voorts is van belang dat de gemachtigde van verweerder ter zitting onweersproken heeft verklaard dat in elk geval bij de voorbereiding van de beslissing op het bezwaar verzoekster de beschikking heeft gehad over alle relevante informatie. Tenslotte heeft de President geen aanknopingspunten kunnen vinden om te oordelen dat de d-g NMa niet ten volle in staat is geweest vanuit zijn – niet technische, maar mededingingsrechtelijke – expertise een oordeel over de bij brief van 17 juni 1999 aan hem voorgelegde concept-beslissing van verweerder te geven.'

Niet ondenkbaar is dat in een andere situatie de besluitvorming wél onzorgvuldig is voorbereid doordat partijen niet, althans onvoldoende, in de gelegenheid waren hun visies aan de NMa kenbaar te maken. In de aanwijzingsbesluiten van KPN Telecom en Libertel werd door OPTA in het geheel geen melding gemaakt van de betrokkenheid van de NMa bij de besluitvorming. Uit het eerdergenoemde kortgedingvonnis van de president van de Rechtbank Rotterdam kan worden afgeleid dat eerst tijdens het kort geding bleek dat de NMa wel had ingestemd met het aanwijzingsbesluit van OPTA, doch dat KPN Telecom en Libertel in het geheel niet in deze afstemmingsprocedure waren gekend.[156] De omgekeerde situatie heeft zich inmiddels ook voorgedaan, hetgeen is af te leiden uit het besluit van de directeur-generaal van de NMa in de zaak Libertel.[157] Het besluit is mede gebaseerd op een visie van OPTA neergelegd in een brief aan de NMa.[158] Uit het besluit blijkt niet dat Libertel de gelegenheid heeft gehad haar standpunt bij OPTA neer te leggen over de door de NMa gestelde vragen. Op grond van het standpunt van OPTA komt de directeur-generaal van de NMa tot het besluit dat artikel 16 Mw niet van toepassing is en dat hij bevoegd is de bestreden Service Provider Overeenkomst te beoordelen onder de Mededingingswet. Het verdient aanbeveling dat voor overleg tussen OPTA en de NMa transparante procesregels worden geformuleerd.

---

156. Het nadien door Libertel ingestelde bezwaar tegen deze instemming van de NMa met het aanwijzingsbesluit van OPTA werd niet-ontvankelijk verklaard, beslissing op bezwaar van 8 oktober 2001, nr. 2273/26.O192, www.nmanet.nl. De d-g NMa overwoog dat aan de 'reactie' van de d-g op het c188oncept-besluit van OPTA geen rechtsgevolgen zijn verbonden. OPTA is immers niet verplicht de reactie in haar besluitvorming mee te nemen, aldus de d-g. De advisering van de d-g NMa betreft slechts een voorbereidingshandeling, niet gepubliceerd.

157. Besluit d-g NMa 4 augustus 1999, zaak 275/57 (Ontheffingsverzoek Libertel), www.nmanet.nl.

158. Zie overweging 96 van het in de voorgaande noot genoemde besluit Libertel.

Europese procedureregels
In de nabije toekomst gaat er veel op het procedurele vlak veranderen, dit als gevolg van de nieuwe ONP Review-richtlijnen, die (zoals gezegd) op 24 juli a.s. dienen te zijn geïmplementeerd. Het nationale procesrecht zal hierdoor geheel door Europese procesregels en procedures worden doorkruist. De richtlijnen onderscheiden drie soorten procedures:
– consultatieprocedure van artikel 6 Kaderrichtlijn (raadpleging en transparantie);
– coördinatieprocedure: artikel 7 (3) Kaderrichtlijn (zie tevens de artikelen 15 (3) en 16 (3), (4) en (5) Kaderrichtlijn en de artikelen 5 en 8 Toegangsrichtlijn); en
– geschilprocedures (artikelen 20 en 21 Kaderrichtlijn).

In dit hoofdstuk zullen de consultatie- en coördinatieprocedures aan de orde komen. In hoofdstuk 6 (Geschilbeslechting) zullen de geschilprocedures separaat worden behandeld.

De consultatieprocedure
In artikel 6 Kaderrichtlijn is bepaald dat de nationale regelgevende instanties over alle ontwerpmaatregelen die zij voornemens zijn te treffen, belanghebbenden dienen te consulteren voorzover deze maatregelen 'aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben'. Belanghebbenden dienen in de gelegenheid te worden gesteld hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel. Voor dergelijke consultaties dienen de nationale regelgevende instanties hun 'nationale raadplegingsprocedures' te publiceren. Dergelijke formele procedures ontbraken tot dusverre in de Tw of regelingen van OPTA. OPTA houdt regelmatig consultaties met de markt, doch deze worden naar eigen inzicht vastgesteld en gehouden, zonder formele regels. Het is niet zo dat consultaties door OPTA consequent worden uitgeschreven voor alle te treffen maatregelen die aanzienlijke gevolgen voor de markt hebben.

In het nieuwe artikel 6b.1 lid 1 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw wordt nu voorgeschreven dat OPTA onderdelen[159] van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.5 Awb dient te volgen voor de in dit artikel opgesomde besluiten, zoals een voornemen tot aanwijzing voor aanmerkelijke marktmacht ex artikel 6a.2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. Ten aanzien van voornemens van OPTA tot het nemen van besluiten in verband met interoperabiliteit op grond van artikel 6.2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw geldt de consultatieverplichting slechts voorzover het besluit 'aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt' heeft.

Het verdient aanbeveling de door OPTA te doorlopen fases van de consultatieprocedure volledig in de wet op te nemen. De verschillende verwijzingen naar de Awb, met alle uitzonderingen en kruisverwijzingen, zijn onoverzichtelijk en verwarrend. Boven-

159. Paragraaf 3.5.6 van Afdeling 3.5 Awb, met uitzondering van art. 3:30 lid 2 Awb.

dien ontbreken beslistermijnen ten aanzien van het nemen van besluiten na de consultatie op nationaal en Europees niveau: artikel 3.33 Awb spreekt over 'zo spoedig mogelijk'. Deze termijn dient te worden geconcretiseerd. Daarnaast kan men zich afvragen of de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure die OPTA dient te volgen niet te veel van het goede is. Hoewel het voordeel van deze procedure is dat nadien geen bezwaarschriftenprocedure meer hoeft te worden gevolgd, kan de wetgever hiervoor ook een speciale regeling treffen (zonder dat daarbij de uitgebreide voorbereidingsprocedure wordt gevolgd). Hiervoor wordt verwezen naar de facultatieve bezwaarschriftenprocedure van het zbo-wetsvoorstel, dat in hoofdstuk 5 wordt behandeld. Neemt men in beschouwing dat naast deze nationale procedure ook nog de Brusselse coördinatieprocedure zal moeten worden gevolgd (zie hierna), dan is het geheel wel erg 'zwaar' te noemen. Van een slagvaardig toezicht kan onder die omstandigheden niet meer worden gesproken.

De coördinatieprocedures
Een belangrijk nieuw onderdeel van de richtlijnen ten opzichte van het huidige recht vormen de coördinatieprocedures. Deze procedurele bepalingen verplichten de nationale regelgevende instanties onder bepaalde omstandigheden overleg te voeren en informatie uit te wisselen met:
– de nationale mededingingsautoriteit (artikel 3 lid 4 en 5 en artikel 16 lid 1 Kaderrichtlijn);
– de nationale instantie belast met de uitvoering van het consumentenrecht (artikel 3 lid 4 Kaderrichtlijn);
– nationale regelgevende instanties in andere lidstaten (artikel 7 lid 3 Kaderrichtlijn); en
– de Europese Commissie (artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 3 Kaderrichtlijn).

Het verplichte overleg zal de nodige tijd in beslag gaan nemen, bovenop de verplichte consultatieprocedures ingeval er sprake is van aanzienlijke gevolgen voor de markt.[160]

Bovendien hebben de Commissie en de andere lidstaten een belangrijke stem in het besluitvormingsproces van de nationale regelgevende instantie verkregen. In de eerste plaats dienen de Commissie en de nationale regelgevende instanties van de andere lidstaten vooraf van voorgenomen maatregelen op de hoogte te worden gesteld. Het betreft de volgende gevallen:
– afwijking van marktdefinitie (artikel 15 lid 3 Kaderrichtlijn);
– vaststelling of een (transnationale) markt al dan niet concurrerend is en aanwijzing van marktpartij(en) met aanmerkelijke marktmacht (artikel 16 lid 3, 4, 5 en 6 Kaderrichtlijn);

160. Zie voor een uitgebreid schematisch overzicht van deze procedures: M. Geus & G.J. Zwenne, Het Europese telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving, Mediaforum 2002, p. 199.

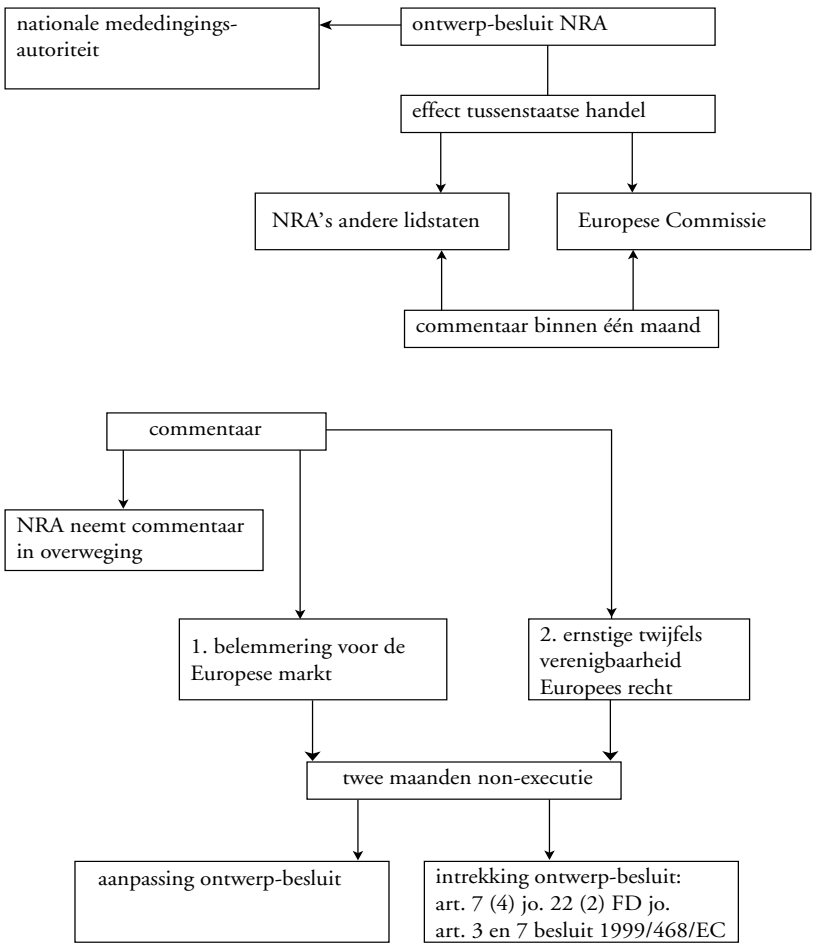
– op te leggen verplichtingen ten aanzien van ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht (artikel 16 lid 4 en 6 Kaderrichtlijn, artikel 5 en artikel 8 lid 4 Toegangsrichtlijn).

De Commissie en de toezichthouders van andere lidstaten dienen evenwel slechts geconsulteerd te worden indien sprake is van een maatregel die 'van aanzienlijke invloed is op de handel tussen lidstaten' (artikel 7 lid 3 sub b Kaderrichtlijn). De Commissie en de nationale regelgevende instanties hebben vervolgens één maand de tijd om hun opmerkingen te maken.

Indien de Commissie meedeelt dat
– de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne Europese markt opwerpt; óf
– zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het Gemeenschapsrecht
moet de vaststelling van de maatregel door de nationale regelgevende instantie nog eens met twee maanden worden uitgesteld. De Commissie heeft in dit geval een actieve bevoegdheid tot ingrijpen: binnen deze termijn kan de Commissie van de nationale regelgevende instantie verlangen dat zij haar ontwerpmaatregel intrekt (zie artikel 7 lid 4, laatste alinea Kaderrichtlijn). Met andere woorden: de Commissie heeft een vetorecht verkregen ten aanzien van belangrijke besluiten van de nationale toezichthouders. Dit ingrijpende besluit van de Europese Commissie dient dan ook vergezeld te gaan van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat de ontwerp-maatregel niet moet worden genomen, tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging van de ontwerp-maatregel. Indien de Commissie geen gebruikmaakt van haar vetorecht, dient de betrokken nationale regelgevende instantie wel zo veel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen van de andere nationale regelgevende instanties en van de Commissie (artikel 7 lid 5 Kaderrichtlijn). Deze procedures zijn in het Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw vastgelegd in de artikelen 6b.2-6b.5.

Schematisch ziet het besluitvormingsproces er als volgt uit:

Coördinatieprocedure



In uitzonderlijke omstandigheden kan de nationale regelgevende instantie in afwijking van de hierboven beschreven procedure onmiddellijk evenredige en voorlopige maatregelen treffen indien zij meent dat deze noodzakelijk zijn 'teneinde de concurrentie te waarborgen en de belangen van de gebruikers te beschermen' (artikel 7 lid 6 Kaderrichtlijn). Een dergelijk spoedbesluit zal tot de nodige complicaties leiden door de samenloop van nationale en Europese (schorsings)procedures.

4.3.4 De openbaarheid van het toezicht

De openbaarheid van besluiten

Een ander procedureel aspect is eveneens een punt van zorg: de openbaarheid van procedures. De publicatie van het tijdschrift Connecties en de website van OPTA[161] hebben een belangrijke bijdrage aan de transparantie van OPTA geleverd. Dit is evenwel niet genoeg. De noodzaak van transparante en deugdelijke besluitvorming brengt mee dat overheidsbesluiten zo veel mogelijk openbaar zijn.[162] Op de website zijn niet alle besluiten van OPTA opgenomen. Een andere rechtsbron is niet voorhanden. Indien uit een bericht in Connecties al valt af te leiden dat een procedure aanhangig is gemaakt of een besluit is genomen, dient dit bij OPTA te worden opgevraagd. In sommige gevallen wordt het besluit (of de brief) zonder enige reserve toegezonden. In een ander geval dient met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) een verzoek te worden ingediend.

Niet valt in te zien waarom OPTA niet in alle gevallen na het verwijderen van de vertrouwelijke gegevens de besluiten of andere documenten zelf op haar website kan plaatsen. Daarnaast zou een register beschikbaar moeten zijn met de lopende procedures (zowel wat de besluiten van OPTA betreft als de uitspraken van de rechtbank en het CBB[163]). Dit stelt belanghebbenden in staat de procedures nauwlettend te volgen. De Awb kent in Afdeling 3.6 (bekendmaking en mededeling) geen algemene regels over de openbaarheid van een besluit. Artikel 3:44 lid 4 onder a Awb bepaalt dat bij een openbare mededeling van het nemen van een besluit dat met toepassing van Afdeling 3.5 Awb is voorbereid, wordt aangegeven hoe en waar het besluit kan worden ingezien. De wetgever gaat uit van openbaarheid, behoudens een regeling in een bijzondere wet. Nu deze regeling ontbreekt, is openbaarheid het uitgangspunt.

In de zaak Yarosa verzocht Yarosa de voorzieningenrechter OPTA te verbieden om tot publicatie van het geschilbesluit over te gaan.[164] Het argument van Yarosa was dat zij als eerste een nieuwe vorm van bijzondere toegang van KPN Telecom had afgedongen, waardoor zij als eerste op de markt in staat was nieuwe diensten aan te bieden. Door publicatie van het besluit zou deze voorsprong verloren gaan en zouden concurrenten op de hoogte raken van haar ondernemingsplan. Yarosa meent dat hier sprake is van bedrijfsvertrouwelijke informatie, waardoor het besluit in zijn geheel niet voor publicatie in aanmerking komt. Deze stelling gaat naar mijn mening te ver. Open-

---

161. Gepubliceerd op www.opta.nl.
162. E.J. Daalder, Processuele openbaarheid: toegang tot stukken in het bestuursproces, Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 2000, p. 153-163.
163. Uitspraken van OPTA, de rechtbank en het CBB worden niet consequent gepubliceerd. Dit maakt het telecommunicatierecht zeer ontoegankelijk.
164. Vz. Rb. Rotterdam 13 februari 2003, Yarosa vs. OPTA, reg.nrs. VWOB 02/3309 NAV en VWOB 02/3310 (hoofdzaak), nog niet gepubliceerd.

baarheid is, zoals gezegd, het uitgangspunt en de uitzonderingen van artikel 10 Wob zijn niet bedoeld om bepaalde ondernemingen op deze wijze een voorsprong te laten behalen. Bovendien is KPN Telecom gebonden aan het non-discriminatiebeginsel en dient zij deze nieuwe bijzondere toegangsdienst ook aan andere ondernemingen te kunnen aanbieden. De voorzieningenrechter kwam evenwel nog niet aan een inhoudelijke beoordeling toe. Hij wijst evenwel de gevraagde voorziening toe, nu OPTA verzoekster ten onrechte niet-ontvankelijk had verklaard. OPTA ging in haar besluitvorming ervan uit dat geen sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Deze mening deelt de rechter niet. Aangezien OPTA wel artikel 10 Wob als toetsingskader had gehanteerd, anticipeert OPTA – in de visie van de rechter – op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 Wob. Dit is naar de mening van de voorzieningenrechter een besluit in de zin van de Awb.[165]

De terinzagelegging van dossiers

De Tw voorziet niet in de terinzagelegging van dossiers. Nu de Tw niet in een speciale procedure voorziet, is de klager aangewezen op de algemene regels van de Awb, waar een en ander slechts summier in titel 4.1 Awb is geregeld. Hierin is geen algemeen recht op inzage neergelegd. In één geval heeft OPTA een dossier ter inzage gelegd en belanghebbenden opgeroepen tot het inzenden van een reactie. Het betrof de zaak Denda, waarin OPTA en de NMa tezamen een voorlopige beoordeling[166] gaven; waarna zij de oproep in de Staatscourant plaatsten.[167] Waarom in deze zaak (in tegenstelling tot andere zaken) tot terinzagelegging is overgegaan, valt niet uit de publicaties op te maken. In de Staatscourant wordt wel overwogen:

> 'De bevoegdheden van NMa en OPTA overlappen elkaar; beide organen zijn bevoegd te oordelen over de door Denda ingediende klachten. De verschillende wettelijke kaders (OPTA-wet, Telecommunicatiewetgeving en Mededingingswet) voorzien echter niet in een materiële invulling, noch in een procedurele uitwerking van de wijze waarop beide toezichtorganen dienen samen te werken.'

