

VAR-reeks

131

Toezicht op markten

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

Ter behandeling van de preadviezen van

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

Mr. A.T. Ottow

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2004

© 2004 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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 449 x

NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	7
Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)	12
Mr. H.J. de Ru	12
Mr. N. Verheij	23
Mevrouw mr. J.H. Verweij	24
Mevrouw R.G. van den Berg	24
Mr. A.P.W. Duijkersloot	26
Mevrouw mr. E. Steyger	27
Mr. R.J.G.M. Widdershoven	32
Mr. J.W. van de Gronden	34
Mr. J.B.J.M. ten Berge	35
Mr. M.J. van Enk	37
Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 14 mei 2003	40
Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)	44
Mevrouw mr. J.H. Verweij	44
Mr. A.W. Hins	48
Prof. mr. J.E.M. Polak	50
Mr. drs. Th.G.M. Simons	51
Mr. W. Knibbeler	57
Mr. J.R. van Angeren	61
Mr. N. van Eijk	66
Mevrouw mr. B. van den Berg	67
Mr. O.J.D.M.L. Jansen	70
Dr. mr. drs. A.P.J. van der Eyden	73
Stellingenprocedure	76
Verslag van de secretaris over 2002	80
Bestuur en ereleden	83
Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR	84

Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

Terugdringing van de bureaucratie: drie keer minder of drie keer niks?

Ten geleide

In de aflevering ‘The Compassionate Society’ van de onvolprezen televisieserie *Yes, minister* gaat het over de mogelijke sluiting van een gloednieuw ziekenhuis, St. Edward’s Hospital te Londen. Het ziekenhuis is 15 maanden geleden kant en klaar opgeleverd en wordt sindsdien bevolkt door 342 man administratief personeel en 170 man voor andere diensten. Samen zijn dat er ruim 500. Dat is volgens secretaris-generaal Sir Humphrey voor een ziekenhuis met duizend bedden nog aan de krappe kant. Er is evenwel iets bijzonders aan de hand met dit ziekenhuis: er zijn geen patiënten. Daarvoor was geen geld meer. Het ziekenhuis zal nog zeker anderhalf jaar een aanloopfase kennen om daarna wellicht enige afdelingen te kunnen openen. De verantwoordelijke minister James Hacker vindt het belachelijk een ziekenhuis zonder patiënten open te houden en wil het personeel ontslaan. Maar Sir Humphrey wijst hem erop dat een samenleving haar compassie primair toont door geld aan een probleem te spenderen, niet zozeer door het op te lossen. Bovendien doen deze mensen uiterst nuttig werk. Zo is er een afdeling voor de bestrijding van rampen, branden, luchtaanvallen en epidemieën, een afdeling demografie die in kaart brengt hoe in de buurt de toekomstige behoeften aan kraamzorg, ouderenzorg en jeugdzorg zullen zijn, een afdeling financiën voor onder meer begroting en cashflowbeheer, een afdeling voor de inkoop van medische apparatuur en dergelijke, een technische dienst, een afdeling bouw, in verband met de voorgenomen uitbreiding van het ziekenhuis met een nieuwe vleugel, afdelingen voor onderhoud, schoonmaak en catering, een personeelsafdeling die salarissen en verlofdagen regelt en ten slotte is er een afdeling administratie met een postkamer, een typkamer et cetera. Ook de directrice van het ziekenhuis vindt dat alles prima gaat: zonder patiënten is er minder slijtage en zijn de bedrijfskosten lager. St. Edward’s is in feite een van de best gerunde en meest hygiënische ziekenhuizen van het Verenigd Koninkrijk. Als Hacker niettemin een deel van het personeel ontslaat, leggen de vakbonden het werk in alle Londense ziekenhuizen neer. Grote politieke opschudding is het gevolg. Nu was er tegelijkertijd nog een ander heikel vraagstuk: dat van de moeilijk te organiseren opvang van duizend Cubaanse vluchtelingen. Had St. Edward’s geen duizend bedden? Inderdaad; en zo werden uiteindelijk twee problemen tegelijk opgelost en was James Hacker de kampioen van de ‘compassionate society’.

Er worden de laatste weken door politici veel uitlatingen gedaan over de noodzakelijke terugdringing van de bureaucratie. Er zouden minder ambtenaren moeten zijn, minder regels en minder administratieve lasten. Ik zal deze drie minderheden achtereenvolgens bespreken.

Minder ambtenaren

Om te beginnen hangt een massaontslag van rijksambtenaren in de lucht. Onwillekeurig gingen mijn gedachten naar St. Edward's. Zou het zo ver in Nederland zijn gekomen? Zitten er op allerlei ministeries honderden ambtenaren naar buiten te kijken? Volgens VVD-leider Zalm moeten vooral die ambtenaren worden ontslagen die toezicht houden op de naleving van regels die niet meer bij de tijd zijn. Ook andere partijen spreken zeer gemakkelijk over efficiencywinsten die te behalen zouden zijn, alsof Nederland één groot St. Edward's ziekenhuis is! Wanneer het grootscheeps schrappen van banen bij de ministeries doorgaat, zal het werken er daar niet vrolijker op worden. Te verwachten valt dat de ontslagen vooral zullen vallen in de beleidssector. De gemeente Amsterdam is het rijk daarin deze week voorgegaan. De ambtenaren zelf zullen niettemin beleid moeten ontwikkelen dat erop gericht is hen zelf of hun directe collega's weg te bezuinigen. Of het zover gaat dat er volgens hen per saldo eerder mensen bij moeten dan er weg kunnen, zoals in St. Edward's, weet ik niet, maar snel zal men zich niet gewonnen geven.¹ Gedwongen ontslagen zijn gemakkelijker op papier ingeboekt dan in de werkelijkheid gerealiseerd. Als er al een wezenlijke vermindering kan worden bereikt, zullen de overblijvende ambtenaren zich vervolgens aanvankelijk nog wel loyaal opstellen en nog harder werken, maar op een dag is de rek eruit. Op de universiteiten zijn we de grens van wat je in redelijkheid nog van je personeel kunt vergen dicht genaderd. Krijgen we met deze 'afslanking' een betere overheid en beter onderwijs? Nee, de zaak wordt muurvast gedraaid. En nagedacht wordt er niet meer, want het beleidsschip is gezonken kort nadat de bemanning van boord werd gestuurd.

Minder regels en geen tegenstrijdige regels

De tweede winst die er te behalen zou zijn, is die van vermindering van administratieve lasten voor overheid en bedrijfsleven door vermindering en betere afstemming van regelgeving. Kunnen er echt zoveel regels verdwijnen? Ook dat moet ik nog zien. Welke regels er kunnen worden afgeschaft, hoor ik nooit. Boter bij de vis, Zalm, zou ik willen zeggen. Noem eens wat regels die we kunnen afschaffen. En geef er dan ook even bij aan welke kans er bestaat dat we er uiteindelijk slechtere en/of meer regels voor in de plaats te krijgen, al dan niet afkomstig van gecertificeerde instellingen, en ook of die afschaffing plaatsvindt zonder aantasting van de wezenlijke belangen ter bescherming waarvan die regels zijn gemaakt.

1. Aldus ook Thomas von der Dunk, Verzet politici tegen ambtenaren is gratis, NRC Handelsblad 10 mei 2003, p. 6.

Zeker, er zijn voorbeelden te geven van te grote regeldichtheid. Zo meen ik dat Koninklijke Horeca Nederland wel een paar punten heeft, in haar rapport 'De Horeca ontregelt!'² De hoeveelheid vergunningstelsels die gemeenten op grond van hun autonomie op de horeca loslaten, is indrukwekkend. Wel eens gehoord van een plantenbakvergunning en een vlondervergunning? Die bestaan. Maar welke minister van BZK wil de gemeentelijke autonomie op dit punt aantasten? Misschien zal de toekomstige 'minister van ontregeling' dat aandurven, maar dan zal hij wel een loopgravenoorlog met de VNG moeten winnen. De grote hoeveelheid regels in de horecasector hangt ook samen met de toegenomen aandacht voor veiligheid: brandveiligheid, voedselveiligheid, arboveiligheid et cetera. En die gekoesterde veiligheden bijten elkaar af en toe een beetje. Een nooddeur moet volgens de brandweer naar buiten opengaan, maar uit een oogpunt van verkeersveiligheid mag zo'n deur volgens Bouw- en woningtoezicht niet naar buiten openzwaaien omdat de vluchtende personen dan door fietsers kunnen worden aangereden. De voor de hand liggende oplossing van een schuifdeur is niet mogelijk, omdat artikel 37 Arbobesluit de schuifdeur als nooduitgang niet toestaat. Dan houden we volgens mij alleen de draaideur nog over, maar daar zal ook wel iets mee mis zijn. Met een beetje pech mag die hele nooddeur trouwens van de milieudienst helemaal niet op de bewuste plaats aanwezig zijn, omdat die onvoldoende geluidwerend is. Hoe dan ook denk ik dat de horeca inderdaad een grote regeldichtheid kent en dat die regels elkaar bovendien soms in de weg zitten. Maar afschaffing van verplichtingen is dan lang niet altijd de oplossing, wel betere afstemming. Bovendien: welke bestuurder of wetgever zal een vermindering van enige vorm van veiligheid willen bepleiten? Als men dus de gemeentelijke autonomie intact wil laten en de veiligheid een hoge prioriteit wil blijven geven, zal men nog een hele dobber hebben aan het dit keer wél laten lukken van een dereguleringsoperatie.

Inmiddels is de rijksoverheid bezig zich op haar eigen regels te bezinnen. Zo is bij VROM sprake van een herijkingsoperatie. En zoals u weet, is herijken een Haags woord voor schrappen of bezuinigen.³ De uitgangspunten zijn herkenbaar: zo min mogelijk regels, ook zo min mogelijk wettelijk geregelde beleidsstukken ook, korte totstandkomingsprocedures van uitvoeringsbesluiten, eenvoudige, duidelijke en consistente regelgeving die tevens goed uitvoerbaar, handhaafbaar en fraudebestendig is en tot zo min mogelijk administratieve lasten leidt. In het algemeen zal iedereen zich wel in deze doelstellingen kunnen vinden. Dat is ook precies het probleem: het is allemaal zo evident dat je je afvraagt waarom dit allemaal niet allang is gerealiseerd. Maar het antwoord op die vraag ligt eigenlijk ook wel voor de hand: omdat het niet zo eenvoudig is om die doelen te bereiken, al was het maar omdat die doelen soms haaks op elkaar staan. Simpele regels zijn vaak ongenueanceerd en daardoor moeilijk uitvoerbaar. Het gebruik van algemene termen en onuitgewerkte voorschriften brengt veel vragen en problemen mee voor de praktijk van uitvoering en handhaving. Door het opnemen van uitzonderingsmogelijkheden in de wet verdwijnt de eenvoud echter al snel.

2. Koninklijke Horeca Nederland, De Horeca Ontregelt!, 2003. Zie ook het interview met Jeu Claes, directeur van Koninklijke Horeca Nederland, in de Staatscourant van 16 april 2003, p. 2 en het interview met twee Eindhovense gemeenteambtenaren in de Staatscourant van 23 april 2003, p. 2.

3. Die herijking is aangekondigd in een brief van de VROM-bewindslieden aan de Tweede Kamer op 23 oktober 2002 (TK 2002-2003, 28 600 XI, nr. 10) en wordt thans uitgevoerd. Zie hierover ook mijn kritische Redactioneel in het Tijdschrift voor Omgevingsrecht 2003/1, p. 1.

Hetzelfde bedrijfsleven dat schreeuwt om vereenvoudiging zit blijkens recent onderzoek niet te wachten op vergunningen op hoofdzaken,⁴ maar wil duidelijkheid, desnoods door een groot pakket aan concrete voorschriften. Laten we elkaar dus niets wijs maken: wanneer we belangen op een goede manier publiekrechtelijk willen beschermen, kun je vaak niet langs de lijnen van eenvoud en snelheid werken. Maar natuurlijk is het goed van tijd tot tijd eens te kijken of er niet wat dor hout kan worden gekapt en of bepaalde regelgevers niet al te enthousiast aan de slag zijn geweest. Daarom is herijking op zichzelf niet verkeerd. Het gaat om de intentie waarmee men dit doet. Is die intentie het periodieke onderhoud aan het gebouw van de regelgeving: prima! Gaat het om het realiseren van een vooropgestelde reductie van regels met tientallen procenten, dan is dat dwaasheid. Wie dat doet, ontregelt niet de wetgeving, maar de samenleving.

Vermindering van administratieve lasten; de dingvergunning

Een interessante vorm van lastenverlichting zou kunnen ontstaan, zo wordt veelal aangenomen, door een integratie van thans nog verschillende procedures voor het verkrijgen van vergunningen, ontheffingen en andere toestemmingen. In het kader van het VROM-herijkingsproject worden concrete plannen daarvoor ontwikkeld. Wanneer iemand, eigentijds gezegd, zijn ding wil doen, zou hij daarvoor hooguit één overheidstoestemming nodig moeten hebben. Het is typisch Haags om dit dan de integrale projectvergunning te noemen, maar bij het radicale en moderne karakter van deze figuur past mijns inziens beter de term 'dingvergunning'. Ik noem het dus de dingvergunning.

Voor de horeca zou dit natuurlijk een zegen zijn, maar die valt grotendeels niet onder VROM. Om te beginnen, zo maakt dit voorbeeld al duidelijk, zou de wettelijke grondslag voor zo'n dingvergunning dus alleen maar tot stand kunnen komen door een gezamenlijke inspanning van veel ministeries. Bovendien moet worden bezien welke de positie van de gemeenten zou zijn, want als die op grond van hun autonomie zelf vergunningvereisten kunnen blijven stellen, schiet je nog niet zoveel op met integratie. Vervolgens moet de vraag worden gesteld of het alleen zou gaan om een formele of ook om een materiële integratie. Denkbaar is dat een burger zou kunnen volstaan met één aanvraag, in te dienen bij één loket, en dat achter dat loket van een druk verkeer tussen allerlei organen en afdelingen sprake is, maar dat de huidige toetsingskaders gelijk blijven. Daarmee is sprake van een formele frontoffice-integratie. In de backoffice is er geen integratie, maar coördinatie. Dat lijkt al een hele winst, maar het zal veel voeten in de aarde hebben. Een effectieve regeling voor coördinatie van alle met het ding samenhangende besluiten is er nog zo een-twee-drie niet. Het voorontwerp van de Commissie Scheltema uit 2000 kan de basis daarvoor vormen, maar het is enigszins zorgelijk dat wij sinds de verschijning van dat voorontwerp daarover weinig hebben vernomen.⁵

4. Tebodin Consultancy en Centrum voor Milieurecht UvA, De vergunning op hoofdzaken en de vergunning op maat, ECWM 2002/11, ministerie van VROM: Den Haag 2002.

5. Op 8 maart 2000 werd door de Commissie Scheltema een voorontwerp van Wet samenhangende besluiten Awb I aan de Minister van Justitie gezonden.

In het algemeen zal het óók lang duren voordat dingvergunningaanvragen zijn afgehandeld. Bovendien hoeft er maar op een enkel punt iets aan verlening in de weg te staan en het hele feest gaat niet door. Nú is het zo dat iemand die tien vergunningen nodig heeft zijn ding toch wel kan doen, maar dan een beetje aangepast, ingeval hij één van die tien vergunningen niet krijgt. Ook is het de vraag of de rechtsbescherming niet onevenredig veel roet in het eten zou gaan gooien voor de vergunningaanvrager. Hoe groter immers de reikwijdte van zo'n vergunning, des te groter is de kans dat er op een of ander punt iemand iets te klagen heeft. Bij elke wijziging van de vergunning geldt hetzelfde. Dan is er de kwestie van het bevoegd gezag. Onder het huidige systeem zullen vaak meerdere organen bevoegd zijn ten aanzien van de nu nog afzonderlijke vergunningen. Wie moet straks de dingvergunning gaan verlenen? Is dat afhankelijk van het loket waar de aanvraag wordt ingediend? Wordt wat nu de bouwvergunning is dan verleend als onderdeel van de dingvergunning, afhankelijk van wat het ding verder inhoudt, nu eens door de gemeente, dan weer door de provincie of zelfs het waterschap? Zou men de bouwtoestemming om dit probleem te vermijden buiten de dingvergunning houden, dan is er van integraliteit natuurlijk geen sprake meer. Mocht men tot materiële integratie willen komen, waarbij ook de toetsingskaders worden aangepast, dan zal de operatie nog aanzienlijk ingrijpender en ook veel moeilijker worden. Dit is eigenlijk alleen mogelijk bij een zeer ruim omschreven toetsingskader, waarin ongeveer alle denkbare belangen van derden, van de omgeving of zelfs de maatschappij, moeten worden beschermd. We zijn dan hard op weg naar een wet die het bestuur de bevoegdheid geeft vergunningen te verlenen 'in het algemeen belang'. Zelfs degenen die in de discussie over het specialiteitsbeginsel als rekkelijken worden aangeduid, zullen dit te ver vinden gaan.

Dames en heren, het terugdringen van de bureaucratie zou volgens de huidige politieke mode moeten geschieden door vermindering van ambtenaren, regels en administratieve lasten. Zoals u zult hebben begrepen, acht ik een onbezonnen aanpak waarbij drie keer minder heilig is, eigenlijk drie keer niks. Ik dank u voor uw aandacht.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Mr. H.J. de Ru⁶

Overheidsbemoediging met markten bestaat al lang. Al in de vroege middeleeuwen werden tarieven van herbergen gereguleerd, ter bescherming van de uitgeputte reiziger die laat in de avond aanklopte voor een bed. Intussen komt overheidsbemoediging in tal van markten en in tal van vormen voor. Het economisch bestuursrecht (Wirtschaftsverwaltungsrecht, droit public économique of government regulation of business) heeft betrekking op telecom, post, openbaar vervoer, energie, bankwezen, luchtvaart, gezondheidszorg en nog veel meer. Het kent zo zijn eigen instrumenten zoals toestemming voor toegang tot de markt, tariefregulering en kwaliteitsregulering, instrumenten die zijn opgenomen in wetten en besluiten.

De economische regelgeving wordt in Nederland voor een belangrijk deel aangedreven door de EG. Er is daarnaast een voortdurende beweging van liberalisering, privatisering, deregulering, herregulering en toezicht. Dit heeft geleid tot een wonderbaarlijke vermenigvuldiging van regels en geschillen, waarover we natuurlijk niet ontevreden zijn.

Toezicht is de nieuwste trend. Nieuwe toezichthouders hebben hun intrede gedaan. Het preadvies van Van der Meulen bevat een indrukwekkende lijst.⁷ Toezicht verschilt inhoudelijk sterk van toezichthouder tot toezichthouder, maar ook per toezichthouder. Zo verschilt het toezicht door de OPTA op post hemelsbreed van dat op telecom. Post is immers geen telecom. Het belangrijkste verschil is dat postvervoer over de openbare weg gaat en telecom over speciale infrastructures, waardoor post bij het wegvallen van het monopolie een 'contestable market' is. Mede daardoor vertonen de telecom- en de postwetgeving grote verschillen. Vandaag is voor ons de vraag hoe dit toezicht past in het algemene bestuursrecht. Wat is de taak van de toezichthouder en wat zijn diens bevoegdheden? Wat is de verhouding met regelgeving? Wat is de rol van de rechter?

Het is zeer te prijzen dat onze vereniging aandacht besteedt aan dit verschijnsel van toezicht tussen economisch bestuursrecht en algemeen bestuursrecht. Graag wil ik het bestuur en de vereniging complimenteren met de keuze van het onderwerp en van de preadviseurs. Zij hebben een moeilijk toegankelijk terrein voor ons ontsloten. Zij

6. Prof. mr. H.J. de Ru was aanvankelijk aangezocht als preadviseur, maar kon door familieomstandigheden geen preadvies schrijven. Tegen deze achtergrond kreeg hij een ruimere spreektijd dan de andere interveniënten (red.).

7. Preadvies Van der Meulen, p. 19 en hoofdstuk 2.

hebben ons op voortreffelijke wijze uitgedaagd tot reflectie en discussie, in die volgorde. Het eerste preadvies biedt een fraai overzicht, het tweede is controversieel. Precies wat van preadviseurs mag worden verwacht. Veel hulde daarvoor!

Toezicht heeft geen betrekking op markten

Kenmerkend voor markten is dat aanbieders en vragers elkaar in vrijheid ontmoeten zodat vrije prijsvorming ontstaat. De markt gaat uit van de vrijheid van de in die markt optredende personen (veelal rechtspersonen) om economisch te handelen, te ondernemen, te kopen, te verkopen, te investeren, te desinvesteren en zelfs failliet te gaan, ongeacht ieders verantwoordelijkheid voor de wet. De overheid kan ingrijpen in deze vrijheid. Dat is vandaag niet ter discussie. Ook is niet ter discussie met welke instrumenten zij dat doet. Wij kijken ernaar vanuit het algemene publiekrecht.

Het toezicht waarover wij spreken, heeft tot doel dat markten goed functioneren en dat de marktdeelnemers zo veel mogelijk in vrijheid kunnen handelen. Dat betekent dat die vrijheid als richtsnoer moet worden genomen bij het in het leven roepen van regels voor toezicht. In de woorden van Van der Meulen: de markt is als ordeningsprincipe⁸ gekozen. Dat gaat ervan uit dat marktdeelnemers risico's nemen en daar ook zelf aansprakelijk voor zijn. Wie te hoge prijzen vraagt, weet dat zijn concurrent op de loer ligt. Wie vandaag nog een ongenaakbare winnaar lijkt, kan morgen de grootste verliezer zijn. De overheid is geen ondernemer en moet de verantwoordelijkheid voor het ondernemen ook niet willen nemen. Toezicht kan daarom niet voor het vaderland weg plaatsvinden, maar moet stoelen op regels en liefst niet te veel regels. Van de overheid wordt eerst een regelgevend kader verwacht van rechtszekerheid, proportionaliteit en gelijkheid. Pas als er regels zijn, kan er toezicht zijn op de toepassing van die regels. Het toezicht heeft dan ook eigenlijk geen betrekking op markten, zoals de titel van de preadviezen luidt, maar op het gedrag van marktdeelnemers en in het bijzonder op de naleving van de in regels opgenomen verplichtingen die de overheid aan marktdeelnemers heeft opgelegd. Daarmee is het probleem voor ons als publiekrechtjuristen ook *bespreekbaar*. Toezicht als species van het publiekrechtelijk overheidshandelen. Maar van welk genus?

Toezicht en de trias politica

Uit een oogpunt van constitutioneel recht rijst nu de triasvraag: is toezicht een species van het genus wetgeving, bestuur of rechtspraak? Of is er sprake van een geheel nieuwe categorie?

Mevrouw Ottow constateert dat Nederland onvoldoende aan de vereisten van het EG-recht heeft voldaan door krampachtig vast te houden aan nationale staatsrechtelijke principes. Deze krampachtigheid zit dan in het vasthouden aan het legaliteitsbeginsel en het onthouden van ruime bevoegdheden aan zelfstandige bestuursorganen die belast zijn met toezicht. In het licht van de trias krijgt toezicht volgens mevrouw Ottow te weinig ruimte door enerzijds wetgeving en anderzijds rechtspraak.

8. Zie preadvies Van der Meulen, par. 1.2.1.

Hiermee is het begrip *legaliteitsbeginsel* ten tonele gekomen. Dit houdt in, zie Van Ommeren,⁹ dat verplichtende overheidsbepalingen moeten steunen op een wettelijke grondslag. Hierover zegt de Hoge Raad in het Fluorideringsarrest:¹⁰ ‘de toevoeging van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen [...] [is] een maatregel [...] van zó ingrijpende aard, dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in artikel 4 lid 1 opgedragen taak [nl. zorg te dragen voor deugdelijk drinkwater, HJdR] de vrijheid heeft.’

Ruimere doelen en bevoegdheden?

Als ingrijpen in marktverhoudingen aantasting van de vrijheid van marktdeelnemers betekent, en dat zal vaak zo zijn, is het daardoor ook letterlijk zó ingrijpend, dat niet kan worden aangenomen dat dit zonder wettelijke grondslag kan geschieden. Als wettelijke grondslag voor het ingrijpen in marktverhoudingen is het benoemen van een overheidstaak, dat immers het organisatorische doel heeft van taakverdeling binnen de overheid, dus niet toereikend. Voor het opleggen van verplichtingen is ook nog een specifieke bevoegdheid nodig.

Kan een verruiming van doelstellingen van regelgeving betekenen dat een overheidsorgaan ook ruimere handhavingsbevoegdheden heeft, zoals door mevrouw Ottow bepleit?¹¹ Dat zou merkwaardig zijn. De doelstelling van de wet geeft immers het werkterrein van de wet aan en laat de reden zien waarom wettelijke regeling nodig is. Dit wordt door Van Ommeren de organisatiefunctie van de wet genoemd, waarmee het bijbehorende beleidsterrein wordt afgebakend. Daarmee worden nog geen verplichtingen in het leven geroepen.

Verplichtingen ontstaan eerst door wettelijke normen die een gebod of een verbod inhouden. Pas bij het bestaan van zulke wettelijke normen kan de vraag aan de orde komen of de verplichtingen ook worden nageleefd. Of dat al dan niet zo is, kan vervolgens door een toezichthouder worden geconstateerd. Pas als de verplichtingen niet worden nageleefd, kan aan de orde komen of er reden is voor het treffen van de handhavingsmaatregelen waartoe de toezichthouder bevoegd is. Mogelijkheden zijn: het opleggen van een last onder dwangsom, het opleggen van een boete of het geven van een aanwijzing. Of zo'n maatregel terecht is genomen, moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag of de wettelijke verplichting is nageleefd, niet aan de hand van de vraag of de doelstelling van de wet is nageleefd, laat staan aan de hand van de vraag of een Europese richtlijn is nageleefd, want rechtstreekse werking van richtlijnverplichtingen kent het EG-recht niet.

Voor het uitbreiden van de bevoegdheden van een toezichthouder kan een ruimere doelstelling van de wet dus geen betekenis hebben. Misschien juist daarom bepleit mevrouw Ottow naast ruime doelstellingen van wetgeving ook ruimere bevoegdheden voor toezichthouders. Zij vraagt om ‘flexibele normen en ruime bevoegdheden en

9. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

10. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 m.nt. ARB, AB 1973, 187 m.nt. vdH; AA 1973, p. 457 m.nt. F.H. van der Burg en G.J.M. Cartigny.

11. Preadvis Ottow, hoofdstuk 2.

toezichtinstrumenten voor OPTA'.¹² Wat wordt daaronder verstaan? Mevrouw Ottow ziet vier mogelijkheden: (1) méér discretionaire bevoegdheden, (2) een algemene handhavingsbevoegdheid, (3) een ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid, (4) een algemene reguleringsbevoegdheid. Wat betekent dit alles?

Ad (1), meer discretionaire bevoegdheden

Méer discretionaire bevoegdheden kunnen alleen ontstaan doordat vaker de clausele 'naar het oordeel van' (in casu: van de OPTA) in de wet komt te staan.¹³ De OPTA heeft op dit moment *geen niet-specifieke bevoegdheden*, behalve de bevoegdheid tot geschilbeslechting als voorzien in de Telecommunicatiewet. Hierover zal vandaag, naar aanleiding van de beide preadviezen, nog wel uitvoeriger gesproken worden. Het toevoegen van de clausele 'naar het oordeel van' aan de bestaande specifieke bevoegdheden van de OPTA tot bijvoorbeeld nummertoekenning of registratie verruimt de specifieke bevoegdheid niet. Aan de uitoefening van de bestaande handhavingsbevoegdheden (zoals last onder dwangsom, boete) zou de clausele ook niets toevoegen. De OPTA heeft met name geen niet-gebonden vergunningverleningsbevoegdheden, dus waartoe zou de clausele dan nog kunnen dienen? Kennelijk alleen voor de geschilbeslechtingsbevoegdheid, maar die geschiedt al 'naar het oordeel van' zodat het voorstel niets toevoegt. Ik leid hieruit af dat mevrouw Ottow met méer discretionaire bevoegdheden bedoelt: meer bevoegdheden, die bovendien discretionair moeten zijn.

Ad (2), een algemene handhavingsbevoegdheid

Wat is een algemene handhavingsbevoegdheid? Volgens mevrouw Ottow¹⁴ zou die *kunnen* worden afgeleid uit artikel 15.1 Telecommunicatiewet, waar staat: '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'. Deze bepaling heeft evenwel slechts tot strekking dat de uitoefening van toezichtsbevoegdheden bij de *daartoe aangewezen* ambtenaren ligt en niet bij het college van de OPTA zelf. De handhavingsbevoegdheden liggen bij het college van de OPTA. Ook geeft artikel 15.1 aan hoe het werkkterrein van de OPTA is afgebakend ten opzichte van dat van de minister en van het Commissariaat voor de Media. In artikel 15.1 Telecommunicatiewet is dus aan de OPTA nog geen handhavingsbevoegdheid gegeven, laat staan een algemene handhavingsbevoegdheid, nog daar gelaten wat die méer zou kunnen inhouden dan het opleggen van een last onder dwangsom, een boete enzovoort.

Mevrouw Ottow miskent hier dus het belang van het onderscheid tussen handhavingsbevoegdheden en toezichtsbevoegdheden, dat mede een garantie inhoudt voor de onder toezicht gestelde. Ook bij een bestuursorgaan met meerdere bevoegdheden, zoals de door Van der Meulen benoemde 'marktautoriteit',¹⁵ zullen die verschillende bevoegdheden onderscheiden en gescheiden moeten worden.¹⁶ Met haar pleidooi voor

12. Preadvies Ottow, hoofdstuk 3.

13. Preadvies Ottow, par. 3.4.3.

14. Preadvies Ottow, par. 5.2.

15. Preadvies Van der Meulen, par. 1.4.

16. Preadvies Van der Meulen, par. 5.1.

een algemene handhavingsbevoegdheid treedt mevrouw Ottow ver buiten het legaliteitsbeginsel.

Ad (3), een ambtshalve een aanwijzingsbevoegdheid

Mevrouw Ottow bepleit een ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid voor de OPTA.¹⁷ In het kader van handhaving is dit, na een geconstateerde overtreding, misschien een nuttige aanvulling op de last onder dwangsom en de boete, mede omdat bestuursdwang feitelijk niet altijd het gewenste resultaat zal kunnen teweegbrengen en zou betekenen dat de OPTA daadwerkelijk op de stoel van het ondernemingsbestuur gaat zitten. Bij de aanwijzing gebeurt echter hetzelfde. Kan de OPTA investeringen of de vaststelling van tarieven voor haar rekening nemen met alle repercussies die dat heeft in de markt? Bovendien zijn alle vereisten van de Algemene wet bestuursrecht daarop van toepassing.

Mevrouw Ottow gaat echter zelfs nog verder: zij wenst een ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid niet alleen als handhavingsbevoegdheid, maar ook *naast* handhaving. Dat zou een volstrekt nieuwe bevoegdheid inhouden, die beter als algemene aanwijzingsbevoegdheid geduid kan worden, en inderdaad, zo noemt mevrouw Ottow die bevoegdheid later ook, zoals bij Ad (4) zal blijken. Het gaat om een bevoegdheid met een open einde, om ook als de normen van de wet niet worden overtreden toch een aanwijzing te kunnen geven. Dat betekent een blanco en ongenormeerde volmacht tot regulering, die in ons wettelijke stelsel zonder precedent is, omdat zij zonder meer in strijd is met het legaliteitsbeginsel.

Ad (4), een algemene reguleringsbevoegdheid

Daarmee zijn we als vanzelf ook terechtgekomen bij de door mevrouw Ottow bepleite algemene reguleringsbevoegdheid.¹⁸ Hoewel, bepleit? Volgens mevrouw Ottow bestaat deze bevoegdheid al, en wel op basis van de bevoegdheid tot geschilbeslechting. Wens en werkelijkheid lopen in haar tekst wat dooreen. Zij stelt: ‘*Leidraad* vormt daarbij [dus bij die algemene reguleringsbevoegdheid, H]dR] 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 reguleringsbevoegdheid* van OPTA en de beoordeling van een concreet geschil tussen partijen.’ [cursivering H]dR]

Leidraad voor een reguleringsbevoegdheid? Ik zou zeggen dat doel en strekking van de regels *slechts* een leidraad kunnen zijn voor de *uitleg* van de regels. Dat is nog geen reguleringsbevoegdheid. Maar mevrouw Ottow ziet het ruimer, want zij vervolgt: ‘Deze consequentie dient evenwel te worden aanvaard, nu 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.*’ [cursivering H]dR]

17. Preadvies Ottow, par. 5.3.

18. Preadvies Ottow, par. 6.5.

Het gaat mij bepaald te ver om te stellen dat het onvermijdelijk is dat de OPTA zou moeten overgaan tot regulering, omdat haar enige ruime bevoegdheid beperkt is tot geschilbeslechting en omdat een aanwijzingsbevoegdheid ontbreekt. Voor deze stelling is ook geen reden. Bij niet-naleving van de wet is er immers handhaving door boete en last onder dwangsom.

Hoofdgedachte is dat de algemene reguleringsbevoegdheid stoutmoedig wordt onderbouwd met het ontbreken van de algemene aanwijzingsbevoegdheid. De 'algemene' aanwijzingsbevoegdheid is nu als aap uit de mouw gekomen doch hier, niet helemaal consistent, weer beperkt tot overtredingen. Het voorstel om de OPTA algemene regels te laten stellen is hier eigenlijk opgehangen aan en dus beperkt tot de moeizame geschilbeslechtingsprocedure in de Telecommunicatiewet, die van ons juristen bepaald geen schoonheidsprijs verdient. Waarom niet? Vooral omdat deze geschilbeslechting uiteindelijk weer onvermijdelijk zal leiden tot rechterlijke toetsing. Dus waarom niet meteen naar de rechter in overeenstemming met het nationale staats- en bestuursrecht? Daaraan hoeft het EG-recht niet in de weg te staan omdat taken van een 'nationale regelgevende instantie' ook door een rechter uitgeoefend zouden kunnen worden.

Mijn conclusie is dat mevrouw Ottow sympathie heeft voor meer vrijheden voor de OPTA en zich daarbij afzet tegen wat zij noemt een té 'restrictieve visie van de wetgever op staats- en bestuursrechtelijke beginselen bij het toekennen van bevoegdheden aan een onafhankelijke toezichthouder'.¹⁹ Ik teken daarbij overigens aan dat zij met de wetgever de minister blijkt te bedoelen, die zich in dezen te weinig van de Tweede Kamer zou aantrekken.²⁰

Ik begrijp dat mevrouw Ottow de bevoegdheden van de OPTA als toezichthouder, die duidelijk gedefinieerd zijn (last onder dwangsom, boete enzovoort), wil opwaarderen tot die van een *regulator* door in de Telecommunicatiewet zo veel mogelijk vage maar toch verplichtende normen op te nemen, bovendien afgedekt met een ruime doelstelling. Van het specialiteitsbeginsel, dat niet door de wetgever is bedacht maar door de rechter, wil mevrouw Ottow graag af, met behulp van de formule van 'naar het oordeel van' en het ontwikkelen van beleidsregels.

Mevrouw Ottow pleit dus de introductie van een nieuw soort toezichthouder, die uitvoerende, regelgevende en rechterlijke taken combineert onder een regiem van vage normen, met marginale rechterlijke toetsing. Hiermee vraagt zij om een volstrekt ander toezicht dan wij kennen, met méér beoordelingsruimte. Hoe vager de norm, hoe ruimer en ongecontroleerder de taak. Dit is echter in strijd met het wetgevingsbeleid en de Aanwijzingen voor de regelgeving. De discussie gaat hiermee dan ook over dit wetgevingsbeleid. Met de voorstellen van mevrouw Ottow zou de minister overigens geheel buiten spel worden gezet.

Opmerkelijk is dat mevrouw Ottow dit pleidooi houdt, terwijl zij zelf constateert dat de concurrentie niet meer in de kinderschoenen staat, maar op zekere hoogte tot wasdom is gekomen.²¹ Dit wordt in het algemeen gezien als aanleiding voor versoepeling van het toezicht, uiteindelijk zelfs voor verdwijning van het specifieke toezicht en

19. Preadvis Ottow, par. 3.6; hoofdstuk 7.

20. Preadvis Ottow, p. 152.

21. Preadvis Ottow, par. 2.2.1.

een overgang naar het generieke toezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. We zouden hier nog de vraag kunnen stellen of de markt zich al zover heeft kunnen ontwikkelen *dankzij* of *ondanks* de volgens mevrouw Ottow te geringe bevoegdheden van de OPTA. Dat laat ik hier in het midden.

Van der Meulen gaat ervan uit dat de toezichthouder past binnen de kaders van rechtsstaat en democratie en dat de bestaande kaders gerespecteerd worden.²² Mevrouw Ottow bepleit een nieuwe staatsinrichting, waarin toezichthouders een nieuw soort zelfstandige bestuursorganen zijn die kunnen optreden op grond van ruime doelstellingen en ruime bevoegdheden en wier optreden slechts marginaal wordt getoetst door de rechter. Ik meen dat dit in strijd is met het algemene wetgevingsbeleid om het opleggen van verplichtingen niet te delegeren aan een bestuursorgaan, laat staan aan een zelfstandig bestuursorgaan, laat staan aan degene die belast is met handhaving of degene die belast is met toezicht.

Een dergelijk bestuursorgaan, dat dan ongetwijfeld *marktautoriteit* gaat heten (hoewel Van der Meulen een zó vergaande bevoegdheid van de door hem gedefinieerde marktautoriteit wellicht niet bedoeld heeft) is een nieuwe staatsmacht buiten de trias. Ik meen dat er geen reden is voor zo'n zware ingreep, omdat juist wetgever en rechter hun werk zullen moeten doen om het toezicht te doen slagen. Bovendien is naar mijn opvatting niet aangetoond dat de ontwikkelingen in de telecommarkt en de postmarkt zo'n voorstel rechtvaardigen. Ik ben het dus niet met mevrouw Ottow eens, een standpunt waarvan zij overigens gelukkig al wel op de hoogte was. Mijn standpunt neemt niet weg dat ik mevrouw Ottow bewonder om haar moedige voorstel. En Van der Meulen? Die heeft zich van tevoren ingedekt door een inventariserend preadvies te schrijven. Per saldo: een mooie combinatie, voor een gedenkwaardige jaarvergadering, vol van reflectie en debat.

Mevrouw mr. A.T. Ottow

De Ru en ik zijn het niet erg met elkaar eens, maar dat had ik ook niet verwacht! Ik zal er in mijn reactie een paar onderwerpen uit lichten. Op sommige punten legt De Ru mij bepaalde stellingen in de mond die in die vorm niet in mijn preadvies zijn terug te vinden. Ik zal daarom nu kort samenvatten wat ik heb bedoeld met wat ik heb gemeend te moeten opschrijven.

Voordat ik aan het legaliteitsbeginsel toe kom, wil ik iets over het karakter van de telecomcommunicatiemarkt zeggen. De Ru neemt als uitgangspunt de vrijheid van de marktpartijen, maar ik moet dan op een fundamentele eigenschap van de telecomcommunicatiemarkt wijzen: de marktpartijen kunnen niet geheel naar eigen vrijheid aan die historisch gegroeide markt deelnemen. Oorspronkelijk was een monopolist aanwezig die op grond van wetgeving bepaalde exclusieve rechten had verkregen. Die monopolist wordt nu geconfronteerd met een nieuwe situatie, waarin nieuwe deelnemers mogen toetreden en de exclusieve rechten verdampen. De voormalige monopolist wordt dan, in het jargon, een *incumbent*. De incumbent zal er alles aan doen om zijn

22. Preadvies Van der Meulen, hoofdstuk 3.

marktpositie te behouden en de nieuwkomers het leven zuur te maken. In de sfeer van de telecommunicatie kunnen we dan ook niet goed spreken van een marktmechanisme dat we zijn gang kunnen laten gaan, opdat de markt normaal functioneert. Deze opvatting heeft mijn preadvies gekleurd.

Wat het legaliteitsbeginsel betreft: in mijn preadvies heb ik niet beweerd dat we allerlei bevoegdheden aan de OPTA of een andere toezichthouder kunnen toedelen zonder enige wettelijke grondslag. De Ru schrijft mij als ik hem goed heb begrepen de opvatting toe dat die wettelijke grondslag er niet zou hoeven zijn, maar ik meen dat we het op dit punt, mede gezien het door hem aangehaalde arrest, geheel eens zijn. We hebben hier inderdaad te maken met ingrijpende maatregelen, die een wettelijke grondslag vereisen.

Ik ben het er echter niet mee eens, als men vervolgens datzelfde beginsel hanteert om bepaalde bevoegdheden niet in de wet aan de toezichthouder toe te kennen. Mijn stelling is dat er inderdaad een wettelijke grondslag dient te zijn, maar dat die kan worden gecreëerd en dat niets eraan in de weg staat de OPTA bevoegdheden toe te kennen. Over de vraag hoe ruim die bevoegdheden mogen zijn, verschillen De Ru en ik van mening. Mijn visie is dat de bevoegdheden wel degelijk ruim kunnen zijn, waarbij aan de OPTA bepaalde vrijheden moeten toekomen.

Hoe ruim mogen die bevoegdheden zijn? Volgens mijn interpretatie moeten ze worden uitgelegd aan de hand van de doelstellingen van het Europese recht en de doelstellingen van het Nederlandse telecommunicatierecht, die in de wet en in de parlementaire geschiedenis zijn vastgelegd. Dat wil echter niet zeggen dat de ruime bevoegdheden niet in algemene normen in de wet kunnen worden bepaald. De jurisprudentie is ontwikkeld in het licht van de constatering dat de bevoegdheden ontbraken of zeer krap waren toebedeeld. Men heeft met hangen en wurgen geprobeerd in een ruimer jasje terecht te komen, wat allerlei vragen over eventuele strijd met het legaliteitsbeginsel heeft opgeroepen. Zelfs is welhaast, wat toekenning van bevoegdheden betreft, een *contra legem*-toepassing in beeld gekomen. Een en ander is de consequentie geweest van de keuzen die de wetgever heeft gemaakt door in de wet te weinig bevoegdheden toe te kennen, maar je kunt niet zeggen dat dit is gekomen doordat het legaliteitsbeginsel eraan in de weg staat. Als normen die vrij krap in de wet staan, niet ruim genoeg kunnen worden uitgelegd, komt helaas alsnog de wettelijke grondslag te vervallen, zodat in strijd met het legaliteitsbeginsel wordt gehandeld, maar men draait de dingen min of meer om door te redeneren: de bevoegdheden staan niet in de wet en men komt in strijd met het legaliteitsbeginsel door bepaalde normen ruim uit te leggen. Het uitgangspunt van mijn preadvies is anders. Het luidt dat het legaliteitsbeginsel er in den beginne niet aan in de weg staat een ruime wettelijke grondslag toe te kennen.

Volgens De Ru zou ik in algemene zin meer discretionaire bevoegdheden willen toebedelen. Ik ben het met hem eens dat dit alleen kan voorzover bevoegdheden zijn toegekend. Een bestuursorgaan kan een bevoegdheid die het niet is toegekend natuurlijk niet ruim gaan gebruiken. Waarschijnlijk heeft De Ru op dit punt mijn preadvies onjuist geïnterpreteerd.

Ik kom toe aan de handhaving en aan de aanwijzingsbevoegdheid. Mijn standpunt is dat de OPTA niet handhavend kan optreden wanneer geen wettelijke norm kan worden aangewezen die wordt overtreden. Het lijkt mij logisch dat handhavend wordt

opgetreden bij overtreding van een wettelijke norm of bij het niet nakomen van een wettelijke verplichting. Ook hier lijken De Ru en ik niet van mening te verschillen. Iets anders is dat de bevoegdheden die op dit gebied in de wet zijn vastgelegd, veel te beperkt zijn. De OPTA heeft maar heel beperkte mogelijkheden om tot optreden over te gaan.

Met de termen 'algemene handhavingsbevoegdheid' en 'algemene aanwijzingsbevoegdheid' doel ik op twee verschillende dingen. Aan de ene kant meen ik dat er ruimere bevoegdheden tot optreden moeten zijn, opdat de OPTA in algemene zin handhavend kan optreden zonder te worden beperkt door allerlei kleine regeltjes of door normen waarbij telkens de vraag rijst of het nu wel of niet aan de OPTA is om op te treden. Daarnaast geldt voor mij dat de OPTA, als zij dan op grond van een handhavingsbevoegdheid mag optreden, ook een algemene aanwijzing moet kunnen geven. In de huidige situatie volgt uit jurisprudentie, ook nog heel recente, dat de OPTA maar zeer beperkt besluiten mag nemen of maatregelen mag treffen om verplichtingen aan de betrokken ondernemer op te leggen. Een voorbeeld is dat de OPTA geen maximumtarief zou mogen vaststellen omdat dit niet binnen de algemene aanwijzingsbevoegdheid inzake toegang tot kabelnetwerken valt. Als argument wordt daarbij aangevoerd dat in het handhavingshoofdstuk van de Telecommunicatiewet niets over een aanwijzingsbevoegdheid te vinden is.

Naar mijn mening zou de wet zo moeten luiden dat de OPTA een ruime maatregel kan nemen (of men dat nu al dan niet een aanwijzing wil noemen) ter oplossing van het probleem dat zich voordoet. Zo'n maatregel kan neerkomen op het vaststellen van een bepaald tarief of op het opleggen van bepaalde verplichtingen aan partijen om bijvoorbeeld de toegang te vergemakkelijken. Het mag in mijn ogen niet zo zijn dat de OPTA, als gevolg van de letter van de wet of als gevolg van het feit dat men iets bepaalds nu net niet heeft geregeld, de maatregel waar de markt, in het mechanisme van een imperfecte marktsituatie, om vraagt niet kan nemen. De beantwoording van de vraag of bevoegdheden tot het treffen van maatregelen aan de OPTA zijn toegerekend, is nu te veel gekoppeld aan futiliteiten in de wet.

Aan het eind van zijn interventie heeft De Ru gezegd dat de concurrentie nu eigenlijk al tot wasdom is gekomen. In dat verband heeft hij zich afgevraagd waarover we het eigenlijk hebben. Moeten we ons wel zo druk maken? Uiteindelijk is het, ondanks al die gebreken, wel goed gekomen, en we hebben nu de ONP Review-richtlijnen waarbij de normen flexibeler zijn geworden, zodat we niet meer zo om al die maatregelen verlegen zitten. Hierbij wil ik enige kanttekeningen maken.

Al zou het zo zijn dat de Brusselse richtlijnen een flexibeler en ruimer karakter hebben, de huidige malaise laat zien dat hier van een te rooskleurig beeld is uitgegaan en dat er wel degelijk nog steeds dringend behoefte blijft bestaan aan het nemen van maatregelen. Daarnaast geldt dat de nieuwe Europese regelgeving nog steeds zeer veel *ex ante*-normen bevat, waarin juist ruimere bevoegdheden aan de nationale toezichthouders, zoals de OPTA, worden toegekend. We komen dus geenszins nu in een heel nieuw tijdperk zonder behoefte aan strak toezicht te verkeren. Het pleidooi voor bepaalde maatregelen in mijn preadvies staat wat mij betreft nog recht overeind. Hoewel de markt zich wat verder heeft uitgekristalliseerd, hebben we nog steeds met imperfecties te maken, zodat toezicht hard nodig is.

Mr. H.J. de Ru

De markt als uitgangspunt nemen betekent dat je het coördinatiemechanisme van de markt respecteert, maar je hoeft het niet helemaal voorop te stellen. Het gaat erom dat de overheid, als zij iets regelt, proportioneel te werk moet gaan. In welke mate wordt vrijheid aan de marktdeelnemers ontnomen en is dat proportioneel in het geheel?

De gedachtewisseling spitst zich nu toe op de post- en telecommunicatiemarkt, maar in deze vergadering van een vereniging voor het algemeen bestuursrecht, schrik ik enigszins terug voor het aangaan van de technische discussie. Over welke markt spreken we eigenlijk? Op de telecommunicatiemarkt zien we om te beginnen de KPN, de Duitsers en de Fransen. Ooit waren er allerlei verschillende landen met hun eigen ondernemingen, die nu in een vrije markt zijn gezet en elkaars markten mogen gaan betreden. Voor de post geldt hetzelfde. Te vaak wordt gezegd in de huidige situatie dat de nieuwkomers zo zielig zijn. Er is, zo zegt men dan, zo'n grote monopolist en de stadspostdiensten komen maar niet aan de bak. Maar daar gaat het niet over. De vrije markt betreft niet alleen de stadspostdiensten, maar ook de Deutsche Post en La Poste. Dat zijn vele malen grotere en uit zeer veel werknemers bestaande, gigantische organisaties met een grote slagkracht. Dat komt dan op de Nederlandse markt! De vraag is dus: wat is de markt in dit verband, wie zijn de spelers, wie is zielig en wie is niet zielig? Als juristen moeten we ons er uiteindelijk een oordeel over vormen wat proportionele maatregelen zijn om de markt in goede banen te leiden.

Ik voeg hieraan nog iets toe. We hebben altijd gedacht dat het nodig was de telecommunicatiemarkt te reguleren. Op een hoger abstractieniveau daarentegen, maar ook met beide benen in de maatschappij staand, kun je je afvragen hoe nodig dat eigenlijk is. Natuurlijk is het heel nuttig dat er concurrentie op de markt komt, maar hoe gaat dat in zijn werk? Degene die er al zat, houdt hoge prijzen, en de toegang is vrij. In die situatie is het interessant voor anderen in de markt te komen. Zij zeggen: met die hoge prijzen kan ik óók aan de slag! Als echter de prijzen kunstmatig laag gehouden zijn, is er niemand die een tweede infrastructuur aanlegt en ontstaat er nooit infrastructuurconcurrentie, alleen een beetje dienstenconcurrentie op het bestaande net van de *incumbent*, degene die de business altijd al deed.

Kortom, de filosofie achter de wetgeving waarover we nu spreken, moet ook worden gezien in het licht van de manier waarop de markt zich ontwikkelt. Dat vele mensen tegenwoordig met hun mobiel staan te bellen naast een vast toestel, illustreert hoe de consument zich absoluut niets aantrekt van de tarievendiscussie over enkele centen die bij de OPTA wordt gevoerd. Factoren van belang zijn de perceptie en de positie van consumenten in de markt. Er zijn tal van grootheden in de markt die niet worden gereguleerd, bijvoorbeeld de prijs van een Aston Martin. Die prijs is gigantisch hoog en voor velen onbetaalbaar, maar dat wil niet zeggen dat iedereen voor het product in aanmerking moet willen kunnen komen, al was het maar omdat de fabriek dat niet aan kan.

Als de overheid in de markt interenieert, levert dat ongelofelijk veel problemen op. Daarom is proportionaliteit essentieel en is het zaak dat de overheid precies weet wat ze doet en welke regels ze kiest. Zijn de regels te globaal, dan ontstaat immers rechtsonzekerheid.

Ik ben blij dat mevrouw Ottow en ik het op veel punten eens zijn. De signalering van zulke punten stelt mij enigszins gerust, maar de vraag is nog steeds hoe ruim de bevoegdheden mogen zijn en of men bij het bepalen van de omvang van de bevoegdheden mag refereren aan de doelstellingen van de wet, of de doelstellingen van het EG-recht. Nu heb je toezichthouders en toezichthouders, maar de leukste is natuurlijk de OPTA, want men is er daar altijd in hoge mate op uit geweest de grenzen van de bevoegdheden op te zoeken. Men ging uit van het samenstel van de regels in het kader van de doelstelling en leidde daaruit af dat men een bepaalde bevoegdheid óók nog zou moeten hebben, met als gevolg dat men die bevoegdheid dan ook gebruikte. Kan men dan later klagen dat er te veel rechterlijke interventies zijn en dat daardoor alles wordt vertraagd? Nee, natuurlijk niet, men vraágt erom! Het is echter zaak dit in de context van de markt te begrijpen. Het gaat niet om een abstracte discussie over te ruime bevoegdheden, maar om heel concrete problemen. Als je ruime bevoegdheden concipiert zoals mevrouw Ottow zou wensen, krijg je een probleem met de rechtszekerheid.

Wat de handhavingsbevoegdheden betreft: we zijn het erover eens dat de OPTA niet kan optreden zonder overtreding van de wettelijke norm, maar hoe ruim moet die wettelijke norm zijn? We kunnen van gedachten wisselen over een algemene handhavingsbevoegdheid en een algemene aanwijzingsbevoegdheid. Waar is de overheid aan gehouden? Het gaat nu over sectorspecifieke wetgeving, niet over het algemene mededingingsrecht, maar juist over een uitzondering daarop. Hoewel ik me nog wel wat mogelijkheden kan voorstellen, moet ik wijzen op uitgebreide jurisprudentievorming op Europees niveau waardoor de open normen van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag behoorlijk zijn ingevuld. Dank zij dit gegeven voelen we ons bij de relatief open normen van het mededingingsrecht nog enigszins senang, mede omdat zij ook ex post worden toegepast, zodat de proportionaliteit dan aan de hand van de omstandigheden kan worden beoordeeld.

Bij een sectorspecifiek ingrijpen in de markt gaat het echter om veel specifiekere ex ante overheidsop treden. Iemand kan de opdracht krijgen specifiek in de markt in te grijpen. Een voorbeeld vormen de tarieven. Het vaststellen van een maximumtarief, waarover mevrouw Ottow zojuist sprak, is natuurlijk een essentiële en zeer ingrijpende gebeurtenis. Hoe ver moet de overheid daarin gaan? Moet de overheid verantwoordelijkheid willen dragen voor het failliet gaan van UPC, of KPN? En is dat dan de overheid in de gedaante van de Minister van Financiën, in de gedaante van de Minister van Verkeer en Waterstaat, of in de gedaante van de OPTA? Dit brengt mij op de vraag wie nu eigenlijk de *regulator* is? De OPTA is een toezichthouder, de Minister van Financiën heeft een functie als aandeelhouder en de Minister van Economische Zaken heeft een functie als degene die regels stelt. Natuurlijk wordt er in de nieuwste EG-richtlijnen veel met doelstellingen gewerkt. Er worden in richtlijnen vrijwel altijd doelstellingen geformuleerd, die moeten worden geïmplementeerd door nationale overheden. *National regulatory authorities* (nationale regelgevende autoriteiten) hebben wat die implementatie betreft een taak, maar welke autoriteiten dat precies zijn, is niet gedefinieerd: het nationale staatsrecht mag dat zelf uitmaken. Het is aan de lidstaat overgelaten taken te verdelen over wetgever en ministers en om de beoordelingsruimte voor de rechter en een toezichthouder als de OPTA vast te stellen. Als men een argument voor ruime bevoegdheden van de OPTA wil aanvoeren, kan men niet zeggen dat de Euro-

pese richtlijnen eigenlijk al in ruime bevoegdheden voor een orgaan als OPTA voorzien. Wie welke bevoegdheden krijgt en hoe ruim die zijn, is onderdeel van de nationale implementatie, die mag passen binnen het nationale constitutionele bestel.

Aan het eind van haar betoog heeft mevrouw Ottow gezegd dat een maatregel moet kunnen worden genomen waar de markt om vraagt. Mijn reactie daarop luidt: zo werkt het niet, want de markt is geen democratie waaruit uiteindelijk, zij het op een gekunstelde manier, één vraag omhoog komt. Voor de markt geldt ook dat er zoveel vragen zijn als er aanbieders zijn, dus wie dan vraagt, is nog maar de vraag. In de markt gaat men er ook van uit dat er, als iets wordt gevraagd, wel een aanbod is. Vervolgens moeten we kijken of dat aanbod in confrontatie met de vraag totstandkomt en of het tot een redelijke prijs leidt. Zo werkt de markt, maar ik heb nog nooit gehoord dat 'de markt' om een maatregel vraagt. Ik kan mij wel voorstellen wie er om een bepaalde maatregel vraagt, maar dat is een ander verhaal!

Mr. N. Verheij

Ik had over het legaliteitsbeginsel ongeveer hetzelfde betoog willen houden als De Ru. Over één door mevrouw Ottow in haar preadvies aangestipt punt stapt hij echter in mijn ogen iets te gemakkelijk heen. Het gaat over een punt met een veel bredere strekking dan alleen het telecommunicatierecht: wat is de betekenis van doelstellingen die op Europees niveau zijn geformuleerd? In Brussel en, blijkens de rechtspraak van het Hof, ook in Luxemburg bestaat de neiging veel meer dan wij op nationaal niveau doen normen te formuleren in termen van doelstellingen en te bereiken resultaten. In Nederland hebben we een stijl van wetgeven waarbij we, zoals De Ru heeft geschetst, geneigd zijn sterk te kijken naar de middelen om doelstellingen te bereiken, de bevoegdheden, en juist die te normeren. Misschien moeten we tegen de achtergrond van op Europees niveau geformuleerde doelstellingen een beetje anders tegen het legaliteitsbeginsel aan kijken en moeten we onze stijl van wetgeven in zoverre aanpassen dat we niet alleen in toelichtingen, maar ook in de wetten zelf doelstellingen gaan formuleren.

Mr. H.J. de Ru

Als de wetgever van Brussel niet de vrijheid zou krijgen om het anders te doen, dan rijst de vraag hoe we daarmee moeten omgaan. Ik zou denken dat een sterker formuleren in termen van doelstellingen niet noodzakelijkerwijs hoeft te betekenen dat een toezichthouder allerlei ingrijpende maatregelen zou kunnen nemen. Eerder rijst mijns inziens de vraag of de waarborging van de naleving van de regels niet veel meer rechtstreeks, in het kader van gerezen geschillen, door de rechter zou moeten kunnen worden beoordeeld. Op die manier zouden we het de rechter niet eenvoudig maken, want hij is niet gewend al te ver buiten het kader van precieze bepalingen te gaan. Deze benadering vereist een meer activistisch optreden van de rechter, en het is de vraag of we dat willen. Ik denk zelf dat langs deze weg meer waarborgen aanwezig zullen zijn dan in het optreden van een te activistische toezichthouder kunnen worden gevonden.

In het kader van de trias ligt er wat mij betreft een probleem van wetgevingsbeleid en een taak voor de rechter, maar dit wil voor mij nog niet één-op-één zeggen dat we de toezichthouder ineens met allerlei grensverleggende activiteiten zijn gang moeten laten gaan, vooral niet in een zich sterk ontwikkelende markt.

Mevrouw mr. J.H. Verweij

Ik heb een vraag over handhaving die hopelijk de discussie kan verhelderen. Zojuist is, evenals in het preadvies van mevrouw Ottow, artikel 15.1 van de Telecommunicatiewet genoemd. Kan één van de aanwezigen de omschrijving van de algemene handhavingsbevoegdheid in artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet voorlezen?

Ottow: U vraagt, wij draaien! De bewuste bepaling luidt: 'Het college is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen.' Het gaat hier om alle bepalingen waarin niet de minister bevoegd is, maar de OPTA.

Voorzitter: Gevraagd wordt wat voor bevoegdheid dit is.

Ottow: We hebben hier te maken met handhavingsmaatregelen in gevallen waarin de wet aan de OPTA bevoegdheden heeft toegekend. Dat is meteen een beperking.