Nu een speciale regeling ontbreekt, kan de klager wel een beroep doen op de Wob indien OPTA niet zou voldoen aan verzoeken tot inzage in bepaalde stukken. Deze wet is onverkort van toepassing, waarbij aan de hand van de uitzonderingsgronden van de Wob dient te worden bezien welke bedrijfsvertrouwelijke informatie en interne documenten van OPTA niet tot het openbare dossier behoren. Dit volgt nu ook uit de zaak Yarosa. In de Procedureregeling geschillen is in artikel 6 een regeling opgenomen voor de beoordeling van de vertrouwelijkheid (die aansluit bij artikel 10 Wob), maar

---

165. De zaak werd dan ook behandeld door de gewone bestuursrechter, de sector bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam, als de plaats van vestiging van verzoekster. Volgens de rechtbank betreft het hier geen besluit dat zijn grondslag vindt in de Tw.

166. Voorlopige beoordeling van de NMa en OPTA inzake Denda e.a./KPN van 14 december 1998, www.opta.nl.

167. Terinzagelegging openbaar dossier naar aanleiding van vastgestelde voorlopige beoordeling, Stcrt. 1998, 243.

ontbreekt een speciaal artikel voor de terinzagelegging. Dit laatste ligt voor de hand, aangezien de procedure een beslechting van een geschil tussen twee partijen betreft en derden daar niet bij zijn betrokken. Deze derden worden door de rechtbank ook niet als 'belanghebbenden' gekwalificeerd.[168]

Op welke wijze OPTA met de Wob omgaat, valt niet uit haar 'gewone' besluiten af te leiden. Wob-besluiten heeft OPTA nog nooit gepubliceerd. Het verwijderen van vertrouwelijke informatie geschiedt in overleg – al dan niet met veel gesteggel – met de betrokken partijen. Hiervoor gelden ook geen termijnen, waardoor publicatie van de besluiten nogal eens op zich laat wachten. Een beleid van OPTA hoe het college omgaat met de vertrouwelijkheidsvraag, is niet bekend. De Tw kent één speciale regeling met betrekking tot de toegang tot dossiers: artikel 6.2 lid 3 Tw. Op verzoek van een belanghebbende kan OPTA een afschrift van bij haar gedeponeerde interconnectie – en bijzondere toegangsovereenkomsten – ter beschikking stellen. Daarbij dienen de vertrouwelijke bedrijfsgegevens te zijn verwijderd. Het is aan OPTA te beoordelen welke gegevens als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt. Op welke wijze OPTA met dergelijke verzoeken tot inzage omgaat, is nu vastgelegd in de Beleidsregels inzake depot en openbaarmaking van overeenkomsten inzake interconnectie, bijzondere toegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.[169]

Tot op heden heeft OPTA over de toepassing van deze beleidsregels geen besluiten of zienswijzen gepubliceerd. Interessant is op te merken dat in artikel 7 lid 8 van de beleidsregels is bepaald dat OPTA niet eerder tot het ter beschikking stellen van een afschrift overgaat dan na een week na verzending van de mededeling aan depotplichtige partijen, 'teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich te wenden tot de bevoegde civiele rechter'. Dit laatste zal nu in het licht van de zaak Yarosa moeten worden gecorrigeerd: de (gewone) bestuursrechter lijkt op grond van de Wob bevoegd te zijn.

Deze regeling van OPTA sluit dus aan bij de wettelijke regelingen in de Mw, waarin eenzelfde regeling is voorzien.[170] Echter in deze wettelijke regelingen is de *bestuurs*-rechter, voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam, bevoegd verklaard om over de vertrouwelijkheidskwestie te oordelen. Dit ligt ook voor de hand. Immers, dezelfde rechter zal later in een mogelijke schorsingszaak of beroepsprocedure (over bijvoorbeeld de hoogte van de boete) al dan niet met deze gegevens rekening dienen te houden. Indien de civiele rechter zich in eerste instantie over de vertrouwelijkheid heeft gebogen, staat het de bestuursrechter niet meer vrij hierover zijn eigen oordeel te

168. Rb. Rotterdam 7 januari 2002, Versatel vs. OPTA, zaaknr. TELEC 00/1010-SIMO, Mediaforum 2002, Jur.nr. 9, m.nt. M.J. Geus.

169. Gepubliceerd op 7 oktober 2002, www.opta.nl.

170. Zie de art. 18 lid 4, 35 lid 4 en 42 lid 4 Mw.

geven. Het is vanuit een rechtsbeschermingsoogpunt niet gewenst dat verschillende rechters hierover oordelen.

De Mw-wetgever heeft echter verzuimd een soortgelijke regeling over vertrouwelijkheid op te nemen ten aanzien van de toezending van het rapport als bedoeld in artikel 59 lid 1 Mw (rapport van bevindingen bij het vermoeden van een overtreding). De vraag doet zich voor of de mededeling van de NMa tot het voornemen van toezending van het rapport aan belanghebbenden een besluit is in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. De Rechtbank Rotterdam oordeelde van niet,[171] waardoor de betrokken partijen zich gedwongen zagen zich tot de civiele rechter te wenden.[172] Dit is een ongelukkige uitkomst, aangezien dit tot de gesignaleerde verbrokkeling van de rechterlijke toetsing leidt (en bovendien vanuit een oogpunt van proceseconomie erg inefficiënt is). De bestuursrechter Rotterdam in de zaak Yarosa meent evenwel dat de (gewone en niet-gespecialiseerde Rotterdamse) bestuursrechter wel bevoegd is op grond van de Wob.

De civiele rechter lijkt in het voordeel van niet-openbaarmaking te beslissen. In de zaak Vodafone Libertel achtte de voorzieningenrechter de verstrekking van een bepaald deskundigenrapport door de NMa aan concurrenten van Vodafone Libertel onzorgvuldig en onrechtmatig. Nu het kwaad echter reeds was geschied (de toezending had reeds plaatsgevonden), kon de NMa volstaan met de toezending van een kopie van het vonnis aan deze concurrenten (waarin zij werden aangemaand vertrouwelijk met het rapport om te gaan). Reeds eerder had dezelfde voorzieningenrechter in de zaak Gasunie geoordeeld dat de DTe niet tot openbaarmaking van de verkoopprijzen van de Gasunie aan de distributiemaatschappijen mocht overgaan. Het is zeer de vraag of de uitkomst van deze zaken niet anders zou zijn geweest indien de gespecialiseerde bestuursrechter te Rotterdam de zaak had beoordeeld. Wellicht had deze bestuursrechter meer rekening gehouden met de specifieke toezichthoudende taken van de NMa en de DTe en daarbij het uitgangspunt van openbaarheid gehanteerd.

4.3.5 Diverse overige aspecten

Diverse andere aspecten spelen een belangrijke rol bij de procedures bij OPTA. Dit betreft onder meer de onderwerpen bewijsvergaring en bewijslast en het horen van getuigen en deskundigen. In het kader van dit preadvies zal niet op deze aspecten wor-

171. Zie Vz. Rb. Rotterdam 9 september 2002, Vodafone Libertel vs. d-g NMa, reg.nr. VMEDED 02/2057-RIP, niet gepubliceerd en Vz. Rb. Rotterdam 24 december 2002, Snitjer B.V. en BAM NBM vs. d-g NMa, reg.nr. VMEDED 02/3358-MES, niet gepubliceerd.

172. Vz. Rb. Den Haag 1 oktober 2002, Vodafone Libertel vs. Staat der Nederlanden, KG 02/1016, niet gepubliceerd en 22 januari 2002, Snitjer en BAM NBM (KG 03/21), www. rechtspraak.nl. In de zaak Snitjer en BAM NBM kwamen de NMa en verzoekers tot een compromis dat de NMa vooralsnog het rapport slechts zou toezenden aan de overige bij het (vermeende) kartel betrokken partijen. Indien de NMa voornemens zou zijn het rapport aan andere belanghebbenden toe te zenden, zouden verzoekers eerst in de gelegenheid worden gesteld de zaak aan de rechter voor te leggen.

den ingegaan. In het kader van de bevoegdheden van OPTA tot handhaving zullen in hoofdstuk 5 wel het recht op inlichtingen en het houden van bedrijfsbezoeken kort aan de orde komen.

4.4 Conclusie

Tot nu toe heeft de behandeling van bestuursrechtelijke aspecten in telecommunicatiezaken de overhand gehad. Door onduidelijkheid over (de reikwijdte van) begrippen en procedurele aspecten van het toezicht heeft de discussie zich in de eerste jaren van het toezicht toegespitst op gecompliceerde vraagstukken van bestuurs(proces)recht. Hierdoor is de rechtsbescherming van nieuwkomers op de telecommunicatiemarkt tekortgeschoten. Het ontbreken van een op marktordeningsrecht aangepast procedureel kader vormde een obstakel ten koste van de ontwikkeling van concurrentie.

5 Handhaving en rechtsbescherming

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 van het preadvies is aan de orde gekomen welke bevoegdheden OPTA heeft tot zelfstandig optreden. Hiermee is nog niet behandeld welke maatregelen OPTA kan treffen ter uitoefening van deze bevoegdheden. In onderhavig hoofdstuk zal worden bezien welke instrumenten OPTA ter beschikking staan bij de handhaving van haar bevoegdheden. In hoofdstuk 6 (Geschillenbeslechting) zal specifiek aan de orde komen welke regels OPTA mag stellen in het kader van geschillenbeslechting.

Een onderscheid wordt wel gemaakt tussen preventief en repressief toezicht. Bij de eerste vorm speelt een rol dat bepaald (economisch) gedrag van tevoren door een toezichthouder moet zijn genormeerd, goedgekeurd of nader worden gereguleerd. Het uitoefenen van handhavingsbevoegdheden zou dan als repressief toezicht zijn te kwalificeren.[173]

De handhavingsbevoegdheden zijn in algemene zin geregeld in Afdeling 5.2 Awb. Voor OPTA zijn aanvullende bevoegdheden neergelegd in hoofdstuk 15 en 18 Tw en de OPTA-wet. Op grond van deze bepalingen heeft OPTA de volgende bevoegdheden:
- het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 Awb, artikel 18.7 Tw en artikel 24 OPTA-wet);
- het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb);
- het betreden van plaatsen (artikel 5:15 Awb);
- het verzegelen van bedrijfsruimten en voorwerpen (artikel 15.7 lid 1 Tw);
- zo nodig met behulp van de sterke arm het vorderen van inzage in zakelijke gegeven en bescheiden (artikel 15.7 lid 2 Tw).

Als sancties en maatregelen is OPTA bevoegd tot het opleggen van een last onder dwangsom (artikel 15.2 lid 2 Tw) en boetes tot maximaal 450.000 euro (artikel 15.4 lid 2 Tw).

---

173. P.J.M. Koning, Toezichthouders en het publiek. Zoektocht naar eenheid onder de verscheidenheid, in: De Ru & Peters (2000), p. 95.

Tot op heden heeft OPTA relatief weinig gebruikgemaakt van de genoemde handhavingsbevoegdheden: incidentele bedrijfsbezoeken en enkele lasten onder dwangsom. Verder heeft OPTA (ten tijde van het afronden van dit preadvies) nog geen enkele boete opgelegd. Welk beleid OPTA voert ten aanzien van haar handhavingsbevoegdheden, is niet duidelijk. OPTA heeft over handhaving geen beleidsregels gepubliceerd, dit in tegenstelling tot de NMa en de DTe. Zo publiceerde de NMa de Richtsnoeren boetetoemeting[174] en de DTe de Beleidsregels uitvoering opleggen van een last onder dwangsom.[175] De verklaring voor de terughoudende opstelling van OPTA ten aanzien van het gebruik van handhavingsinstrumenten zou kunnen zijn dat OPTA de nadruk wenst te leggen op ex ante optreden, waarbij minder het opleggen van repressieve maatregelen zou passen. Daarnaast valt uit de behandeling van dossiers af te leiden dat – gezien het accent op de geschilbeslechtende rol van OPTA – OPTA slechts met handhavingsmiddelen in actie wenst te komen, indien de betrokken partijen er zelf in het geheel niet meer uitkomen. Handhaving zou – in de visie van OPTA – moeilijk met deze rol zijn te verenigen. Naar mijn mening zou dit – indien deze analyse klopt – een onjuiste visie zijn. Ook een ex ante toezichthouder dient repressief op te treden en er actief – met gebruikmaking van harde sancties – op toe te zien dat de wet niet wordt overtreden. Dit mede ter voorkoming van herhaalde overtredingen en ter stimulering van concurrentie. Indien dit niet gebeurt, zou ex ante regulering verworden tot een 'papieren tijger'. Naar mijn mening is OPTA te zuinig met deze handhavingsbevoegdheden omgesprongen. Zowel in het kader van geschillenbeslechting, als ook bij andere uitoefening van haar bevoegdheden (bijvoorbeeld de goedkeuring van tarieven) had OPTA meer van deze middelen gebruik moeten maken.

5.2 Algemene handhavingsbevoegdheid

De vraag doet zich voor of OPTA over een algemene handhavingsbevoegdheid beschikt. Deze algemene bevoegdheid zou uit artikel 15.1 lid 3 Tw kunnen worden afgeleid. Dit artikel luidt als volgt:

> '3. Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid, zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.'

Artikel 15.1 lid 3 Tw zou zo kunnen worden gelezen dat OPTA is belast met het toezicht op de naleving van de Tw, voorzover dat toezicht bij artikel 15.1 Tw aan haar is toevertrouwd.[176] Anders gezegd: indien een overtreden norm in de Tw kan worden aangewezen, is OPTA bevoegd tot handhavend optreden. Dit is van belang, aangezien

174. Richtsnoeren van 20 december 2001, www.nmanet.nl.
175. Stcrt. 2001, 61, p. 9.
176. E.J. Dommering e.a. (1999), p. 697.

in vele bepalingen verplichtingen van telecommunicatieondernemingen in de Tw zijn vastgelegd, zonder dat daarbij expliciet is bepaald of en wanneer OPTA deze verplichtingen toetst. In de Denda-zaak lijkt OPTA ook het standpunt in te nemen dat zij over een algemene handhavingsbevoegdheid beschikt. In de voorlopige zienswijze overweegt OPTA:

> 'Op grond van artikel 15, onder a, sub 2 Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit is aan het college het toezicht opgedragen op de naleving van de bepalingen van de Tw., voor zover deze taak bij artikel 15.1, derde lid van de Tw aan het college is toebedeeld. Conform artikel 15.1, derde lid, van de Tw is het college het bevoegde toezichthoudende orgaan op de terreinen waar zowel de minister van Verkeer en Waterstaat als het Commissariaat voor de Media dat niet zijn krachtens respectievelijk het eerste en tweede lid van de genoemde bepaling. Lezing van artikel 15.1 leert dat OPTA bij uitsluiting bevoegd is om toezicht op de naleving te houden op het bij of krachtens artikel 7.5 Tw gestelde. Zowel de artikelen 42 en 43 van het Boht als artikel 2 van het Bud geven uitvoering aan artikel 7.5 van de Tw. Het college acht zich derhalve bevoegd om kennis te nemen van de klacht van Denda.'[177]

Een beperktere lezing van artikel 15.1 lid 3 Tw zou kunnen inhouden dat deze bepaling niet meer doet dan het aanwijzen van de ambtenaren van OPTA die zich met het toezicht bezighouden. Ook indien deze restrictieve interpretatie juist zou zijn, ben ik van mening dat deze bepaling niets afdoet aan de algemene bevoegdheid van een toezichthoudend orgaan tot handhaving van wettelijke bepalingen.

Deze algemene handhavingsbevoegdheid kwam bijvoorbeeld in beeld ten aanzien van de klacht van de carrier preselect-aanbieders over de vermeende price squeeze van KPN Telecom. De carrier preselect-aanbieders verzochten OPTA handhavend op te treden, aangezien zij van mening waren dat de tarieven van KPN Telecom niet kostengeoriënteerd konden zijn wegens de aanwezigheid van een price squeeze. De geschonden norm betrof hier de artikelen 35 en 36 BOHT. Na publicatie van haar beleidsregels over price squeeze constateerde OPTA dat sprake was van een overtreding van de artikelen 35 en 36 BOHT, maar meende zij dat zij slechts kon optreden op het (jaarlijkse) toetsingsmoment waarin het BOHT voorzag. Aangezien op het moment dat de klacht werd ingediend, dit toetsingsmoment net was gepasseerd, moesten de klagers bijna een jaar wachten voordat OPTA kon, althans wenste op te treden. OPTA meende derhalve dat zij – buiten de toetsingsmomenten van het BOHT om – geen gebruik kon maken van een algemene handhavingsbevoegdheid wegens de overtreding van de normen van de artikelen 35 en 36 BOHT.[178] Het is niet duidelijk of OPTA hiermee in feite terugkomt op het standpunt in de Denda-zaak. In die zaak was echter geen sprake van een

177. Besluit van OPTA van 24 september 1999, Denda Multimedia en Topware CD-service AG vs. KPN Telecom, overweging 36, www.opta.nl.
178. Besluit van 23 maart 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/200677), niet gepubliceerd.

specifiek opgenomen toetsingsmoment waaraan OPTA gebonden zou zijn bij de beoordeling van tarieven.