Voorzitter: De geciteerde bepaling is heel algemeen. Mevrouw Verweij gaat vandaag nog interveniëren, en in de tussentijd hebben wij de gelegenheid dit punt even te laten zakken. Er hangt een soort dreiging boven de zaal, die straks tot een ontlading zal komen!

Mevrouw R.G. van den Berg

Ik ben werkzaam bij het ministerie van Financiën; voor het verslag hecht ik er waarde aan te vermelden dat ik op persoonlijke titel spreek.

Voorzitter: Iedereen spreekt hier vandaag op persoonlijke titel, zelfs ik!

Van den Berg: Aangaande de algemene aanwijzingsbevoegdheid zoals beschreven in het preadvies van mevrouw Ottow wil ik een vraag stellen en een constatering doen. De visie die zij tot uitdrukking brengt, vind ik interessant, en ik wil er graag aan toevoegen dat de gevreesde precedentwerking van neerlegging van een algemene aanwijzingsbevoegdheid in de wet er eigenlijk niet is. In de huidige toezichtswetten op het gebied van de financiële markten (de Wet toezicht kredietwezen, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, de Wet toezicht beleggingsinstellingen en de Wet toezicht effectenverkeer) staat al een heel ruime bevoegdheid. Als voorbeeld noem ik artikel 28 Wet toezicht kredietwezen, waarin een bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing aan de Nederlandsche Bank wordt geattribueerd. De Bank kan een aanwijzing geven

indien zij tekenen ontwaart die naar haar oordeel de stabiliteit van een instelling in gevaar brengen of zouden kunnen brengen. Dit lijkt mij een ultiem ruime bevoegdheid. Als er door de wet of door gebruikmaking van de geattribueerde regelgevende bevoegdheid van de Bank een marge is vastgesteld die dreigt te worden overtreden, kan al een aanwijzing worden gegeven. Ruime bevoegdheden zoals bedoeld door mevrouw Ottow, bestaan dus al. Zou nu, gelet op die bevoegdheden, niet moeten worden gepleit voor een soort *una via*-systeem voor bestuursrechtelijke sancties? Wanneer kan een aanwijzing worden gegeven en wanneer kan een last onder dwangsom worden opgelegd? De mogelijkheid van dubbele sancties doet zich voor. In de huidige praktijk blijkt de ene toezichthouder altijd als lichtste middel eerst de aanwijzingsbevoegdheid ter hand te nemen, terwijl de andere toezichthouder juist gebruikmaakt van de aanwijzingsbevoegdheid in een verder stadium, op het moment dat een ernstiger situatie is ontstaan die zich leent voor oplegging van een bestuurlijke boete, of een last onder dwangsom. Als je naar die gradaties kijkt, waar zou je de aanwijzingsbevoegdheid dan moeten plaatsen?

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Een korte algemene reactie op wat tot nu toe is gezegd. De opmerking van mevrouw Van den Berg is mij uit het hart gegrepen, want inderdaad zijn er voorzover mij bekend al heel wat wetten waarin vagere, ruimere bevoegdheden worden toegekend. Ik denk hierbij aan toekenning van zulke bevoegdheden aan toezichthouders op markten, of aan overheidsorganen die de naleving van milieunormen moeten controleren en toetsen. Men laat de wereld er iets mooier uitzien dan zij werkelijk is als men doet alsof we met een schone lei beginnen, alsof alles op dit gebied in Nederland keurig strikt is geregeld en alsof we dat mooie legaliteitsbeginsel ook bij de OPTA tot in den treure moeten blijven volhouden. Ik heb nog steeds geen goed antwoord gekregen op de vraag waarom men ten opzichte van de OPTA zo krampachtig (ik gebruik het woord nog één keer!) aan het legaliteitsbeginsel wil vasthouden. Er zijn verscheidene voorbeelden aan te wijzen van gevallen waarin er wel degelijk al ruimere bevoegdheden zijn. Zo is gewezen op de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Inderdaad gelden voor die organen al normen die op grond van het Europese recht verder zijn ontwikkeld. Tevens hebben de genoemde autoriteiten ruime beleidsvrijheid waaraan juist ter tegemoetkoming aan de rechtszekerheid invulling wordt gegeven. Als bij voorbaat beleid wordt uitgestippeld en als partijen van dat beleid op de hoogte worden gesteld, wordt de rechtszekerheid gecreëerd waaraan behoefte bestaat. Waarom zou een toezichthouder op de telecommunicatiemarkt niet op dezelfde wijze te werk kunnen gaan?

Van den Berg: Als je naar de gradaties kijkt, waar zou je dan de aanwijzingsbevoegdheid moeten plaatsen? Is het geven van een aanwijzing het allerlichtste middel?

Ottow: Eerlijk gezegd weet ik het antwoord op die vraag niet. De aanwijzingsbevoegdheid zoals ik haar heb bedoeld, is een ruime bevoegdheid, gericht op het nemen van een concrete maatregel, bijvoorbeeld door een marktpartij tot een actieve daad te

verplichten. De aanwijzing kan luiden ‘u zult tarief X hanteren’, of ‘u zult een bepaalde handeling in het vervolg achterwege laten’. Je zou kunnen zeggen dat aan zo’n aanwijzing, als er niet aan wordt voldaan, een last onder dwangsom kan worden verbonden. Mijn uitgangspunt is dat de aanwijzing voorop moet worden gesteld, omdat zij de meeste mogelijkheden biedt om iets zo concreet mogelijk aan de betrokken partij aan te reiken. Op de vraag naar de rangschikking in de bestuursrechtelijke hiërarchie en naar de prioriteitenstelling moet ik het antwoord schuldig blijven.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Ik heb ooit een proefschrift geschreven over een ándere aanwijzingsbevoegdheid, namelijk die van de burgemeester bij handhaving van de openbare orde.²³ Laat ik nu even niet het glibberige ijs van andere aanwijzingsbevoegdheden dan laatstgenoemde op gaan! Een belangrijk kenmerk van de aanwijzingsbevoegdheid van de burgemeester is dat zij creatief en normstellend is: er kunnen verplichtingen worden opgelegd die niet rechtstreeks uit geldende regels voortvloeien. De last onder dwangsom daarentegen heeft altijd als vooronderstelling dat er een overtreding is die ongedaan moet worden gemaakt. De last onder dwangsom concretiseert bestaande verplichtingen en geeft aan hoe men die moet naleven, een aanwijzingsbevoegdheid zou kunnen worden gebruikt om nieuwe verplichtingen te creëren. Dat past ook naar mijn smaak bij het beeld van liberalisering en marktordening.

De Ru vertrok vanaf het gedachtepunt dat het bestuursorgaan niet op de stoel van de ondernemer mag gaan zitten. Dit uitgangspunt, waarvan De Ru overigens ook weer is afgeweken, lijkt mij wat het algemene mededingingsrecht betreft juist, maar niet met het oog op marktordening en liberalisering. De Ru gebruikt daarbij ook het woord *toezicht* in een heel enge betekenis. Daarbij heeft hij, in een reactie op de titel van de preadviezen, een omschrijving gebruikt die te lang is om een alternatieve titel te kunnen zijn. Toezicht heeft hier de betekenis van toezicht op de naleving: alleen maar iets doen in geval van overtreding van normen. Een belangrijk punt van het preadvies van mevrouw Ottow is dat een *regulator*, een instantie die markten moet gaan creëren, juist veel méér moet kunnen doen, ook in normstellende zin. Een algemene aanwijzingsbevoegdheid kan in dat verband naar mijn mening een goed instrument zijn.

Mr. A.P.W. Duijkersloot

Het was de bedoeling dat ik vanmiddag zou interveniëren, maar ik denk dat mijn interventie niet meer nodig is, omdat hetgeen ik aan de orde had willen stellen door De Ru al ter sprake is gebracht. Wél wil ik er nog op wijzen dat in het preadvies van mevrouw Ottow het legaliteitsbeginsel als obstakel wordt gezien, terwijl ik dat beginsel altijd heb beschouwd als een waarborg voor burgers en wellicht ook ondernemers. Ook KPN beschikt bijvoorbeeld over zekere vrijheden waarin dat bedrijf niet zomaar

23. B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1993.

door de overheid mag worden beperkt. Ik beseft dat bij een beschouwingswijze vanuit het standpunt van het bestuur het legaliteitsbeginsel problemen oplevert, maar bestaande bevoegdheden moeten op grond van het legaliteitsbeginsel niet ruim worden geïnterpreteerd, en in ieder geval moeten uit bestaande bevoegdheden niet min of meer nieuwe bevoegdheden worden afgeleid. Zo'n opportunistische benadering van het legaliteitsbeginsel, die ik in het preadvies van mevrouw Ottow min of meer proef, lijkt mij in de rechtsstaat die we in Nederland menen te hebben niet wenselijk.

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Ik zeg niet dat het legaliteitsbeginsel als zodanig het obstakel is; het is de wijze waarop dat beginsel wordt geïnterpreteerd. De interpretatie van het beginsel is in bepaalde visies zodanig strikt dat daarmee het obstakel gegeven is.

In deze discussieronde hebben we juristen die strikt in de leer zijn over het legaliteitsbeginsel horen spreken. Bij de voorbereiding van deze dag heb ik, in aansluiting op de titel van paragraaf 1.1 van mijn preadvies, gezocht naar jurisprudentie over duivenhokken. Ik vond toen een heel interessante uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak over overlast van een duivenhok en over de vraag wat daarbij zoal aan belangen en mogelijkheden door het betrokken bestuursorgaan in de beschouwing mocht worden betrokken. Wie schetst mijn verbazing toen ik zag dat juist in die zaak het legaliteitsbeginsel en de interpretatie van dat beginsel een rol speelden! Door de annotator wordt opgemerkt dat de Afdeling niet het kamp van de 'preciezen', maar dat van de 'rekkelijken' kiest. Ik reken mijzelf tot dat laatste kamp, namelijk dat van degenen die menen dat op een ruime manier belangen in de afweging kunnen worden betrokken, waarbij ook belangen een rol kunnen spelen die niet strikt in de betrokken wet omschreven staan. Kortom, de wijze waarop met het legaliteitsbeginsel wordt omgegaan, behoeft relativering.

Voorzitter: De annotator is H.J. de Vries en de uitspraak is gepubliceerd in *Bouwwrecht* 1996, nummer 908. Dat is dus alweer zeven jaar geleden, en misschien is inmiddels een heel andere opvatting bij de Afdeling gaan leven. Dat komt namelijk wel voor. We zijn het er in ieder geval over eens dat een beginsel dat niets voorstelt in ieder geval ook geen obstakel is!

Mevrouw mr. E. Steyger

De preadviezen van vandaag betreffen een onderwerp dat hoognodig moest worden besproken. Hulde voor het onderwerp en hulde voor de preadviezen!

Wat mij wel heeft verbaasd, is hoe territoriaal begrensd de beide preadviseurs hebben geopereerd. Beiden bespreken overwegend het Nederlandse recht en de situatie waarin de toezichthouders de Nederlandse wet toepassen. Dat deze Nederlandse wetgeving voor het overgrote deel haar basis vindt in het EG-Verdrag of daarop gebaseerde secundaire wetgeving wordt hier en daar wel geconstateerd, maar daar blijft het dan ook bij. Mevrouw Ottow wijst op pagina 186 en 187 wel op de belangrijke stem van de

Commissie in het besluitvormingsproces, maar zij gaat daarop verder niet door. Van der Meulen besteedt enige aandacht aan de bevoegdheden van de Nederlandse Mededingingsautoriteit in het kader van de nieuwe Kartelverordening, maar laat het bij de constatering dat er een soepel functionerende afstemming tussen nationaal en bovennationaal bestuursrecht moet zijn.

Deze territoriale beperktheid is jammer. Weliswaar zijn de preadviezen geschreven voor een vereniging die zich overwegend bezighoudt met nationaal bestuursrecht, maar de invloed van het Europese recht op dat nationale bestuursrecht kan niet worden overschat. Het ontstaan van steeds meer strak omschreven overheidstoezicht in de huidige modieuze vorm vloeit in veel gevallen voort uit communautaire bemoeienis met een steeds groter wordend aantal beleidsterreinen. Soms komt dat doordat beleidsterreinen die voorheen aan de markt werden overgelaten communautair worden gereguleerd; publiekrechtelijk toezicht en publiekrechtelijke handhaving zijn dan een communautaire verplichting. Soms ontstaat de noodzaak tot toezicht juist als gevolg van liberalisering van overheidstaken, en ook dan eist het gemeenschapsrecht toezicht op die al dan niet volledig geliberaliseerde markt. Hoewel het EG-recht, zoals De Ru terecht opmerkte, geen constructies van op afstand geplaatst toezicht voorschrijft, valt uit de terminologie van de verschillende richtlijnen af te leiden dat aan het aanwijzen van een aparte toezichthoudende autoriteit vanuit de Gemeenschap de voorkeur wordt gegeven. Dit strookt met de internationale mode om toezichthouders op afstand te zetten. Een zekere mate van spontane harmonisatie van toezicht, onder communautaire invloed, vindt hierdoor plaats. Spontane harmonisatie leidt in veel gevallen tot expliciete harmonisatie, en inmiddels ook tot het overhevelen van de communautaire bevoegdheden naar nationale autoriteiten, zoals nu in het mededingingsrecht gebeurt. Ik had voor de consequentie van het toepassen van Europees recht graag aandacht bij de preadviseurs gezien.

Speciale aandacht wil ik vragen voor een kwestie die Van der Meulen op pagina 119 en 120 kort aanstipt. Dit betreft de nieuwe Europese Kartelverordening, die een enorme invloed op de positie van een van de toezichthouders heeft, namelijk op de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De reikwijdte van de bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten wordt in de nieuwe Verordening aanmerkelijk vergroot. Vroeger waren de nationale autoriteiten uitsluitend bevoegd te oordelen over de vraag of een kartel in strijd is met artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag en of er mogelijk van misbruik van machtspositie sprake is. Zij mochten zich niet buigen over de vraag of een kartel in overeenstemming is met het Verdrag.

Op grond van de nieuwe Verordening hebben de nationale autoriteiten expliciet de bevoegdheid om artikel 81 en 82 EG-Verdrag toe te passen en overtredingen te sanctioneren. Daarbij gaat het om kartels of misbruik van machtspositie die grensoverschrijdende consequenties hebben. Dit wordt volgens vaste jurisprudentie van het Hof al geacht het geval te zijn indien een kartel of een machtspositie het grondgebied van één lid-staat beslaat. Actoren op markten bestaan niet alleen uit echte ondernemingen, want anders zou er niet zo'n groot probleem zijn. Het Europese mededingingsrecht heeft ook zijn consequenties voor het handelen van overheden of ondernemingen met een publieke taak die in strijd handelen met het kartelverbod of het verbod van misbruik van machtspositie. Weliswaar is de toepassing van het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie op het handelen van overheden en onderne-

mingen met een publieke taak niet aan de nationale autoriteiten opgedragen; niettemin is het heel goed mogelijk dat zij desondanks wel degelijk tot deze toepassing overgaan.

In het geval dat een onderneming een publieke taak uitoefent, wordt zij in het Europese recht als geheel als onderneming aangemerkt, dus ook voor dat deel dat als publieke taak geldt. Op deze onderneming is het mededingingsrecht van toepassing, tenzij dit niet strookt met het uitvoeren van de publieke taak. Voor het overige zijn het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie in volle omvang van toepassing. Onder het nationale recht (en dus ook het nationale mededingingsrecht) wordt de publieke taak gedefinieerd door de overheid, in casu de wetgever. De nationale mededingingsautoriteit kan onder het nationale mededingingsrecht daar niet aan komen, omdat de desbetreffende wet als *lex specialis* het uitgezonderde deel buiten de toepassing van de Mededingingswet houdt.

Het Europese recht heeft echter niets te maken met wat de nationale wetgever als publieke taak definieert. Het enkele feit dat een taak is opgenomen in een publiekrechtelijke regeling onttrekt deze niet aan de toetsing aan het Europese mededingingsrecht. Alleen: de toetsing van een overeenkomst of een bepaald gedrag kan nu ook door de Nederlandse Mededingingsautoriteit worden verricht, die immers bevoegd is tot uitvoering van het Europese mededingingsrecht. Hoe moet dit nu wanneer de nationale mededingingsautoriteit op ondernemingen met een wettelijk geregelde publiekrechtelijke taak niet het nationale kartelverbod of het nationale verbod van misbruik van machtspositie gaat toepassen, maar de in het EG-Verdrag neergelegde verboden? Om zijn communautaire taak goed uit te voeren zal de nationale mededingingsautoriteit dezelfde toets moeten verrichten als de Commissie onder die omstandigheden zou hebben gedaan. Dit betekent concreet dat de nationale mededingingsautoriteit niet slechts het handelen in het kader van de commerciële activiteiten van een onderneming kan gaan toetsen, maar tevens het handelen van de desbetreffende ondernemingen uit hoofde van hun wettelijke taak, als die wettelijke taak niet voldoet aan de criteria voor een publieke taak in de zin van artikel 86 EG-Verdrag.

De nationale mededingingsautoriteit zal dan noodzakelijkerwijs de omvang en de inhoud van die taak moeten toetsen om vast te stellen of het handelen (bijvoorbeeld in de vorm van samenwerking tussen entiteiten) uit een geoorloofde publieke taak voortvloeit of niet. Daarmee krijgt een nationaal bestuursorgaan de bevoegdheid wettelijke of op de wet gebaseerde regelingen te toetsen.

Deze wat lange inleiding leidt tot de volgende vraag aan Van der Meulen. Hoe kijkt hij aan tegen de bevoegdheid van een toezichthouder als de Nederlandse Mededingingsautoriteit (die toch behoorlijk van de politiek onafhankelijk is) om toezicht uit te oefenen op basis van communautaire regels terwijl de consequentie is dat dit toezicht ook handelen van entiteiten omvat dat berust op andere nationale wettelijke regelingen? Dit lijkt mij ook wel een leuke vraag tegen de achtergrond van de discussie over het legaliteitsbeginsel!

Mr. B.M.J. van der Meulen

Mevrouw Steyger is begonnen met de opmerking dat onze preadviezen territoriaal begrensd zijn. Ze zijn überhaupt wel begrensd, onder andere territoriaal. Het moment waarop de deadline dáár was en de tekst moest worden ingediend, was er één van pijnlijk afscheid, want er was nog zoveel ongezegd gebleven. Er mocht trouwens van de voorzitter binnen de kwantitatieve marges niet méér worden behandeld. Ik heb op die situatie gereageerd met een regelrecht zwakgebod: aan het eind van mijn preadvies heb ik de suggestie gedaan met dit gezelschap nogmaals bij elkaar te komen om te praten over transnationaal bestuursrecht en ik heb daarnaast in de ondertitel van mijn preadvies de woorden 'aanzet tot' opgenomen.

Hoe kijk ik aan tegen handhaving van communautair recht door een nationale mededingingsautoriteit ten aanzien van ondernemingen die naar overheid ruiken en die zich baseren op andere wetgeving? Een van de worstelingen waarvan ik maar niet loskom, al heb ik in mijn preadvies wél een keuze gedaan, betreft de vraag hoe onafhankelijk of niet-onafhankelijk een toezichthoudend orgaan nu eigenlijk moet zijn. Mevrouw Steyger komt met een voorbeeld dat mij weer helemaal doet doorslaan in de richting van 'zeer onafhankelijk'. De toezichthouder die de als ondernemer handelende minister moet vertellen dat hij uit EG-rechtelijk oogpunt gezien onrechtmatig bezig is, kan toch maar beter niet gelijktijdig aan die minister ondergeschikt zijn.

De nieuwe EG-Verordening leidt wél tot allerlei nationale legaliteitspuzzels. Een nationale autoriteit moet oordelen over overtredingen van communautair recht, overtredingen die in letterlijke zin de nationale grenzen te buiten kunnen gaan, maar hoe zit het dan vervolgens met bevoegdheden? Dat is in belangrijke mate een nationale vraag. Sommige lid-staten hebben het er gemakkelijk mee. In het Duitse strafrecht gaat men uit van het universaliteitsbeginsel. Als iemand ergens op de wereld iets doet dat naar Duits strafrecht relevant is, kán de Duitse strafrechter daar iets mee. Ik noem in mijn preadvies een voorbeeld uit de NMa-praktijk dat een kartel in drie landen betreft. De vraag komt dan op of je bij het bepalen van de zwaarte van je sanctie rekening mag houden met het overtredingsgedeelte dat buiten de landsgrenzen heeft plaatsgevonden. De NMa (Nederlandse Mededingingsautoriteit) heeft het zekere voor het onzekere genomen, maar dat is niet echt een antwoord op de vraag. Geeft de Verordening een antwoord op de vraag? Ik weet het niet. Het is in mijn ogen al heel apart dat EG-Verordeningen bevoegdheden willen gaan toekennen aan nationale autoriteiten. Eerder vanochtend is gesproken over de OPTA die de grenzen opzoekt. Welnu, de Europese Commissie heeft daar óók een handje van, als toezichthouder en als voorsteller van regelgeving. Op allerlei terreinen zien we dat de Commissie een heilig geloof in scherpe handhaving heeft en dat zij dat via de weg van Verordeningen aan nationale autoriteiten wil opleggen.

Een lang verhaal, geen antwoord. Ik zie hier veel problemen, puzzels, uitdagingen en een thema voor een volgende vergadering.

Mevrouw mr. E. Steyger

Ik vind een vervolg natuurlijk heel erg leuk, maar het gaat hier om een heel specifiek probleem. Ik heb er niet zoveel moeite mee dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit grensoverschrijdende bevoegdheden voor wat Nederland betreft zou kunnen krijgen. Ook de Commissie past het kartelrecht grensoverschrijdend toe. Als er een kartel is waarvan één partij in een derde land zit, heeft de Commissie er in ieder geval geen bezwaar tegen een boete op te leggen. Daarin zit het probleem niet. Voor mij ligt het probleem in het simpele feit dat een wettelijke taak zal worden beoordeeld door een nationaal bestuursorgaan. Ook in het kader van het legaliteitsbeginsel heb ik hiermee moeite. Een dergelijke gang van zaken zet eigenlijk het geheel een beetje op losse schroeven. Ik denk dat hier op den duur echt een probleem zal ontstaan. Ik krijg geen antwoord; dat betekent dat ik ook alleen nog maar vragen kan stellen.

Mr. B.M.J. van der Meulen

O, is dat het probleem, maar daarmee heb ik nu juist helemaal géén moeite. We zijn inmiddels aan het wennen aan het gegeven dat communautair recht van hogere orde is en nationaal recht opzij schuift. Ik weet wel dat ergens ooit eens is geschreven dat bestuursorganen bijvoorbeeld niet bevoegd zouden zijn tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht,²⁴ laat staan tot toetsing van nationaal recht aan communautair recht,²⁵ maar als vervolgens de rechter tot vernietiging besluit, kan dat toch alleen maar betekenen dat het bestuursorgaan anders had moeten en dus ook mogen optreden. Voor mij is zo klaar als een klontje dat iedereen die met toepassing van recht bezig is, bevoegd is het hogere recht voor te laten gaan boven het recht dat daarvoor moet wijken. Ik erken dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit daarvoor wat moed nodig zal hebben, maar zij kan de nieuwe Verordening moeiteloos prioriteit geven boven welke nationale regelgeving dan ook.

Dat zal nog heel wat problemen opleveren op het gebied van mijn nieuwe hobby, dat van de voedselveiligheid,²⁶ waar van alles onderling wordt afgesproken dat volgens mij niet a priori zonder meer zo maar kan.²⁷

Mevrouw mr. E. Steyger

Dit is een heel schokkend antwoord. Het probleem wás al dat het degenen die het mededingingsrecht uitvoeren, ultimo de Commissie en ultimo het Hof, uiteindelijk beginnen uit te maken wat op nationaal niveau de omvang van de publieke taak is. Dat heb ik op zichzelf altijd al iets gevonden waarvoor we moeten oppassen. Er is hier

24. Vgl. J.H. Jans, in: Jans/De Lange/Prechal/Widderhoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 1e druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 125.

25. Deze m.i. verdergaande mogelijkheid onthoudt Jans echter niet aan het bestuur, a.w. p. 122.

26. Zie bijvoorbeeld mijn oratie: Recht op adequate voeding. Levensmiddelenrecht tussen markt en mensenrechten (Wageningen 11 september 2003), Den Haag: Elsevier 2004.

27. Zie bijvoorbeeld mijn interventie bij de andere VAR: Agrarisch Recht 2003, p. 654.

een democratisch tekort. Het mededingingsrecht heeft een bepaald doel, terwijl het definiëren van taken van algemeen belang wel over iets andere dingen dan mededinging gaat. Het is, zou ik zeggen, in ieder geval ruimer.

Als je dat al schokkend vindt, dan leidt het idee dat een nationaal bestuursorgaan, dat is ingesteld bij nationale wet, de omvang van wettelijke taken, toegekend aan andere entiteiten, gaat beoordelen helemaal tot problemen. We zijn het dus in ieder geval niet eens.

Van der Meulen: Daarover ben ik het graag met u eens!

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

Het is misschien wel belangrijk vast te stellen wáárover we het niet met elkaar eens zijn. Met Van der Meulen ben ik het eens over het volgende. Als een bestuursorgaan op basis van het primaire EG-recht kennelijk vaststelt dat een bepaalde publieke taak in strijd is met het EG-recht, beroept het zich op hoger recht, en dat kan zonder meer. Het verschil van mening houdt misschien verband met het mededingingsrecht, maar de vraag of dat recht niet te ver gaat, hoort bij een heel andere discussie. Ook de Commissie heeft altijd vastgesteld welke publieke taakuitoefeningen onrechtmatig waren. Ook onze Orde van Advocaten is inmiddels een onderneming en mag bepaalde dingen niet meer doen. Nieuw is dat nu ook onze eigen Nederlandse Mededingingsautoriteit een dergelijk oordeel kan uitspreken. Wellicht gaat het mededingingsrecht te ver, maar dan moeten we het Verdrag wijzigen.

Voorzitter: Was die hele EG eigenlijk niet erg ondemocratisch? Maar dat is natuurlijk wéér een andere discussie.

Mevrouw mr. E. Steyger

Ik denk dat Widdershoven iets te snel gaat. Dat nationale bestuursorganen EG-recht moeten toepassen, is in het algemeen natuurlijk waar. Hier gaat het over uitdijende bevoegdheden. Ten aanzien van de publieke taak is de bevoegdheid van de Commissie in de loop der jaren enorm uitgedijd, niet per definitie met instemming van alle betrokkenen, maar via jurisprudentie, via allerlei omwegen en zeker niet op een legitieme basis. Als dat dan op communautair niveau gebeurt, kan het inderdaad op datzelfde niveau met wetgeving worden bedwongen, zodat er een controlemogelijkheid voor de wetgever is. Als echter op nationaal niveau de Nederlandse Mededingingsautoriteit hetzelfde gaat doen, met een even enthousiast gebruik van bevoegdheden als de Commissie altijd ten toon heeft gespreid, dan kan daartegen alleen op communautair niveau worden opgetreden, en daar zal niets gebeuren wanneer het uitsluitend om handelingen op nationaal niveau van de nationale autoriteit gaat.

Er is dus wel degelijk een soort proliferatie van de toepassing van het mededingingsrecht mogelijk, namelijk wanneer op basis van het mededingingsrecht de omvang van

de publieke taak wordt gecontroleerd. Ik ben er niet tegen dat de omvang van de publieke taak wordt gecontroleerd, maar wél als dat met uitsluitend het oogmerk van mededinging gebeurt.

Mr. N. Verheij

Het valt mij op dat mevrouw Steyger nogal hamert op de veranderingen die zouden optreden nu bepaalde normen door een nationaal bestuursorgaan worden toegepast in plaats van door de Commissie. In aansluiting op eerdere bevindingen van mevrouw Steyger vraag ik mij af of we uit de nieuwe Kartelverordening ook niet moeten concluderen dat je niet meer kunt zeggen dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een puur nationaal bestuursorgaan is. Wordt de NMa niet gewoon een soort bijkantoor van de Commissie?

Mevrouw mr. E. Steyger

In de periode dat de NMa uitsluitend overtredingen van het kartelverbod of het verbod van misbruik van machtspositie constateerde, was zij inderdaad een soort bijkantoor van de Commissie, maar nu de NMa, op grond van communautair recht, ook de bevoegdheid krijgt over verenigbaarheid met het Verdrag te oordelen, kun je die kwalificatie niet meer geven. De NMa wordt nu een gedecentraliseerd bestuursorgaan met zelfstandige bevoegdheden, en dat vind ik wél iets anders.

Verheij: Wat ik vooral bedoel, is dat de NMa nu niet meer een zuiver nationaal orgaan is. Ik begrijp niet goed waarom mevrouw Steyger er zo'n probleem van maakt dat de controle die al door de Commissie werd uitgeoefend, nu door de NMa ter hand wordt genomen.

Steyger: Omdat er geen controle door de wetgever mogelijk is, zodat de democratie te weinig zeggenschap over de NMa op nationaal niveau heeft, terwijl controle op communautair niveau niet te verwachten valt. Op communautair niveau zal veel eerder worden gereageerd op hetgeen de commissie doet in plaats van op hetgeen de NMa doet. Totdat de uitwassen zéér sterk gaan toenemen, zal er naar mijn verwachting een vacuüm ontstaan.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Mevrouw Steyger brengt terecht een beperking aan: ingrepen door de *wetgever*. Wanneer echter de NMa in een nationale context communautair recht toepast, is er natuurlijk nog wél de communautaire rechter. Het is heel goed denkbaar dat rechtstreeks bij een zaak betrokkenen net zo ongelukkig zijn als mevrouw Steyger op dit moment. Zeker als men het idee heeft dat Europees recht door een enthousiast optre-

dende toezichthouder wordt opgerecht buiten zijn grenzen, kan men via de prejudiciële procedure altijd nog het oordeel van het Hof in Luxemburg vragen.

Laten we ook het volgende niet vergeten. Er is net een nieuwe Verordening en er is in de Europese wetgevingsprocedure nog wel enige ruimte voor een actieve inmenging van lid-staten. Ik heb mij laten vertellen dat het Nederlandse parlement zich vaker begint te roeren in een implementatiefase dan in de periode daaraan voorafgaand. Toch geldt ook voor 'Brussel': dat zijn wij zelf!

Mr. J.W. van de Gronden

Ik heb een vraag aan mevrouw Steyger. Zij is bang dat de publieke taak in het gedrang komt. Nu heeft de in artikel 86, tweede lid, EG-Verdrag vervatte bepaling inzake een taak van algemeen economisch belang rechtstreekse werking. Door de nieuwe Verordening mag de NMa ten aanzien van de meeste kartels en de meeste machtsposities het Europees mededingingsrecht toepassen; zij gaat dan bepalen of een bepaalde taak wel zwaar genoeg is om inbreuk te maken op de mededingingsbepalingen. Heeft de voortgaande Europese integratie niet tot consequentie dat steeds meer bevoegdheden wegglekken naar Europees niveau? Als we over democratisch gelegitimeerde taken spreken, moeten we dan niet op Europees niveau iets regelen? In aansluiting op wat Van der Meulen zojuist zei: 'Brussel', dat zijn wij, de EG, dat zijn wij. Is het niet verstandig na te gaan of we in een Verordening of een wijziging kunnen vastleggen wat een taak van algemeen economisch belang is? Ik wijs erop dat de Commissie op het ogenblik bezig is met de voorbereiding op termijn (bijvoorbeeld met het oog op staatssteun) van een Vrijstellingsverordening voor taken van algemeen economisch belang. Wellicht is het goed als langs die weg het een en ander wordt geregeld. Je ontkomt er volgens mij niet aan dat je steeds meer bevoegdheden kwijtraakt, en via regelgeving op Europees niveau kun je de taak van alle nationale mededingingsautoriteiten in de EG meer inkaderen en duidelijker reguleren.

Mevrouw mr. E. Steyger

Moet communautair worden vastgelegd wat taken van algemeen belang zijn? De discussie over die vraag is al heel lang gaande. Wat een taak van algemeen belang is, is cultureel bepaald. Taken die in Nederland worden geacht van algemeen belang te zijn, worden elders heel anders gekwalificeerd, en omgekeerd. Wat mij betreft: ik zou dat eigenlijk wel zo willen houden. Ik ben niet zo voor eenheidsworst, en het lijkt mij geen goed idee dat in Brussel op communautair niveau wordt bepaald wat wij als taken van algemeen belang moeten zien.

Hieraan voeg ik een opmerking over mijn rol in de jaarvergaderingen van de VAR toe. Ik sta hier vaak te vertellen dat de beoefenaars van het nationale bestuursrecht op hun zaak moeten letten, en dan zie ik de mensen in de zaal zich afvragen waarover ik mij nu eigenlijk druk maak. Later, als er een bepaald arrest wordt gewezen, zegt men nogal eens: dat hadden we nu toch óók weer niet bedoeld! Een klein beetje waakzaamheid kan geen kwaad.

Mr. J.B.J.M. ten Berge

Een ander geluid!

Allereerst dit. Tot de preadviseurs zou ik korthedshalve willen zeggen: bravo, goed gedaan, u hebt zich geplaatst in de lange traditie van de VAR, die jaarlijks uitstekende preadviezen weet te genereren.

De kernvraag bij een confrontatie als vandaag tussen een bijzonder rechtsgebied en het algemeen bestuursrecht is: wat moeten we leren voor het algemeen bestuursrecht? Is de bijzondere wetfamilie die de hier besproken producten heeft voortgebracht, gekomen met iets wat we algemener in het bestuursrecht kunnen toepassen? Op enige organisatierechtelijke punten roepen de preadviezen bij mij vragen op. Met name het beschrijvende preadvies van Van der Meulen heeft mij op twee van dergelijke punten in verbijstering achtergelaten. Deze punten zijn:

- het ambtenarenbestuur dat we hier zien ontstaan;
- het afdwalen van het collegialiteitsprincipe.

Ambtenarenbestuur

Eind jaren zestig heeft mijn leermeester en promotor R. Crinckle Le Roy de literatuur verrijkt met het begrip *vierde macht*, daarmee doelend op de groeiende macht van het ambtenarenapparaat. Blijf al die jaren de bestuursrechtelijke betekenis van de ambtenarij relatief beperkt,²⁸ in de portretgalerij van Van der Meulen zien we nu dat allerlei ambtelijke functies worden *ge-upgraded* tot bestuurlijke organen met zware bevoegdheden, echte *regulators*. Hetzelfde hebben we gezien bij de privatisering van de rijksmusea, waarbij allerlei topambtenaren ineens werden gebombardeerd tot stichtingsbestuur. Een en ander roept bij mij de vraag op, hoe ver we moeten en kunnen gaan met het omzetten van bestuurlijke topfuncties in zelfstandige bestuursorganen. De betrokkenen zijn natuurlijk allen deugdzame en bewaarde mensen, maar desondanks rijzen hier vragen van intern-ambtelijke en van principieel-democratische aard. Intern-ambtelijk vraag ik mij bijvoorbeeld af of de kamers die nu bij de NMa totstandkomen, worden samengesteld via uitlooprangen voor de medewerkers, of via teruglooprangen voor de mensen die moeten worden uitgerangeerd. Wat de onafhankelijkheid betreft: ik ben jarenlang lid geweest van een onafhankelijke adviesraad die een secretariaat had dat ook onafhankelijk moest zijn, maar de leden van het secretariaat waren wél opgenomen in het mobiliteitsscenario van het betrokken departement. Zoiets bedreigt de onafhankelijkheid.

Collegialiteitsprincipe

We kennen in Nederland een zekere traditie ten aanzien van de ambtsdragers die een bestuursorgaan vormen. Meervoudige organen genieten de voorkeur uit een oogpunt van het voorkómen van fouten en eenzijdigheid. Te groot personalisme kan zeker bij belastende beschikkingen de legitimiteit schaden. In de portretgalerij nu komen we

28. Stroink heeft er in zijn proefschrift over *Deconcentratie* op gewezen dat de bevoegdheden van ambtenaren in dat kader hoofdzakelijk betrekking hadden op, met een term van Van der Meulen (p. 25 preadvies), het toezicht in enge zin, het Awb-toezicht.

heel wat eenhoofdige organen tegen. Waar enkelvoudige organen in de Nederlandse traditie uitzonderingen zijn, had mijns inziens de nadruk op het uitzonderingskarakter mogen worden gelegd. Ik zou niet in het algemeen de richting van eenhoofdige organen willen inslaan. Daaronder vallen naar mijn mening ook schijncolleges als de Vervoerkamer.

Conclusie

Is er ten aanzien van het toezicht uitoefenen op markten sprake van een ontluikende organisatierechtelijke traditie? Ik hoop van niet. Aan Van der Meulen stel ik de vraag: zie ik nu spoken, ben ik te ouderwets, moeten we in het licht van de nieuwe tijd deze eenhoofdige, ambtenaarlijke organen positiever waarderen, of had Van der Meulen kritischer moeten zijn?

Mr. B.M.J. van der Meulen

Ik had ongetwijfeld kritischer moeten zijn. Als wij spoken zien, kan dat ook betekenen dat het spookt en dat er dus iets is om je zorgen over te maken.

Heel in het algemeen heeft Ten Berge zich afgevraagd welke lering we uit de preadviezen moeten trekken voor het algemeen bestuursrecht. Deze vraag, die de intervenient vervolgens heeft toegespitst in organisatierechtelijke richting, wil ik ook kort behandelen in de andere richting. Wat ik zelf, bij het schrijven van mijn preadvies en het lezen van het andere, met het oog op het algemeen bestuursrecht heb geleerd, is dat de liefde van twee kanten moet komen. Als het algemeen bestuursrecht de pretentie heeft algemeen te zijn, zal het zich moeten blijven afvragen wát voor algemeen bestuursrecht nodig is om werkzaam te zijn in bijzondere rechtsgebieden. Daartegenover zal aan de kant van de bijzondere rechtsgebieden de bereidheid moeten bestaan te accepteren dat het algemeen bestuursrecht een vrij gecompliceerd, *gefinetuned* instrument is, dat men slechts met tijd, aandacht, energie en misschien ook wel een beetje liefde kan leren gebruiken.

Ten Berge heeft gesproken over de *vierde macht*, nadat De Ru het al had gehad over de *trias politica*. Zolang er gedacht en gesproken wordt over een trias, hebben ook altijd mensen een vierde macht willen introduceren. Van Vollenhoven²⁹ en Stellinga³⁰ zochten die in de hoek van de handhaving, bij wat zij 'politie' noemden. Besturen door ambtenaren heeft in ieder geval de afgelopen anderhalf jaar het grote voordeel gehad dat de gang van zaken voortgang heeft kunnen vinden, ook wat de controversiële onderwerpen betreft, iets wat naar ik vrees niet kan worden gezegd voor besturen door de politiek. Een en ander is overigens wél een uiting van een ambivalentie ten opzichte van de politiek. In een van de hoofdstukken van mijn preadvies heb ik in een ondertitel de termen 'democratische controle' en 'politieke bemoeienis' gebruikt. Ergens gaat de politiek ons aan het hart en ergens voelen we politiek ook niet altijd als een garantie voor kwaliteit. Dat laatste is ook met deugdame ambtenaren uiteraard niet automa-

29. C. van Vollenhoven, *Staatsrecht Overzee*, Leiden/Amsterdam: Stenfert Kroese 1934, p. 244.

30. J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands administratiefrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 69 en 348.

tisch het geval. Ik heb geen idee of het lidmaatschap van een bepaald bestuursorgaan in een kamer een uitloop- of een teruglooprang is. Wél geloof ik dat de status van bestuursorganen bijdraagt aan de statuur en daarmee de aantrekkelijkheid van de rang, maar uit andere voorbeelden is weer gebleken dat je om de plek écht aantrekkelijk te maken zelfs nog verder weg moet bij de gebruikelijke overheidsorganisatie. Hoeveel concessies je daar moet doen, weet ik niet heel zeker.

Op het gebied van het mededingingsrecht is een internationaal onderzoek gedaan naar de eigenschappen van de mensen die van toezichthoudende organen deel uitmaken. Aandachtspunt was daarbij dat onafhankelijkheid ten opzichte van de politiek belangrijk is. Michael Wise³¹ heeft in dit opzicht heel aardige observaties gedaan. Je kunt een prachtige organisatie creëren, met waarborgen voor onafhankelijkheid, maar als je daar een carrièreambtenaar neerzet die vervolgens nog hogerop wil, zal deze zeer bereid zijn de politiek te volgen. Als je, zoals in Italië is gebeurd, een voormalige minister-president benoemt die alles al heeft bereikt wat er in het leven te bereiken valt, zul je te maken krijgen met een autoriteit die zich aan niets en niemand iets gelegen laat liggen. Ik denk dat de gevoelens over de wenselijkheid daarvan nogal zullen verschillen.

Is eenhoofdigheid, zo heeft Ten Berge zich afgevraagd, regel of uitzondering? Ik kan daarover geen uitsluitsel geven. Elke gemeente en elke provincie heeft een eenhoofdig bestuursorgaan naast collegiaal bestuur; bij de marktautoriteiten wordt de kwestie eenhoofdigheid versus collegialiteit verschillend opgepakt. De OPTA heeft een college, de NMa, de DTe en de Autoriteit-FM³² kennen eenhoofdig bestuur. Het gevoel bestaat dat de NMa bij omvorming tot een zelfstandig bestuursorgaan ook maar meerhoofdig moet worden. Zie ik het goed, dan wordt over het algemeen in het Nederlands staatsrecht eenhoofdigheid gekoppeld aan slagvaardigheid. Met name burgemeesters hebben specifieke bevoegdheden van het type *eerst doen, dan discussiëren*.³³ Het preadvies van mevrouw Ottow heeft mij geleerd dat een dergelijke benadering ook bij regulators wel eens nodig zou kunnen zijn. Het kan van belang zijn dat a tempo kan worden ingegrepen met stevige bevoegdheden. Overigens heeft De Ru daar al het nodige tegenin gebracht.

Collegialiteit plaatst Ten Berge in het kader van evenwichtigheid. Mijns inziens kunnen op verschillende punten, die ik in mijn preadvies heb geprobeerd aan te wijzen, problemen worden signaleerd op het gebied van *checks and balances*. Misschien is meerhoofdigheid, misschien ook is terugkeer naar politiek bestuur daarop een reactie. In mijn preadvies heb ik suggesties voor enige andere mogelijke oplossingen gedaan.

Mr. M.J. van Enk

Al twee keer is het begrip *trias politica* ten tonele gekomen. In sommige betogen komt een spanning met dat, door mij gekoesterde, begrip tot uiting die we niet kunnen negeren. Ten Berge heeft zojuist nog eens gewezen op de *vierde macht* van Crinice Le

31. Zie preadvies Van der Meulen, p. 50, noot 66.

32. Zie afkortingenlijst preadviezen.

33. Vgl. memorie van toelichting bij de oude gemeentewet, bijlage handelingen 1950/51, p. 395.

Roy. Het toezicht waarover we vandaag spreken (ik herinner aan een vraag van De Ru) lijkt soms ook een beetje een vierde macht. Naar mijn mening moeten we eraan vasthouden dat dit toezicht een variant van de uitvoerende macht is en dat de aanduiding 'politiek toezicht' op haar plaats is.

De onafhankelijkheid waarop in het preadvies van Van der Meulen terecht wordt gewezen, moeten we, denk ik, meer zien in termen van: los van degenen die met het ontwikkelen van beleid bezig zijn. Dat probleem speelt niet alleen bij het markttoezicht, maar ook bij andere instellingen van toezicht. Ik denk aan een eerbiedwaardig college als de Algemene Rekenkamer, dat eveneens toezicht houdt en dingen aan het licht brengt, waarbij het ongewenst is dat al in een vroegtijdig stadium uitwisseling en discussie plaatsvinden met degenen op wie het toezicht betrekking heeft. Ook de inspectie van het onderwijs is een goed voorbeeld. In de Wet op het onderwijstoezicht worden bevoegdheden geattribueerd en is een garantie neergelegd dat niet in een vroegtijdig stadium bevindingen over de staat van het onderwijs worden uitgewisseld met het ministerie, waar ambtenaren zitten die een eigen belang hebben bij de wijze waarop de dingen voor het voetlicht worden gebracht. Onafhankelijkheid in die zin vind ik een positief iets en 'Chinese Muren' vind ik een heel mooi begrip, maar politieke controle moet er altijd blijven. Op dat punt ben ik het met de reacties eens.

Ik zou bijna willen zeggen: waarom denken we niet aan het benoemen van een nieuwe Minister van Toezicht? We hebben al een Minister van Justitie, waarom creëren we niet een Minister van Toezicht, die verantwoording aflegt aan de Kamer over de wijze waarop het toezicht plaatsvindt en het oordeel dat het toezicht naar boven brengt?

Van der Meulen schetst alternatieven waarbij hij het meer zoekt in optimalisering en efficiënter maken van het klachtrecht. Die alternatieven spreken mij wat minder aan. Van der Meulen beschrijft de consument om wie het gaat als een optelsom van individuele klagers, hetgeen mij enigszins doet denken aan de 'kroonjuwelenvisie' van D66: laten we het bestuur anders inrichten door bijvoorbeeld een referendum in te stellen en laten we de politieke partij als optelsom van individuele stemuitbrengers zien. Een dergelijke benadering spreekt mij in het verband van het onderwerp van deze vergadering minder aan.

Ik wijs in dit verband ook op de paragraafindeling van het preadvies van Van der Meulen. In paragraaf 4.3 gaat hij de consument behandelen, en hij stopt dan na paragraaf 4.3.1 bij de klager. Een paragraaf 4.3.2 ontbreekt. Dit is voor mij min of meer een teken aan de wand, want niet elke consument is een klager, maar ook niet elke klager is een consument. Marktautoriteiten behartigen ook belangen van producenten, iets wat vanochtend naar aanleiding van het preadvies van mevrouw Ottow duidelijker naar voren kwam. Laten we ons niet blindstaren op het geven van een snellere ingang aan alleen de klagende consument, maar laten we ook proberen in de institutionele sfeer goede waarborgen te vinden.

De oplossing van een commissie van toezicht, die wel wordt gehanteerd, is naar mijn mening meer geënt op wat ik zojuist heb betoogd. Ik denk dan echter niet aan het instellen van een commissie van toezicht per zelfstandige organisatie, want op die manier wordt Nederland écht te vol! Ik zou zeggen: laat men in het kader van de volgende VAR-vergadering bekijken of zo'n commissie van toezicht op Europees

niveau kan worden geïnstitutionaliseerd, of laat men het zoeken in nationale politieke waarborgen, misschien de door mij genoemde Minister van Toezicht.

Mr. B.M.J. van der Meulen

De paragraaf ‘Toegang voor de consument’ stopt inderdaad bij ‘De klager’; er wordt niet meer gesproken over de klagende *producent*. De reden daarvan is dat de klagende producent weinig problemen heeft omdat hij naar vaste rechtspraak wordt aangemerkt als belanghebbende in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en daarmee zijn Awb-ingang heeft. De discussie spitst zich toe op de consument die zich niet kan beroepen op een voldoende onderscheidend belang. De gehanteerde benadering lijkt mij op zichzelf correct uit het oogpunt van de toepassing van Awb-begrippen, maar als je iets voor de markt wilt doen, is het nuttig een bijzondere speler op die markt, namelijk de consument, ook een volwaardig spelrecht in het bijzondere bestuursrecht te geven. Klachtrecht is wat mij betreft niet een alternatief voor politiek toezicht, maar is een van een serie elementen die wat mij betreft aanwezig zouden moeten zijn.

Wat het idee van een Minister van Toezicht betreft: Van Enk zegt zelf al dat we een Minister van Justitie hebben, die min of meer over het toezicht gaat, en bij economische autoriteiten kunnen we ook denken aan de Minister van Economische Zaken. Mede naar aanleiding van het voorbeeld van de OPTA wil ik in dit verband nader ingaan op de door Van Enk gesignaleerde rol van het eigen belang. Het komt voor dat een overheid zich als speler op de markt beweegt. Mevrouw Steyger heeft geïllustreerd dat dit veel eerder het geval kan zijn dan wij geneigd zijn te denken. Een extra complicerende factor kan zijn dat een overheid grootaandeelhouder van de *incumbent* is. Als je in zulke situaties dan nog deugdelijk functionerende *checks and balances* wilt hebben, heb je volgens mij nu juist wél behoefte aan een scheidsrechter die niet in een van de betrokken teams meespeelt.

Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 14 mei 2003

De voorzitter spreekt als volgt

Het is alweer de twaalfde of de dertiende keer (dat hangt van de definitie af) dat de pleitwedstrijd is gehouden. Die wedstrijd is bijna altijd heel spannend. Er zijn een paar jaren geweest dat het niet meer spannend was, want toen won de Vrije Universiteit altijd, en we hebben toen nog even overwogen de naam van de wedstrijd te veranderen in 'VU-pleitwedstrijd', maar gelukkig wonnen de VU-studenten verleden jaar een keer niet, en ook dit jaar hebben ze niet gewonnen. Je kunt niet altijd alles winnen, en het is goed dat de laatste jaren allerlei teams die eerder wat meer in de schaduw opereerden beter naar voren zijn gekomen. Dat geldt overigens niet voor het winnende team, maar daarover zal ik straks iets meer zeggen.

De pleitwedstrijd werd dit jaar gehouden in Utrecht. De deelnemende faculteiten nemen bij toerbeurt de organisatie voor hun rekening; ik kan nu alvast zeggen dat het volgend jaar Rotterdam aan de beurt is. Ik weet van nabij dat de Utrechtse organisatie zich buitengewoon heeft ingespannen om het allemaal goed te laten verlopen, iets wat ook uitstekend is gelukt, mede door de inzet van heel velen, onder wie een buitengewoon deskundige jury. De term *jury* klinkt wat Amerikaans. Ik zou ook kunnen zeggen *rechtbank*, maar er bestaan, geloof ik, geen rechtbanken die recht spreken met twee rechters. Wij hadden vier kamers met elk twee rechters. Voor een deel waren dat mensen die ook in het dagelijks leven rechter zijn, er waren ook advocaten en andere deskundigen bij, en het geheel stond onder leiding van mr. B.J. van Ettekoven, staatsraad in buitengewone dienst. Laatstgenoemde verrichte zijn taak ook weer buitengewoon virtuoos en knap, waarbij hij af en toe deed alsof het echt was, iets wat sommige studenten zeer imponeerde. Ik herinner mij een vraag aan een van de deelnemers: 'U vertegenwoordigt de gemeente. Wat is uw functie daar?' De betrokken student dacht vervolgens: wacht even, dat heb ik helemaal niet voorbereid, ik ben gewoon van de gemeente. Toen die student niet onmiddellijk iets wist te zeggen, zei Van Ettekoven: 'U kon het zich vanmorgen vast nog wel herinneren.'

De dag van de pleitwedstrijd was buitengewoon leuk, met af en toe aandoenlijke klungelarij, maar daarnaast toch ook ontzettend knappe improvisaties. Juridisch zijn er natuurlijk altijd wat verschillen, ook binnen de teams en ongeveer per moment. Dat maakt het ook juist zo aardig. In ieder geval zaten er weer heel veel talenten bij, van wie de voorzitter aan het eind van de dag zei dat hij ze zó de rechtszaal in zou durven sturen zonder het gevoel te hebben dat er dan ál te erge dingen zouden kunnen gebeu-

ren! Dat is ongeveer waar we studenten willen hebben als ze gaan afstuderen, en deze studenten *zijn* nog niet eens allemaal aan het afstuderen.

Nadat, zoals gebruikelijk, een schriftelijke ronde had plaatsgevonden, werden op de dag van de pleitwedstrijd 's morgens twee pleitronden gehouden. Vervolgens werd de stand opgemaakt. De nummers 3 en 4 speelden 's middags een 'potje' om de derde plaats en de nummers 1 en 2 speelden de echte finale, met dezelfde casus als de nummers 3 en 4, plus nog een andere casus. Op die manier krijgt de toehoorder een heel goed beeld. Bovendien mogen per casus niet dezelfde mensen pleiten, zodat er steeds meer sprake is van een teamprestatie.

Ik kom tot de uitslag. Uitermate eervol onderaan eindigde de Universiteit van Tilburg met 64 van de in totaal 100 te behalen punten. De VU wist dat team nog net de baas te blijven, met 65 punten. Daar weer iets boven stond de Erasmus Universiteit Rotterdam met 67 punten. Vervolgens werd het moeilijk, want zowel Leiden als Utrecht had 69 punten. Nu kan ik mij herinneren dat we zoiets ooit eerder bij de hand hebben gehad. Toen ging het zelfs om de tweede of derde plaats: Nijmegen werd toen het slachtoffer van het gehanteerde beslissingsmechanisme, terwijl Utrecht in de finale kwam. Inmiddels hebben we een regel die zegt dat in zo'n geval het team dat bij het pleiten de meeste punten heeft gehaald de voorrang krijgt. Vandaar dat we konden bepalen dat Utrecht als vijfde eindigde en dat Leiden vooralsnog vierde werd. Leiden moest het voor de derde plaats opnemen tegen de Universiteit van Amsterdam, die op dat moment met 70 punten op nummer 3 stond. Die strijd om de derde plaats is gewonnen door Leiden, en de UvA was dus uiteindelijk vierde.

Bovenaan stonden vóór de finale Groningen, met 73 punten en de Katholieke Universiteit Nijmegen met 77 punten. Die twee teams moesten dus gaan strijden om de hoogste eer. Groningen zat ook verleden jaar al in de finale, sterker nog: heeft de wedstrijd toen gewonnen. Dat team kwam dus weer heel erg goed terug. Wie zou het toen gaan winnen? U hoort straks meer over hoe dat is gegaan, maar ik kan alvast zeggen dat Nijmegen de trotse en verdiende winnaar werd. Het team van Nijmegen verzoek ik, uiteraard mét de beker, naar voren te komen.

(Applaus)

Voorzitter: Nijmegen verdient in zóverre een klein standje, dat er volgens de spelregels maar vijf studenten in het team mogen zitten, terwijl er hier nu méér dan vijf blijken te staan. Het was dit jaar nog aan de organisatie daarmee op de wijze om te gaan die zij de juiste achtte. Dat is aldus opgelost, dat we vijf officiële deelnemers hebben en drie officieuze deelnemers, terwijl ze toch allemaal op de een of andere manier hebben gewonnen. Ze staan hier allemaal, en ik feliciteer ze van harte!

Ik kan niet met jullie allemaal gesprekken gaan voeren, zodat ik mij beperk tot Denise Tomeij en Elise Zeelenberg, die tijdens de middagsessie elk in een van de beide casus hebben gepleit. Denise, jij pleitte in de eerste casus. Kun je nog even in één zin zeggen waarover die casus ook alweer ging?

Denise: Als ik het netjes wil zeggen: het ging ongeveer over het oudste beroep ter wereld. Dan weet iedereen, denk ik, wel waarover ik het heb!

Voorzitter: Maar ik bedoel: *juridisch!*

Denise: Het had met een bestemmingsplan van doen en met een dwangsombeschikking. Verder zat het gelijkheidsbeginsel erin.

Voorzitter: Ik voeg eraan toe dat het om de exploitatie van een woonhuis in een woonomgeving ging, met activiteiten die Denise zojuist al heel duidelijk heeft aangeduid. De gemeente, die veel klachten had ontvangen, wilde dat de betrokkene met die exploitatie ophield, maar de betrokkene, Rinus Boterman, bijgenaamd Ranzige Rinus, voelde daar natuurlijk niet zoveel voor en beriep zich op het gelijkheidsbeginsel. De parenclub 'Duo-duo' was gelegaliseerd, en waarom kon dat dan bij hem niet? Er ontspon zich een levendig juridisch gevecht, maar uiteindelijk liep dat voor het team van Nijmegen niet zo goed af. De jury meende unaniem dat Groningen het een tikje beter had gedaan.

Nu zijn er verschillende beoordelingsstelsels. Je kunt punten gaan geven, en dan wordt het bijvoorbeeld 72 tegen 69, maar je kunt ook elk jurylid laten zeggen of hij voor het ene of voor het andere team is. In het laatste geval hoeft er maar 1% verschil te zijn, maar kan het toch zo maar 8-0 worden! Dat gebeurde hier ook, 8-0 voor Groningen.

Toen kwam (we hoorden de deeluitslag natuurlijk pas later) de andere casus. Elise, daarin heb jij gepleit. Ik begreep de casus helemaal niet, want die had iemand anders gemaakt.

Elise: Het kwam erop neer dat een voorlopig oordeel was gegeven door de directeur-generaal van de NMa. De vraag rees of dat nu wel een besluit was en of kabelabonnees belanghebbenden waren, of dat ze slechts een afgeleid belang hadden. Zo heb ik de casus althans geïnterpreteerd.

Voorzitter: Jouw beknoptheid en zakelijkheid bleken ook tijdens het pleiten. Velen in de zaal, misschien zelfs ook wel enige juryleden, vonden de casus heel moeilijk. Het ging over het besluitbegrip in verband met een voorlopig oordeel, maar ook de vraag naar de omvang van het belanghebbendebegrip kwam aan de orde: wie mocht zich nu eigenlijk in de strijd mengen? Maar jij, Elise, terwijl je naar ik heb begrepen een uur eerder nog nooit van je leven van mededingingsrecht, NMa enzovoort had gehoord, praatte daarover alsof je er helemaal in zat. Dat maakte diepe indruk, en de jury was dan ook betrekkelijk snel klaar met de vraag hoe dit onderdeel van de wedstrijd moest worden beoordeeld: het werd 8-0 voor Nijmegen.

Toen was het dus 8-8. Dat is een hele mooie stand, maar daarmee ben je nog niet veel verder. De leden van de jury hebben zich toen afgevraagd in welk van de twee gevallen het verschil nu eigenlijk het grootst was. Welke 8 woog zwaarder? Dat bleek, met afstand, de 8 in het geval van de tweede casus te zijn. Op deze manier is Nijmegen, ondanks de 8-8 uitslag, overtuigend winnaar geworden.

Aldus kan het team van Nijmegen zich hier met trots aan de vereniging presenteren. Ik wijs de vergadering er nog op dat deze studenten, die al ver in de studie zijn, allemaal erbij werken en dus een duale opleiding volgen. Ze moesten eigenlijk vandaag allemaal werken, maar ze hebben, begreep ik, vrij gekregen. Jullie zijn al heel ver, maar

gaan jullie nu ook allemaal straks het bestuursrecht in? Elise, mag ik eens bij jou beginnen?

Elise: Ik ga niet het bestuursrecht in, ik wil erg graag officier van justitie worden.

Voorzitter: De officier van justitie is toch gewoon een bestuursorgaan? Weliswaar is de Awb grotendeels niet op de officieren van justitie van toepassing, maar zo'n functionaris is wel degelijk bestuursorgaan. Bovendien willen sommigen dat het openbaar ministerie allerlei boeten gaat opleggen: dan gaan ze daar helemaal bij het bestuursrecht horen, zodat jij, Elise, voor ons toch nog niet verloren bent. Je kunt je trouwens sowieso nog bedenken!