5.3 Geen algemene (bindende) aanwijzingsbevoegdheid

De Awb kent geen bepalingen over aanwijzingen. Nu de bindende aanwijzing wordt gegeven om naleving van regels te bevorderen, ligt het voor de hand deze te rekenen tot de bestuurlijke handhaving. Immers, van bestuurlijke handhaving is sprake indien toezicht op de naleving wordt uitgeoefend of sancties worden opgelegd door bestuursorganen die niet met strafvordering zijn belast. Aan de andere kant kan de bindende aanwijzing, vanwege het preventieve karakter, als een vorm van normstelling worden beschouwd. In die zin kan de aanwijzing worden onderscheiden van de bestuurlijke handhaving, die kan worden geduid als repressief toezicht.[179]

OPTA bezit geen algemene aanwijzingsbevoegdheid op grond van de Tw. Dit in tegenstelling tot de oude Wet op de telecommunicatievoorzieningen, waarin in artikel 43 een algemene bevoegdheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat was neergelegd om aanwijzingen te geven:

> 'Indien de houder van de concessie of de houder van een infrastructuurvergunning handelt in strijd met een bij of krachtens deze wet gestelde regel, kan Onze Minister een aanwijzing geven.'

Bij de organisatie van OPTA is verzuimd een soortgelijke bevoegdheid aan de toezichthouder te geven. Deze algemene aanwijzingsbevoegdheid moet niet worden verward met de 'aanwijzingsbevoegdheid' die OPTA bezit op grond van artikel 6.4 Tw. Deze bevoegdheid is een uitvloeisel uit het Europese recht, waar de toezichthouder de bevoegdheid bezit telecommunicatieondernemingen aan te wijzen die beschikken over zogenoemde 'aanmerkelijke marktmacht'. Een dergelijke aanwijzing heeft tot gevolg dat de aangewezen onderneming gebonden is aan speciale verplichtingen. Op deze aanwijzingsbevoegdheid wordt in het kader van het preadvies niet ingegaan.

Het ontbreken van een algemene, bindende aanwijzingsbevoegdheid is een ernstige omissie gebleken. De gevolgen van deze omissie hebben zich met name voorgedaan ten aanzien van de belangrijke taak van OPTA, de geschilbeslechting. De normen ten aanzien van interconnectie en bijzondere toegang kunnen volgens de systematiek van de Tw slechts aan OPTA worden voorgelegd via een geschil. OPTA heeft geen algemene bevoegdheid om buiten een geschil om ambtshalve tarieven te toetsen. Zo kon OPTA de mobiele terminating-tarieven van de mobiele telecommunicatieonderne-

179. M. de Rijke, De bindende aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder, M&M 2001, p. 231.

mingen niet beoordelen dan nadat een geschil zich bij haar aandiende. Indien OPTA een algemene aanwijzingsbevoegdheid zou hebben gehad, zou zij op eigen initiatief de tarieven hebben kunnen beoordelen en de betrokken ondernemingen een aanwijzing tot verlaging van de tarieven hebben kunnen geven. Door deze geschilafhankelijkheid heeft OPTA niet tijdig kunnen ingrijpen.

In de Tw is slechts één specifieke bepaling over een aanwijzingsbevoegdheid opgenomen: artikel 8.7 Tw, waarin is bepaald dat OPTA 'bindende aanwijzingen' kan treffen op verzoek bij een geschil over toegang tot de kabel. Deze bindende aanwijzing betreft een bindend besluit bij geschillenbeslechting. De bepaling zal verder in hoofdstuk 6 (Geschillenbeslechting) worden behandeld.

In de energiewetten zijn wel algemene bindende aanwijzingsbevoegdheden voor de (directeur) DTe opgenomen. De DTe is ingevolge artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet bevoegd tot het geven van een bindende aanwijzing 'in verband met de naleving van de Elektriciteitswet'. Dit betreft een zeer ruime, algemene bevoegdheid die ziet op alle bepalingen (normen) van de Elektriciteitswet. De aanwijzingsbevoegdheid van de DTe in de Gaswet is beperkter. Ingevolge artikel 13 lid 3 Gaswet heeft deze bevoegdheid 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'. Voor dit verschil in toezichtbevoegdheden voor de directeur DTe voor de gasmarkt enerzijds en de elektriciteitsmarkt anderzijds geeft de wetsgeschiedenis geen verklaring. Voor beide gevallen geldt in elk geval dat de DTe deze zowel op verzoek als ambtshalve[180] kan uitoefenen. Noch de wettekst noch de toelichting geeft enige duidelijkheid over wie een dergelijk verzoek kan indienen of welke beoordelings- c.q. beslissingsruimte de directeur DTe bij de toepassing van deze bevoegdheid heeft. Duidelijk is evenwel dat dit een krachtig instrument is dat de directeur DTe in staat stelt corrigerend in de energiemarkt op te treden. OPTA ontbeert – ten onrechte – een soortgelijke bevoegdheid.

5.4 Bestuursdwang en sancties

5.4.1 Recht op inlichtingen

Hoofdstuk 15 Tw bevat geen regels over de verplichting tot informatieverstrekking aan OPTA. Dit is te vinden in artikel 18.7 Tw, waarin de algemene inlichtingenplicht is vastgelegd:

180. De directeur DTe heeft ook reeds ambtshalve besloten géén gebruik te maken van de bevoegdheid Gasunie een bindende aanwijzing te geven: zie hierover M. de Rijke (2001), p. 233.

'1. Onze Minister, onderscheidenlijk het college, is bevoegd voor een juiste uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet van een ieder te allen tijde inlichtingen te vorderen voorzover dit redelijkerwijs voor de vervulling van de taak nodig is.
2. Degene van wie krachtens het eerste lid inlichtingen zijn gevorderd, is verplicht deze te geven.'

Het gaat om een ruim geformuleerde bevoegdheid, die haar begrenzing vindt in de termen 'redelijkerwijs nodig voor de vervulling van de taak'. Uit de memorie van toelichting blijkt overigens dat de in dit artikel opgenomen vordering tot inlichtingen een op rechtsgevolg gericht besluit is dat op redelijkheid en noodzakelijkheid kan worden getoetst door de rechter.[181] Hier heeft de wetgever wel duidelijkheid over de rechtsbeschermingsmogelijkheden verstrekt. Opvallend is dat artikel 5:20 Awb alleen de redelijkheid als toetsingscriterium kent, terwijl bij artikel 18.7 Tw tevens het noodzakelijkheidsvereiste geldt.

Vooruitlopend op de inwerkingtreding van de nieuwe ONP Review-richtlijnen (en de wijziging van de Tw) heeft de Europese Commissie erop aangedrongen reeds met de vereiste marktonderzoeken te starten om zo snel mogelijk na inwerkingtreding tot aanwijzingen van aanmerkelijke marktmacht te kunnen overgaan. OPTA heeft evenwel nog niet de bevoegdheid de noodzakelijke inlichtingen bij marktpartijen voor deze marktonderzoeken in te winnen. Immers, deze inlichtingen zullen worden gebruikt voor nieuwe aanwijzingsbevoegdheden, waarover OPTA op grond van de huidige Tw nog niet beschikt. Om deze bevoegdheden reeds toe te kennen heeft het ministerie reeds een expliciete bepaling voorgesteld in een tussentijdse wetswijzing.[182] Na inwerkingtreding van deze wijziging kan OPTA dus – voordat de implementatietermijn van de richtlijnen is verstreken en wellicht voordat de nieuwe gewijzigde Tw van kracht is – reeds met de uitgebreide marktonderzoeken starten.

5.4.2 Verificaties

OPTA heeft de bevoegdheid – vergelijkbaar met die van de NMa – tot het houden van verificaties bij (telecommunicatie)ondernemingen: artikel 5:15 Awb. De toezichthouder (dus ook OPTA) kan deze bevoegdheid slechts gebruiken 'voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de uitoefening van zijn taak' (artikel 5:13 Awb).[183] OPTA heeft (voorzover mij bekend) incidenteel van deze bevoegdheid gebruikgemaakt, waar-

181. E.J. Dommering e.a. (1999), p. 693.

182. Nieuw art. IVa, opgenomen in de nota van wijziging van 28 oktober 2002, inzake Wijziging van de Tw en de Wet OPTA (in verband met de invoering van een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toegang tot internet en ter verduidelijking en verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken), Kamerstukken II, 28 203, nr. 7.

183. Zie voor een behandeling van deze bevoegdheid voor de NMa: C.T. Dekker, Nederlands Mededingingsprocesrecht. Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de Mededingingswet, Deventer: Kluwer 2002, hoofdstuk 9.

bij het aangekondigde bedrijfsbezoeken betrof (bijvoorbeeld een technisch bezoek bij de mobiele telecommunicatieondernemingen over de uitvoering van de verplichting tot nummerportabiliteit). In andere gevallen assisteerden OPTA-ambtenaren (met verlof van de Ministers van Economische Zaken en Verkeer en Waterstaat) ambtenaren van de Europese Commissie en de NMa bij (onverwachte) bedrijfsbezoeken ten aanzien van een mogelijke overtreding van bepalingen van het EG-Verdrag en/of de Mw. Voorzover mij bekend zijn nog procedures aanhangig over de vraag of OPTA bij dergelijke verificaties mag assisteren.

Een andere, reeds veelbesproken vraag betreft de gevolgen van het Colas Est-arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM)[184] voor de verificatiebevoegdheden op grond van de Awb.[185] Beargumenteerd wordt – naar mijn mening terecht – dat een systeem, waarbinnen invallen zijn toegelaten, in strijd is met artikel 8 EVRM, indien het systeem onvoldoende juridische waarborgen kent, zoals het ontbreken van rechterlijke controle.[186] De vraag is of de handhavingsbevoegdheden, zoals deze in de Awb zijn neergelegd, wel zijn voorzien van adequate rechtswaarborgen. Deze vraag is verder aangewakkerd door het arrest Roquette van het Europese Hof van Justitie, waarin het Hof van Justitie de uitspraak Colas Est in feite bevestigt.[187] Uit Roquette kan worden afgeleid dat indien geen toestemming wordt verleend voor het betreden van de woning door de 'bewoner' (waaronder nu volgens deze jurisprudentie ook de rechtspersoon valt), naar alle waarschijnlijkheid een voorafgaande rechterlijke machtiging nodig is. In elk geval dient het nationale systeem te voorzien in een rechterlijke controle op de noodzaak van de inval.[188] In een verlofsysteem voorziet de Awb niet en rechterlijke controle achteraf vindt in de praktijk niet plaats. In paragraaf 5.4.5 zal op een rechterlijk verlofsysteem worden ingegaan.

5.4.3 (Voorlopige) last onder dwangsom

De Tw kent slechts de oplegging van een last onder dwangsom. De speciale figuur, de voorlopige last onder dwangsom, zoals deze is voorzien voor de d-g NMa op grond van artikel 83 lid 1 Mw om in spoedeisende gevallen reeds een sanctie op te leggen, is

---

184. EHRM 16 april 2002, Colas Est e.a. vs. Frankrijk, appl. nr. 37071/97, www.echr.coe.int., M&M 2002, p. 239-243, m.nt. H.R. Kranenborg; AB Rechtspraak bestuursrecht 2002, nr. 277, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; te verschijnen noot NJ 2003, E.J. Dommering.
185. Zie o.a. G. van de Wal, EHRM: het kantoor als woning, NTER 2002, p. 191-194 en J. Temple Lang & C. Rizza, [2002] E.C.L.R., Analysis Section, p. 413-416.
186. Zie o.a. E.J. Dommering in zijn in de NJ te publiceren noot onder dit arrest.
187. HvJ EG 22 oktober 2002, Roquette Frères vs. Directeur general de la concurrence, zaak C-94, http://europa.eu.int./index.htm, JOR 2002, p. 1179-1187, m.nt. G-J. Vossestein.
188. Zie in dit verband ook: M.M. Slotboom & J.J.A. Coumans, Bedrijven machteloos tegen willekeurige invallen NMa, Het Financieele Dagblad 5 november 2002. Anders: E.T.W.M. van Leeuwen & A.C.M.P. Punt-Le Guellec, Binnentreden of overtreden: toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de NMa na Colas Est, Actualiteiten Mededingingsrecht 2002, p. 201.

niet in de Tw neergelegd.[189] Dit is jammer, aangezien het de mogelijkheden voor OPTA om in spoedeisende zaken corrigerend op te treden, aanzienlijk zou vergroten. Juist in het telecommunicatierecht, waar de behoefte aan snelrecht – zoals toegelicht – groot is, zou een soortgelijk instrument welkom zijn. Overigens heeft OPTA geen overmatig gebruik van de last onder dwangsom gemaakt. Wellicht is dit (mede) te verklaren vanwege de schorsing van de voorzieningenrechter van de beslissing tot oplegging van een dwangsom door OPTA aan KPN Telecom in de zaak van de carrier preselect-aanbieders.[190] In deze zaak oordeelde de rechter dat de opgelegde dwangsom niet voldoende helder en duidelijk was. Ook in dit geval gold weer dat op het cruciale moment dat KPN Telecom in gebreke was en haar concurrenten ernstig verlegen zaten om een voorziening die hen in staat stelden hun diensten aan te bieden, OPTA (wederom) met lege handen stond. In dit geval had OPTA meer oog dienen te hebben voor de juridische (en procedurele) aspecten die gepaard gaan met het opleggen van dergelijke sancties. Een schorsing als deze had OPTA hierdoor kunnen voorkomen.

5.4.4 Boetes

Tot dusverre heeft OPTA geen boetes opgelegd. De maximum op te leggen boete is een minimaal bedrag vergeleken met de maximale boete, die de d-g NMa kan opleggen op grond van de Mw.[191] Ondanks verzoeken van OPTA een vergelijkbare boetemogelijkheid in de Tw op te nemen, is dit tot op heden niet gebeurd. Ook in het Concept Wijzigingsvoorstel Tw is aan dit verzoek geen gehoor gegeven.

5.4.5 Rechterlijk verlof voor sancties en verificaties?

Verschillende ontwikkelingen kunnen worden gesignaleerd: aan de ene kant een zekere terughoudendheid van OPTA om sancties op te leggen, aan de andere kant het stellen van strengere eisen die de Europese gerechtshoven stellen aan de rechtsbescherming bij het opleggen van sancties (inclusief de daaraan gekoppelde verificatiebevoegdheden). De terughoudendheid van de toezichthouder kan in sommige gevallen onterecht zijn, juist daar waar gedupeerde ondernemingen om een oplossing verlegen zitten. Tegelijkertijd dienen de geadresseerden van deze acties over voldoende middelen tot rechtsbescherming te beschikken. Deze twee aspecten zouden wellicht tegelijkertijd kunnen worden opgelost door de invoering in de Awb van een stelsel van rechterlijk

189. Over de voorlopige last onder dwangsom: B.M.J. van der Meulen, Bestuursrechtelijke keuzen ten aanzien van de toepassing van de mededingingswet, M&M 1999, p. 21-23.

190. Vz. Rb. Rotterdam 28 juli 2000, KPN Telecom vs. OPTA, reg.nr. VWET 00/1558-RIP, www.rechtspraak.nl.

191. De d-g NMa is op diverse plaatsen in de Mw de bevoegdheid gegeven een boete op te leggen wegens overtreding van een bepaling van de wet: zie o.a. art. 56 lid 1 en 69 lid 1 Mw. Zie Dekker (2002), p. 342-353. Over deze 'exorbitante' boetes: E.H. Pijnacker Hordijk, Rechter nodig in mededingingsrecht, Het Financieele dagblad 9 januari 2003. Voor een rechterlijke toetsing van een NMa-boete zie: Rb. Rotterdam 26 november 2002, SEP vs. d-g NMa, zaaknr. 00/1002 MEDED, www.rechtspraak.nl. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat er geen onevenredigheid bestond tussen de overtreding en de daarvoor opgelegde boete.

verlof. Daalder heeft een soortgelijk idee reeds eerder gelanceerd. Hij duidt dit aan als het 'bestuursrechtelijke exequatur'.[192] Het bestuursorgaan neemt een niet voor bezwaar of beroep vatbaar besluit, waarin gemotiveerd wordt aangegeven dat een bepaalde norm is overtreden en welke sanctie naar het oordeel van het bestuursorgaan opportuun is. Dit besluit legt het bestuursorgaan vervolgens aan de bevoegde rechter voor, die hierover snel(!) een uitspraak doet. Een dergelijk verlof zou ook kunnen worden gevraagd indien het bestuursorgaan een inval wenst te doen (vergelijkbaar met de verlofprocedure voor beslagen in het civiele recht).[193] De rechter kan dit voorgelegde handhavingsmiddel dan toetsen aan het noodzakelijkheidsvereiste. Hiermee wordt wel recht gedaan aan de vereisten voor een adequate rechtsbescherming, terwijl het bestuursorgaan meer zekerheid heeft over de geldigheid van zijn besluitvorming.