Inmiddels blijkt mij dat de mij hier omringende studenten voor het overige wel degelijk het bestuursrecht in willen, bij de overheid of in de advocatuur, op één student na, die nog blijkt te twijfelen tussen heel veel mogelijkheden. Misschien haalt de manier waarop wij hier vandaag in de discussie met elkaar omgaan degenen die nog enigszins twijfelen over de streep. Wij kunnen getalenteerde jonge mensen in het bestuursrecht altijd gebruiken. Ik ga er in ieder geval zonder meer van uit dat we jullie allen in november bij de bijeenkomst van de Jonge VAR terugzien. Jullie zijn al lid, net als de andere deelnemers. Namens het hele VAR-bestuur wens ik jullie van harte geluk met deze prachtige prestatie. Jullie namen komen op de beker te staan, jullie zijn de hele dag nog onze gast en we zien jullie graag bij een volgende gelegenheid terug.

(Applaus)

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middagdeelte)

Mevrouw mr. J.H. Verweij

Om te beginnen wil ik de beide preadviseurs complimenteren: goed werk, mooie analyses. Aan mevrouw Ottow wil ik een vraag stellen over geschilbeslechting in de 'Bermuda-driehoek'. De kern van de vraag zal zijn: wordt het allemaal beter? Ik was oorspronkelijk niet van plan iets over handhaving te zeggen, maar omdat ik mezelf daartoe vanmorgen heb verplicht, komt er aan het eind van mijn interventie toch een passage over dat onderwerp.

In het algemeen geldt: van de juridische strijd tussen telecomaanbieders bepalen regelgever, rechter en toezichthouder de randvoorwaarden. In deze driehoek hebben deze spelers allen een eigen invalshoek en een eigen rol. Als het goed is, houden deze drie krachten elkaar in balans. Ik spreek duidelijk niet over een vierhoek, maar over een driehoek. Die balans is nu in de driehoek niet aanwezig. Mevrouw Ottow signaleert dan ook in haar preadvies dat er een behoorlijk groot aantal problemen is. Het geheel lijkt meer op een krachtenveld waarin het concurrentiebelang lijkt te verdwijnen, een Bermuda-driehoek.

De Telecommunicatiewet biedt een asymmetrisch regelgevend kader en het doel van het bevorderen van de concurrentie is daarin op allerlei manieren verankerd. Op de oud-monopolist rusten allerlei verplichtingen die juist in de wet zijn neergelegd ten behoeve van andere partijen, de nieuwe toetreders. De oud-monopolist heeft bijvoorbeeld de verplichting om toegang op het netwerk te verlenen; hij is verplicht zijn netwerk open te stellen voor de nieuwe toetreders, die tegelijkertijd zijn concurrenten zijn. Dit levert een aantal vaste rolpatronen in de juridische strijd op. Zo is er één partij, de oud-monopolist, die er alle belang bij heeft de status quo te handhaven, en zijn er andere partijen die er alles aan doen om veranderingen te bewerkstelligen. Om dat voor elkaar te krijgen kan een nieuwe toetreders een geschil aanhangig maken en aan de OPTA vragen de regels tussen partijen vast te stellen, bijvoorbeeld over zo'n toegangskwestie. Je hebt dan te maken met een geschil dat een beetje een vreemde eend in de Nederlandse bijt vormt.

Het type geschil dat ik hier bedoel, is een Europees-rechtelijk fenomeen, gestoken in een bestuursrechtelijk jasje, waaraan ook civielrechtelijke aspecten verbonden zijn. Er is een aanvraag, er is een bestuursorgaan, er komt een besluit, je hebt te maken met een onderhandelingsfase, je hebt al dan niet te maken met een overeenkomst, kortom, een mix van allerlei elementen. Niet alleen in de commerciële strijd, maar ook in de juridi-

sche strijd tussen partijen gaat het hard tegen hard. Tegen bijvoorbeeld de geschilbesluiten wordt altijd bezwaar gemaakt en altijd beroep ingesteld, vaak zelfs door beide partijen, zowel door de oorspronkelijke aanvrager als door degene die in het oorspronkelijke geschil de verwerende partij was. Belangrijke randvoorwaarden van de juridische strijd, toegespitst op de geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA, zijn:

- de grenzen van de geschilbeslechtende bevoegdheid;
- de manier waarop de bestuursrechter de geschilbesluiten van de toezichthouder toetst;
- snelheid.

Wat dat laatste punt betreft: de gemiddelde doorlooptijd van een bodemzaak bij de rechtbank Rotterdam was verleden jaar 20 maanden, een aanzienlijk langere tijd dan in de jaren daarvoor. Rechtsbescherming is een groot goed, maar te trage rechtsbescherming door te lang lopende procedures werkt uit in het voordeel van de oud-monopolist, die belang heeft bij het tegenhouden van allerlei veranderingen. De nieuwe spelers hebben juist belang bij verandering van de bestaande situatie en ze hebben zeker niet allen een zo lange adem.

In hoofdstuk 3 gaat mevrouw Ottow in op de vraag: leent het Nederlandse staats- en bestuursrecht zich voor een slagvaardige overheidsregulering van markten? Ik vind dit een geweldige vraag. Ik denk namelijk dat zij bevestigend moet worden beantwoord. In mijn benadering zit ik meer op de lijn van Van der Meulen. Ik ga er namelijk van uit dat er in het Nederlandse bestuursrecht heel veel rek zit en dat het op allerlei manieren kan worden aangepast aan zoiets bijzonders als een toezichthouder met een marktordenende functie. Bovendien is er een nieuwe Telecommunicatiewet op komst, als het goed is niet al te lang na de zomer, en dan kan de bestuursrechter op allerlei manieren toetsen en geldt natuurlijk ook voor de toezichthouder dat deze op heel veel verschillende manieren te werk kan gaan. Er zijn dus wat dat betreft mogelijkheden genoeg. Voorwaarde is wél dat er binnen de Bermuda-driehoek oog is voor de randvoorwaarden van de juridische strijd en dat men dusdanig opereert, dat de ontwikkeling van de concurrentie wordt bevorderd in plaats van belemmerd.

Een en ander brengt mij tot de volgende vraag. In de nieuwe wet komt de geschilbeslechtende bevoegdheid terug in een andere vorm dan waarin zij nu in de wet is opgenomen, namelijk in de vorm van een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid. De bevoegdheid is niet meer toegespitst op bepaalde specifieke situaties. In situaties waarin een geschil tussen partijen bestaat over de verplichtingen die op een van die partijen rusten, heeft het college van de OPTA de algemene bevoegdheid om een uitspraak ter beslechting van het geschil te doen. Mevrouw Ottow zal er tevreden over zijn dat een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid in het voorstel is opgenomen. In zoverre is immers in ieder geval naar haar eerdere kritiek geluisterd.

Voordat ik mijn eigenlijke vraag stel, maak ik een uitstapje naar de opmerking die ik vanmorgen heb gemaakt over de algemene handhavingsbevoegdheid. Zoals de geschilbeslechtende bevoegdheid in de toekomst algemeen zal zijn, zo is in de huidige Telecommunicatiewet een algemene handhavingsbevoegdheid opgenomen, namelijk in de bepaling van artikel 15.2 waarop ik vanmorgen heb gewezen. In deze bepaling staat dat het college van de OPTA bestuursdwang kan toepassen in een groot aantal gevallen, die min of meer nader zijn aangeduid. Van de verzameling van alle wetbepalingen

gaat een deel naar de minister en een deel naar het Commissariaat: ten aanzien van de bepalingen die overblijven, heeft het college van de OPTA een algemene handhavende bevoegdheid. Dit ter toelichting op mijn opmerking van vanmorgen.

In de toekomst hebben we dus naast de algemene handhavende bevoegdheid, die in de wet zal blijven staan, een nieuwe algemene geschilbeslechtende bevoegdheid. Mijn vraag aan mevrouw Ottow luidt: wordt het, gelet op wat ons na de zomer te wachten staat, beter? Is bijvoorbeeld duidelijk, met name voor de toezichthouder en de rechter, wat de grenzen zijn van de geschilbeslechtende bevoegdheid in de nieuwe Telecommunicatiewet? Een ander aspect: hoe zal de bestuursrechter nu de geschilbesluiten gaan toetsen? Gaat hij dat nu heel anders doen? Zal hij dezelfde toetsingsmethode blijven hanteren, of zal hij overgaan tot een marginale toetsing?

Ik voeg hier nog iets aan toe in verband met de eerder genoemde randvoorwaarde van de snelheid. De beslistermijn van de OPTA in geschillen gaat terug van zes maanden naar vier maanden. De toezichthouder gaat dus in ieder geval meer snelheid in acht nemen, maar wat kunnen we verwachten van de rechtbank? Krijgt de rechtbank het in de toekomst minder druk?

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Er is mij een groot aantal vragen voorgelegd. Ik zal proberen er de hoofdlijnen uit te lichten en voor het publiek niet te technisch te worden. We dreigen al gauw in de nieuwe Telecommunicatiewet te duiken, en ik kan me voorstellen dat niet iedereen daarop zit te wachten!

In mijn preadvies heb ik bepleit dat in de nieuwe wet een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid voor de OPTA wordt opgenomen. Op het moment dat ik dat schreef, lag er nog slechts een voorontwerp, waarin een heel andere regeling was opgenomen: per specifieke categorie geschillen was in het voorontwerp omschreven wanneer de geschilbeslechtende bevoegdheid bestond. Gelukkig is de regering tot de conclusie gekomen dat het anders moest, zodat in het ontwerp dat naar de Tweede Kamer is gestuurd een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid is opgenomen, waarbij men de hokjesindeling heeft laten vallen. Een antwoord mijnerzijds aan mevrouw Verweij is dan ook dat de situatie er door de nieuwe geschilbeslechtende bevoegdheid van de OPTA in beginsel beter op zal worden. Het is beter als er niet meer per geval een situatie is gedefinieerd. Is dat wél het geval, dan kun je net pech hebben, zoals in de zaak van de mobiele terminating tarieven, de tarieven die de consument betaalt voor het bellen van een vast naar een mobiel toestel. Het geschil ging over indirecte interconnectie, en helaas had de wetgever dááaraan nu net niet gedacht. De wetgever had alleen maar *directe* interconnectie geregeld, met als gevolg dat de OPTA niet bevoegd werd geacht over het geschil te oordelen. Dit is een voorbeeld dat recentelijk aan de orde is geweest. Nu een algemene bevoegdheid in de wet wordt opgenomen, zijn dergelijke detailvragen niet meer van belang.

Een vervolgvraag van mevrouw Verweij luidde hoe de rechter de gebruikmaking van de geschilbeslechtende bevoegdheid door de OPTA zal gaan toetsen. In mijn preadvies heb ik een analyse gegeven van de manier waarop de rechter met de geschilbeslechtende bevoegdheid is omgegaan: ik meende een tendens te bespeuren waarbij eerst een

vrij restrictieve uitleg werd gehanteerd, later een wat ruimere en vervolgens helaas werd teruggekeerd naar een zeer restrictieve benadering. Zal dit in de toekomst beter worden? Als ik uitga van de algemene bevoegdheid die vermoedelijk in de wet zal worden opgenomen, dan luidt mijn antwoord bevestigend, maar daarmee zijn we er nog niet. Er zijn nog veel meer vragen die zullen moeten worden beantwoord. Ik denk aan de soort maatregelen die de OPTA kan nemen en de soort verplichtingen die aan de betrokken onderneming kunnen worden opgelegd. Kan bijvoorbeeld een kostengeoriënteerd tarief worden opgelegd? Ik vrees dat we er nog niet zijn en dat de wetgever ons ook op grond van het nieuwe ontwerp niet echt gaat helpen. In dat ontwerp wordt immers wederom niet een duidelijke handreiking aan de rechter gedaan. Niet duidelijk is hoe de rechter dient te toetsen, op grond van welke criteria, wat daarbij de normen zijn en wat we voor lessen uit het verleden kunnen trekken. De wetgever lijkt net te doen alsof het tijdperk van de afgelopen vijf jaar niet heeft bestaan en gewoon weer bij nul te beginnen. Die arme rechter moet dan zelf weer gaan zitten bedenken hoe het moet. De OPTA gaat er voor een deel op vooruit, maar voor een deel vrees ik dat de discussies uit het verleden zich wederom zullen gaan voordoen. Wellicht kan in dit opzicht bij de parlementaire behandeling wat meer concreetheid worden aangereikt.

Eén groot voordeel wil ik hier speciaal noemen. Eerder vandaag werd in een van de vragen gerefereerd aan het belang van doelstellingen, waarbij is gezegd dat we de systematiek van wetgeving wellicht zullen moeten wijzigen. Welnu, een bepaalde manier van wetgeven is misschien uniek voor de Nederlandse wetten, maar de telecomunicatiewetgever lijkt toch de hand in eigen boezem te gaan steken door prominent de doelstellingen van het telecommunicatierecht in een van de eerste artikelen van de nieuwe wet te gaan opnemen, mede genoodzaakt door de Europese richtlijnen die daarom vragen. De doelstellingen van de Europese richtlijnen zijn nu als een artikel in de wet opgenomen en zijn dus als een soort rechtstreeks werkende verordening in de nieuwe wet terug te vinden. Dit zal een handreiking zijn voor de OPTA, die verplicht is de doelstellingen te gebruiken bij de toetsing van geschillen, maar ook voor de rechter, die aan de hand hiervan zal moeten beoordelen of de geschilbeslechting door de OPTA op de juiste wijze is geschied.

Nog een korte opmerking over de snelheid, waarvoor ik in mijn preadvies sterk heb gepleit. De dynamiek van de markt is namelijk van dien aard, dat partijen, of het nu de *incumbent* is of een nieuwkomer, evenals de OPTA heel erg verlegen zitten om het snel ontstaan van duidelijkheid. Arnbak, de voorzitter van het college, heeft woensdag nog eens gewezen op de lange duur van de rechtbankprocedures. Mevrouw Verweij vermeldde zojuist een periode van 20 maanden voor bodemzaken en wees erop dat de nieuwe wetgeving voor de OPTA op een vooruitgang neerkomt omdat de beslistermijn van zes naar vier maanden gaat. Hierbij plaats ik de volgende kanttekening. Inderdaad is de OPTA aan een termijn gebonden, maar dat is een rekbaar begrip. In de praktijk worden zelden in een geschil besluiten binnen zes (of straks vier) maanden genomen, want termijnen worden opgeschort zodra partijen om informatie wordt gevraagd en zolang de OPTA nog op die informatie wacht. Mijn kritiek in het preadvies komt erop neer dat de OPTA hiermee veel stringenter zou moeten omgaan, waarbij ik zowel aan de advocaat als aan de betrokken ondernemingen denk. Er moet veel meer duidelijkheid over de termijnen zijn en de stukken moeten snel worden doorgestuurd. Op dit punt valt in mijn ogen nog enorm veel tijdswinst te behalen. De kritiek

van Arnbak op de rechterlijke macht is terecht, maar de OPTA zou ook zelf tot de nodige verbeteringen kunnen komen.

Mevrouw mr. J.H. Verweij

Voor de laatste opmerking van mevrouw Ottow, over de snelheid van de OPTA in geschillen, roept bij mij nogal wat op. We zouden het eens moeten uitzoeken, maar ik heb de indruk dat veel geschilbesluiten wel degelijk binnen de termijn van zes maanden worden genomen. Wat de opschorting betreft: er is een bepaling in de Algemene wet bestuursrecht waaruit van rechtswege een opschorting voortvloeit als de aanvrager een aanvraag indient waarop een bestuursorgaan redelijkerwijs geen besluit kan nemen. Dit lijkt mij een voorbeeld van bepalingen in de Awb waarin je moeilijk iets kunt veranderen. Zelfs al zou een bestuursorgaan sneller willen werken, het is op veel momenten afhankelijk van de informatie die door partijen wordt aangeleverd. Dit lijkt mij echter niet de hoofdzaak, en ik zie ook zeker het belang van het halen van de wettelijke termijn. Ook een termijn van vier maanden is in heel veel zaken, waarin partijen schreeuwen om een oplossing, al lang.

Als voordeel van het nieuwe regiem beschouwt mevrouw Ottow de expliciete wettelijke vermelding van doelstellingen. Ik hoop dat zij op dit punt gelijk heeft. Op dit moment worden geschilbesluiten beoordeeld aan de hand van de redelijkheid en de billijkheid. Men kan aanvoeren dat dit komt doordat nu niet expliciet doelstellingen in de Telecommunicatiewet worden vermeld, maar ik moet in dit verband ook op een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven wijzen. Het College betreft de doelstellingen, hoewel ze niet expliciet in de wet staan, duidelijk in de afweging bij het beantwoorden van de vraag naar de grenzen van de bevoegdheid. De uitspraak betreft een zaak waarin de mogelijkheid om regels vast te stellen tussen partijen ter discussie stond. In feite heeft het College gekozen voor de afweging 'het staat er niet, maar het kán wel'. In de wet stonden geen mogelijkheden tot het vaststellen door de OPTA van regels, maar het College vroeg zich af of de regels die waren vastgesteld in overeenstemming waren met de doelstellingen van de Telecommunicatiewet. Een tweede afweging betrof de vraag of de gestelde regels met die wet verenigbaar waren. Op deze wijze is naar mijn mening een vrij helder kader gegeven voor de beoordeling van geschilbesluiten door de rechter. Vervolgens is echter de rechtbank te Rotterdam een andere weg ingeslagen. Ik hoop dat mevrouw Ottow er gelijk in heeft dat, nu de doelstellingen in de wet komen te staan, de bestuursrechter er zich iets meer van zal aantrekken. We zullen zien hoe dit verder uitpakt.

Mr. A.W. Hins

Ik vraag mij af hoe een geschilbeslechtende bevoegdheid van een marktautoriteit zich verhoudt met de geschilbeslechtende bevoegdheid van de aloude burgerlijke rechter. Als twee marktpartijen een conflict met elkaar hebben, kun je dan van zo'n partij verwachten dat zij eerst naar de marktautoriteit stapt, op straffe van niet-ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter? Zijn in een procedure bij de burgerlijke rechter uitspra-

ken van een marktautoriteit onaantastbaar als er geen administratieve rechtsgangen zijn ingesteld? Het antwoord op die vragen moet naar mijn mening worden gezocht in artikel 112 van de Grondwet. Volgens het eerste lid van dit artikel horen geschillen die uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan bij de rechterlijke macht thuis en kunnen zij daaraan niet worden onttrokken. Onttrekking aan de rechterlijke macht is, volgens artikel 112, tweede lid, alleen mogelijk als het gaat om geschillen die *niet* uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan.

Hoe zit het nu met interconnectiegeschillen? Zijn dit geschillen die uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, of zijn het toch meer publiekrechtelijke geschillen? De rechtbank te Rotterdam heeft enige malen uitgemaakt dat zo'n geschil in wezen een burgerrechtelijk geschil is. In mijn ogen is dat juist, maar in het preadvies van mevrouw Ottow lees ik allerlei argumenten waaruit je zou kunnen afleiden dat het bij interconnectiegeschillen primair om de ratio van de Telecommunicatiewet gaat en dat burgerlijk recht hooguit een aanvullende rol heeft. Gaat het in dit soort geschillen nu om een burgerrechtelijk geschil met een sausje van publiekrecht eromheen (omdat ook de ratio van de Telecommunicatiewet of een andere publiekrechtelijke regeling van belang is), of gaat het om een publiekrechtelijk geschil met een privaatrechtelijk sausje?

Het is mij opgevallen dat ook Van der Meulen deze vraag heeft gesignaleerd. Hij meent dat het misschien uitmaakt of de wet met zoveel woorden de beslechting van een geschil aan een bestuursorgaan opdraagt. Uit het woord 'misschien' blijkt al dat de vraag niet wordt beantwoord. Ook mevrouw Ottow hinkt enigszins op twee gedachten. Ze pleit sterk voor beklemtoning van het publiekrechtelijk karakter (ik wijs ook op haar laatste stelling³⁴), maar tegelijkertijd is ze er voorstandster van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 'voor de zekerheid' ook maar tot de rechterlijke macht te rekenen. Stelt ze dat laatste voor onder het motto 'baat het niet, dan schaadt het niet', of meent ze werkelijk dat het, in weerwil van al mijn overige stellingen, eigenlijk om een burgerrechtelijk geschil gaat?

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Ik acht een interconnectiegeschil geen burgerrechtelijk geschil. Mijn suggestie aangaande het College van Beroep voor het bedrijfsleven heb ik opgenomen omdat ik nieuwe bevoegdheidskwesties door onvolkomen regelgeving wil voorkómen. In de geschillen die hier worden bedoeld, gaat het meestal niet over de civielrechtelijke aspecten van het enorme contract van meestal een meter dik. Weliswaar zijn er soms geschillen over dwangsommen en over betalingen die moeten worden gedaan, maar de geschillenbeslechting die de OPTA regardeert, betreft fundamentele vragen over de verplichtingen die een aangewezen telecommunicatieonderneming in het kader van het openbreken van de markt en het doorbreken van de normale contractuele verhouding tussen partijen opgelegd krijgt, ook omdat een van de partijen, die met de *incumbent* aan de andere kant van de tafel te maken heeft, vaak over geen enkele onderhandelingspositie beschikt.

34. 'In het kader van geschillenbeslechting door OPTA hebben de normen van het verbintenissenrecht geen derogerende werking.'

Weliswaar wordt de basis vastgelegd in een contract en is er dus een ‘civielrechtelijke saus’, maar de beantwoording van de vraag welke rechten en plichten er in de verhouding gelden, wordt ingekleurd door publiekrechtelijke normen van het telecommunicatierecht. Dit moet naar mijn mening ook doorslaggevend zijn bij de beoordeling van bevoegdheden, bij discretionaire bevoegdheden, bij de afweging van belangen etcetera. Hiermee hangt een van mijn stellingen in het preadvies samen. De gewone civielrechtelijke normen van redelijkheid en billijkheid kunnen geen voorrang hebben boven de publiekrechtelijke normen van het telecommunicatierecht. In dit opzicht ben ik het niet eens met de analyses in de uitspraken van de rechtbank Rotterdam.

Hins: Dus het sausje is doorslaggevend?

Ottow: Refererend aan het civiele recht niet. Doorslaggevend is het publieke recht.

Mr. N. Verheij

Artikel 112 van de Grondwet in relatie tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en van de bestuursrechter is al jaren een van mijn hobby's! Volgens mij lopen in deze discussie *inhoud* en *bevoegde rechter* door elkaar. Er zijn twee verschillende vragen:

- Is de burgerlijke rechter bevoegd?
- Welke normen moet hij toepassen?

Het antwoord op de eerste vraag lijkt mij duidelijk. De wetgever biedt partijen de mogelijkheid om met hun geschil naar de OPTA te stappen, maar dat sluit de bevoegdheid van de burgerlijke rechter niet uit. Zou men die bevoegdheid wél uitsluiten, dan zou dat namelijk in strijd zijn met artikel 112, eerste lid, van de Grondwet. De beantwoording van de vraag of er sprake is van een burgerlijke rechtsbetrekking in de zin van artikel 112, eerste lid, dan wel van een rechtsbetrekking in de zin van artikel 112, tweede lid, wordt niet bepaald door de materiële normen die op het geschil van toepassing zijn, maar door de aard van de partijen. Een geschil tussen KPN en Libertel is per definitie een geschil in de zin van artikel 112, eerste lid, zodat de burgerlijke rechter bevoegd is.

Een andere vraag is, of het materiële recht dat de burgerlijke rechter vervolgens moet toepassen, al dan niet overwegend van publiekrechtelijke herkomst is.

Prof. mr. J.E.M. Polak

Het is misschien goed even te kijken of hierover al rechtspraak bestaat, ook buiten het economisch bestuursrecht. Zulke rechtspraak is er volop. In het milieurecht hebben we er heel vaak mee te maken dat publiekrechtelijke normen de verhouding tussen partijen beheersen. Als bij overtreding van een milieuvergunning omwonenden naar de burgerlijke rechter gaan met de stelling dat het overtreden van de milieuvergunning

onrechtmatig is, staat volgens jarenlang bestendige jurisprudentie³⁵ van de Hoge Raad vast dat de opvatting van Verheij de juiste is. Bij hetgeen mevrouw Ottow beschrijft, hebben we het over hetzelfde.

Er is overigens wel eens geschreven dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter kwestieus is. De advocaat-generaal Koopmans achtte het onwenselijk dat de burgerlijke rechter dezelfde soort vragen zou gaan beantwoorden als de bestuursechter. Dit neemt echter niet weg dat de vaste jurisprudentie van de burgerlijke rechter geen ruimte voor twijfel overlaat.

Mr. B.M.J. van der Meulen

In mijn preadvies heb ik het arrest Zegwaard/Knijnenburg aangehaald in verband met de vraag of men bij de burgerlijke rechter terecht kan. Mevrouw Ottow werpt, naar ik meen, een andere vraag op. Ik heb de tekst van de Grondwet niet bij de hand, maar ik meen dat meermalen genoemde grondwetsbepaling ook het element 'bij uitsluiting' bevat.³⁶ Dit brengt mee dat de cruciale vraag niet zozeer is of de burgerlijke rechter al dan niet bevoegd is, maar of de bevoegdheid van de OPTA al dan niet ongrondwettig is. Praktische juristen kunnen zo'n probleem altijd weer oplossen met artikel 120 van de Grondwet: met een ongrondwettigheid doen wij niets, behalve misschien een gesignaleerde ongrondwettigheid proberen op te lossen in wetgevingstechnische zin.

Hins: Het vraagstuk waarover we nu spreken komt aan de orde op pagina 78 van het preadvies van Van der Meulen. Hij laat de oplossing daar in het midden.

Mr. drs. Th.G.M. Simons

Eerst iets over de formele bevoegdheid. Volgens mij heeft de wetgever wel een goede oplossing gekozen, want er is in feite sprake van twee geschillen. Je hebt het civiele geschil tussen partijen, waarvoor op zichzelf de civiele rechter bevoegd is, maar doordat de wetgever de OPTA als bestuursorgaan de bevoegdheid heeft gegeven een besluit te nemen, bestaat dáároveň een tweede geschil, dat in de publiekrechtelijke lijn loopt. Al met al is er geen enkel probleem.

In verband daarmee het volgende. De civiele kamer van de rechtbank Rotterdam heeft al een paar vonnissen gewezen, waarvan er gelukkig nu één in appel ligt, waarin het volgende aan de orde was. De partijen verschilden van mening over de inhoud van hun overeenkomst. Dat was een geschil dat men aan de OPTA zou kunnen voorleggen. De civiele kamer kwam tot de conclusie dat zij bevoegd was, maar inhoudelijk moest terugtreden omdat de Telecommunicatiewet een bijzondere procedureregeling bevat.

35. Uitspraken van de Hoge Raad inzake Zegwaard/Knijnenburg en Kuunders.

36. Bij nadere beschouwing ligt het iets subtieler. De zinswending 'bij uitsluiting' komt niet voor in artikel 112 van de Grondwet, maar kwam voor in het oude artikel 2 Wet RO dat is geschrapt naar aanleiding van de invoering van artikel 112 Gw omdat het niets zou toevoegen aan die bepaling.

Overigens meen ik dat heel moeilijk vol te houden is dat de wetgever ervoor heeft gekozen een geschilbeslechtende taak aan de OPTA, een bestuursorgaan, te geven als dat orgaan vervolgens alleen maar het privaatrecht zou mogen toepassen. Dat lijkt mij niet logisch.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Met Simons en Verheij ben ik het eens dat onderscheid moet worden gemaakt tussen bevoegdheid en normenkader. De constructie van de aanvullende bevoegdheid kennen we uit het tweede lid van artikel 112 Grondwet. Hoe verder deze discussie vordert, hoe meer ik ernstig begin te betwijfelen of het eerste lid van dat artikel een soortgelijke mogelijkheid biedt. Misschien moeten we Kortmann inroepen.

Mr. N. Verheij

Zojuist hebben we over mijn favoriete grondwetsartikel gesproken, maar we moeten het natuurlijk ook nog even over de Algemene wet bestuursrecht hebben. Al voordat ik de preadviezen had gelezen, vermoedde ik, het onderwerp kennende, dat het vandaag mede over de verhouding van de Awb en de bijzondere wetgeving zou gaan. We hebben immers met een rechtsgebied te maken waarvan je niet kan zeggen dat het nieuw is (al in de Middeleeuwen was er economisch ordeningsrecht), maar waarvan je wél kunt zeggen dat het recent ingrijpend is veranderd en dat de veranderingen grotendeels dateren van ná de invoering van de Awb. Het is interessant na te gaan of het kader van de Awb ook op deze nieuwe ontwikkelingen past.

Oorspronkelijk was ik geneigd daarover een vrij genuanceerd betoeg te gaan houden, omdat ik de mening deel dat op het punt van de geschillenbeslechting het Awb-kader wringt. Toen ik echter het preadvies van mevrouw Ottow las, kreeg ik een sterk gevoel van *déjà vu*. Ik moest sterk denken aan mijn beginjaren op Justitie in de tijd van de aanloop naar de Awb. In die tijd hebben we vele vurige betogen gehoord, die allemaal inhielden dat een bepaald soort recht zó bijzonder zou zijn, dat de Awb daarvoor niet kon gelden. Men denke hier aan het belasting-, het onderwijs-, het vreemdelingen-, of het milieurecht, maar de lijst kan nog veel verder worden uitgebreid. Ik heb zelfs wel eens iemand gepassioneerd horen betogen dat het milieurecht van Verkeer en Waterstaat (de Wet verontreiniging oppervlaktewateren) toch echt heel wat anders was dan dat van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.

De laatste jaren had ik het gevoel dat we dát stadium van de discussie gelukkig voorbij waren en dat we er wat genuanceerder over konden praten, maar in het preadvies van mevrouw Ottow proef ik toch weer die sfeer van tamelijk onversneden particularisme. Er is in dat preadvies nogal een aanklacht te vinden! Bij lezing houd ik min of meer de indruk over: als het niet de schuld van KPN Telecom is, dan is het de schuld van de Awb. Natuurlijk ben ik als Awb-kenner en tevens klant van KPN Telecom verdacht!

Nu wordt mij, behalve op dat ene punt van de geschilbeslechting, uit het preadvies eigenlijk niet duidelijk wat er nu aan het telecommunicatierecht zo specifiek is waar-

door de toepassing van de Awb in dat rechtsgebied zou moeten worden uitgezonderd. Daarmee wil ik overigens niet zeggen dat er geen probleem is.

Er worden diverse punten genoemd, waaronder bij herhaling het punt van de snelheid. Dat er in het telecommunicatierecht behoefte aan snelheid is, wil ik graag geloven, maar men kan toch niet in gemoede volhouden dat dit specifiek is voor het telecommunicatierecht! Ondernemers hebben in het algemeen behoefte aan snel recht en trouwens particulieren ook. Zelfs die persoon die last had van dat duivenhok in Velp (mevrouw Ottow sprak er eerder in deze vergadering over), wilde graag snel van die overlast af.

Een ander punt is dat wordt gerefereerd aan twee kernbegrippen van de Awb. Over het besluitbegrip wordt bijvoorbeeld gezegd dat het een belemmering vormt. Dat wil ik op zichzelf geloven, want ik heb ook zelf al eens beweerd dat we van het besluitbegrip als uitsluitende maatstaf voor rechtsingang áf moeten. Ook ben ik het nog met mevrouw Ottow eens als zij het heeft over behoefte aan rechtsbescherming tegen bestuurlijke rechtsoordelen, maar alweer: dit is geen probleem dat specifiek is voor het telecommunicatierecht. Ook het omgevingsrecht weet er alles van! We hebben hier te maken met een probleem dat we niet moeten oplossen in het telecommunicatierecht, maar juist in de Awb.

Wat mij ook aan het begin van de jaren negentig doet terugdenken, is dat de neiging bestaat de discussie te voeren in termen van 'de Awb moet wél of niet van toepassing zijn' in plaats van in termen van 'als de Awb een probleem oplevert, kunnen we dan misschien de Awb verbeteren?'.

Ook het belanghebbendebegrip wordt genoemd, maar dan begrijp ik het helemaal niet meer. Mevrouw Ottow pleit er ergens voor in het kader van een geschil de concurrenten als belanghebbenden aan te merken, maar de afnemers, de consumenten, uiteindelijk toch maar liever niet. Welnu, zo luidt nu precies de rechtspraak, conform wat uit de algemene bestuursrechtsjurisprudentie voortvloeit. Ook Van der Meulen heeft hierop al gewezen. Bij de hier bedoelde paragraaf uit het preadvies heb ik de simpele, doch fundamentele vraag: wat is ten aanzien van het belanghebbendebegrip nu eigenlijk het probleem?

Meer in het algemeen: wat is nu concreet de grond voor mevrouw Ottow om tot de conclusie te komen dat het gereedschap van de Awb niet op de telecommunicatie past? Er is geen enkele Awb-bepaling, met uitzondering van de geschilbeslechting, waarbij zij overtuigend heeft beargumenteerd dat deze specifiek voor het telecommunicatierecht ongeschikt is.

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Bij het beluisteren van de interventie van Verheij moest ik terugdenken aan het rapport van Polak met de evaluatie van de Mededingingswet, een rapport waaraan ook door Daalder in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuurskunde* is gerefereerd. Ook Polak werpt de vraag op of het Awb-recht naar aanleiding van kritiek moet worden aangepast. Tegen zijn benadering heb ik soortgelijke bezwaren als ik in het algemeen heb tegen de manier waarop Awb-experts reageren op wat mededingingsjuristen van de Awb vinden. Polak schrijft dat de kloof tussen de werelden van beoefenaren van het mededingingsrecht en van het meer algemeen bestuursrecht moet worden overbrugd.

Daarmee ben ik het helemaal eens, en de onderlinge afstemming heeft uiteraard tijd nodig. Verder schrijft hij echter: 'Bovendien is uit ervaring met andere delen van het bijzondere bestuursrecht bekend dat de aanpassingsproblemen die zich voordoen wanneer Awb-recht van toepassing wordt, na enige tijd goeddeels zijn opgelost.' Daarmee heb ik veel moeite.

Het is inderdaad waar dat uiteindelijk het Awb-recht natuurlijk kan worden toegepast op het telecommunicatierecht. Uiteraard kunnen de Awb-begrippen worden opgerekt en anders worden uitgelegd, zodat we er uiteindelijk met ons allen wel komen. In het preadvies heb ik geprobeerd over het voetlicht te brengen wat mijn bezwaar is: er gaan jaren overheen voordat het zo ver is! Vijf jaar zijn we nu met de Telecommunicatiewet bezig, en we hebben talloze uitspraken moeten afwachten voordat überhaupt bekend was of een onderneming kon procederen en bezwaar kon maken tegen een bepaald besluit van de OPTA. Mijn bezwaar richt zich er tegen dat discussie wordt gevoerd over de formele punten van het recht en niet over de materie waarover het zou moeten gaan. Mijn verwijt is niet zozeer gericht op de Awb in het algemeen, want uiteindelijk past op elk potje wel een dekseltje, als wel op de gemakzucht van de telecommunicatiewetgever, die heeft gedacht: procedures hebben we in de Telecommunicatiewet niet nodig, want alles is al in de Awb geregeld. Daar ligt het pijnpunt.

Als algemeen gereedschap is de Awb prima. Volgens Verheij zou ik tot de conclusie zijn gekomen dat het gereedschap van de Awb niet op de telecommunicatie past. Ik heb echter niet beweerd dat de Awb voor het telecommunicatierecht niet goed is. Mijn stelling is dat we verfijnder gereedschap nodig hebben en dat bij voorbaat meer duidelijkheid zou moeten bestaan over de uitleg van bepaalde begrippen en over de procedures die moeten worden gevolgd. Mij beperkend tot het telecommunicatierecht, ervaar ik het als een handicap dat die duidelijkheid er pas is na jaren van uitzoekerij en procederen. Met de benadering 'als de Awb een probleem oplevert, kunnen we daarvan misschien leren' ben ik het graag eens. Het probleem is wat mij betreft dat de wetgever er te gemakkelijk van is uitgegaan dat de Awb voor alle problemen wel een oplossing zou bieden. Ik pleit voor het eventueel aanpassen van het Awb-stelsel en voor gedachtevorming over de behoefte aan snelle uitkomsten op bepaalde terreinen.

Snelheid is misschien, zoals Verheij heeft gezegd, ook op andere terreinen van belang, maar dat neemt niet weg dat zich op het door mij bestudeerde gebied van het telecommunicatierecht een groot knelpunt voordoet. Er zijn genoeg procedures bij de rechtbank al lang ingetrokken omdat na jarenlang procederen de markt sterk was veranderd. Het heeft dan helemaal geen zin meer om door te procederen. Zo'n gang van zaken gaat ten koste van zeer veel geld en strekt ten nadele van ondernemingen die op inhoudelijke antwoorden zaten te wachten die ze niet kregen.

Op de vraag welk verfijnd gereedschap nodig is, zal ik niet in detail ingaan. De algemene boodschap van mijn reactie lijkt me wel duidelijk.

Voorzitter: Als ik het goed begrijp is de vraag of ze bij Justitie niet eens wat eenvoudiger en duidelijker wetgeving kunnen maken. Of formuleer ik het nu te kort door de bocht?

Ottow: Ik spreek in dit geval niet over Justitie, maar misschien zou brainstormen bij ministeries wat kunnen helpen!

Voorzitter: Maar Justitie gaat over de Awb.

Mr. N. Verheij

We praten ook zelfs nog wel eens met Economische Zaken over de Telecommunicatiewet!

Ik begrijp nu dat het hoofdprobleem voor mevrouw Ottow is dat een tijd lang moet worden geprocedeerd voordat er over een aantal procedurele punten duidelijkheid is en dat dit de aandacht afhoudt van de materiële kwesties. Misschien gelooft zij dat het anders zou zijn geweest als de procedures in de Telecommunicatiewet zouden zijn uitgewerkt in plaats van in de Awb, maar dat geloof kan ik niet delen. Een nieuwe wet leidt altijd tot een periode van onzekerheid waarin de jurisprudentie zich moet zetten en waarin formele vragen moeten worden opgelost voordat je aan de materiële toekomt.

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Als je de Mededingingswet vergelijkt met de Telecommunicatiewet, kom je tot een schrijnende conclusie. De Mededingingswet is een enorm procedurele wet. Je kunt geen artikel inzien, of er staan procedurele regels in. In de hele Telecommunicatiewet daarentegen staan, geloof ik, twee procedurele regelingen.

Prof. mr. J.E.M. Polak

In aansluiting op de interventie van Verheij wil ik reageren op hetgeen mevrouw Ottow heeft gezegd. Hoewel ik bewondering voor haar preadvies heb, ben ik het niet eens met het standpunt dat ik, kennelijk mét Verheij, in dat preadvies heb gelezen, inhoudende dat de Awb eigenlijk niet van toepassing zou moeten zijn op het economisch bestuursrecht. Stelling 3³⁷ zegt dat wel niet precies zo, maar komt er toch op neer dat voor het hele economisch bestuursrecht een verfijnder gereedschap nodig is dan de algemene regels van de Awb. Die stelling wil ik bestrijden.

Mevrouw Ottow zegt terecht, nu ook in antwoord op Verheij, dat de Telecommunicatiewet waarschijnlijk te weinig op het Awb-recht is toegespitst. Als dat haar stelling is, kan ik die wel onderschrijven. Nu er zo'n algemeen rechtsbeschermingsregiem is, moet de bijzondere wetgever zijn procedures liefst aanpassen aan de Awb, en niet andersom. Waarom niet andersom? Er zijn in het economisch bestuursrecht heel veel problemen die zich ook hebben voorgedaan en voordoen op andere terreinen van het recht. Zojuist is bijvoorbeeld de vraag aan de orde geweest wat een geschilbeslechtend besluit voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter betekent. Zo is het op het terrein van algemeen bestuursrecht ook: veel vragen ten aanzien van het belanghebben-

37. Preadvies Ottow, p. 233.

debegrip hebben zich in de jurisprudentie al voorgedaan. Evenals Verheij denk ik niet dat de toepasselijkheid van de Awb een nadeel is. Integendeel: men kan juist van al die jurisprudentiële ontwikkelingen profiteren, en ik geloof helemaal niet dat de wetgever in staat zou zijn in de Telecommunicatiewet zó precieze regelingen te treffen, dat er voor de rechter de eerste jaren, zoals mevrouw Ottow kennelijk meent, helemaal geen bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen zouden zijn. In de bijzondere delen van het bestuursrecht kan men leren van ontwikkelingen die zich in andere delen hebben voorgedaan. Daarin is het economisch bestuursrecht helemaal niet apart.

De discussie van vandaag over het van toepassing zijn van de Awb op het economisch bestuursrecht is in wezen enige jaren geleden bij de VAR ook al gevoerd. Het ging toen over de Awb en bijzondere wetgeving. Verleden jaar is bij het afscheid van Drupsteen in Leiden een boek over de verhouding tussen algemene wet en bijzondere wet verschenen. Scheltema heeft daarin op naar mijn gevoel buitengewoon verhelderende wijze geanalyseerd waarom het van belang is in principe aan te sluiten bij het algemene kader: juist omdat men, zoals Verheij het zegt, geen particularisme moet bedrijven, maar het recht als een geheel moet zien. Mevrouw Ottow betoogt dat we het 'duivenhokkenrecht' niet van toepassing moeten laten zijn op het economisch bestuursrecht. Zo'n betoog heeft een beetje de teneur: voor de wereld van de snelle jongens en meisjes is het bestuursrecht niet geschikt. Een dergelijke benadering spreekt mij eerlijk gezegd niet zo aan. Wij moeten ons als algemeen-bestuursrechtjuristen geen minderwaardigheidscomplex laten aanpraten. Ik geloof dat de mensen van het economisch bestuursrecht nog heel wat kunnen leren van het algemeen bestuursrecht. Met alle respect dat ik voor het preadvies van mevrouw Ottow heb, erg veel reflectie ten aanzien van de reeds aanwezige bestudering van de verhouding algemeen/bijzonder bestuursrecht ben ik daarin niet tegengekomen.

Als de conclusie is dat we in het economisch bestuursrecht de procedures dusdanig moeten inrichten dat ze goed geolied lopen, waarbij rechters snel moeten beslissen, dan sluit ik mij daarbij volkomen aan. Ook ik roep al jaren dat de procedures sneller moeten worden. Wanneer ik eens iets positiefs over de Raad van State mag zeggen: daar duren de bodemprocedures in hoger beroep nu vijf à zes maanden. Dat gaat dus al een stuk sneller. De rechtbank Rotterdam moet zich dan ook het gemaakte verwijt wél aantrekken, maar of de langere duur van procedures nu met de Awb van doen heeft, weet ik eerlijk gezegd niet. Ik ben door het betoog van mevrouw Ottow niet overtuigd, maar als zij tot de nuancering komt dat de bijzondere wetgever meer op de Awb moet gaan letten en dat soms bijzondere voorzieningen nodig kunnen zijn, ben ik het natuurlijk met haar eens. We moeten vooral niet terug naar de tijd vóór de Awb, toen ieder stelsel zijn eigen procedures had, die iedere rechter weer op een verschillende manier ging uitleggen. Als je kwade wil hebt, lees je het preadvies van mevrouw Ottow zó.

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Ik heb het nog even nagelezen, maar ik heb niet geschreven dat de Awb niet van toepassing zou kunnen zijn. De kwade wil is kennelijk bij de lezer aanwezig, maar niet bij mij!

Enige reflectie wil ik zeker betrachten. Het gaat mij om het verfijndere instrumentarium dat je nodig hebt om marktcorrecties te kunnen toepassen en snel actief in te grijpen. Wellicht is de Awb daarvoor met enige aanpassing wel geschikt. In de Awb hebben we te maken met bijvoorbeeld de verhouding tussen de vergunningaanvrager en het bestuursorgaan. Zulke verhoudingen zijn van een andere orde dan de verhoudingen bij geschilbeslechting door de OPTA of bij de rol van een toezichthouder als arbiter tussen partijen die een conflict hebben.

Het is waar dat mijn kritiek met name ziet op het feit dat de speciale wetgever zich niet aan de Awb heeft aangepast, en niet omgekeerd, maar het is te gemakkelijk te zeggen dat men zich onder al die omstandigheden maar in het regiem van de Awb moet persen. Ik meen duidelijke voorbeelden te hebben gegeven van gevallen waarin de schoen wel degelijk wringt, zodat er behoefte is aan verfijning of verdere nuancering van de regels. Ik heb, om maar eens iets te noemen, niet gezegd dat het besluitbegrip of het belanghebbendebegrip maar overboord zou moeten worden gegooid, ik heb alleen gezegd dat er geen duidelijkheid over die begrippen bestaat en dat we daarover vijf jaar aan het procederen zijn. Het is nogal zwart-wit geformuleerd als men zegt dat ik van de Awb niet zou willen weten.

Wél zie ik allerlei mankementen en zie ik problemen rijzen over 'liflafjes'. Zo rijst de vraag of ik voor publicatie van een rapport bij de civiele rechter moet zijn of bij de bestuursrechter. Je wordt van het kastje naar de muur gestuurd. Klop je bij de bestuursrechter aan, dan zegt die dat hij niet bevoegd is. Vervolgens ga je naar de burgerlijke rechter, en twee maanden later is het precies omgekeerd! Dat zijn kennelijk onduidelijkheden die aan de Awb of de Wet openbaarheid van bestuur vast zitten. Ik doel hier op de zaken Yarosa en Snitjer.³⁸ Hier zegt men dat we met de onduidelijkheden van de Awb zullen moeten leren leven en vooral lessen moeten trekken uit andere rechtsgebieden. Met dat laatste ben ik het van harte eens, maar ik vind het jammer dat men, lessen trekkende, niet wat aanpassing op de Awb kan toepassen, zodat er wél duidelijkheid is. Ik begrijp niet waarom dat drie à vier jaar moet duren.

Mr. W. Knibbeler

Graag wil ik, als beoefenaar van het mededingingsrecht, iets ter ondersteuning van de nogal bekritiseerde derde stelling van mevrouw Ottow³⁹ in het midden brengen. In de eerste plaats wijs ik erop dat deze stelling zich niet tot het telecommunicatierecht beperkt, maar de aandacht vraagt voor de noodzaak van een verfijnder instrumentarium voor marktordeningsvraagstukken in het algemeen. Dit kan ik aan de hand van een voorbeeld, dat misschien in het preadvies van mevrouw Ottow nog niet helemaal uit de verf komt, goed illustreren. Ik doel op het probleem van de aanwijzingsbevoegdheid, waaraan ook mevrouw Verweij heeft gerefereerd.

De figuur van de aanwijzingsbevoegdheid (er wordt ook wel gesproken van een bindende aanwijzing) komt bijvoorbeeld voor in de Elektriciteitswet en wordt als een handhavingsinstrument gezien. Zo is deze figuur ook in het preadvies van mevrouw

38. Zie preadvies Ottow, par. 4.3.4.

39. Preadvies Ottow, p. 233.

Ottow gerangschikt. Als dat zo is, zou het gaan om de naleving van een reeds bestaande wettelijke regel, en in dat geval komt, als je in het traditionele Awb-sjabloon wilt denken, onmiddellijk de vraag op of een (bindende) aanwijzing als een besluit moet worden aangemerkt. Heeft het rechtsgevolg als een bestaande wettelijke norm wordt geconcretiseerd?

Mevrouw Ottow lijkt ervoor geporteerd te zijn de aanwijzingsbevoegdheid te verruimen en er zelfs een rol aan te geven in het kader van de geschillenbeslechting. In dat geval zouden normen worden geschapen, waarbij een analogie zou kunnen worden gemaakt met het onderwerp waarover Van der Meulen indertijd zijn proefschrift heeft geschreven: de aanwijzingsbevoegdheid van de burgemeester. Dit is typisch een onderwerp dat zich over de volle breedte van de bevoegdheden van toezichthouders kan voordoen en waarop de Awb op dit moment geen antwoord heeft. Sterker nog: de Awb kent, als ik het goed begrijp, het begrip 'aanwijzingsbevoegdheid' helemaal niet.

Ottow: Ik wil hierop niet reageren, want ik ben het er van harte mee eens. Misschien kan er vanuit het oogpunt van het algemeen bestuursrecht nog iets over worden gezegd.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Ik combineer in mijn reactie de bijdragen van Knibbeler en Polak, die beiden een deel van het verhaal vertellen. Polak wijst er terecht op dat op allerlei rechtsgebieden veel ervaring met de Awb en met allerlei deelvragen is opgedaan. Hij staat als het ware in een winkel vol met jurisprudentie, handboeken en andere informatie en vraagt zich af waarom de mensen uit de bijzondere rechtsgebieden die informatie niet komen halen. Dat zouden ze inderdaad best wat meer mogen doen. De OPTA heeft een aantal ervaren Awb-juristen in haar midden, maar niet zo veel; voor de telecommunicatieadvocatuur geldt hetzelfde. Ik herhaal wat ik vandaag eerder zei: de liefde moet van twee kanten komen.

De Awb is van toepassing op een steeds breder terrein, en de VAR is heel expliciet bezig haar ramen open te gooien. In 2000 was het onderwerp van de jaarvergadering *De Awb en bijzondere wetgeving* en dit jaar is opnieuw bijzondere wetgeving het onderwerp van bespreking. Kijkend naar onder andere het economisch bestuursrecht, maar meer in het algemeen de bijzondere rechtsgebieden, zou je inderdaad tegen de Awb-juristen kunnen zeggen: trek er wat meer op uit! We hebben een mooi en goed product te bieden, maar blijkbaar vinden we het ook zelf eng dat rare buitenbos in te trekken. Knibbeler wijst op de aanwijzingsbevoegdheid. Het lijkt mij inderdaad prima die figuur in de Awb op te nemen. Op andere plaatsen is wel eens gepleit voor een last zónder dwangsom als vorm van communicatie tussen bestuur en partijen.⁴⁰ De Mededingingswet kent de voorlopige last onder dwangsom als figuur voor spoedeisende situaties. Kortom: als we door de ramen die we nu aan het open gooien zijn goed blijven kijken, kunnen we veel leuke dingen zien voor verdere aanvulling, *finetuning* enzo-

40. Bijvoorbeeld P.J.M. Koning, Voorlopige last onder dwangsom: nieuw bestuurlijk snelrecht? M&M 2000, p. 118 e.v.

voort van de Awb, en daarmee ook voor een nóg betere toetsing daarvan op een breder terrein.

Voorzitter: De Awb zal dus wellicht worden verrijkt met allerlei figuren, maar laten we de ‘voorlopige last onder dwangsom’ dan anders noemen, want daar is namelijk niets voorlopigs aan: die last is alleen gebaseerd op een voorlopig oordeel. We gaan nog spannende tijden tegemoet!

Mr. drs. Th.G.M. Simons

Arnbak heeft een tijd geleden gewezen op de *need for speed*, waarbij onder ‘speed’ snelheid moet worden verstaan. Niet kan worden ontkend dat de doorlooptijden in het rechterlijke traject bij de rechtbank en ook wel bij het College (te) lang zijn. De belangrijkste oorzaak daarvan is heel simpel en triviaal: er wordt onvoldoende capaciteit beschikbaar gesteld. Vanaf de totstandkoming van al deze mooie wetgeving waarover we het nu hebben, is er letterlijk nooit één gulden, thans euro, extra naar de begroting van de rechterlijke macht gegaan om dit soort zaken af te handelen. Dat is een probleem.

Misschien zouden we een oplossing kunnen kiezen die al in een aantal wetten voorkomt: we zouden in de Telecommunicatiewet een wettelijke beslistermijn kunnen opnemen, geflankeerd door de middelen waarover ik zojuist sprak. Dat lijkt mij een heel goede deal. Is mevrouw Ottow het met mij eens?

Het inhoudelijke punt waarop ik in feite wil interveniëren, is misschien interessanter. Ik citeer het volgende: ‘OPTA moet pro-actief stimulansen kunnen bieden om concurrentie en innovatie op nieuwe markten tot stand te brengen. Deze vorm van toezicht vergt een specifieke combinatie van kaderwetgeving, een professionele, onafhankelijke toezichthouder met flexibele bevoegdheden en een marginaal toetsende rechter. In Nederland loopt het systeem thans vast doordat de wetgever te veel regels maakt, de toezichthouder daardoor manoeuvreerruimte mist en de rechter door een volle toets aan een rigide wet te veel besluiten van de toezichthouder schorst.’ Dit is geen citaat uit het preadvies van mevrouw Ottow, hoewel dat misschien ook nog wel had gekund, maar uit het jaarverslag van de OPTA, dat deze week is verschenen. Onder het intrigerende kopje ‘Juridisering brengt markt in de problemen’ is deze tekst geschreven. In het verlengde van wat mevrouw Ottow heeft gezegd, wil ik hierop kort ingaan.

We zijn het er, denk ik, allemaal over eens dat de wetgever de OPTA met een veel te beperkte gereedschapskist heeft toegerust. Geen algemene aanwijzingsbevoegdheid, geen reguleringsbevoegdheid, een handhavingsbevoegdheid die beperkt is tot concrete overtredingen van de wet, een heel specifieke vorm van attributie en ook nog een geschillenregeling die op zichzelf wel goed is, maar die als beleidsinstrument problemen oproept. Mevrouw Ottow noemt de OPTA een geschillengestuurde *regulator*. Dat is waar, en het is tevens een heel groot probleem.

Vanuit het perspectief van de rechter kijkend, moet je echter constateren dat hij nu eenmaal met zo’n wet wordt geconfronteerd. De enkele opmerking dat de rechter dus maar de problemen moet oplossen die de wetgever heeft veroorzaakt, vind ik iets te

simpel, terwijl het impliciet wél zo wordt gezegd. Ik mis bovendien een echt goede analyse van het wetgevingskader en de rechterlijke uitspraken die daarover gaan. Mevrouw Verweij heeft een vraag gesteld over marginale toetsing. Ik wijs erop dat je aan het begin van de discussie nog niet aan marginale toetsing toe komt: dat is pas het eind van het verhaal. Als je goed analyseert wat er in uitspraken staat, los van de vraag of dat juist is of niet (daar gaat het nu niet om), blijkt de allereerste vraag die de rechter moet beantwoorden de vraag te zijn naar de formele bevoegdheid van het bestuursorgaan, de legaliteitsvraag. Wie niet over die fase heen komt, komt aan inhoudelijke beoordeling helemaal niet toe. In de jurisprudentie blijkt het in nogal wat gevallen daarop al te zijn misgegaan. We zien dit bijvoorbeeld bij de indirecte interconnectie, los van wat we daarvan inhoudelijk vinden. Ik kan ook wijzen op een zaak op grond van de Postwet. Daarvoor geldt dat de minister nota bene had gezegd dat hij de OPTA een bepaalde bevoegdheid niet wilde geven en dat men vervolgens in een concreet geval tóch uitdrukkelijk met die bevoegdheid is gaan werken. Dan houdt het gewoon inhoudelijk op.

Pas als men de vraag naar de formele bevoegdheid van het bestuursorgaan heeft beantwoord, komt men toe aan de vraag of ook aan de materiële voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening is voldaan. Ook dat is nog geen marginale toetsing, maar daarbij kan de wijze waarop men de wettelijke begrippen uitlegt wél helpen. Men kan dat teleologisch doen; die weg heeft het CBB zeer terecht gewezen.

Blijkt bij de beantwoording van de twee zojuist geformuleerde vragen dat aan de voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan, dan kan men eens gaan nadenken of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Wie de uitspraken bekijkt, ziet dat het op dat punt nog nooit is misgegaan, maar dat het steeds sneuvelt op de formele of de materiële bevoegdheid.

Graag zal ik hierop de reactie van mevrouw Ottow horen. Ik verwacht dat de nieuwe Telecommunicatiewet voor een deel de problemen zal oplossen. Juist het specifiek attribueren van bevoegdheden is namelijk rampzalig; een algemene geschilbeslechtende bevoegdheid hélp al, en we zijn daardoor ook van het indirecte-interconnectieprobleem af. De toezichthouder blijft geschillengestuurd, maar het lijkt me toch een verbetering. Het belangrijkste wat ik wil zeggen, is: maak een goede analyse van het wetgevingskader en de jurisprudentie voordat je al te gemakkelijk gaat roepen dat er alleen maar marginaal moet worden getoetst.

Mevrouw mr. A.T. Ottow

Ik ben het helemaal met Simons eens, maar wil nog wel het volgende zeggen. In de conclusie bij mijn preadvies⁴¹ spreek ik over een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Ik denk dat daar de pijn zit. Het gaat inderdaad heel vaak mis op bevoegdheidsvragen. Mijn preadvies heb ik niet geschreven als een verwijt aan de rechter, die dit had moeten oplossen. Als de bevoegdheid niet is gegeven, kun je die niet creëren door haar uit het niets tevoorschijn te toveren. Wanneer de bevoegdheid er niet is, is zij

41. Preadvies Ottow, p. 233.

er niet, waarmee een verwijt aan de wetgever op zijn plaats is, omdat deze er wellicht over had moeten nadenken.

Waar wellicht een basis voor een bevoegdheid zou kunnen worden gevonden of waar een bevoegdheid erg krap is geformuleerd, kun je in sommige gevallen aan de hand van de doelstellingen van het telecommunicatierecht tot een ruimere uitleg komen dan hier en daar is gedaan. Op dit punt is de handreiking van het CBB heel duidelijk geweest. Dit is de andere omstandigheid waarop ik doel. Jammer genoeg zijn er zaken aan te duiden waarin naar mijn visie de rechter wel degelijk met enige moeite tot een ruimere interpretatie van bevoegdheden had kunnen komen. Die zaken heb ik wel degelijk geanalyseerd. Waar bevoegdheden wellicht te beperkt waren, had men aan de hand van de doelstellingen de OPTA wel degelijk tegemoet kunnen treden. In mijn optiek is de rechter soms vrij restrictief te werk gegaan, terwijl dat niet had hoeven. Hetzelfde geldt voor de uitleg van wettelijke normen die de OPTA bij de toetsing ten aanzien van bepaalde geschillen dient te hanteren.

Het is juist dat pas vervolgens de marginale toetsing aan de orde komt.

Mr. J.R. van Angeren

Allereerst zou ik graag de beide preadviseurs willen feliciteren met de beide preadviezen. Daarnaast zou ik ook het bestuur van de VAR willen complimenteren met dit onderwerp. Tijdens de evaluatie van de Mededingingswet is wel opgemerkt dat het goed is als de wereld van het 'Groene Boekje', waarmee wordt bedoeld op de uitgave *Tekst & Commentaar, Algemene wet bestuursrecht*, en de wereld van het 'Gele Boekje', waarbij bedoeld wordt op *Tekst & Commentaar, Mededingingswet/Telecommunicatiewet*, bij elkaar komen. Aldus kunnen dwarsverbanden worden gelegd en misverstanden worden opgeheven. Blijkens de opmerking van de redactie van het blad *Markt & Mededinging* bij de evaluatie van de Mededingingswet wordt ook vanuit de wereld van het 'Gele Boekje' de toenadering tot het 'Groene Boekje' toegejuicht.⁴²

Wél moet ervoor worden gewaakt dat de toenadering beperkt blijft tot het bestuursprocesrecht. Naar mijn mening is er ook een belangrijke inhoudelijke component: namelijk de wijze waarop in Nederland de bestuursrechter besluiten toetst. Dit materiele aspect had wat mij betreft in de beide preadviezen meer aandacht mogen krijgen.