5.5 Rechtsbescherming

5.5.1 Inleiding

Uit het reeds besprokene volgt dat voor de toepassing van het telecommunicatierecht behoefte bestaat aan snelrecht. Er dient sprake te zijn van korte doorlooptijden (snel ingrijpen) en snelle duidelijkheid over de rechtmatigheid van besluiten van een bestuursorgaan. Slechts dan kan worden gesproken van effectief toezicht en wordt het openbreken van een markt niet gefrustreerd door administratieve procedures. Daarbij dient een evenwicht te worden gevonden tussen de belangen van de betrokken ondernemingen aan de ene kant en de mogelijkheden van een bestuursorgaan tot effectief toezicht aan de andere kant. In dit preadvies is reeds op diverse plaatsen op dit dilemma ingegaan en zijn suggesties voor verbetering gedaan. In de onderhavige paragraaf zal specifiek worden ingegaan op de bezwaar-, beroeps- en hogerberoepsfase. Daarbij valt op dat de rechtsbescherming wat deze fases betreft voor de diverse sectoren weer anders is geregeld. Het zbo-wetsvoorstel heeft wat de rechtsbescherming betreft geen uniformerende werking. Dit is opvallend, nu voor deze onderlinge verschillen geen goede redenen lijken te bestaan. Bij de volledige werking van de kamerstructuur van de NMa ligt het voor de hand deze verschillen op te heffen en een uniform systeem van rechtsbescherming voor alle kamers in het leven te roepen, in elk geval voorzover het de bezwaar-, beroep- en hogerberoepsfase betreft.

---

192. E.J. Daalder, Een bestuursrechtelijk exequatur, NTB 2002, p. 242-243.

193. In het bestuursrecht is dit niet nieuw. Reeds de oude Ambtenarenwet van 1929 (Wet van 12 december 1929, Stb. 530) kende in art. 103 een soortgelijke regeling, waar de geadresseerde van de op te leggen sanctie dit voornemen van het bestuursorgaan ter toetsing aan de rechter kon voorleggen.

5.5.2 Bezwaar

De bezwaarschriftprocedure is voor telecommunicatie- (en post)zaken een verplichte fase. OPTA heeft er – naar mijn mening terecht – tijdens de evaluatie sterk voor gepleit deze verplichte fase af te schaffen om de doorlooptijd van de procedures te kunnen versnellen. Dit verzoek heeft het kabinet in de evaluatie uitdrukkelijk afgewezen.[194] Dit is opvallend gezien de bijna gelijktijdige invoering van de facultatieve bezwaarschriftprocedure bij de NMa en de DTe door het zbo-wetsvoorstel. Deze keuze had voor de Tw tevens voor de hand gelegen en zou alsnog op dezelfde wijze moeten worden ingevoerd, bij de huidige wijziging van de Tw.

Gezien de vele discussies over het al dan niet afschaffen van de – reeds tot nu toe op basis van de Awb verplichte – bezwaarfase[195] is het verrassend te zien dat de wetgever in het zbo-wetsvoorstel voor het generieke mededingingsrecht een tussenvorm introduceert: de facultatieve bezwaarfase. Deze facultatieve bezwaarfase houdt in dat een belanghebbende in afwijking van artikel 7:1 Awb rechtstreeks beroep in kan stellen bij de rechtbank te Rotterdam tegen besluiten die de NMa op grond van de Mw neemt. Indien een belanghebbende voor deze route kiest, stelt de Rechtbank Rotterdam de NMa hiervan in kennis. De NMa kan binnen acht weken na deze kennisgeving de rechtbank verzoeken het beroepschrift alsnog als bezwaarschrift te mogen behandelen. Het overslaan van de bezwaarfase brengt een versnelling van de bezwaar- en beroepsprocedure met zich mee. De facultatieve bezwaarfase lijkt vooral soelaas te bieden voor die gevallen waarbij in de fase van totstandkoming van het primaire besluit de standpunten van de NMa en de belanghebbenden voldoende zijn uitgekristalliseerd en een bezwaarschrift geen verandering van deze standpunten met zich mee lijkt te brengen, waardoor ongegrondverklaring van de bezwaren reeds daarom in de verwachting ligt.

Het zbo-wetsvoorstel introduceert ook voor besluiten die zijn gebaseerd op de Elektriciteitswet en de Gaswet een facultatieve bezwaarfase: in afwijking van artikel 7:1 Awb (dat bepaalt dat een belanghebbende eerst tegen een besluit bezwaar dient te maken alvorens beroep in te stellen bij de administratieve rechter) kan een belanghebbende rechtstreeks beroep instellen bij het CBB tegen besluiten, die door de Raad van Bestuur van de mededingingsautoriteit op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn genomen. Totdat partijen zijn uitgenodigd om op een zitting van het CBB te verschijnen, kan het CBB het onderzoek sluiten, indien de zaak zich niet leent voor voortzetting van het onderzoek. In dat geval strekt de uitspraak ertoe dat de Raad het beroepschrift als bezwaarschrift behandelt. Besluiten van de Raad inzake de Elektriciteitswet en de Gaswet kunnen in de toekomst dus direct door het CBB – in eerste en

194. Brief van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 21 693, nr. 56, p. 26.

195. Over de discussies rondom de bezwaarschriftenprocedure wordt verwezen naar Van der Meulen (2002), p. 87-97.

hoogste instantie! – worden behandeld, hetgeen de lengte van de bezwaar- en beroepsfase aanzienlijk bekort.

Het CBB kan evenwel bepalen dat het beroepschrift door de Raad als bezwaarschrift dient te worden behandeld indien de zaak zich niet leent voor voortzetting van het onderzoek. Onder de Elektriciteitswet en de Gaswet zal het derhalve aan de rechter zijn om te besluiten de bezwaarfase over te slaan, terwijl onder de Mw deze bevoegdheid bij de Raad van Bestuur van de mededingingsautoriteit komt te liggen. Dit verschil in regelgeving is mogelijk te verklaren doordat de Mw rechtspraak in twee instanties kent, terwijl het CBB in beginsel in elektriciteits- en gaszaken in eerste en hoogste instantie beslist. Had de wetgever echter onder de Elektriciteitswet en de Gaswet rechtspraak in twee instanties ingevoerd, hetgeen voor de hand had gelegen, dan was het mogelijk geweest ook de regeling omtrent de facultatieve bezwaarfase te uniformeren.

De regelingen voor de facultatieve bezwaarfase dienen ook voor besluitvorming op grond van de Tw te gaan gelden. Hiertoe dienen regelingen in de nieuwe Tw te worden opgenomen.

5.5.3 (Hoger) beroep

De Tw voorziet in een beroep bij de Rechtbank Rotterdam voor alle beslissingen op bezwaar van OPTA (artikel 17 lid 1 Tw) en vervolgens in een hoger beroep bij het CBB (zie artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (Wbbo) juncto onderdelen 2 (Postwet) en 3 (Tw) van de bijlage bij de Wbbo).

Tegen besluiten van de d-g NMa op basis van artikel 51 Elektriciteitswet en artikel 19 Gaswet staat, na een voorafgaande (facultatieve) bezwaarschriftprocedure, beroep open bij de Rechtbank Rotterdam en vervolgens hoger beroep bij het CBB, aldus de normale, onder de Mw van toepassing zijnde, rechtsbeschermingsprocedure.

Het stelsel voor de energiesector wijkt hiervan af. Zowel in de Elektriciteitswet als in de Gaswet is het CBB in veruit de meeste gevallen aangewezen als beroepsrechter die beslist in eerste en hoogste instantie. De wetgevingsgeschiedenis besteedt aan deze keuze weinig woorden: het is onduidelijk waarom hiervoor is gekozen.[196] Daar waar in de Mw, de Tw, de Postwet en de financiële toezichtwetten is gekozen voor rechtspraak in twee instanties, kennen de Elektriciteitswet en de Gaswet slechts voor een beperkt aantal besluiten deze rechtspraak in twee instanties.

196. Kamerstukken II 1997/98, 25 621, nr. 3, p. 52.

5.5.4 Voorlopige voorzieningen

Een enkele opmerking over voorlopige voorzieningen. Tegen uitspraken van de voorzieningenrechter staat – in tegenstelling tot kortgedinguitspraken van de civiele rechter – geen hoger beroep open. De vraag is of dit juist is. In telecommunicatiezaken worden veel principiële geschillen beslecht via een schorsingsprocedure. De uitspraak is in die gevallen definitief, totdat in de bodemzaak een uitspraak is gedaan. Aangezien deze bodemuitspraak in de meeste gevallen zeer lang op zich laat wachten of in het geheel niet meer komt (de zaak wordt door verandering van omstandigheden ingetrokken), worden principiële onderwerpen niet meer of slechts in een laat stadium opnieuw getoetst. Naar mijn mening zou – in navolging van het civiele recht – de mogelijkheid van spoedappèl dienen te bestaan. Hoewel dit kan leiden tot langere procedures, met een tijdelijke onzekerheid voor de betrokken partijen, lijkt dit een evenwichtigere gang van zaken, waarbij belangwekkende onderwerpen door meerdere rechters kunnen worden beoordeeld. Dit geldt des te meer nu slechts de Rechtbank Rotterdam bevoegd is telecommunicatiezaken te beoordelen en geen voorzieningenrechters van andere rechtbanken soortgelijke zaken beoordelen. Bovendien kunnen doorlooptijden aanzienlijk worden bekort, indien zaken snel door de voorzieningenrechters in meerdere instanties kunnen worden beslecht. Dit voorkomt (de huidige) lange wachttijden bij de (behandeling van) bodemzaken.

5.5.5 Rechterlijke toetsing

Uit de jurisprudentie van het CBB volgt dat OPTA een zekere beleidsvrijheid heeft bij de invulling van haar bevoegdheden. Op grond van standaardjurisprudentie wordt een dergelijke vrijheid door de rechter marginaal en niet vol getoetst. De vraag blijft evenwel hoe kritisch de rechter zich – binnen de marges van een marginale toetsing – mag en kan opstellen. De bestuursrechter heeft zich in het kader van de Mw reeds verschillende malen uitgelaten over de vraag op welke wijze de rechter de besluiten van de d-g NMa dient te toetsen. Was de toetsing door de Rechtbank Rotterdam aanvankelijk niet erg terughoudend te noemen in de zaak Wegener,[197] het CBB heeft in het hoger beroep van die zaak aangegeven dat de rechter alleen toetst of de d-g NMa 'in alle redelijkheid tot deze beslissing had kunnen komen'.[198] Hoewel het CBB wel in enige mate inhoudelijk op de toetsing van de NMa ingaat, wordt de d-g NMa wel een grote mate van beoordelingsvrijheid toegedicht (in dat geval ten aanzien van de uitgevoerde concentratietoets). In de zaak Essent heeft het CBB de toetsingsvrijheid van de rechter nader toegelicht:[199]

---

197. Rb. Rotterdam 20 september 2000, Wegener vs. d-g NMa, Mediaforum 2001, Jur.nr. 14, p. 20-33, m.nt. F. Leeflang & K. Mortelmans.
198. CBB 5 december 2001, d-g NMa en Wegener, Mediaforum 2002, Jur.nr. 15, p. 131-145, m.nt. F. Leeflang & K. Mortelmans.
199. CBB 27 september 2002, Essent en Edon, Actualiteiten Mededingingsrecht 2002, p. 171-176.

'6.1 Naar aanleiding van hetgeen appellanten hebben aangevoerd tegen de naar hun mening te terughoudende toetsing door de rechtbank, overweegt het College als volgt.
Dat de d-g NMa een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij de waardering van de economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw, neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing, gelijk ook de rechtbank heeft overwogen, de vraag omvat of de d-g NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat (al dan niet) sprake is van mededingingsrechtelijke problemen als genoemd in de Mw. Aan het rechterlijk toezicht op deze verplichting uit de Mw kan niet afdoen, dat volgens de rechtbank uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg zou kunnen worden afgeleid dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter zou zijn naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt. (...)
Hierbij dient niet alleen te worden bezien of het besluit op een zorgvuldige wijze is totstandgekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of de d-g NMa op juiste wijze invulling heeft gegeven aan de wettelijke begrippen en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen.'

Dit is het toetsingskader waar het CBB van uitgaat. Erg marginaal is dit niet meer te noemen. Dit lijkt mij juist. Hoewel sprake is van beleidsvrijheid aan de zijde van het bestuursorgaan, dient de besluitvorming naar mijn mening te worden onderworpen aan een kritische toetsing, ook van de onderliggende feiten en omstandigheden. Het is aannemelijk dat eenzelfde toetsing dient plaatst te vinden bij de besluiten van OPTA. Hoewel het CBB in de zaak Dutchtone[200] het redelijkheidscriterium hanteert, lijkt de nadien gegeven uitleg in de zaak Essent eveneens te gelden voor telecommunicatiezaken. Een Essent-achtige toetsing vond plaats in de zaak Libertel, waar de voorzieningenrechter meende dat OPTA onvoldoende rekenschap had gehouden met de (dynamische) marktomstandigheden en in feite niet had voldaan aan haar motiveringsplicht ter staving van haar conclusies.[201] Ook in de zaak Denda[202] stelde de rechtbank zich niet zeer terughoudend op.

5.5.6 Artikel 8:29 Awb

Tot slot een bespreking van artikel 8:29 Awb, dat in de gerechtelijke procedures in mededingings- en telecommunicatiezaken een belangrijk aspect van de procedures vormt, dit vanwege de vertrouwelijkheid van vele documenten. Op welke wijze de Rechtbank Rotterdam omgaat met artikel 8:29 Awb-verzoeken, is door Simons uitvoerig besproken.[203] Hierop zal niet opnieuw worden ingegaan. Interessant is te vermel-

200. CBB 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, Mediaforum 2001, Jur.nr. 28, m.nt. A.T. Ottow en Computerrecht 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.

201. Vz. Rb. Rotterdam 24 december 1999, Libertel vs. OPTA, reg.nr. VTELEC 99/2547-SIMO, Mediaforum 2000, Jur.nr. 13, p. 67-70, m.nt. E. Loozen & K. Mortelmans.

202. Rb. Rotterdam 21 juni 2001, KPN en Denda vs. OPTA, nrs. TELEC 01/066-SIMO, TELEC 01/111-SIMO en TELEC 01/191-SIMO, Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 180-184, m.nt. RM.

203. Simons (2001), p. 6-10. Zie tevens E.J. Daalder, Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 2000, p. 159-162.

den de uitspraak inzake SEP van de Rechtbank Rotterdam.[204] Daarin speelde de vraag in hoeverre de toepassing van artikel 8:29 Awb in strijd zou zijn met artikel 6 lid 2 EVRM inzake – kort gezegd – het recht op het voeren van een adequate verdediging. Aangezien deze zaak het opleggen van een (bestuurlijke) boete betrof, was sprake van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Volgens vaste jurisprudentie van het EVRM is voor het voeren van een adequate verdediging vereist dat de overtreder inzage heeft in *alle* stukken die door het tot boete-oplegging bevoegde bestuursorgaan aan het besluit omtrent het opleggen van een boete ten grondslag zijn gelegd, dan wel anderszins relevant zijn voor (de toetsing van) dat besluit. De vraag is hoe de beperking van kennisneming van stukken op grond van artikel 8:24 Awb zich tot artikel 6 EVRM verhoudt. De rechtbank overweegt over deze rechtsvraag:

> 'De onderhavige, direct werkende, verdragsbepalingen brengen met zich, dat verweerder bij de terinzagelegging van alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het kader van de primaire besluitvorming, geen beroep kan doen op artikel 60, derde lid, van de Mw in verbinding met artikel 3:11, tweede lid, van de Awb in verbinding met artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob voorzover het gaat om stukken die van belang zijn voor de bewezenverklaring en voor de strafmaat. Dergelijke stukken moeten dus ter inzage worden gelegd. Voorzover verweerder ten aanzien van een of meer van dergelijke stukken niettemin het belang van de bedrijfsvertrouwelijkheid wil laten prevaleren en die stukken daarom niet ter inzage wil leggen, kan verweerder die keuze in beginsel maken. In dat geval kunnen en mogen die stukken echter niet worden betrokken bij de totstandkoming van een bewezenverklaring en ook niet bij de bepaling van de strafmaat.'

Bij een verzoek om artikel 8:29 Awb zal dus steeds moeten worden onderzocht of sprake is van stukken die ten grondslag liggen aan de boete-oplegging dan wel de hoogte van de strafmaat. Indien dit het geval is, kan een beroep op artikel 8:29 Awb niet worden gehonoreerd.

Een soortgelijke rechtsvraag is eveneens aan de orde in het bij de Rechtbank Rotterdam aanhangige beroep van Canal$^+$ vs. OPTA en KTA. Canal$^+$ meent dat zij ten onrechte geen toegang heeft gekregen tot alle bewijsmiddelen die OPTA bij haar besluitvorming over het toegangsgeschil ex artikel 8.7 Tw jegens KTA heeft gebruikt. Het betreft in deze zaak niet het recht van verdediging, doch de mogelijkheden tot bewijsvoering van de aangebrachte stellingen. Canal$^+$ meent in deze zaak dat de regels van bedrijfsvertrouwelijkheid die OPTA hanteert bij haar besluitvorming op grond van artikel 8.7 Tw en artikel 8:29 Awb op gespannen voet staan met artikel 6 EVRM. Canal$^+$ eist dat zij door middel van haar accountant toegang krijgt tot de volledige documenten en de boekhouding van KTA die aan OPTA's beslissing ten grondslag liggen. Bovendien meent zij dat zij getuigen op tegenspraak moet kunnen horen. Aan Canal$^+$ was door OPTA geweigerd getuigen op tegenspraak (dus in aanwezigheid van

204. Rb. Rotterdam 26 november 2002, SEP vs. d-g NMa, zaaknr. 00/1002-SIMO, www.rechtspraak.nl.

de beide partijen en onder ede) te horen en haar in de gelegenheid te stellen haar eigen accountant de feiten te laten beoordelen en niet-geschoonde rapporten in te zien. Het is afwachten op welke wijze de rechtbank met deze argumenten om zal gaan. Het is duidelijk dat hier het recht om bewijs te leveren (welke in dit geval aan de zijde van Canal+ niet betreft het opleggen van sancties) op gespannen voet staat met het recht op vertrouwelijke behandeling van bedrijfsgeheimen.

5.6 Conclusie

OPTA dient – naast haar handhavingsbevoegdheden – over een ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid te beschikken. Een beleid dient te worden ontwikkeld door OPTA over de wijze waarop zij met haar handhavingsbevoegdheden omgaat.

Ter versnelling van doorlooptijden van telecommunicatieprocedures dient in de Tw te worden voorzien in een facultatieve bezwaarschriftenprocedure en de mogelijkheid van spoedappèl tegen uitspraken van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam.

6 Geschilbeslechting

6.1 Inleiding

De politieke keuze voor een toezichthouder met beperkte bevoegdheden heeft gevolgen gehad voor de inrichting van het toezicht. Het toezicht, zoals neergelegd in de Tw, én de daarmee gepaard gaande begroting/financiering van OPTA zijn bijna volledig gebaseerd op de geschilbeslechtende bevoegdheden van OPTA. De begroting van OPTA gaat uit van een geschilbeslechter, die slechts optreedt in geval van een concreet geschil in procedures waarin de wet voorziet. Bovendien is OPTA niet geëquipeerd noch gefinancierd om op eigen initiatief zaken te onderzoeken of klachten – buiten de geschilregelingen om – ter hand te nemen en op te lossen. Hierdoor is OPTA een 'ex post geschilgestuurde toezichthouder'[205] gebleken, die pas ingreep nadat het probleem gerezen was. Deze opstelling is moeilijk verenigbaar met de ex ante doelstellingen van het Europese en Nederlandse telecommunicatierecht en heeft tot een minder effectief toezicht geleid.

Geschilbeslechting is een *atypische* taak voor een (zelfstandig) bestuursorgaan dat zijn oorsprong vindt in het Europese telecommunicatierecht. Slechts in een ander geval, namelijk bij het toezicht op de elektriciteit- en gassector (door de NMa), komt een dergelijke taak van een toezichthouder voor. In feite treedt de toezichthouder in deze gevallen niet op als een 'echte' toezichthouder, doch als een soort arbiter om een geschil tussen twee kibbelende ondernemingen te beslechten. Het procedurele en materiële kader voor dergelijke procedures is door de telecommunicatiewetgever niet geregeld. De bevoegdheden en toetsingsnormen zijn slechts marginaal vastgelegd. De geschilbeslechting vormt een hybride rechtsvorm, waarbij aspecten van bestuurs(proces)recht en het civiele (proces)recht geheel door elkaar heen lopen. Dit heeft het toezicht door OPTA aanzienlijk bemoeilijkt. De in de voorgaande hoofdstukken gesignaleerde problemen komen bij de geschilbeslechting als het ware alle samen. De geschilbeslechtende bevoegdheid verdient dan ook speciale aandacht in een separaat hoofdstuk. Daarbij zal tevens kort worden stilgestaan bij de geschilbeslechtende bevoegdheden van de NMa op grond van de Elektriciteitswet en de Gaswet.

---

205. E.J. Dommering e.a. (2001), p. 84.

6.2 De geschilbeslechtende bevoegdheden van OPTA

6.2.1 De wettelijke regelingen

In de Tw is op verschillende plaatsen een rol aan OPTA toebedeeld voor geschillenbeslechting. De volgende categorieën zijn daarbij te onderscheiden:
– site sharing (artikel 3.11 lid 4 Tw);
– gedoogplicht (artikel 5.3 lid 2 Tw);
– medegebruik van voorzieningen (artikel 5.10 Tw);
– interconnectie (artikel 6.3 Tw);
– bijzondere toegang (artikel 6.9 lid 2 Tw);
– huurlijnen (artikel 7.7 Tw);
– voorwaardelijke toegang (artikel 8.6 Tw); en
– toegang tot de kabel (artikel 8.7 Tw).

Geen van de wettelijke regelingen is gelijkluidend. Verschillende terminologie wordt gehanteerd, waar het de bevoegdheid van OPTA tot optreden of het treffen van maatregelen betreft. Met uitzondering van medegebruik van voorzieningen ter zake van aanleg en instandhouding van kabels (ook aangeduid als duct sharing) en voorwaardelijke toegang geldt dat de Tw uitdrukkelijk bepaalt dat bij een *geschil* OPTA kan worden ingeschakeld op verzoek van een van de partijen. In het geval van artikel 6.3 lid 1 en lid 2 Tw wordt een 'besluit' gevraagd om 'de regels vast te stellen' die tussen hen zullen gelden. In het geval van artikel 7.4 Tw kan OPTA om een 'oordeel' over een maatregel worden gevraagd. In artikel 8.6 lid 1 Tw wordt bepaald dat OPTA bevoegd is 'aanwijzingen' te geven indien zij van 'oordeel' is dat niet in overeenstemming met de regels wordt gehandeld. Daaraan wordt in lid 2 van dit artikel toegevoegd dat de betrokken aanbieder wel 'verplicht' is de aanwijzing 'op te volgen'. In artikel 8.7 Tw kan OPTA worden verzocht 'ter zake bindende aanwijzingen' te vragen en is artikel 8.6 lid 2 Tw van overeenkomstige toepassing verklaard.

Slechts ten aanzien van interconnectiegeschillen is expliciet geregeld dat OPTA bevoegd is tot het treffen van voorlopige maatregelen hangende het geschil (artikel 6.3 lid 3 sub b Tw). In de andere gevallen wordt hierover niets bepaald.

6.2.2 De bevoegdheden van OPTA

Bij de geschillenbeslechting is sprake van een grote verwevenheid tussen het telecommunicatie- en civiele recht. Dit vindt zijn oorzaak in het door de wetgever gehanteerde uitgangspunt dat de basis voor de verplichtingen dient te worden vastgelegd in een door partijen te onderhandelen *overeenkomst*. Het civiele recht speelt hier – naast de

typische telecommunicatierechtelijke aspecten – een belangrijke rol.[206] Partijen hebben een verplichting tot interconnectie en dienen hierover in onderhandeling te treden. Komen zij er niet uit, dan kunnen zij OPTA inschakelen. OPTA treedt hier als het ware op als een arbiter, die bindende regels aan partijen kan opleggen. In het geval van interconnectieovereenkomsten is daarnaast expliciet bepaald dat OPTA deze bevoegdheid eveneens heeft wanneer partijen wel tot een interconnectieovereenkomst zijn gekomen, doch zich in deze relatie alsnog een conflict voordoet: 'Geschillen (...) met betrekking tot de vraag of de ter zake tussen hen in verband met interconnectie bestaande verbintenis, of de wijze waarop deze worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens deze wet, (...)' (artikel 6.3 lid 2 Tw). Het telecommunicatierecht doorbreekt hier de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen: OPTA heeft op basis van deze bepalingen vergaande bevoegdheden om vooraf of achteraf in een contractuele relatie in te grijpen.[207]

Maar welke bevoegdheden heeft OPTA nu precies? Deze vraag heeft in de praktijk tot veel discussies geleid. Zo stelt De Ru bijvoorbeeld over artikel 6.3 Tw:

> 'Afzonderlijke aandacht behoeft de geschillenbeslechtingsprocedure die in de Tw in artikel 6.3 is voorzien, die inhoudt dat de OPTA op aanvraag de regels kan vaststellen die tussen partijen zullen gelden. Dergelijke "dwangcontracten" leggen partijen verplichtingen op. Dit is een staatsrechtelijk relevante inbreuk op de contractsvrijheid. De in de Tw geregelde vaststelling van de contractsverhoudingen door een toezichthouder beoogt kennelijk een verbintenis uit de wet in het leven te roepen. De regeling voldoet echter niet aan de eis van het legaliteitsbeginsel, dat voor het opleggen van verplichtingen een specifieke wettelijke grondslag vereist. Als deze grondslag bestaat in de verplichtingen van hoofdstuk 6 Tw (hetgeen niet is gespecificeerd!), is deze wel erg ruim en laat zij (te) veel beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid aan de toezichthouder, hetgeen staatsrechtelijk niet past bij de status die deze als zelfstandig bestuursorgaan heeft. Zolang de wet de toezichthouder onvoldoende specifieke normen biedt, is deze onbevoegd.'[208]

Een dergelijke verstrekkende stelling neemt De Ru overigens niet in ten aanzien van de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA voor toegang tot de kabelgeschillen op grond van artikel 8.7 Tw. De Ru stelt over deze bepaling dat OPTA met het invullen van deze bevoegdheid via haar beleidsregels[209] de grenzen van artikel 8.7 Tw over-

---

206. Voor een mooi overzicht van de civielrechtelijke aspecten van interconnectieovereenkomsten wordt verwezen naar: N. Sitompoel, De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid, Computerrecht 2000, p. 123-133. Daarnaast spelen belangrijke aspecten van aansprakelijkheid bij de nakoming van interconnectieovereenkomsten. Zie in dit verband de dissertatie van S.C. Huisjes, Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aspecten van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening, Deventer: Kluwer 2002.
207. E.J. Dommering e.a. (2001), p. 82.
208. De Ru meent evenwel dat deze bevoegdheid van OPTA in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel: H.J. de Ru, De toekomst van het overheidstoezicht op telecommunicatie, Mediaforum 2001, p. 347.
209. Richtsnoeren van OPTA/NMa met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken van 17 augustus 1999 (kenmerk OPTA/IBT/99/7064), www.opta.nl.

schrijdt, met name waar het gaat om afdwingen van transparantie van tarieven en het afdwingen van de eis van kostenoriëntatie. Volgens De Ru is naar de letter van de wettekst de bevoegdheid beperkt tot een procedure en ontbreekt een inhoudelijke normering. Gezien deze magere wettelijke basis, stelt De Ru dat OPTA geen ingrijpende bevoegdheden heeft. Of anders gezegd: de bevoegdheid van OPTA dient restrictief te worden geïnterpreteerd. Zo niet, dan zou dit in strijd komen met het legaliteitsbeginsel.[210]

In de jurisprudentie is niet de vraag aan de orde geweest of OPTA überhaupt wel bevoegd is tot het beslechten van geschillen. Deze bevoegdheid wordt kennelijk (terecht) aangenomen. De discussie heeft zich steeds toegespitst op de vraag *hoe* ruim deze bevoegdheden dan wel zijn.[211] De keuze is of hierbij een restrictieve dan wel extensieve interpretatie dient te worden aangehouden. OPTA formuleert – in algemene zin – haar bevoegdheden als volgt:

> 'De Telecommunicatiewet is een publiekrechtelijke wet die publieke belangen beoogt te behartigen, te weten de bevordering van bestendige mededinging op de telecommunicatiemarkt en de bescherming van eindgebruikers. Een van de middelen die in de Tw is opgenomen ten dienste van deze belangen is de interconnectieplicht (c.q. de plicht tot interoperabiliteit), neergelegd in artikel 6.1 Tw. Blijkens de parlementaire geschiedenis handelt een aanbieder in strijd met deze plicht, en derhalve aan de daaraan ten grondslag liggende genoemde publieke belangen, indien hij onredelijk hoge tarieven hanteert. Bij beoordeling van de redelijkheid van interconnectietarieven behoort het college betreffende publieke belangen dan ook mee te wegen. (...)
>
> Gelet hierop is het redelijkheidscriterium naar het oordeel van het college zonder meer aan te merken als een publiekrechtelijke norm die bovendien publiekrechtelijke invulling behoeft. (...), gelet op de belangen van bevordering van bestendige mededinging op de telecommunicatiemarkt en de bescherming van eindgebruikers, kan het college, als bestuursorgaan dat toezicht dient te houden op de naleving van de Tw, in ieder geval wat betreft mobiele interconnectietarieven, in redelijkheid niet louter kijken naar hetgeen redelijk en billijk is tussen twee partijen.'[212]

Naar mijn mening legt OPTA terecht de nadruk op de doelstellingen van het telecommunicatierecht, zoals besproken in hoofdstuk 2. Mede doordat in de wettekst geen beperkingen ten aanzien van de toetsingsnormen door de wetgever zijn opgenomen,

---

210. H.J. de Ru, Is OPTA bevoegd ONP op kabel toe te passen?, Mediaforum 1999, p. 167-168.

211. Uit de Europese jurisprudentie volgt dat het Europese recht er niet aan in de weg staat dat de nationale wetgever aan de toezichthouder de bevoegdheden verstrekt ex ante voorwaarden of verplichtingen vast te stellen, zelfs indien dit noodzakelijk blijkt om de invoering van mededinging te vergemakkelijken en om de belangen van gebruikers te bevorderen: HvJ EG 13 december 2001, Telefónica España, zaak C-79/00, r.o. 36.

212. Beslissing op bezwaar van 19 juli 2002 inzake geschil KPN Mobile vs. O2 over MTA-tarieven van O2 (kenmerk: OPTA/JUZ/2002/201770 & OPTA/JUZ/2002/201772), www.opta.nl.

is er geen reden de bevoegdheid van OPTA restrictief uit te leggen.[213] Uit de analyse van hoofdstuk 3 volgt dat juist een extensieve interpretatie dient te worden gevolgd.

Op welke wijze interpreteert de rechter de bevoegdheden van OPTA? In de jurisprudentie valt een zekere cyclische beweging te ontdekken van restrictief naar extensief en weer terug. In de zaak Dutchtone nam de voorzieningenrechter en later de rechtbank in de bodemzaak een restrictief standpunt in ten aanzien van de bevoegdheid van OPTA om regels te stellen bij een geschil over site sharing (het delen van antenne-opstelpunten). In dit geschil had OPTA in haar besluit KPN Telecom ertoe verplicht aan Dutchtone de coördinaten van haar sites ter beschikking te stellen. Door de voorzieningenrechter werd dit besluit geschorst, aangezien hij meende dat hier sprake was van uit concurrentieel oogpunt gevoelige informatie. Bij het ter beschikking stellen zou onomkeerbare schade ontstaan.[214] De rechtbank meende eveneens dat de bevoegdheid van OPTA tot het stellen van regels bij een site sharing geschil niet zover strekt als door OPTA werd voorgestaan. De rechtbank overweegt:

> 'In algemene zin merkt de rechtbank vooraf op dat bij de beoordeling van de vraag of het besluit bevattend de op grond van artikel 3.11, vierde lid, van de Tw door verweerder vastgestelde regels de rechterlijke toetsing kan doorstaan, voorop staat dat dergelijke regels naar hun inhoud dienen te blijven binnen de grenzen van artikel 3.11, eerste tot en met derde lid, van de Tw. Tevens dient hierbij in ogenschouw te worden genomen dat, nu de in het eerste lid van artikel 3.11 bedoelde vergunninghouder (slechts) de verplichting heeft te voldoen aan "redelijke" verzoeken (tot medegebruik), de te stellen regels ook in dit licht dienen te worden bezien. (...)
>
> (...) de verplichtingen die via artikel 3.11, vierde lid van de Tw kunnen worden opgelegd, dienen immers binnen de grenzen van het eerste lid te blijven, dus slechts het "medegebruik van opstelpunten" te betreffen. Weliswaar kunnen daaraan misschien nog wel verplichtingen worden gekoppeld die direct samenhangen met het mogelijk maken van het medegebruik zelf, maar een verplichting als hier bedoeld dient wel binnen het begrip "medegebruik" te blijven. Een verplichting om een lijst te verstrekken met (coördinaten van) meerdere opstelpunten, laat staan een overzicht van (de coördinaten van) alle opstelpunten valt redelijkerwijs niet binnen de wettelijke omschrijving te brengen.'[215]

Juist op het moment van de cruciale fase in de opbouw van de mobiele netwerken van de concurrenten van KPN Mobile stond OPTA door deze uitspraken met lege handen en kon zij de rechten van nieuwe telecommunicatieondernemingen niet effectueren.

---

213. Vgl. Rb. Rotterdam 29 november 2002, Versatel 3G vs. Staatssecretaris EZ, overweging ten aanzien van art. 7 lid 1 Regeling veiling, www.rechtspraak.nl.
214. Pres. Rb. Rotterdam 3 juni 1999, KG 1999, nr. 245.
215. Rb. Rotterdam 13 september 2000, KPN Mobile vs. OPTA en Dutchtone, zaaknr. TELEC 99/2715-RIP en TELEC 99/2781-RIP, www.rechtspraak.nl.

Dit heeft het CBB duidelijk ingezien in de reeds aangehaalde uitspraak in het hoger beroep van Dutchtone en OPTA.[216] Het CBB overweegt het volgende:

> 'Ingevolge artikel 3.11, vierde lid, is de OPTA bevoegd regels vast te stellen die tussen hen zullen gelden. Deze bepaling bevat zelf geen beperking van de inhoud van de aldus te stellen regels. (...) Het College overweegt hiertoe allereerst dat de formulering "voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik" naar zijn oordeel zo open is, dat deze ruimte voor de door de OPTA gehanteerde interpretatie biedt. Het College deelt voorts het oordeel van OPTA dat een van de doelstellingen van artikel 3.11 – het bespoedigen van netwerkuitrol door andere vergunninghouders – wordt gediend met een interpretatie als voorgestaan door OPTA.'