Toch dan maar eerst aandacht voor het bestuursprocesrecht. Het preadvies van mevrouw Ottow gaat uitvoerig in op de problemen die zij signaleert bij de toepassing van de Telecommunicatiewet. Zij wijt die knelpunten aan de OPTA, omdat deze te zuinig met haar handhavingsbevoegdheden is omgesprongen (p. 196 preadvies), de wetgever, die de OPTA niet voldoende handhavingsbevoegdheden heeft gegeven (paragrafen 5.2 en 5.3) en de rechter, omdat deze te weinig oog heeft voor de effecten op de markt (p. 166).

Eén partij die mogelijk debet is aan deze knelpunten ontbreekt: namelijk de marktpartijen zelf. Zou het ook niet kunnen zijn dat de marktpartijen zelf meer hadden

42. *M&M* 2002, nr. 7, p. 214.

kunnen bijdragen aan een vlot verloop van procedures en effectiever ingrijpen van de OPTA?

Tijdens de evaluatie van de Mededingingswet vertelden sommige deelnemers aan die evaluatie dat zij tot voor kort eigenlijk nog nooit de Awb hadden opengeslagen. Is het niet mogelijk dat een deel van de knelpunten te wijten is aan het feit dat de marktpartijen nog niet goed wegwijs waren in de Awb en, overigens ook om commerciële redenen, niet altijd bereid waren om het op procedures te laten aankomen? Veel verzoeken om handhaving zijn bij de OPTA namelijk niet ingediend.

Dit brengt mij op het voorbeeld van mevrouw Ottow over de duivenhokken. Op pagina 171 schrijft zij dat het in het telecommunicatierecht niet gaat om de buurman die van een duivenhok wil worden verlost. Eerder in deze vergadering is er al op gewezen dat we bijvoorbeeld ook in het algemene bestuursrecht en in het omgevingsrecht een spoedig verloop van procedures wenselijk achten. Hoe gaat het nu in het geval van zo'n duivenhok vaak in de praktijk? De kwade buurman vraagt zelf het bestemmingsplan op, gaat misschien naar een advocaat en deze schrijft dan een briefje aan burgemeester en wethouders met het verzoek binnen twee weken op te treden tegen hetgeen in strijd met het plan tot stand is gebracht. Daaraan voegt zo'n advocaat dan vaak toe: als u niet binnen twee weken optreedt, gaan we naar de bestuursrechter en gaan we er hard in!

Nu heb ik in geschillen tussen KPN en anderen mijn kantoorgenoten wel eens voorgesteld een briefje naar de OPTA te sturen met een signalering van strijd met bepaalde normen, en het verzoek binnen twee weken een beslissing te nemen en een verzoek om handhaving te doen. Zo blijkt dat niet te werken. We moeten eerst informeel met ambtenaren bellen, vervolgens een informele bespreking met vier partijen beleggen waarin een en ander goed wordt doorgesproken, en misschien komt er dan iets van een procedure. Kortom, misschien kunnen ook de marktpartijen zelf een beetje aan een snelle gang van zaken meewerken. Ik druk mij nu wat uitdagend uit, omdat ik graag de reacties van de preadviseurs, en in het bijzonder die van mevrouw Ottow, wil horen.

Dan toch ook een enkel woord over inhoudelijke aspecten. Beide preadviseurs gaan in op de rechterlijke toetsing. Een van de knelpunten die Van der Meulen signaleert, is het feit dat er een bestuur door deskundigen ontstaat met als gevolg een onbalans tussen wetenschappelijke aspecten enerzijds en de juridisch-bestuurlijke en democratische aspecten anderzijds (paragraaf 2.3 van zijn preadvies). Vervolgens stelt hij in paragraaf 2.3.2, met aanhaling van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam d.d. 21 juni 2001, AB 2001, 331 dat indien deze lijn wordt doorgezet marktautoriteiten een zekere mate van onafhankelijkheid genieten ten opzichte van de bestuursrechter. In de genoemde uitspraak overwoog de rechtbank, kort gezegd, dat de mate van terughoudendheid van de rechtelijke toetsing groter is, en ook groter *dient* te zijn, naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt.

Ik deel Van der Meulens opvatting dat deze lijn ongewenst is, waarbij ik ervan uitga dat ik op pagina 127 van zijn preadvies goed lees dat ook Van der Meulen tegenstander van deze mate van onafhankelijkheid is. Mevrouw Ottow stelt dat ook in het telecommunicatierecht de besluitvorming dient te worden onderworpen aan een kritische toetsing, ook van de onderliggende feiten en omstandigheden, maar dat dit wel snel moet gebeuren (p. 203), waarbij zij ook aangeeft tegenstander te zijn van een te marginale toetsing (p. 207). Ik meen dat de beide preadviseurs zich er wel in kunnen vinden

dat een afstandelijke toetsing in het economisch bestuursrecht niet goed is.

Beide preadviezen geven niet aan hoe de knelpunten moeten worden opgelost, dan wel in hoeverre de uitspraak van de rechtbank Rotterdam juist is. Klap heeft in zijn proefschrift *Vage normen in het bestuursrecht* (dissertatie Rijksuniversiteit Leiden 1994, p. 118) aangegeven dat in het Franse bestuursrecht de lijn is dat de bestuursrechter zich niet moet uitlaten over technische kwesties, omdat deze daarvoor over onvoldoende deskundigheid zou beschikken. Mijn vraag aan Van der Meulen is dan ook of de Nederlandse bestuursrechter zich moet begeven naar de Franse lijn, en, bij de hopelijk ontkennende beantwoording daarvan (staatsraad Konijnenbelt is, geloof ik, tóch niet in de zaal!), wat er dan moet worden gedaan om te waarborgen dat de Nederlandse bestuursrechter over meer kennis beschikt. Zou het bijvoorbeeld geen aardig idee zijn een Stichting Advisering Bestuursrechtspraak in Economische Zaken (Stabez) op te richten, naar analogie van de reeds bestaande Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB), die zich met complexe milieuwetgeving bezighoudt?

Mevrouw mr. A.T. Ottow

De eerste vraag van Van Angeren komt er naar ik meen op neer dat marktpartijen een snellere gang van zaken zouden moeten bevorderen.

Van Angeren: Ik wil graag weten of daartoe mogelijkheden bestaan. In het preadvies lijkt het alsof alles aan de wetgever, de rechter en de OPTA zelf ligt. Zouden ook niet marktpartijen meer aan een sneller verloop van procedures kunnen bijdragen?

Ottow: Ik denk dat dat zeker het geval is.

Van Angeren: Hoe bijvoorbeeld?

Ottow: Ik zal daarover een paar opmerkingen maken. De OPTA zal, zoals ik al eerder in deze vergadering heb gezegd, kritischer moeten kijken naar de wijze waarop marktpartijen zich in procedures opstellen. Advocaten en hun betrokken cliënten hebben er inderdaad wel een handje van om hier en daar uitstel te vragen, of met eindeloze dossiers binnen te komen en dan wél te verwachten dat binnen een week uitsluitel wordt gegeven. Natuurlijk is dit zo, maar het lijkt me eigenlijk een 'open deur', wat niet wegneemt dat de OPTA de taak heeft hieraan strakker de hand te houden en misschien ook meer duidelijkheid te verschaffen dan nu in de procedureregels voor geschillen kan worden gevonden.

Van Angeren heeft daarnaast, als ik hem goed heb begrepen, de vraag opgeworpen of marktpartijen de gang van zaken hadden kunnen versnellen door meer handhavingsverzoeken bij de OPTA neer te leggen.

Van Angeren: Laat ik het uitbreiden: meer gebruik te maken van processuele mogelijkheden die de Awb biedt.

Ottow: Dat verbaast me, eerlijk gezegd. U moet niet onderschatten hoe lastig het is geweest dat er in de Telecommunicatiewet op dat punt heel weinig procedurele regels waren. Als een marktpartij bij de OPTA een algemeen handhavingsverzoek neerlegt, krabt de OPTA zich achter het oor, en zegt: wat moet ik hier nu mee?

Van Angeren: Het leuke is: die staan in het 'Groene Boekje'.

Ottow: Er zijn bij mijn weten verschillende van dat soort verzoeken gedaan. De behandeling van die verzoeken heeft eindeloos geduurd en ze liggen er na een jaar nóg. Ik weet niet of je kunt zeggen dat het aan marktpartijen ligt dat te weinig met het 'Groene Boekje' wordt gewerkt. Ik vind dit een wat moeilijke discussie, want ...

Van Angeren: Ik zeg alleen dat er misschien minder nadruk op de bestuursrechter, de OPTA en de wetgever moet worden gelegd. Achteraf gezien hadden we misschien méér kunnen hebben aan de jurisprudentie die er al was. Een leuk voorbeeld is dat vandaag werd gezegd: ik heb nu toch eens gekeken of er inderdaad jurisprudentie over duivenhokken is, wat zo bleek te zijn.

Ottow: Nu chargeert u het wat mij betreft echt te veel. Het lijkt alsof alle telecommunicatieadvocaten die ooit bij de OPTA langs zijn geweest hun huiswerk niet goed zouden hebben gedaan.

Van Angeren: Dat zeg ik niet. Ik spreek over een van de mogelijke redenen.

Ottow: Ik vind dit niet echt een bestuursrechtelijk issue.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Over het algemeen is het waar dat in het bestuursrecht de lange duur van procedures vaak ook voor een deel aan de partijen ligt, zeker in een situatie waarin om optreden door een bestuursorgaan wordt gevraagd. Heb je rechtsingang op het moment dat het bestuursorgaan stil blijft zitten? De Awb-wetgever is zelfs bezig op dit punt met een voorontwerp tot aanscherping en verbetering te komen.

Dit was echter niet de vraag van Van Angeren aan mij. Hij heeft een lijn geschetst, inhoudende dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter is, en ook groter *dient* te zijn, naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt. Vervolgens heeft hij gezegd aan te nemen dat ik daar tegen ben. Kennelijk ben ik in mijn teksten wat te onderkoeld gebleven, en ik zeg dus nu ronduit: ja, daar ben ik tegen! De concentratie van bevoegdheden bij bestuursorganen op een klein terrein met technische (economisch of anderszins) aspecten concentreert daar ook macht. Dat vraagt om een tegenwicht van de kant van de rechter. Ik betreur het als een rechter een stap terug doet op het moment dat het te moeilijk, te technisch, te inhoudelijk wordt; de complicatie dat de rechter het gevoel heeft dat hij met het oog op 'Luxemburg' niet anders kan handelen, laat ik even terzijde.

Wat kun je eraan doen dat de rechter deze houding aanneemt? In het laatste hoofdstuk van mijn preadvies heb ik voorgesteld er nog maar even een technisch-inhoudelijke administratief-beroepsinstantie tussen te schuiven. Zo'n instantie hoeft zich ook niet te beperken tot rechtmatigheidsvragen, zodat op de vraag 'is dit nu rechtmatigheid of iets anders?' niet al te diep hoeft te worden ingegaan. Waar normen over economische ordening gaan, komt bij de toepassing van die normen heel veel economie aan de orde. In mijn preadvies heb ik Van den Berg geciteerd, die in *SEW* om een 'rechter-econoom' vraagt: een pleidooi om mensen met economische deskundigheid tot rechter te benoemen. Ook het oprichten van een 'economische StAB'⁴³ vind ik een aardige suggestie. Laat er waar zich wapens in de hand van het bestuur verzamelen maar een stevige rechter tegenover staan, die zich niet al te marginaal opstelt!

Mr. J.R. van Angeren

Met de laatste opmerking van Van der Meulen ben ik blij.

Tussen mevrouw Ottow en mij is wellicht een misverstand gerezen. Ik ben het eens met haar analyse dat de wetgever bij de totstandkoming van de Telecommunicatiewet te weinig acht heeft geslagen op de Awb. Bij lezing van haar preadvies bekwam mij het gevoel dat zij bij de regeling van de telecommunicatie graag het model van de duivenhokken gehanteerd had gezien. In het geval van de duivenhokken hebben we een keurige Wet op de Ruimtelijke Ordening, met allerlei eigen procedures, afwijkend van de Awb. Ik weet overigens wel dat zo'n model ook z'n bezwaren heeft.

Ik wil niet de indruk wekken dat de traagheid van procedures naar mijn mening de schuld van de marktpartijen zou zijn. In mijn interventie heb ik getracht enige discussie los te maken over de vraag of het wellicht mogelijk is met een betere kennis van de Awb sneller tot zaken te komen.

Ottow: Met uw opmerking over de marktpartijen ben ik het eens, maar in uw betoog proefde ik min of meer de opvatting dat partijen bij elk wissel van de hand moeten gaan procederen om de snelheid te bevorderen. Zo werkt dat natuurlijk niet, en dáár had ik moeite mee.

Van Angeren: Akkoord.

Tot mijn vreugde vindt Van der Meulen mijn suggestie om een 'economische StAB' op te richten interessant. Ik betwijfel overigens of het nuttig is er een nieuwe bestuurslaag zoals het college toezicht marktautoriteiten tussen te schuiven om de rechter van nieuwe deskundigheid te voorzien.

Van der Meulen: Om de *rechtsbescherming* van nieuwe deskundigheid te voorzien.

Voorzitter: Dit punt komt straks ook nog terug bij de stellingen.

43. Zie interventie Van Angeren (red.).

Mr. N. van Eijk

Ik wil reageren op de opmerking die zojuist is gemaakt over de marktpartijen. Zeker in deze sectorspecifieke regulering zit een soort weeffout, die al in het begin is gemaakt: de veronderstelling dat de bij het geschil betrokken partijen gelijkwaardig aan elkaar zijn. Deze veronderstelling, die verbonden is met het idee dat pas kan worden opgetreden wanneer er een geschil is, vestigt de indruk dat de partijen inwisselbaar zouden zijn voor andere partijen. Kijk je naar de geschilbeslechting in de praktijk, dan zie je dat dit niet het geval is. Er zijn zelden geschillen tussen twee kleine marktpartijen, de relatie heeft altijd te maken met de grootste, dominante marktpartij, direct of indirect. Dit betekent dat we met heel ingewikkelde economische relaties tussen partijen op de markt te maken hebben. Je kunt niet zo maar een geschil beginnen tegen een partij waarvan je ook afhankelijk bent. De drempel waar je overheen moet is relatief hoog.

Dat is ook een reden waarom al vaker is gezegd: in een aantal gevallen zouden dit soort situaties al op basis van *ex ante*-regulering moeten kunnen worden ingekaderd. Doordat die regulering ontbreekt, is er een grote aarzeling bij marktpartijen om überhaupt een procedure te beginnen, waarbij die partijen nog verder worden afgeschrikt door het feit dat doorlooptijden bijzonder lang zijn en waarbij er dus ook automatisch een soort intentie bij marktpartijen is om toch maar zo lang mogelijk met elkaar te blijven dooronderhandelen. We weten inmiddels dat dit ook de praktijk is. Daardoor zetten partijen zichzelf enorm klem, maar ze worden in feite wél klemgezet als gevolg van het regulatorische kader waarmee ze moeten werken.

Is er een oplossing? Je kunt zeggen: drie maanden nadat partijen met elkaar zijn gaan onderhandelen, moeten ze hun geschil aanhangig hebben gemaakt, op straffe van niet-ontvankelijkheid, maar een dergelijke aanpak lijkt me te rigoureuus. In ieder geval zijn de telecommunicatiemarkt, de energiemarkt en andere gereguleerde markten gecompliceerder dan normale markten. Die complexiteit is naar mijn idee van het begin af aan door de overheid onvoldoende ingeschat, en dit leidt ertoe dat geschilbeslechting in veel gevallen niet het beste sturende instrument is.

Voorzitter: Mogen we uw pleidooi zó opvatten, dat er eigenlijk meer wettelijke regels voor bepaalde markten zouden moeten komen? Is de regulering eigenlijk te globaal?

Van Eijk: Wat nu *ex post* totstandkomt, kan ook *ex ante* in sommige gevallen ...

Voorzitter: Meer regulering dus. Ik beschouw dit als een steun voor het betoog dat ik vanmorgen in mijn rede heb gehouden. Niet minder, maar méér regels.

Mr. B.M.J. van der Meulen

De ongelijkwaardigheid van partijen maakt het nu juist aardig dat soort problemen niet bij een burgerlijke rechter, maar bij een bestuursorgaan aan te brengen, in een context van bestuursrecht, waar ongelijkheidscompensatie ingebakken zit. Er ligt deels een reguleringsprobleem, want mensen willen vooral terecht kunnen bij een bestuursorgaan met stevige bevoegdheden dat, liefst a tempo, iets voor hen kan bereiken, maar

deels ook een cultureel probleem. In heel ongelijke machtsposities weten mensen de Nederlandse Mededingingsautoriteit heel goed te vinden met verzoeken om handhaving *ex post*. In de sfeer van het levensmiddelenrecht, waar de Voedsel- en Warenautoriteit allerlei bevoegdheden heeft, wordt het als absoluut *not done* ervaren te klagen tegen concurrenten. Dan is een toezichthouder helemaal afhankelijk van zijn eigen initiatief, zijn eigen informatie en zijn eigen prioriteitenstelling.

Mevrouw mr. B. van den Berg

Kortheidshalve sluit ik mij aan bij degenen die de preadviseurs complimenten hebben gemaakt. Het zijn echt mooie preadviezen.

De vraag die ik vandaag wil stellen aan de heer Van der Meulen gaat over de waarborg, genaamd 'Chinese Muren', in de primaire besluitvormingsfase bij sanctiebesluiten, in verband met de waarborgen die gelden wanneer in sanctieprocedures in bezwaar wordt beslist. Beide aspecten komen aan bod in zijn vijfde hoofdstuk, 'Interne verhoudingen' geheten, en in hoofdstuk 8 'Conclusies en aanbevelingen'. Bij mijn vraagstelling zal ik mij beperken tot de sanctiebesluiten die de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) krachtens de Mededingingswet (Mw) kan opleggen. Op grond van artikel 3, tweede lid, Mw staan er Chinese Muren tussen enerzijds de toezichthoudende ambtenaren die het rapport opstellen en anderzijds de ambtenaren van de Juridische Dienst die vervolgens de hoorzitting houden en het primaire sanctiebesluit opstellen. Voordat ik mijn vraag stel, zal ik eerst een kort overzicht geven van de soorten sancties die krachtens de Mededingingswet kunnen worden opgelegd.

De NMa kan, op grond van de Mededingingswet, sancties opleggen wanneer de regels van die wet worden overtreden. Wanneer ik die sancties analyseer, kom ik tot twee soorten, namelijk de algemene en de bijzondere sancties. De categorie *algemene sancties* (hoofdstuk 7 Mw) wordt gevormd door de hoge boete en de zware last onder dwangsom, die krachtens artikel 56, eerste lid, aanhef en sub a en b Mw kunnen worden opgelegd indien het verbod van mededingingsbeperkende afspraken (artikel 6 Mw) of het verbod van misbruik van economische machtspositie (artikel 24 Mw) door een natuurlijk persoon of rechtspersoon toerekenbaar wordt overtreden. De boete kan vrij hoog oplopen tot ten hoogste € 450.000,-, of, indien dit meer is, 10% van de omzet in het boekjaar, voorafgaande aan de boete.

De *bijzondere sancties* zijn te vinden in de hoofdstukken 8 en 9 Mw. Het gaat om een groot aantal soorten sancties. Drie daarvan zijn zeer algemeen; ze betreffen overtreding van de medewerkingsplicht, de weigering gevorderde inlichtingen te verschaffen en het niet voldoen aan de eisen van financiële transparantie conform het nieuwe hoofdstuk 4A Mw. Daarnaast treffen we negen sancties aan voor overtredingen van het stelsel van preventief concentratietoezicht (hoofdstuk 5 Mw). In dit verband noem ik ook de voorlopige last onder dwangsom (hoofdstuk 9 Mw), waarvoor de waarborg van de Chinese Muren *niet* geldt. Artikel 3, tweede lid, Mw noemt namelijk niet de voorlopige last onder dwangsom als sanctie waarop het regiem van de Chinese Muren moet worden toegepast.

Na deze korte analyse kom ik bij de bezwaarfase. Stel, er is een sanctiebesluit genomen en er wordt een bezwaarschrift ingediend. Vervolgens eist artikel 92 Mw de

beoordeling van een externe bezwaarcommissie indien bezwaar is ingediend tegen (een van de) *algemene* sancties. Dit is de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet,⁴⁴ die voornamelijk bestaat uit wetenschappers aangezien hierin geen ambtenaren van de NMa of het ministerie van Economische Zaken zitting mogen nemen (tweede lid). Deze externe bezwaarcommissie gaat te werk zoals iedere externe commissie dit gewend is te doen. Er wordt een hoorzitting gehouden waarin onder andere de NMa verweer voert ter onderbouwing van het bestreden besluit. Deze bezwaarcommissie is dus te zien als een onafhankelijke deskundige derde, die de bezwaarprocedure behandelt en de NMa adviseert over het te nemen besluit in bezwaar.

Wanneer echter een *bijzondere* sanctie is vastgesteld, geldt het vereiste van artikel 92 Mw niet. De adviescommissie is dan niet tot behandelen van het bezwaar bevoegd. De enige waarborg die hierbij geldt, staat in artikel 7:5, eerste lid, Awb, namelijk de eis dat in ieder geval de voorzitter van de hoorcommissie niet bij de voorbereiding van het primaire besluit betrokken dient te zijn geweest.

In het preadvies wordt de kritiek gememoreerd die met name Biesheuvel heeft geuit inzake het verplicht volgen van de bezwaarfase.⁴⁵ Dit betekent volgens Biesheuvel niet meer en niet minder dan een rituele dans langs ambtenaren, die tijdrovend en volkomen overbodig is. Van der Meulen plaatst hierbij aan de hand van getallen en percentages zijn vraagtekens (p. 91 en 92). Ik vraag mij van mijn kant af hoe de getallen zullen luiden wanneer uitsluitend naar sanctiebesluiten in bezwaar wordt gekeken en niet naar andere besluiten.

Van groot belang is hier de tweedeling in algemene en bijzondere sancties. Bij de algemene sancties is de gang van zaken heel mooi geregeld. We hebben daar te maken met de rapportopstellende ambtenaren, met de Chinese Muren, en vervolgens dus met de ambtenaren van de Juridische Dienst die de hoorzitting houden en het primaire sanctiebesluit opstellen; een eventueel bezwaar wordt behandeld door de externe bezwaarcommissie. In het geval van bijzondere sancties wordt aanvankelijk het traject van hoofdstuk 8 Mw afgelegd en gaat het bezwaar vervolgens naar de interne bezwaarcommissie van de NMa, lees: ambtenaren van dezelfde afdeling bij de NMa. Hier ligt volgens mij een probleem. De procedure bij de interne bezwaarcommissie is heel vreemd. Ambtenaren van de Juridische Dienst hebben het primaire sanctiebesluit opgesteld, en dezelfde Dienst moet nu gaan oordelen in bezwaar.

Ik kom tot mijn vraag aan Van der Meulen. Op pagina 127 en 128 van zijn preadvies stelt hij voor om het verplichte bezwaar bij economische toezichthouders over de gehele linie te vervangen door administratief beroep bij een nieuw op te richten overkoepelend orgaan, het college van toezicht voor de marktautoriteiten. Naar mijn mening kan beter een splitsing worden gemaakt tussen de algemene en de bijzondere sanctie, vooral ook omdat bijzondere sancties een veel lager wettelijk maximum kennen. Het wettelijk maximum voor de algemene sancties is bijna het twintigvoud van het wettelijk maximum voor de bijzondere sancties.

44. Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, Besluit van 4 augustus 1998, Stcrt. 1998, 146, p. 3, laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2000, nr. 124 H.

45. Preadvies Van der Meulen, p. 89.

Stel nu dat de wetgever geen regeling op rijksniveau meer wil vaststellen voor een procedure in administratief beroep. Wat is dan de mening van Van der Meulen over het volgende voorstel tot wetswijziging?

Voor de bijzondere sancties van hoofdstuk 8 Mw zou mijns inziens geen regiem van Chinese Muren in de primaire besluitvormingsfase moeten gelden. De toezichthoudende ambtenaren zouden zelf, in plaats van alleen een rapport op te maken, een sanctie behoren op te leggen. Vervolgens zou dan pas in de bezwaarfase de Juridische Dienst ten tonele moeten komen. Aldus bestaat de interne bezwaarcommissie, die het bezwaar moet behandelen, uit frisse personen die niet bij de primaire besluitvormingsfase betrokken zijn geweest.

De procedure voor de algemene sancties van hoofdstuk 7 Mw loopt, zoals gezegd, heel mooi en zou dus kunnen blijven zoals zij nu is. Dat blijkt ook uit het preadvies van Van der Meulen (p. 92). De nadelen van het regiem van de Chinese Muren in samenhang met het bezwaar zullen worden opgeheven als de Chinese Muren voor de bijzondere sancties van hoofdstuk 8 Mw verdwijnen in de primaire besluitvormingsfase en juist wél aanwezig blijven in de bezwaarfase. Eigenlijk is dit de situatie die nu al geldt bij het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom volgens hoofdstuk 9 Mw. Omdat deze sanctie, zoals gezegd, niet in artikel 3, tweede lid, Mw vermeld staat, is zij niet onderhevig aan het regiem van de Chinese Muren. Een en ander zou ook recht doen aan het grote verschil in boetes. Ik wees er al op dat in hoofdstuk 7 Mw een maximumboete van € 450.000,- is opgenomen, terwijl voor de bijzondere sancties op grond van hoofdstuk 8 Mw een maximum van € 22.000,- geldt.

Ik zal graag de mening van Van der Meulen over dit voorstel horen. Misschien wil hij daarnaast een toelichting geven bij pagina 86 van zijn preadvies. Hij noemt daar namelijk in een paar zinnen de mogelijkheid dat toezichthoudende ambtenaren méér doen dan alleen een rapport opstellen. Ik las daarin dat ze misschien wel het sanctiebe-sluit zouden kunnen opstellen.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Mevrouw Van den Berg stelt een cluster van vragen over de rol van het regiem van de zogenoemde Chinese Muren. Het gaat hier om de verplichting om de sanctieproce-dure wat de toezichtfase en de fase van sanctieoplegging betreft in tweeën te splitsen, met daar doorheen de met de bezwaarfase samenhangende verplichting de gehele procedure in één keer af te wikkelen. Natuurlijk had ik eerder moeten beseffen dat mijn voorstel voor een voorziening van administratief beroep dit alles nog eens gecompliceerder maakt.

Wat vind ik ervan de sanctiebevoegdheid dan maar meteen bij de toezichthouder neer te leggen? Aan het eind van mijn preadvies heb ik een stelling opgenomen, inhoudende dat het misschien een goed idee is de 'Chinese Walls'-regeling op te nemen in de Vierde Tranche van de Awb, althans voor hoge boetes. Nu ligt in de visie van de Awb-wetgever de grens tussen een hoge en een lage boete bij € 340,-. Van mijn kant voel ik, althans in het economisch recht, meer voor de grens die mevrouw Van den Berg voorstelt. Onder het regiem van de Mededingingswet lopen lage boetes tot ongeveer € 50.000,-; mevrouw Van den Berg heeft een bedrag in euro's genoemd.

Naar aanleiding van kritiek uit de strafrechtelijke hoek zouden we tot het standpunt kunnen komen dat een concentratie van bevoegdheden tot opsporing, beschuldiging en sanctionering bij één bestuursorgaan tenminste gepaard zou moeten gaan met een zekere verdeling. Als we tot dat standpunt komen, moeten we ook op een goede manier te werk gaan, zeker in de zware procedures, en moeten we onder meer een goede oplossing bedenken voor de bestuurlijke heroverweging. Die oplossing mag wat mij betreft gaan lijken op de administratieve rechtspraak. Ik denk, in afwijking van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak,⁴⁶ aan een bevoegdheid om een bezwaar gegrond te verklaren in combinatie met de beslissing dat het onderzoek wordt geopend. Bij een andere oplossing gaat er wel erg veel tijd zitten tussen het moment waarop het bestuursorgaan intern al weet dat het besluit-in-kwestie het niet gaat houden en het moment waarop dat besluit in de samenleving niet meer geldt nadat het onderzoek naar de wenselijke eindsituatie is afgerond.

Mevrouw Van den Berg stelt voor de 'Chinese Walls'-regeling tot hoge boetes te beperken en iets te verzinnen voor de fase van bestuurlijke heroverweging. Met dit voorstel kan ik gedeeltelijk meegaan. De oplossing voor de fase van bestuurlijke heroverweging mag wat mij betreft een terugzendbevoegdheid zijn.

Mevrouw mr. B. van den Berg

De regeling van de Chinese Muren is inderdaad bij hoofdstuk 8 Mededingingswet nogal onhandig. Het idee dat, in weerwil van jurisprudentie, het onderzoek zou kunnen worden heropend, lijkt mij aantrekkelijk. Om 'schutterputjes' (een term van Biesheuvel) te vermijden is het van belang dat de hoofdstukken 8 en 9 Mw buiten artikel 3, tweede lid, Mw worden geplaatst.

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

Om te beginnen wil ik Van der Meulen steunen in zijn pleidooi, inhoudend dat de VAR eens aandacht moet gaan besteden aan transnationaal bestuursrecht.

Voorzitter: Dat onderwerp staat al enige tijd op ons lijstje, maar onderwerpen moeten altijd in allerlei opzichten gerijpt zijn voordat je er echt een bijeenkomst over kunt houden. Het bestuur is tot de conclusie gekomen dat het nog niet zo ver is, maar het onderwerp zal ongetwijfeld een keer aan de orde komen.