In dezelfde lijn ligt de zaak KPN Telecom vs. OPTA en MCI WorldCom.[217] Ook in die zaak werden de bevoegdheden van OPTA ruim beoordeeld:

> '(...) geldt dat bij de beoordeling van de vraag of een besluit bevattende de op grond van artikel 6.9, tweede lid, in verbinding met artikel 6.3, eerste (en/of tweede) lid, van de Tw door verweerder vastgestelde regels de rechterlijke toetsing kan doorstaan, vooropstaat dat dergelijke regels naar hun inhoud dienen te blijven binnen de grenzen van artikel 6.9, tweede en derde lid, van de Tw en de regelgeving waarnaar daarin wordt verwezen (...). Bij de uitleg daarvan komt uiteraard belangrijke betekenis toe aan de (doelstellingen van de) aan die regelgeving mede ten grondslag liggende Europese richtlijnen. (...)
>
> Tevens is niet goed mogelijk een limitatieve opsomming te geven van de normen die verweerder [OPTA] bij de beoordeling van het geschil voor het overige mag dan wel moet aanleggen, nu deze veelal mede afhankelijk zullen zijn van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan tenminste worden gedacht aan normen als de mogelijke bedreiging van netwerkintegriteit, de beschikbaarheid van economisch aanvaardbare en verantwoorde alternatieven voor de verzochte bijzondere toegang, de gevolgen voor de concurrentie, de concurrenten en de consumenten/eindgebruikers, het bevorderen van product- en prijsdifferentiatie, en het – met inachtneming van artikel 18.3 van de Tw – voorkomen van strijdigheid met het algemene mededingingsrecht.'

Veel restrictiever interpreteerde de voorzieningenrechter onlangs de bevoegdheden van OPTA in de zaken aangaande de zogenoemde mobiele terminatingtarieven in de geschillen die KPN Mobile tegen onder meer O2 aanhangig had gemaakt. Naar aanleiding van het besluit van OPTA in het geschil, verzocht O2 (toen nog Telfort Mobiel geheten) om schorsing van het besluit bij de voorzieningenrechter. In die zaak meende de rechter dat nu geen sprake was van *directe* interconnectie doch van zogenoemde *indirecte* interconnectie, OPTA niet bevoegd was tot het beslechten van het geschil op

---

216. CBB 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, Mediaforum 2001, Jur.nr. 28, m.nt. A.T. Ottow en Computerrecht 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.

217. Vz. Rb. Rotterdam 16 februari 2001, KPN Telecom/OPTA en MCI WorldCom, reg.nr. VTELEC 00/2530-SIMO, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, Computerrecht 2001, p. 159-163.

grond van artikel 6.3 Tw.[218] In de visie van de rechter volgt uit de systematiek van de wet dat aan het stellen van regels als bedoeld in artikel 6.3 lid 1 Tw eerst het verlenen van een ontheffing op grond van artikel 6.1 lid 3 Tw vooraf dient te gaan. Artikel 6.3 Tw werd niet zo ruim gelezen dat hieronder ook geschillen met betrekking tot indirecte interconnectie zouden kunnen vallen, zonder ontheffingsprocedure.

Deze uitspraak had verstrekkende gevolgen, aangezien voor alle operators die (via het vaste net van KPN Telecom) met het mobiele netwerk van een mobiele operator zijn verbonden, een ontheffing dienden aan te vragen. Dit betreft tientallen (zo niet meer) ontheffingsverzoeken. Bovendien kon OPTA pas tot de beoordeling van de mobiele terminating-tarieven van O2 overgaan nadat zij een ontheffing had verleend. Dit alles is een enorme administratieve omweg voor in feite een onbelangrijk detail. De rechter had zonder al te veel problemen de geschillenregeling ruimer kunnen interpreteren en kunnen aangeven dat vanzelfsprekend ook zonder de ontheffingsprocedure tot beslechting van het geschil had kunnen worden overgegaan. De rechter heeft anders beslist. Maar de lijdensweg van OPTA was nog niet afgelopen. O2 (en andere mobiele telecommunicatieondernemingen) vroegen opnieuw schorsing aan bij de voorzieningenrechter naar aanleiding van de beslissingen op bezwaar door OPTA. Opnieuw schorste de voorzieningenrechter de besluiten:[219]

> 'Artikel 6.3, eerste en tweede lid, van de Tw betreft het op aanvraag beslechten van in wezen civielrechtelijke geschillen tussen op de commerciële markten opererende partijen – in de precontractuele fase of erna – door een bestuursorgaan. Verweerder heeft echter niet de specifieke positie van de individuele partijen tot uitgangspunt genomen, maar heeft de facto een algemeen maximum tarief vastgesteld en daarbij gedifferentieerd tussen de groep (relatieve) nieuwkomers en degenen die volgens verweerder al een voorsprong op de markt hadden opgebouwd, en zulks op grond van overwegingen in verband met marktafbakening, het tegengaan van kruissubsidies en het bevorderen van meer concurrentie.
>
> Daargelaten of een dergelijke algemene bevoegdheid tot "mededingingsrechtelijk" ingrijpen eerder aan de NMa zou toekomen dan aan verweerder, een duidelijke basis daarvoor is in artikel 6.3, eerste lid, respectievelijk 6.3, tweede lid, van de Tw niet te vinden. Anders gezegd: voor een gebruik van de geschilbeslechtende bevoegdheid als hier aan de orde dienen meer expliciete aanknopingspunten in de wet of de toelichtende stukken aanwezig te zijn dan in casu voorhanden. Steun voor dit oordeel biedt tevens het gegeven dat de geschilbeslechting van het eerste en tweede lid van artikel 6.3 van de Tw slechts op aanvraag geschiedt; de wetgever heeft kennelijk niet willen uitsluiten dat marktpartijen, zolang geen van hen een geschil aan verweerder voorlegt, vrij zijn in het onderling vaststellen van de interconnectievoorwaarden.
>
> Verweerder heeft zich op een bepaalde passage uit de Memorie van Toelichting bij de Tw beroepen ter ondersteuning van de stelling dat het vragen van een excessief hoog tarief in

218. Vz. Rb. Rotterdam 1 mei 2002, Telfort Mobiel vs. OPTA, reg.nr. VTELEC 02/900 RIP, www.rechtspraak.nl.
219. Vz. Rb. Rotterdam 29 november 2002, O2 e.a. vs. OPTA, reg.nr. VTELEC 02/2675 RIP, www.rechtspraak.nl.

strijd is met het bepaalde in artikel 6.1, eerste lid, van de Tw. De Voorzieningenrechter merkt echter op dat het desbetreffende citaat ook kan slaan op de situatie dat een partij, in de wetenschap dat haar wederpartij tot interconnectie verplicht is, aan die partij een uitzonderlijk hoog (MTA) tarief vraagt, in die zin dat, zou de verplichting tot interconnectie niet bestaan, geen interconnectie tot stand gekomen zou zijn. Of deze laatste situatie zich voordoet kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord, maar hangt af van onder andere de positie van de partij aan wie de betaling van dat (hoge) tarief wordt gevraagd, van *de verhouding tussen de betrokken partijen,* van de vraag of tegenover het gevraagde tarief andere, gunstige voorwaarden staan, en zo ja, welke. Naar dergelijke omstandigheden is door verweerder niet gekeken.' (curs. ATO)

De rechter overweegt dat de beoordeling dient af te hangen van de 'verhouding tussen de betrokken partijen' en niet in zijn algemeenheid mag worden beantwoord. OPTA dient hiernaar een gerichter onderzoek te verrichten. Nu OPTA dat in de visie van de rechter niet had gedaan, schorst de rechter het besluit van OPTA. Deze zeer beperkte uitleg van de bevoegdheden is mijns inziens in strijd met de uitspraak van het CBB in de zaak Dutchtone, waar het CBB juist een veel ruimere benadering volgde. Het is opvallend dat daar waar de rechter nog eerder een duidelijke afweging van algemene belangen[220] aangaf die OPTA bij haar toetsing in ogenschouw kan en mag nemen – mede tegen de achtergrond van de doelstellingen van het telecommunicatierecht – de rechter nu een veel restrictievere benadering volgt daar waar het de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA betreft. Hoewel op zich juist is dat het hier een geschil tussen twee partijen betreft, kan dit gegeven niets afdoen aan de economische omstandigheid dat de situatie van de mobiele operators vergelijkend is en OPTA – op basis van een uitgebreid, economisch onderzoek via een geschil – algemene regels stelt die voor een groep operators gelijkluidend is. Een dergelijke situatie deed zich ook voor in de site-sharing-zaak van Dutchtone, waar OPTA via een geschil algemene regels formuleerde. Deze werkwijze werd in die zaak wel door de rechter gesanctioneerd.

Niet kan worden ontkend dat een spanningsveld bestaat tussen de algemene bevoegdheid van OPTA om beleidsregels te formuleren die zij in een geschil zal toepassen aan de ene kant en de concrete toetsing van deze regels in het betrokken geschil aan de andere kant. Doch in de onderhavige zaak pakt de rechter met één hand af, wat hij juist eerder had toegestaan. Het eindresultaat is dat OPTA toch in vergaande mate individueel onderzoek dient te verrichten bij de beoordeling van een geschil. Wellicht is deze opstelling van de rechter mede ingegeven door de wijze waarop OPTA haar besluit had gemotiveerd. OPTA had het er wel erg dik bovenop gelegd dat zij een 'marktbrede benadering' volgde en zij de tarieven 'niet separaat per (bilaterale) inter-

220. Tot de overwegingen behoren ook expliciet mededingingsrechtelijke overwegingen volgens de rechter in de MCI WorldCom-zaak. Dit trekt de rechter nu juist weer in twijfel waar hij aangeeft dat dergelijke algemene bevoegdheid tot 'mededingingsrechtelijk' ingrijpen bij de NMa thuishoort.

connectierelatie' had beoordeeld.[221] Indien OPTA de motivering iets handiger had aangekleed, had de beoordeling wellicht wel in haar voordeel kunnen uitpakken.

Vervolgens doet zich de vraag voor of de materiële norm die de rechter hanteert wel juist is. De rechter overweegt:

> 'Met andere woorden: na een dergelijke situatie van de betrokken partijen gericht onderzoek, kan er wel aanleiding bestaan tot het vaststellen van een maximum tarief tussen die partijen indien verweerder tot de conclusie komt dat een partij *(evident) misbruik maakt* van het gegeven dat de wederpartij tot interconnectie verplicht is. Daarbij verdient het opmerking dat gedurende vrij lange tijd kennelijk zonder problemen interconnectie tegen de huidige tarieven tot stand is gekomen.
>
> In het licht van het voorgaande roept het tevens twijfel op dat verweerder beoogt om uiteindelijk tot kostenoriëntatie te komen. In het systeem van de (huidige) Tw bestaat daarvoor slechts een basis ten aanzien van aanbieders met een aanmerkelijke marktmacht en ook overigens naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter alleen op grond van een expliciete bepaling gesteld bij of krachtens wet.' (curs. ATO)

De tarieven van O2 zouden dus pas als 'onredelijk' kunnen worden gekwalificeerd indien deze als 'een (evident) misbruik' zijn aan te duiden. Naar mijn mening legt de rechter een te streng criterium aan bij de vraag of de tarieven 'onredelijk' zijn. Dit zou in feite neerkomen op het aantonen van 'misbruik' in de zin van artikel 24 Mw. Dit kan niet de bedoeling zijn. Bovendien dient in het kader van de toetsing op grond van de Tw een zelfstandige beoordelingsgrond te worden vastgesteld aan de hand van het toepasselijke redelijkheidscriterium. Daarbij spelen de doelstellingen van het telecommunicatierecht – in het licht van de genoemde rechtspraak – een belangrijke rol. OPTA heeft in de beslissing op bezwaar duidelijk aangegeven dat het hierbij gaat om 'de bevordering van bestendige mededinging' en de 'bescherming van eindgebruikers'. Met deze belangen kan geen rekening worden gehouden bij toepassing van het misbruikcriterium. Bovendien dient te worden opgemerkt dat OPTA beleidsvrijheid heeft bij het invullen van het redelijkheidscriterium. De rechter kan dit slechts marginaal toetsen. Of van een dergelijke marginale toetsing nog sprake is in het onderhavige geval, is de vraag.

Vervolgens doet zich de vraag voor of OPTA bij deze toetsing zover mag gaan dat de tarieven aan de hand van het kostenoriëntatiebeginsel mogen worden getoetst. De rechter trekt dit – naar mijn mening – terecht in twijfel. De toepassing van dit criterium op niet-aangewezen aanbieders is in strijd met de wet en het hieraan ten grondslag liggende Europese recht. Immers, in de systematiek van de wet wordt ervan uitgegaan dat dit strenge criterium slechts geldt voor de tarieven van de aanbieders met

---

221. Zie de paragrafen 60-64 van de beslissing op bezwaar.

aanmerkelijke marktmacht (op de markt voor vaste en mobiele openbare telefoniedienst tezamen)[222] en als zodanig door OPTA zijn aangewezen. Nu geen van de mobiele operators als zodanig is aangewezen, kan OPTA hen niet de verplichting tot kostenoriëntatie opleggen.

Deze zaken illustreren doeltreffend wat de gevolgen zijn van het ontbreken van een algemene aanwijzingsbevoegdheid van OPTA om op eigen initiatief overtredingen van wettelijke normen aan de kaak te stellen. OPTA is nu volledig afhankelijk van een geschil dat aan haar wordt voorgelegd. Door de uitspraak van de rechter staat zij voorlopig volstrekt machteloos. Dit ten koste van telecommunicatieondernemingen en consumenten. Deze belangen speelden ten onrechte geen enkele rol bij de toetsing door de rechter van de besluiten van OPTA. Zelfs nu de mobiele-telecommunicatieondernemingen hun tarieven verder verhogen, kan OPTA niets doen.[223]

De inkleuring van de toetsingsnorm 'redelijkheid' is zeer recentelijk opnieuw verder ingeperkt in de zaak Energis.[224] Daarin overweegt de rechtbank het volgende:

> 'Vervolgens merkt de rechtbank op dat de beslissing van verweerder die hier aan de orde is, is genomen op grond van artikel 6.3, tweede lid, van de Tw, waarbij, in tegenstelling tot het eerste lid van dit artikel, de gesloten interconnectieovereenkomst het uitgangspunt is. Nu volgens onder andere artikel 6:248, eerste lid Burgerlijk Wetboek (BW) een overeenkomst niet slechts leidt tot de (expliciet) overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook tot die welke voortvloeien uit eisen van redelijkheid en billijkheid (zie ook artikel 6:2 van het BW), terwijl volgens vaste jurisprudentie bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de letterlijke tekst beslissend is, maar ook hetgeen partijen gelet op de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten, acht de rechtbank een binnen het kader van artikel 6.3, tweede lid, van de Tw passende aanvullende bevoegdheid van verweerder ten opzichte van de (oorspronkelijke) overeenkomst tussen partijen aanvaardbaar. Wel dient verweerder daarbij binnen de grenzen van artikel 6:3, eerste en tweede lid, van de Tw te blijven, dus binnen de grenzen van het voorgelegde geschil. *Bovendien vormen*, als hierna aan te geven, de zojuist genoemde *redelijkheid en billijkheid ook een beperking van de "regelvaststellende bevoegdheid" van verweerder op grond van artikel 6.3, tweede lid, van de Tw.* (...)
>
> Daarmee bedoelt de rechtbank overigens niet dat de desbetreffende bevoegdheid onbegrensd is. *Zij vindt haar grens in de in het verbintenissenrecht geldende regels van redelijkheid en billijkheid, waaraan immers – geheel los van de Tw en artikel 6:3 van de Tw – zogenaamde derogerende werking toekomt.*' (curs. ATO)

Naar mijn mening ziet de rechter hierbij over het hoofd dat het geen normale contractuele relatie tussen partijen betreft, doch een relatie waarop publiekrechtelijke normen

---

222. Zie art. 6.6 lid 1 jo. art. 6.4 lid 2 Tw.

223. NRC Handelsblad 25 januari 2003, Bellen duurder, OPTA machteloos.

224. Vz. Rb. Rotterdam 4 februari 2003, KPN Telecom vs. OPTA, reg.nr. TELEC 01/87 RIP, nog niet gepubliceerd.

van toepassing zijn, die OPTA eenzijdig kan opleggen. Het telecommunicatierecht doorbreekt hier juist het verbintenissenrecht en de contractsvrijheid van partijen. En niet andersom. Het feit dat het hier een toetsing van een reeds bestaande overeenkomst betrof (toetsing onder lid 2 van artikel 6.3 Tw) en niet een nog te sluiten overeenkomst (toetsing van lid 1 van artikel 6.3 Tw) zou naar mijn mening geen verschil mogen maken. De rechter dient bij zijn toetsing rekening te houden met het feit dat geen sprake is van gelijkwaardige contractspartners, die in alle vrijheid kunnen onderhandelen. Bij dergelijke interconnectieovereenkomsten bestaat een grote (economische) afhankelijkheid van het netwerk en de houding van KPN Telecom. Juist deze afhankelijkheid heeft ertoe geleid dat KPN Telecom is aangewezen (voor het vaste openbare telecommunicatienetwerk) en aan haar speciale verplichtingen zijn opgelegd. De positie van partijen kan dan ook niet op grond van de 'gewone' civielrechtelijke norm, redelijkheid en billijkheid, worden getoetst, doch dient te worden bezien aan de hand van doel en strekking van het telecommunicatierecht. De rechter ziet dit over het hoofd. Ten onrechte wordt een zwaar belang gehecht aan de normen van het verbintenissenrecht.

In de zaak UPC volgde de voorzieningenrechter ook een stringente benadering.[225] In haar besluit van 20 maart 2002[226] oordeelde OPTA – kort gezegd – dat UPC in strijd handelde met het non-dicriminatiebeginsel door voor Canal+ niet hetzelfde toegangstarief te hanteren als dat voor haar eigen betaaltelevisiediensten gold. In een bindende aanwijzing heeft OPTA op grond van artikel 8.7 Tw UPC (onder meer) verplicht tot het verlenen van een 100%-korting op het door UPC gehanteerde tarief. OPTA stelt hiermee het tarief voor UPC vast. Wegens het feit dat UPC geweigerd had concrete informatie aan OPTA te verstrekken, heeft OPTA dit tarief op diverse aannames gebaseerd. In de beslissing van 8 juli 2002 schorst de voorzieningenrechter dit besluit van OPTA, aangezien de rechter 'ernstige twijfel omtrent de rechtmatigheid van het bestreden besluit' heeft. Het oordeel van de voorzieningenrechter is in deze zaak niet mild. In de eerste plaats betwijfelt hij of er wel sprake is van een concreet aan OPTA voorgelegd geschil tussen partijen. Canal+ had OPTA verzocht opnieuw een bindende aanwijzing te geven (na het eerder door OPTA gegeven besluit van 30 juli 2000). Mijns inziens heeft de rechter hier gezocht naar spijkers op laag water en had hij zonder al te veel moeite een *nieuw* geschil tussen partijen kunnen aannemen. De geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA wordt hier ten onrechte al te veel uitgehold. Maar de voorzieningenrechter gaat nog een stap verder. Hij meent dat OPTA op grond van artikel 8.7 Tw in het geheel geen bevoegdheid zou hebben tot het geven van bindende aanwijzingen:

---

225. Vz. Rb. Rotterdam 8 juli 2002, reg.nrs. VTELEC 02/922-GRR en VETELEC 02/931-GRR, Mediaforum 2002, Jur.nr. 40, p. 337-340, m.nt. ATO.

226. Besluit inzake geschil Canal+ vs. UPC van 20 maart 2002 (kenmerk OPTA/IBT/2002/200696), www.opta.nl.

'Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter gaat dit de reikwijdte van de bij artikel 8.7 van de Tw gegeven bevoegdheid te buiten. Bezien vanuit de systematiek van de Tw dient te worden betwijfeld dat de wetgever beoogd heeft om verweerder [OPTA] in het kader van artikel 8.7 Tw een sanctiemiddel in handen te geven dat hem in hoofdstuk 15 van de Tw (handhaving) is onthouden.'

Nu OPTA in de visie van de voorzieningenrechter geen bevoegdheid heeft in het kader van geschilbeslechting dergelijke 'aanwijzingen' aan de in het ongelijk gestelde partij te geven, begint OPTA wel steeds meer op de keizer zonder kleren te lijken. Indien voor OPTA een dergelijke belangrijke bevoegdheid ontbreekt, dient men zich in gemoede af te vragen of OPTA nog wel voldoende is geëquipeerd om de aan haar opgelegde taken naar behoren te vervullen. De uitspraak is in strijd met de letterlijke tekst van artikel 8.7 Tw. In dit artikel is uitdrukkelijk bepaald dat OPTA de bevoegdheid heeft tot het geven van bindende aanwijzingen. Deze bevoegdheid staat los van de handhavingsinstrumenten van hoofdstuk 15, zoals besproken in hoofdstuk 5 van dit preadvies. In hoofdstuk 15 zijn de algemene bepalingen over de handhavingsmiddelen van OPTA opgenomen. Deze bepalingen doen niets af aan speciale regelingen, zoals de speciale aanwijzingsbevoegdheid van artikel 8.7 Tw, in andere hoofdstukken van de Tw.

6.2.3 Voorlopige maatregelen

Een belangrijk instrument voor OPTA betreft de bevoegdheid tot het nemen van voorlopige besluiten. Deze bevoegdheid stelt OPTA in staat om hangende een procedure voorlopige maatregelen te treffen, teneinde de achterstand van nieuwe marktpartijen niet te laten oplopen. Slechts in het geval van interconnectiegeschillen is uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid in de Tw voorzien (zie artikel 6.3 lid 3 sub b Tw).[227] Deze bevoegdheid zou echter voor alle gevallen waarbij OPTA bevoegd is tot optreden, dienen te gelden. OPTA heeft diverse malen voorlopige besluiten genomen. In de meeste gevallen in het kader van een lopend interconnectie-/bijzondere-toegangsgeschil, doch ook in het kader van een geschil op grond van artikel 8.7 Tw (hoewel deze geschillenregeling niet uitdrukkelijk voorziet in een mogelijkheid tot het treffen van een voorlopige maatregel). Uit de besluiten van OPTA is af te leiden – hoewel vaak ten aanzien van het aspect van spoedeisendheid summier gemotiveerd – dat het college veel ruimhartiger met het toekennen van voorlopige maatregelen omgaat dan de NMa. In tegenstelling tot de d-g van de NMa, heeft OPTA ten aanzien van verzoeken om voorlopige maatregelen geen duidelijke (openbare) criteria ontwikkeld. Uit de besluiten van de NMa[228] volgt dat de d-g slechts bereid is in zeer uitzonderlijke gevallen tot het treffen van een voorlopige maatregel over te gaan. Hierbij moet bijna

227. Dit geldt eveneens voor bijzondere-toegangsgeschillen (art. 6.9 Tw verklaart art. 6.3 Tw van overeenkomstige toepassing).

228. Zie bijvoorbeeld Besluit op bezwaar van 11 augustus 1998 inzake NWI/PCM en de Telegraaf (zaak 89), www.nmanet.nl.

sprake zijn van een dreigend faillissement wil de NMa in actie komen. OPTA is veel sneller tot ingrijpen bereid.

In de zaak Versatel oordeelde OPTA in een voorlopig besluit (ongeveer drie maanden na het indienen van het verzoek) dat KPN Telecom diende mee te werken aan een noodoplossing voor het capaciteitsprobleem bij interconnectie.[229] Het college overweegt dat het gebrek aan capaciteit de 'uitbreidingsplannen van Versatel frustreert en aldus de ontwikkeling van het bedrijf Versatel beïnvloedt'.[230] Een nadere motivering voor het treffen van een voorlopig besluit ontbreekt verder. Door andere concurrenten van KPN Telecom was eveneens om een voorlopige maatregel verzocht voor de oplossing van het capaciteitsprobleem. Het betrof (voorzover bekend) verzoeken van EnerTel en Dutchtone. Door OPTA zijn deze verzoeken afgewezen. Slechts in het geval van Dutchtone is mij bekend welke redenen hieraan ten grondslag hebben gelegen.[231] Dutchtone zou onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat sprake was van een spoedeisend geval in de zin van artikel 6.3 lid 3 sub b Tw. De weigering door OPTA tot het treffen van een voorlopige maatregel was voor EnerTel aanleiding zich tot de president in kort geding te wenden. Maar ook daar ving EnerTel bot. De president overwoog onder meer:[232]

> 'Daarnaast – in aanmerking genomen dat OPTA de schaarste van interconnectieverbindingen in onderzoek heeft, waartoe zij het onderzoeksbureau Stratix en Arthur Andersen accountants heeft ingeschakeld en voorts in aanmerking genomen dat de OPTA bij schrijven van 4 februari 1999 een verzoek van EnerTel van 3 februari 1999, om onmiddellijk te besluiten dat geen capaciteit van de AGW's wordt afgehaald in ieder geval tot de OPTA definitief op het door EnerTel aanhangig gemaakte geschil heeft besloten, niet heeft gehonoreerd, omdat zij de stelling van KPN Telecom terzake haar schaarstebeleid gelet op evenvermeld onderzoek op dit moment niet kan beoordelen – voert het te ver om in het kader van dit kort geding zonder enig onderzoek ervan uit te gaan dat KPN ten onrechte een beroep op overmacht heeft gedaan.'

Hieruit kan worden afgeleid dat OPTA de zaak kennelijk te ingewikkeld vond voor het treffen van een voorlopige voorziening en nader onderzoek noodzakelijk achtte. Niet duidelijk is waarom OPTA in het geval van Versatel wel bereid was mee te werken aan een noodoplossing.[233]

---

229. Voorlopig besluit van OPTA in het interconnectiegeschil Versatel vs. KPN van 9 maart 1999 (OPTA/I/99/1211).
230. Overweging 51 van het Voorlopig Besluit.
231. Besluit van 19 april 1999 (OPTA/IBT/99/5531). Door middel van een Wob-verzoek heeft OPTA mij deze uitspraak indertijd doen toekomen.
232. Vz. Rb. Rotterdam van 25 februari 1999, Computerrecht 1999, p. 78-81, m.nt. ATO.
233. Een mogelijkheid zou kunnen zijn dat EnerTel – in tegenstelling tot Versatel – niet om een dergelijke noodoplossing had gevraagd.

Een andere overweging die bij OPTA een rol speelt voor het toekennen van een voorlopige maatregel, kan worden afgeleid uit de eerdergenoemde zaak Canal+. OPTA doet dit om de volgende redenen:

> 'Intussen laat de tot nu toe door KTA aangeleverde informatie wel toe dat op een hoofdpunt dat van grote invloed is op de hoogte van het door KTA aan Canal+ gevraagde tarief, vooruitlopend op de eindbeslissing in deze zaak nu al een definitieve beoordeling wordt voltrokken en/of een beslissing door het college wordt genomen.
>
> Daartoe is te meer aanleiding nu Canal+ aannemelijk heeft gemaakt dat haar financiële positie langer dan noodzakelijk uitstel niet kan dragen. (...).
> Het is op bovenstaande gronden en gelet op de spoedeisende belangen van Canal+ (...).'[234]

De financiële situatie van Canal+ leek derhalve bepalend te zijn. Opgemerkt zij wel dat Canal+ al bijna zeven maanden(!) op dit voorlopige besluit had zitten wachten.[235] Gezien het tijdsverloop kan nauwelijks nog van een voorlopige voorziening worden gesproken. Hoe ernstig de financiële situatie van verzoeker dient te zijn om voor een voorlopige maatregel in aanmerking te komen, is niet duidelijk. In andere zaken benadrukt OPTA de achterstandspositie van de verzoekers ten opzichte van KPN Telecom (Mobile) en het feit dat zij door de weigerachtige houding van KPN Telecom (Mobile) grote vertraging bij de oplevering van hun eigen diensten oplopen. Zo overweegt OPTA in de Eager Telecom-zaak dat 'vertraging in de oplevering van ADSL-verbindingen heeft geleid tot vertraging in de levering van haar [Eager Telecom] en dat Eager Telecom bovendien schade lijdt.'[236] Deze opstelling van OPTA lijkt mij juist: een actief optreden is noodzakelijk om nieuwe telecommunicatieondernemingen een reële kans op de markt te geven. Indien OPTA te strenge criteria zou toepassen of te lang zou wachten met ingrijpen, zou KPN Telecom (Mobile) een oneigenlijk voordeel verkrijgen. Wel dient te worden opgemerkt dat OPTA de te treffen voorzieningen wel erg afhankelijk laat zijn van nieuwe onderhandelingen tussen de betrokken partijen. Concretere en striktere aanwijzingen hadden meer voor de hand gelegen om de nieuwe marktpartijen te hulp te schieten. Indien OPTA – in navolging van de NMa – de bevoegdheid zou hebben gehad een voorlopige last onder dwangsom op te leggen (zie hierover hoofdstuk 5 van het preadvies), dan zou OPTA haar voorlopige besluiten met meer kracht kunnen hebben uitvaardigen. Nu zijn de voorlopige besluiten vaak

---

234. Zie de overwegingen 6 en 10 van het Besluit (dat in de aanhef niet als een voorlopig besluit wordt gekwalificeerd) van 9 juli 1999, www.opta.nl.
235. Opgemerkt zij dat in de latere besluiten van OPTA deze termijn aanzienlijk is bekort: tussen de twee tot vier maanden.
236. Voorlopig besluit 3 november 2000 inzake geschil Eager Telecom vs. KPN Telecom (kenmerk OPTA/IBT/2000/202922), paragraaf 15, www.opta.nl. Vgl. voorlopig besluit inzake geschil Cistron vs. KPN Telecom (ongedateerd) (kenmerk OPTA/IBT/2000/200361), voorlopig besluit 30 oktober 2000 inzake geschil Cistron vs. KPN Telecom (kenmerk OPTA/IBT/2000/202797), voorlopig besluit van 25 mei 2000 inzake geschil MCI WorldCom vs. KPN Telecom (kenmerk OPTA/IBT/2000/201454), voorlopig besluit van 22 juni 2000 inzake geschil Versatel vs. KPN Telecom (kenmerk OPTA/IBT/2000/201780) en voorlopig besluit van 29 juni 2001 inzake geschil XOIP vs. KPN Telecom en KPN Mobile (kenmerk OPTA/G.10.01/2001/201633), alle gepubliceerd op www.opta.nl.

blijven steken bij halfslachtige oplossingen (zoals een termijnstelling voor verdere onderhandelingen).

6.2.4 Het Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw

De ONP Review-richtlijnen bevatten nieuwe bepalingen ten aanzien van geschilbeslechting. Artikel 20 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat een nationale regelgevende instantie op verzoek van een van de partijen een bindend besluit uiterlijk binnen vier maanden inzake een geschil 'in verband met de verplichtingen die ontstaan tussen ondernemingen die elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden' dient te beslechten (artikel 20 lid 1). Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan van deze termijn worden afgeweken. Expliciet is bepaald dat bij het beslechten van het geschil de nationale regelgevende instantie zich dient te laten leiden door de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn (artikel 20 lid 3 Kaderrichtlijn).

In het Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw zijn geschilprocedures nu ondergebracht in een nieuw hoofdstuk 12 (Geschillen). De enige uitzondering hierop vormt de geschilprocedure ten aanzien van interoperabiliteit, welke is neergelegd in artikel 6.2 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. Niet duidelijk is waarom deze procedure ook niet in hoofdstuk 12 is opgenomen. Dit zou de eenvormigheid ten goede komen en voorkomt toekomstige discussies over mogelijke discrepanties tussen de bevoegdheden van OPTA op grond van artikel 6.2 lid 1 ten opzichte van hoofdstuk 12. OPTA heeft slechts een geschilbeslechtende bevoegdheid voorzover het geschil is opgenomen in de limitatieve lijst van artikel 12.3 Ontwerp Wijzigingsvoorstel Tw. Per soort geschil heeft de wetgever ervoor gekozen de bevoegdheden verder uit te werken in separate artikelen. In deze geschillen heeft OPTA de bevoegdheid op verzoek van een partij *voorschriften* te geven. De wetgever bezigt dus niet meer de oude termijnen als 'een bindende aanwijzing geven' of 'regels stellen'. Onduidelijk is of deze nieuwe terminologie ruimere bevoegdheden met zich meebrengt.

Opvallend is dat in de ontwerp-toelichting met geen woord wordt gerept over de problemen die in de praktijk zijn gerezen. Enige verduidelijking over de bevoegdheden brengt de wetgever geenszins aan. De wetgever heeft er opnieuw *niet* voor gekozen een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA in de wet vast te leggen voor *alle* geschillen aangaande verplichtingen over 'elektronische communicatienetwerken en -diensten'. Wederom – in navolging van de huidige wet – heeft de wetgever de methodiek gevolgd om OPTA geen ruime bevoegdheden te verschaffen, doch slechts nauw omschreven en gelimiteerde bevoegdheden te verstrekken. Dit zal er in de toekomst ongetwijfeld toe leiden dat OPTA in belangwekkende situaties die nu niet zijn voorzien niet bevoegd zal blijken, daar waar een ingrijpen in de markt wel noodzakelijk wordt geacht. De wetgever handelt hierdoor in strijd met (de tekst van) artikel 20 lid 1 Kaderrichtlijn, die een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid voorschrijft.

De huidige expliciete in de Tw opgenomen bevoegdheid van OPTA om voorlopige besluiten te nemen (zie artikel 6.3 lid 3 sub b Tw) is bovendien in het ontwerp niet meer opgenomen. Dit is zeer onwenselijk, aangezien dit de suggestie zou kunnen wekken dat OPTA in spoedeisende gevallen geen voorlopige maatregelen meer zou kunnen nemen. In de praktijk blijkt OPTA deze bevoegdheid wel degelijk nodig te hebben om snel en efficiënt te kunnen ingrijpen waar dit vanuit een oogpunt van spoedeisendheid noodzakelijk is. Ter voorkoming van enige discussie hieromtrent dient de wetgever de bevoegdheid van OPTA tot het treffen van voorlopige maatregelen in hoofdstuk 12, doch ook ten aanzien van andere besluiten expliciet in de wet op te nemen.

6.2.5 Elektriciteitswet en Gaswet

Interessant is om de regeling van de geschilbeslechting door OPTA te leggen naast de geschilbeslechting in de energiesector. Deze wijkt duidelijk af van de regelingen in de Tw en blijkt gecompliceerder te zijn dan die van OPTA. Dit komt met name doordat de geschilbeslechting niet door de DTe plaatsvindt, maar door de d-g NMa. Deze geschillenregeling heeft nog niet tot besluiten geleid en zal in het kader van dit preadvies dan ook slechts kort worden besproken.

Hoofdstuk 1, paragraaf 8 van de Elektriciteitswet bevat bepalingen over de behandeling van geschillen. Artikel 51 bepaalt dat 'geschillen als bedoeld in artikel 20, derde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn, op grondslag van de Mw, worden beslecht door de directeur-generaal van de NMa'. De Nederlandse wetgever heeft artikel 20, derde lid, Elektriciteitsrichtlijn zo geïnterpreteerd, dat hieronder zowel geschillen met betrekking tot transport als met betrekking tot levering van elektriciteit vallen. Ook in de Gaswet is de d-g NMa belast met geschilbeslechting. Artikel 19 lid 1 bepaalt hiertoe 'dat geschillen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 11, 14 en 15 met inachtneming van deze wet, op de grondslag van de Mw worden beslecht door de d-g NMa'. De Gaswet biedt de d-g NMa tevens de mogelijkheid om hangende een geschil een soort 'voorlopige voorziening' te treffen (artikel 19 lid 3). Hierover is in de Elektriciteitswet niets bepaald. Onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het begrip 'beslechten van een geschil'. Welke bevoegdheden heeft de d-g NMa in dezen? Deze terminologie wijkt af van de huidige tekst van de Tw, die spreekt over 'regels stellen'. De bevoegdheidsvraag van de d-g NMa is tot op heden niet aan de orde geweest, aangezien besluitvorming over geschillen tot op heden ontbreekt.

De regeling in de Gaswet verschilt derhalve van die van de Elektriciteitswet. De d-g NMa dient in de Gaswet geschillen te beslechten op grondslag van de Mw, hetgeen gelijkluidend is aan de bepaling in de Elektriciteitswet, maar met inachtneming van de Gaswet. Geschilbeslechting in de Elektriciteitswet vindt daarentegen uitsluitend plaats op grondslag van de Mw. De vraag is in hoeverre de d-g NMa hier vrijwillig de Elektriciteitswet (en krachtens de Elektriciteitswet vastgestelde regelingen) in acht mag

nemen. Het verschil tussen de Elektriciteitswet en de Gaswet is wellicht te verklaren uit het feit dat de Gaswet gebaseerd is op een systeem van negotiated third party access, terwijl de Elektriciteitswet gebaseerd is op een systeem van regulated third party access. Doordat er bij dit laatste systeem in beginsel minder kans is op geschillen omdat de voorwaarden en tarieven voor transport van overheidswege worden bepaald, zijn er minder geschillen tussen de netbeheerders en marktpartijen te verwachten. Een andere reden kan zijn dat de Gaswet aanvankelijk alle bevoegdheden toekende aan de d-g NMa, die deze bevoegdheden vervolgens kon mandateren aan de directeur DTe. Eerst bij amendementen is een groot aantal bevoegdheden van de d-g NMa rechtstreeks geattribueerd aan de directeur DTe. Toch heeft de Gaswet een grote verwevenheid behouden met de d-g NMa. Overigens maakt het wetsvoorstel zbo-wet het resultaat van deze amendementen weer ongedaan, doordat zij de directeur DTe als bestuursorgaan opheft, en alle bevoegdheden van de directeur DTe, ook die bevoegdheden die zijn neergelegd in de Elektriciteitswet, overdraagt aan de d-g NMa. Het is de bedoeling dat de d-g NMa zijn taken aan de nieuwe Energiekamer mandateert. Alhoewel de feitelijke impact van de zbo-wet hierdoor beperkt blijft, is deze constructie bestuursrechtelijk van totaal andere orde. Ook kan de d-g NMa zijn geschilbeslechtende bevoegdheid niet overdragen aan de directeur DTe (artikel 60 Gaswet).

Een complicerende factor ter zake van geschillen betreft de overlappende bevoegdheden tussen de d-g NMa en de directeur DTe, een complicatie die zich in het telecommunicatierecht niet voordoet. De directeur DTe kan zelf bindende aanwijzingen geven met betrekking tot de indicatieve tarieven en voorwaarden die de gasnetbeheerders in acht moeten nemen bij de onderhandelingen over het transport van gas (artikel 13 lid 3 Gaswet) en met betrekking tot de naleving van de Elektriciteitswet (artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet). Ook door middel van een bindende aanwijzing, eventueel gevolgd door een last onder dwangsom, kan de directeur DTe dus geschillen beslechten. Ter verdeling van taken en ter voorkoming van forum shopping hebben zij gezamenlijk beleidsregels opgesteld.[237] Deze beleidsregels geven aan dat de NMa en de DTe bij geschillen overleg plegen. Indien sprake is van een gereguleerde dienst, zal in beginsel de DTe de zaak ter hand nemen.

6.3 Artikel 112 lid 1 Gw

In het kader van geschilbeslechting dient tevens aandacht te worden geschonken aan de werking van artikel 112 lid 1 Grondwet (Gw). Dit grondwetsartikel bepaalt dat aan de rechterlijke macht de 'berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over

237. Beleidsregels van de directeur-generaal van de NMa en de directeur DTe met betrekking tot samenwerking bij de behandeling van verzoeken om geschillenbeslechting op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, Stcrt. 2001, 168, p. 41.

schuldvorderingen' is opgedragen. Het lijkt evident dat de beslechting van interconnectiegeschillen onder de reikwijdte van deze bepaling valt.[238] Het CBB is evenwel – in tegenstelling tot de civiele rechter – niet als een gerecht behorend tot de rechterlijke macht in de zin van artikel 112 lid 1 Gw op grond van artikel 1 Wet op de rechterlijke organisatie (RO) aangewezen. Een dergelijke aanwijzing dient alsnog te geschieden, nu de toetsing van de uitspraken van OPTA aangaande dergelijke civielrechtelijke geschillen uiteindelijk in laatste instantie door het CBB plaatsvindt. In het kader van dit preadvies zal hier niet nader op in worden gegaan.

6.4 Geen executoriale titel: de rol van de civiele rechter

Zoals gezegd, bestaat bij interconnectiegeschillen een grote verwevenheid tussen het telecommunicatie- en civiele recht. Dit heeft in de praktijk tot de nodige hoofdbrekens en een opeenstapeling van procedures gezorgd.[239] Zo werd duidelijk dat de civiele rechter zich niet bevoegd achtte tot vaststelling van interconnectietarieven. In het (tussen)vonnis van 21 december 2000[240] oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat – gezien de feitelijke context – de oorspronkelijk overeengekomen tarieven (tussen Energis en KPN Telecom) niet meer golden. Voor vaststelling van de geldende tarieven dienden partijen zich volgens de rechtbank tot OPTA te wenden:

> 'De Rechtbank acht zich in deze situatie (waarin het dus *niet* gaat om een vordering tot nakoming van een reeds uit de overeenkomst blijkende betalingsverplichting) niet bevoegd om vast te stellen welke tarieven vanaf die datum tussen partijen hebben te gelden.'

Deze onbevoegdheidsverklaring leidde ertoe dat Energis zich alsnog tot OPTA diende te wenden om via een interconnectiegeschil de redelijkheid van haar terminatingtarieven te laten vaststellen. Conform deze door de rechtbank uitgezette grensafscheiding handelde BabyXL in de civiele procedure die zij tegen KPN Telecom initieerde bij de Rechtbank Rotterdam. In het vonnis van 29 november 2001[241] achtte de rechtbank zich bevoegd zich over de vorderingen van BabyXL uit te laten. De vordering van BabyXL was niet gericht op de vaststelling van de tarieven voor bijzondere toegang – daartoe had zij reeds een geschil tegen KPN Telecom aanhangig gemaakt bij OPTA – doch zij had als juridische grondslag onverschuldigde betaling en onrecht-

238. Daarbij ga ik er evenwel van uit dat de bepaling ziet op de procedure na de beslechting van het geschil door (in het onderhavige geval) het bestuursorgaan.

239. Zie voor een overzicht van deze procedures: A.T. Ottow, De bevoegdheidsverdeling tussen OPTA en de civiele rechter, Mediaforum 2002, p. 316-319.

240. Rb. Rotterdam 21 december 2000, Energis N.V. vs. KPN Telecom B.V., zaak-/rolnr. 138043/HA ZA 00-1088, niet gepubliceerd.

241. Rb. Rotterdam 29 november 2001, CLEC Netherlands B.V. en BabyXL Broadband DSL vs. KPN Telecom B.V., zaak-/rolnr. 156783/HA ZA 01-1308, niet gepubliceerd.

matige daad gekozen. De bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en OPTA wordt op treffende wijze door de rechtbank samengevat:

> 'Deze specifieke bevoegdheid van OPTA en de aansluitende met waarborgen omringde rechtsgang hebben tot gevolg dat de burgerlijke rechter zich – uitzonderlijke gevallen daargelaten – heeft te onthouden van zelfstandige beoordeling van de vraag of de genoemde in verband met interconnectie en bijzondere toegang bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet. Dat raakt evenwel niet de bevoegdheid van de Rechtbank in de zin van artikel 53 RO, doch betreft de vraag of de vordering kan worden toegewezen.
>
> Genoemd artikel 6.9 juncto artikel 6.3, lid 2, Tw geeft OPTA niet de bevoegdheid om ter beslechting van de aangeduide geschillen meer te doen dan regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden. Tot die bevoegdheid behoort niet de veroordeling van een der partijen wegens onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad als thans door BabyXL wordt gevorderd. (In de executie van dergelijke besluiten van OPTA is ook niet in de wet voorzien.) De Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet bieden dus niet een procedure waarin BabyXL een zelfde uitspraak, of een uitspraak met in wezen hetzelfde effect, kan krijgen als zij thans vordert.'

De rechtbank raakt hier de kern van het probleem: in de Tw is geen regeling opgenomen voor de executie van de uitspraken van OPTA. De uitspraak van het zelfstandig bestuursorgaan verschaft de winnende partij geen titel tot executie. Zoals aangegeven door de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 19 februari 2002[242] kan slechts tot betaling worden gedwongen na tussenkomst van de civiele rechter. De civiele rechter dient eerst de verschuldigdheid van de vordering vast te stellen, alvorens een verplichting tot betaling bestaat. Vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming is deze omissie in de Tw niet te rechtvaardigen. Niet alleen doet het afbreuk aan de effectiviteit van het ingrijpen door OPTA, maar bovendien betekent dit – in de context van interconnectieovereenkomsten – dat met name concurrenten van KPN Telecom een lange weg hebben te gaan voordat zij tot incasso van de aan hen toekomende gelden kunnen overgaan. Nu er door de wetgever voor gekozen is dergelijke geschillen te laten beslechten door een zelfstandig bestuursorgaan in plaats van de civiele rechter, dient hier de consequentie aan te worden verbonden dat de uitspraak van OPTA ook uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. In navolging van het civiele procesrecht zou de wederpartij in geval van executie een executiegeschil aanhangig kunnen maken, indien zij meent dat ten onrechte tot executie wordt overgegaan.

Een ander alternatief zou de last onder dwangsom kunnen zijn. Het inzetten van het instrument van een last onder dwangsom, waarbij OPTA de in het ongelijk gestelde partij tot betaling van de onverschuldigde bedragen aan de wederpartij verplicht, lijkt

---

242. Vz. Rb. Rotterdam 19 februari 2002 (datum publicatie 22 mei 2002), KPN Telecom vs. OPTA, zaaknr. VTELEC 02/327-SIMO, niet gepubliceerd.

evenwel de grenzen van het gebruik van een bestuurlijk instrument en de bevoegdheden in het kader van geschillenbeslechting te buiten te gaan. Het door OPTA te beoordelen civielrechtelijke geschil is reeds door een bindend (bestuurlijk) besluit beslecht. Het bestuurlijke instrument wordt hierbij door OPTA ingezet voor de oplossing van een nieuw ontstane civielrechtelijke aangelegenheid, namelijk de terugvordering van te veel betaalde bedragen. Het is zeer de vraag of hiervoor een bestuurlijk handhavingsinstrument kan worden ingezet.

De negatieve gevolgen van het ontbreken van een executoriale titel in geval van een uitspraak door OPTA zouden in de praktijk kunnen worden beperkt, indien de betrokken onderneming na de procedure bij OPTA via een spoedprocedure bij de civiele rechter tot incasso van de onverschuldigde bedragen zou kunnen overgaan. Uit de Energis-zaak[243] blijkt echter dat deze weg niet openstaat. De voorzieningenrechter overweegt dat ondanks (1) het primaire besluit van OPTA, (2) de beslissing op bezwaar van OPTA en (3) de afwijzing van de voorzieningenrechter van het schorsingsverzoek van KPN Telecom, niet kan worden gezegd dat de verschuldigdheid van de vordering tot incasso 'boven redelijke twijfel' is verheven. Dit standpunt van de civiele voorzieningenrechter heeft tot gevolg dat pas daadwerkelijk tot incasso kan worden overgegaan nadat de zaak eerst bij OPTA (in twee instanties) en bij de bestuursrechter (in twee instanties) is uitgeprocedeerd. KPN Telecom heeft er dus alle belang bij deze beroepsprocedures zo lang mogelijk te rekken om te voorkomen dat de andere partij een executoriale titel verkrijgt. Hoewel dit standpunt van de voorzieningenrechter wellicht vanuit het burgerlijk procesrecht begrijpelijk is, leidt de toepasselijkheid van deze procesregels voor de betrokken telecommunicatieondernemingen tot aanzienlijke financiële gevolgen. De telecommunicatiewetgever zou voor deze gevolgen een regeling in de Tw dienen op te nemen. Behoefte bestaat aan een snelle procedure, waarbij over de rechtmatigheid van de beslissing van OPTA snel duidelijkheid bestaat en op die basis tot incasso kan worden overgegaan (zie in dit verband de suggesties tot rechterlijk verlof in paragraaf 5.4.5).

6.5 Conclusie

OPTA is in het kader van geschillenbeslechting bevoegd tot het opstellen van beleidsregels en beschikt bij de toepassing van deze regels in het kader van een concreet geschil over een zekere mate van beleidsvrijheid. Leidraad vormt daarbij het doel en de strekking van de betrokken bepaling en de doelstellingen van het Europese en nationale telecommunicatierecht. Een zeker spanningsveld bestaat evenwel tussen deze algemene reguleringsbevoegheid van OPTA en de beoordeling van een concreet geschil tussen twee partijen. Deze consequentie dient evenwel te worden aanvaard, nu

243. Vz. Rb. Rotterdam 14 mei 2002, Energis vs. KPN Telecom, zaak-/rolnr. 173281/KG ZA 02-284, niet gepubliceerd.

in de wet is verzuimd een algemene aanwijzingsbevoegdheid aan OPTA te verlenen die haar in staat stelt overtredingen van wettelijke normen aan te pakken. Bij gebreke van een dergelijke aanwijzingsbevoegdheid en een volledige geschilafhankelijkheid is het onvermijdelijk dat OPTA – in het kader van een concreet geschil – overgaat tot het stellen van algemene regels. Bij de toetsing van deze regels dient geen voorrang te worden verleend aan normen die afkomstig zijn uit het civiele recht, zoals de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hoewel de basis van het geschil een (potentiële) civielrechtelijke verhouding betreft, wordt deze doorbroken door publiekrechtelijke normen van het telecommunicatierecht. Het betreft hier geen 'gewone' beslechting van civielrechtelijke geschillen. Daarbij dient een groot belang te worden gehecht aan de positie van partijen en de economische effecten op de markt.

7 Conclusie en stellingen

7.1 Conclusie

Bij de inrichting van het toezicht op de telecommunicatiemarkt is sprake geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, die ertoe hebben geleid dat de rechtsbescherming van nieuw toe te treden telecommunicatieondernemingen onder de maat bleef en concurrentie langzamer tot ontwikkeling is gekomen. Deze omstandigheden betreffen:

1. een restrictieve visie van de wetgever op staats- en bestuursrechtelijke beginselen bij het toekennen van bevoegdheden aan een onafhankelijke toezichthouder;
2. het toepassen van het algemene (procedurele) kader van de Awb zonder rekening te houden met de vereisten van het marktordeningsrecht: transparantie, snelheid en slagkracht.

Ten onrechte is te weinig rekening gehouden met de doelstellingen van het telecommunicatierecht, waar het openbreken van markten en het bevorderen van concurrentie centraal staat. De inrichting van het toezicht, zowel wat de bevoegdheden van OPTA betreft als de vaststelling van het procedurele kader, dienen op deze doelstellingen te zijn ingesteld.

7.2 Stellingen

De volgende stellingen zou ik aan de vergadering willen voorleggen:

1. Het huidige toezicht door de Minister van Economische Zaken voldoet niet aan de door de Kaderrichtlijn gestelde vereisten van onafhankelijkheid (zie paragraaf 3.4.2).

2. Concurrentieregels op dynamische markten toepassen, vereist beoordelingsruimte van de toezichthouder en de bevoegdheid tot (op eigen initiatief) pro-actief optreden (zie paragraaf 3.1).

3. Het economisch marktordeningsrecht vereist een verfijnder gereedschap dan de algemene regels van de Awb (paragraaf 1.3 en hoofdstuk 4).

4. OPTA dient een algemene, ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid te bezitten (zie paragraaf 5.3).

5. Het gebruik van handhavingsbevoegdheden strookt met de taken van een ex ante toezichthouder (zie paragraaf 5.1).

6. Een rechterlijk verlof dient te worden ingevoerd voor het verrichten van een verificatie en het opleggen van handhavingsmaatregelen door een toezichthouder (zie paragraaf 5.4.5).

7. De facultatieve bezwaarschriftenprocedure, zoals thans neergelegd in het zbo-wetsvoorstel, dient in de Tw te worden overgenomen (zie paragraaf 5.5.2).

8. In het kader van geschillenbeslechting door OPTA hebben de normen van het verbintenissenrecht geen derogerende werking (paragraaf 6.2.2).

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mw. mr. E.C. Drexhage (secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Mw. mr. D. de Bruin
Mr. H.J.M. Havekes
Prof. dr. M. Herweijer
Mr. J.W. Ilsink
Mr. B.C. Knieriem
Mr. E. Lisser
Mr. R.W.L. Loeb
Mr. A.W.H. Meij
Mw. mr. W. den Ouden
Mr. N. Verheij
Mr. F.P. Zwart

Ereleden

Mr. A.D. Belinfante †
Mr. J. van der Hoeven †
Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema
Mr. F.W. ter Spill †

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)

XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)

XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)

LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)

z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)

120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)