Jansen: Dan beperk ik mij tot een aantal tips die in het besluitvormingsproces kunnen worden betrokken.

Het nationale bestuursrecht is erg nationaal georiënteerd, terwijl allerlei transnationale problemen, ook buiten het mededingingsrecht, een rol spelen. Een voorbeeld is, in de terminologie van Van der Meulen, de territoriale begrenzing van de inzage in

46. Vgl. ABRvS 27 mei 1999, RAwb 1999, 178 m.a. DZZ.

digitale databestanden die zich toevallig in een server in het buitenland bevinden. Een vraagstuk op het gebied van het financiële bestuursrecht kan als volgt worden omschreven. Moet je aannemen dat financiële diensten in Nederland door een buitenlandse partij zijn aangeboden? Als het antwoord bevestigend luidt, leidt dit tot een prospectusplicht, en als de buitenlandse partij zich daarvan niet bewust was, volgt een bestuurlijke boete waarmee genoemde partij in het geheel geen rekening had gehouden. Een interessante constatering daarbij is dat het strafrecht een uitgebreide regeling van internationale rechtsmacht heeft, terwijl het bestuursrecht zo'n regeling ontbeert. Bovendien is het de vraag hoe een bestuurlijke boete bij een buitenlandse partij moet worden geïnd, want in het bestuursrecht is over samenwerking, anders dan in het strafrecht, niets geregeld. Een ander voorbeeld op dit punt is vervoersregelgeving betreffende de in- en doorvoer van gevaarlijke stoffen in de haven van Rotterdam.

In het milieurecht is daarnaast in ditzelfde verband het volgende bediscussieerd. Wij hebben in Nederland buitengewoon weinig gebruikgemaakt van de mogelijkheid om bestuursrechtelijke regelgeving van toepassing te laten zijn op het Noordzee-territoir waarvan het volkenrecht bepaalt dat wij daarvoor bestuursrechtelijk dingen mogen regelen. Ik doel nu op het continentaal plat en de economische exclusieve zone (EEZ). Tot zover mijn tips voor het VAR-bestuur.

Ik kom tot het maken van meer concrete opmerkingen over de preadviezen. Op pagina 127 bepleit Van der Meulen een college van toezicht dat op de taakuitoefening door marktautoriteiten zou moeten toezien. Hij ziet alleen maar voordelen, maar van mijn kant wil ik de nadelen benadrukken. Ik vermoed dat de instelling van een dergelijk college tot onnodige bureaucratie leidt en een derde bestuursorgaan oplevert waaraan geen behoefte bestaat. Volgens de huidige oplossing is er een algemene autoriteit, namelijk de Nederlandse Mededingingsautoriteit, die mededingingsvragen beantwoordt en waaraan andere, specifieke toezichthouders oordelen moeten voorleggen. Dit lijkt mij een beter model dan een model waarbij een derde bestuursorgaan wordt gecreëerd, met alle bureaucratie van dien. Van der Meulens model zal bovendien leiden tot lange procedures, waaraan blijkens het preadvies van mevrouw Ottow en de discussie vandaag in het geheel geen behoefte bestaat. Graag zal ik hierop een reactie horen.

Van der Meulen besteedt terecht aandacht aan de nationale samenwerking en stipt de internationale samenwerking aan. Zijn, mijn inziens veel te voorzichtige, aanbeveling op pagina 124 luidt: 'Het lijkt van belang ook de formele structuren te doen aansluiten bij de internationale werkelijkheid.' Bij zijn beschrijving van marktautoriteiten signaleert hij een gesloten gemeenschap van deskundigen. Elke marktautoriteit of *regulator* heeft zijn eigen, meestal erg informeel, internationaal samenwerkingsverband of netwerk. In het Europese recht zien we dat dergelijke netwerken een enorm belangrijke rol vervullen en kandidaten zijn om te worden omgevormd tot Europese *agencies*. Even gechargeerd gesteld: is van dergelijke informele verbanden niet te duchten dat de eraan deelnemende marktautoriteiten de oren veelal laten hangen naar hun evenknieën in het buitenland, en de ministeries en de eigen volksvertegenwoordiging slechts gebruiken om indien nodig de in het internationaal verband gemaakte afspraken formeel nationaal te bezegelen? Is het juist in dit verband niet hard nodig de hier bedoelde verbanden formeel te gaan regelen? Voorzichtigheid in dit opzicht is geboden. Er ontstaat een soort internationaal *old boys network* van informatie-uitwisseling zonder enige basis.

Omdat mevrouw Steyger niet de enige moet zijn die hier voor het Europees recht pleit, maak ik nog even de volgende opmerking. Vrij onlangs, misschien nog wel net vóór het afsluiten van het preadvies door Van der Meulen, publiceerde de Europese Commissie een 'Framework for European Regulatory Agencies'. Uit die notitie valt af te leiden dat in de sfeer van het Europees recht een zeer breed, horizontaal idee leeft over de vormgeving van wat wij zelfstandige bestuursorganen, toezichthouders of *regulators* noemen. Dat Europese idee sijpelt niet alleen op het gebied van de telecommunicatie in het nationale recht door. Zou deze benadering niet een veel belangrijkere en prominentere rol moeten spelen in de discussie over marktautoriteiten die we onder andere vandaag aan het voeren zijn? Ook dit is een vraag die ik aan Van der Meulen wil voorleggen.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Jansen heeft aandacht gevraagd voor een aantal nadelen van de instelling van een college van toezicht, zoals vergrote bureaucratie en langere procedures. Nu leiden inderdaad de meeste probleemoplossingen die door juristen worden bedacht tot een grotere regeldichtheid, zelfs als men onder de vlag van deregulering te werk gaat, overigens niet een vlag die ik hier heb gehesen. Toch moet ik erop wijzen dat de door mij voorgestelde oplossing in de plaats zou komen van de interne bestuurlijke heroverweging. Een stuk van de tijd die we zouden verliezen, zouden we dus ook weer terugwinnen, zeker in relatie tot het alternatief van een, uitvoeriger dan de nu bestaande, goedkeuringsbevoegdheid voor de NMa jegens andere toezichthouders.

Bezorgd is Jansen over het ontstaan van internationale betrekkingen tussen bestuursorganen die niet over de boeg van de ministers van Buitenlandse Zaken lopen. Of en, zo ja, in hoeverre ministers en parlementen zich laten gebruiken voor het bij hamerslag sanctioneren van in de voornoemde betrekkingen bereikte overeenstemming, is overigens nog maar de vraag, maar ik erken dat het wenselijk is bepaalde samenwerkingsverbanden formeel te regelen en liefst a tempo.

Jansen geeft aan dat er in het strafrecht heel veel over internationale samenwerking is geregeld. Dat draagt ertoe bij dat de Europese Commissie een groter vertrouwen in het strafrecht begint te krijgen en aan nationale overheden wil voorschrijven zich van strafrechtelijke instrumenten te bedienen.⁴⁷ Als wij dat niet zo'n goed idee vinden, wordt het tijd te zorgen voor bestuursrechtelijke alternatieven. Dat zou dan overigens wel in internationale samenwerking moeten gebeuren.

Het 'Framework for European Regulatory Agencies' wordt in een van de noten bij mijn preadvies genoemd,⁴⁸ namelijk bij de passage waarin ik aangeef dat de vertaling

47. Vgl. A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, Europa en bestuurlijke handhaving. Trends en uitdagingen, in Europees strafrecht WODC 201, 2001, p. 68-80 (i.h.b. p. 70); Y. Buruma en J. Somsen, Een strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming, NJB 2001, p. 795-797; D. Comijs, Communautair strafrecht? NTER 2001, p. 269-270; O.J.D.M.L. Jansen, De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht – Enkele beschouwingen over het bestrafende deel daarvan, preadvies NJV in De Hullu/Bleichrodt/Jansen, Herziening van het sanctiestelsel, NJV 2002-1, p. 204-214. Het voorstel voor een 'Regulation on official feed and food controls', COM(2003) 52 final van 5 februari 2003 voorziet in een verplichting tot gebruik van strafrecht.

48. Preadvies voetnoot 22.

als ‘regelgevende autoriteit’ misschien wat problemen oplevert als in datzelfde document staat dat aan de betrokken autoriteit géén regelgevende bevoegdheid moet worden toegekend. ‘Regulatory’ is kennelijk toch iets anders dan ‘regelgevend’.

Natuurlijk moeten we de groeiende plaats van het Europese recht erkennen: Europees recht verticaal (wat er top-down vanuit Brussel op ons neerkomt) en ook horizontaal (het recht dat zich tussen verschillende maatschappelijke spelers binnen Europa aan het ontwikkelen is). Het zou niet de eerste keer zijn dat het uitrijpen van een onderwerp wordt vóórgegaan, en niet alleen maar gevolgd, door een bijeenkomst van de VAR!

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

Op één punt wil ik nog reageren. Ik stel de vergadering voor stelling 8 van Van der Meulen, ‘Het is wenselijk dat er een college van toezicht voor de marktautoriteiten komt,’ af te wijzen. Dit lijkt mij overbodige bureaucratie, en we hebben absoluut aan dit soort bestuursorganen geen behoefte, zeker nu de wetgevingsontwikkeling inhoudt dat de NMa in dezen het algemene toezicht verzorgt.

Dr. mr. drs. A.P.J. van der Eyden

Vooreerst complimenten aan de beide preadviseurs.

Het preadvies van Van der Meulen is boeiende lectuur over een lastig onderwerp. Graag zal ik er enkele opmerkingen over maken.

Allereerst iets over de term *marktautoriteiten*. In discussies die niet beperkt zijn tot die tussen bestuursrechtjuristen, roept deze term andere associaties op dan bedoeld door de preadviseur. Op allerlei markten zijn er veelsoortige marktautoriteiten. Om er enkele te noemen: de KNVB (voetbalmarkt), de marktmeester (veilingen), vakbonden en werkgeversverenigingen, ANWB, Ziekenfondsraad, inspecties, ISO-normenautoriteiten en sterrenautoriteiten (hotels). Hoewel deze wellicht minder welluidend is, zou ik als het om dragers van overheidsgezag gaat de term *publieke marktautoriteiten* willen introduceren. Er zijn immers private c.q. privaatrechtelijke en publieke c.q. publiekrechtelijke marktautoriteiten (bestuursorganen).

Er wordt op pagina 20 verwezen naar een NWO-studie waarin sprake is van een verandering in bestuurscultuur waarbij *independent regulators* deel uitmaken van een *shift in governance*. Omdat ik mezelf goed thuis voel in de meer codisciplinaire bestuurskunde permitteer ik mij enkele kritische kanttekeningen. Vooreerst de mode-term *governance*, al of niet met pleidooien voor regulering zonder overheid of met zo min mogelijk overheid. Ik ondersteun overigens het pleidooi om niet ál te vlot te zijn met zo maar minder regulering. Beursschandalen, geknoei van accountants in de VS, het uitbreken van SARS, onveiligheid, criminaliteit en wat al niet bewijzen onomstotelijk dat er overheidsregulering nodig is, met recht en wetgeving, om de *rule of law* tot gelding te brengen. Het grote nadeel van termen als *governance* is dat de verantwoordelijkheden van private actoren en actoren met overheidsgezag onvoldoende worden onderscheiden. Met het zo verleidelijke pleidooi om alles samen te doen, doemen coar-

rangementen in hybride structuren op, waarin de verantwoordelijkheden van private en publieke actoren ver te zoeken zijn. Ik stel voor een heldere indeling te hanteren in plaats van *governance: private management of society* (regulering via het marktmechanisme) versus *public management of society* (regulering door actoren met overheidsgezag).⁴⁹

Op pagina 20 en volgende ontvouwt de preadviseur vervolgens zijn visie op een ontluikende nieuwe bestuurs(rechtelijke) traditie. Hij stelt: 'De nieuwe visie hanteert economische wetten als sturingsinstrument.' Historisch gezien is dat al heel lang het geval, het is allerminst nieuw. We behoeven alleen maar het mercantilisme en colbertisme te noemen. Hoogstens is er nu sprake van een correctiebeweging ten opzichte van een doorgeslagen staatsinterventionisme.

Ik constateer dat er vrij algemeen tevredenheid heerst als er regels en procedures zijn waarin verantwoording wordt afgelegd. Mijn idee van een doorleefde rechtsstaat brengt evenwel mee dat actoren op het privaatrechtelijke en op het publiekrechtelijke speelveld van de maatschappij verantwoordelijk worden gehouden voor wat ze doen en voor wat ze niet doen. Bevordering van verantwoordelijkheid en niet alleen van verantwoording. Zowel politiek verantwoordelijke als ambtelijk verantwoordelijke actoren in het openbaar bestuur behoren er niet al te gemakkelijk vanaf te komen wanneer zij apert schade hebben berokkend aan de gemeenschap van belastingbetalers. *Naming and shaming* (paragraaf 4.2.6 op pagina 70 van het preadvies van Van der Meulen) is niet genoeg. Concreet: politici én ambtenaren moeten het in hun portemonnee voelen en niet alleen met ontslagneming gemakkelijk wegkomen (voorbeelden te over).

In de veelomvattende vijver van 'markt en overheid' voelt de preadviseur zich kennelijk als een vis in het water. Het gaat daarbij om allocatie van schaarse goederen en diensten, economie en recht, om macht en politiek, marktmisbruik, productieafspraken, regulering en management, en dat in een grensoverschrijdend transnationaal perspectief van de *global village*. Het is duidelijk een onderwerp dat ook de grenzen van wetenschappelijke disciplines overschrijdt. Het zal goed zijn als er één of meer gezamenlijke studiedagen worden georganiseerd door de VAR (bestuursrechtjuristen), de Koninklijke Vereniging voor Staatshuishoudkunde (economen) en de Vereniging voor Bestuurskunde (bestuurskundigen) om het boeiende onderwerp 'markt en overheid' verder uit te diepen, met name ook in het perspectief van de Europese Unie.

Mr. B.M.J. van der Meulen

Een hele serie interveniënten is Van der Eyden voorgegaan in complimenten. Ik besef ineens dat ik daarvoor geen enkele keer heb bedankt. De complimenten worden in dank aanvaard en zeer gewaardeerd.

Met de term *marktautoriteiten*, die ik overigens ook weer graag voor een betere geef, ben ik gekomen om van het in de praktijk vaak gebruikte begrip *toezichthouders* af te komen. Onder andere de NMa en de OPTA worden vaak toezichthouders genoemd, en ook in veel van de interventies is het woord *toezichthouder* gebruikt, bijvoorbeeld in

49. Zie mijn *Public Management of Society* (2003).

de allereerste van vanmorgen. De Ru verbond aan deze term in die eerste interventie een heel duidelijk begrip, dat echter naar mijn gevoel veel te eng is om aan te duiden waarover we vandaag spreken. Ik had behoefte aan een etiket waarmee je het ruimere begrip kunt vangen. Ik weet niet of ik met de term *marktautoriteiten* dat etiket precies heb gevonden, maar ik duid in ieder geval zeker ook op iets publiekrechtelijks.

Bij het woord *governance* heb ik niet heel sterke gevoelens, hoewel mijn eigen vakgroep in het Engels wordt aangeduid als de *Law and Governance Group*. Wat mij betreft mag *governance* een deel van de vraag zijn en daarmee veel varianten omvatten, als het antwoord in termen van *private management* en *public management* dan maar helder is. Ik kreeg in de pauze van Van der Eyden wat informatie over zijn boek, en ik begreep dat het boek zoveel informatie bevat, dat het niet binnen zijn kaft past, zodat het zelfs is verrijkt met een cd-rom.

In mijn preadvies heb ik gezegd dat een nieuwe bestuursrechtelijke traditie economische wetten hanteert als sturingsinstrument. Ik herinner mij dat ik het mercantilisme op school heb gehad, maar bij colbertisme durf ik niet onmiddellijk een beeld te hebben. Eerder vandaag is gesproken over de regeling van prijzen in herbergen. Zeker, economische ordening heeft een lange geschiedenis. De vraag of de overheid zich in de markt moet mengen of dat zij de markt vrij haar gang moet laten gaan, is al heel oud. Misschien ben ik een nieuwkomer in het veld, maar in mijn beleving is de gedachte dat de overheid het marktmechanisme in de hand neemt om daarmee de samenleving te ordenen toch enigszins een nieuwe visie op de wijze waarop de overheid de samenleving kan en zou moeten sturen.

Van der Eyden wil ambtenaren en politici hun zonden in de portemonnee laten voelen. Ik heb daarbij niet heel sterke gevoelens. Veel sterkere gevoelens heb ik bij rechtsherstel. Overheidsboeven hoeven wat mij betreft niet per se te worden gepakt; slachtoffers van overheidsfouten daarentegen mogen wat mij betreft zo veel mogelijk in hun bestuursrechtelijke en andere posities worden hersteld.⁵⁰

De VAR heeft al bij herhaling laten zien bereid en in staat te zijn samen met anderen boeiende discussies op te zetten. Van der Eyden doet de suggestie een gedachtewisseling met de Vereniging voor Staathuishoudkunde en de Vereniging voor Bestuurskunde te organiseren, een suggestie die ik van harte kan ondersteunen. Dit was voor een deel een dag van open vensters.

Dr. mr. drs. A.P.J. van der Eyden

Ik ben heel blij met de reactie van Van der Meulen. Overigens is de visie die hij nieuw acht historisch gezien echt niet nieuw, maar het zou nu te ver voeren daarop nader in te gaan. In ieder geval is het van groot belang dat ook interdisciplinair over het boeiende onderwerp 'markt en overheid' verder wordt gediscussieerd.

50. Zie in deze zin bijvoorbeeld mijn: Rechtsbescherming tegen politioptreden, Tijdschrift voor de Politie 1993, p. 96-99 en Het moet uit zijn met politiekachten, Algemeen Politieblad 1993, nr. 3, p. 7.

Stellingenprocedure

Voorzitter: Beide preadviseurs hebben acht stellingen ingebracht, maar niet over alle stellingen is vandaag uitgebreid gediscussieerd. We gaan er evenwel vanuit dat de aanwezigen de preadviezen grondig hebben bestudeerd, zodat we wel alle stellingen in stemming brengen.

Stelling 1 van Van der Meulen

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

Oordeel

Een meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 2 van Van der Meulen

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

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 3 van Van der Meulen

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

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 4 van Van der Meulen

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

Voorzitter: Het gaat hier dus niet om belanghebbenden in de zin van de Awb, maar ze vinden zelf wél dat ze een belang hebben.

Oordeel

Een grote meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 5 van Van der Meulen

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

Voorzitter: Hier wordt bedoeld op het voorontwerp vierde tranche Awb. Bevat het wetsvoorstel dezelfde formulering?

Verheij: Op dit moment nog wel, maar er zijn nog wat betrokken organen, zoals de Raad van State en het parlement, die er iets van mogen zeggen!

Voorzitter: De Raad van State is toch al geweest?

Van der Meulen: Er staat al een boek op de website van de Raad van State dat uit het advies citeert.⁵¹ We mogen dus aannemen dat het bestaat!

Voorzitter: Een boeiend gegeven. Die Raad van State toch! Stel dat de bedoelde bepaling ook in het wetsvoorstel komt te staan dat naar het parlement gaat; de stelling zou daarmee alleen nog maar aan belang winnen.

Oordeel

Een kleine meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn; veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Stelling 6 van Van der Meulen

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

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 7 van Van der Meulen

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.

Voorzitter: Hier gaat het om *détournement de savoir*. Je zou kunnen zeggen: soms moet zo iets gewoon mógen, maar dan zetten we in de wet onder welke voorwaarden het mag.

51. Bedoeld wordt B.J. van de Griend, Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering. Overigens is het een vergissing dat hierin wordt verwezen naar het Raad van State-advies. Er wordt slechts verwezen naar het voorontwerp.

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 8 van Van der Meulen

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

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 1 van mevrouw Ottow

Het huidige toezicht door de Minister van Economische Zaken voldoet niet aan de door de Kaderrichtlijn gestelde vereisten van onafhankelijkheid.

Oordeel

Een zeer kleine meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn; zeer veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Stelling 2 van mevrouw Ottow

Concurrentieregels op dynamische markten toepassen vereist beoordelingsruimte van de toezichthouder en de bevoegdheid tot (op eigen initiatief) pro-actief optreden.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 3 van mevrouw Ottow

Het economische marktordeningsrecht vereist een verfijnder gereedschap dan de algemene regels van de Awb.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 4 van mevrouw Ottow

OPTA dient een algemene, ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid te bezitten.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Stelling 5 van mevrouw Ottow

Het gebruik van handhavingsbevoegdheden strookt met de taken van een ex ante toezichthouder.

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 6 van mevrouw Ottow

Een rechterlijk verlot dient te worden ingevoerd voor het verrichten van een verificatie en het opleggen van handhavingsmaatregelen door een toezichthouder.

Oordeel

De vergadering spreekt zich over deze stelling niet uit, aangezien de stemmen blijken te staken.

Stelling 7 van mevrouw Ottow

De facultatieve bezwaarschriftenprocedure, zoals thans neergelegd in het zbo-wetsvoorstel, dient in de Telecommunicatiewet te worden overgenomen.

Oordeel

Een overgrote meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn.

Stelling 8 van mevrouw Ottow

In het kader van geschillenbeslechting door OPTA hebben de normen van het verbintenisrecht geen derogerende werking.

Oordeel

Een meerderheid blijkt het met de stelling eens te zijn; zeer veel aanwezigen onthouden zich van stemming.

Verslag van de secretaris over 2002

De algemene ledenvergadering

De jaarlijkse algemene ledenvergadering vond plaats op 17 mei 2002 in Utrecht. Het thema van de vergadering was 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad'. Het werd besproken aan de hand van preadviezen van mr. J.E. Hoitink, prof. mr. G.E. van Maanen, mr. drs. B.P.M. Ravels en prof. mr. B.J. Schueler (VAR-reeks 128). De vier preadviezen handelden over materiële aspecten van schadevergoeding in het bestuursrecht. Schueler benaderde het vraagstuk vanuit algemeen bestuursrechtelijk perspectief, terwijl Van Maanen de rechtspraak van de Hoge Raad als invalshoek koos (die, waar het de grondslag voor schadevergoeding betreft, ook voor het bestuursrecht van groot belang is). De andere twee preadviezen betroffen de schadevergoedingsregelingen en de daarin gekozen grondslagen voor vergoeding op het gebied van het omgevingsrecht (Hoitink) en de waterstaatszorg (Van Ravels). De preadviezen en de daarop door de preadviseurs gegeven toelichting leidden tot een levendige discussie. Ter afsluiting van de bespreking van de preadviezen is gestemd over een aantal stellingen van de preadviseurs. Het verslag van de discussie en de stemmingen is opgenomen in de VAR-reeks (nr. 129).

VAR-prijs 2001

Tijdens de jaarvergadering werd ook de VAR-prijs 2001 uitgereikt aan prof. mr. S.E. Zijlstra, hoogleraar bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, voor zijn Rotterdamse dissertatie 'Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat'. Tevens werd aan mr. N. Verheij, werkzaam bij het Ministerie van Justitie en de Universiteit Utrecht, een eervolle VAR-vermelding 2001 toegekend.

De prijs en de eervolle vermelding werden uitgereikt door de voorzitter van de jury, prof. mr. Willem Konijnenbelt, lid van de Raad van State en hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam. De jury bestond verder uit prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, hoogleraar aan de Universiteit Utrecht en mr. Th. G. Drupsteen, lid van de Raad van State.

Volgens het juryrapport combineert het proefschrift van de prijswinnaar een diepgaand grondslagenonderzoek met gedegen ambachtelijk juridisch handwerk. Het gaat over een zowel juridisch belangwekkend als maatschappelijk belangrijk onderwerp, uit het hart van het algemeen deel van het bestuursrecht. Het doet verslag van een grondig en gedegen onderzoek. In dit onderzoek is een schat aan bronnenmateriaal op zorgvuldige en evenwichtige wijze verwerkt. Het boek is bovendien vlot en leesbaar geschreven, aldus de jury.

De eervolle VAR-vermelding 2001 werd toegekend aan mr. N. Verheij wegens zijn diverse, bijzonder waardevolle bijdragen aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het bestuursrecht. Het juryrapport vermeldde met name drie publicaties van

Verheij uit de periode 1997 tot en met 1999: 'Vertrouwen op de overheid' (preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1997), 'Een eigen recht(er)' (VAR-preadvies 1999) en 'Van besluit naar voorde- ring? Vragen bij een Maastrichts bestuursprocesrecht' (opstel 1999).

De VAR-prijs wordt eens in de vier jaar toegekend voor een wetenschappelijke publicatie van ten minste 25 pagina's die een bijzonder waardevolle bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het algemeen deel van het Nederlands bestuursrecht en waarvan de auteur op het tijdstip van verschijnen ten hoogste veertig jaar oud was. Het was de zesde keer dat de prijs werd uitgereikt. De VAR-prijs 2001 heeft betrekking op de periode 1997 tot en met 2000. Aan de prijs is een geldbedrag van € 2500,- verbonden dat daarvoor traditioneel ter beschikking wordt gesteld door de Ministeries van Justitie en van Binnenlandse Zaken. De eervolle VAR-vermelding is een bijzondere jonge-auteurs-oeuvreprijs die in 2002 voor het eerst en misschien ook voor het laatst werd toegekend onder het motto 'wat niet verboden is dat mag, mits het redelijk en billijk is'.

De Jonge VAR

Op 22 november 2002 vond in Den Haag de eerste bijeenkomst plaats van de Jonge VAR, een jaarlijks te houden bijeenkomst die in het bijzonder is gericht op jongere VAR-leden. Het thema van de bijeenkomst was 'De vijfde tranche'. In drie preadviezen is verkend welke onderwerpen zich wel respectievelijk niet lenen voor opname in de Awb en op welke punten de Awb aanpassing zou behoeven. Marjolein Dieperink schreef een preadvies over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen. Tijn Kortmann behandelde de vraag of overeenkomsten in de vijfde tranche geregeld zouden moeten worden. Kees Bangma leverde een preadvies met de titel 'Bestuur en rechter in evenwicht'. De preadviezen stonden vanaf 1 november op de website van de VAR. Naar aanleiding van de preadviezen vond een levendige discussie plaats onder de ruim honderd aanwezigen, waarvan zeer velen ook de borrel na afloop bezochten. De ervaringen met de eerste Jonge VAR hebben doen besluiten om met deze nieuwe activiteit in de komende jaren beslist voort te gaan! Inmiddels zijn de preadviezen samen met een verslag van de bijeenkomst gepubliceerd in de nieuw gecreëerde Jonge VAR-reeks (nr. 1).

Studiemiddagen

Op 1 maart 2002 is in Utrecht een studiemiddag gehouden over het hoger beroep in het bestuursrecht. Inleidingen werden gehouden door prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht, mw. mr. R.H. de Bock, raadsheer in het gerechtshof te Leeuwarden, en mr. G.A. van der Veen, advocaat te Breda. Er waren ca. 100 deelnemers. Een verslag van de bijeenkomst is gepubliceerd in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB 2002, Afl. 6, p. 171-174).

Op 19 april 2002 is een studiemiddag gehouden over de bezwaarprocedure, eveneens in Utrecht. Inleiders waren prof. dr. M. Herweijer, hoogleraar bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen, mw. mr. drs. K.A.W.M. de Jong, docent bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam, en prof. dr. B.M.J. van der Meulen, hoogleraar recht en bestuur aan de Landbouwuniversiteit Wageningen. Er waren ongeveer 125 deelnemers. Van deze studiemiddag is geen verslag gepubliceerd.

Pleitwedstrijd

Op 15 mei 2002 is de jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd gehouden in Maastricht. De Vakgroep Publiekrecht van de Juridische Faculteit aldaar organiseerde de wedstrijd, waaraan zeven faculteiten deelnamen. Om tot een even aantal teams te komen, had Maastricht twee teams ingezet. Het was weer een spannende wedstrijd, die een verrassende uitslag kende. Waren het de laatste jaren vooral de VU en de UU die elkaar de hoogste eer betwistten, dit jaar eindigden deze teams respectievelijk als vijfde en vierde. De finale ging tussen de teams van de Erasmus Universiteit en van de Rijksuniversiteit Groningen. Hoewel volgens velen in de zaal de Rotterdammers een licht veldoverwicht hadden, meende de deskundige jury, die uit alle rechters bestond die ook al eerder op de dag hadden opgetreden, dat de Groningers met 20-18 een nipte overwinning hadden behaald.

Het Groningse team bestond uit Meryem Aksu, Gerben Pol, Rineke Prins en Gonny Meijering. Zij werden door de juryvoorzitter, de organisatie en de voorzitter van de VAR van harte gelukgewenst en twee dagen later, tijdens de VAR-jaarvergadering, gehuldigd. Het doet het VAR-bestuur deugd dat er weer eens andere teams aan de top van de ranglijst eindigden. Alle deelnemers van de wedstrijd in 2002 zijn inmiddels lid van de VAR, voor het eerste jaar op kosten van de vereniging.

Commissie rechtsbescherming

De Commissie, die tot taak heeft om met voorstellen te komen voor een nieuwe inrichting van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, is in 2000 van start gegaan en bestaat uit: prof. mr. J.E.M. Polak (voorzitter), mr. D. Allewijn, mr. E.J. Daalder, mr. Th.G. Drupsteen, mr. J.W. Ilsink, prof. mr. R.M. van Male, prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, mr. R.P.G.M. Niessen-Cobben, prof. mr. F.J. van Ommeren, prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. N. Verheij, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en mr. A.G.A. Nijmeijer (secretaris). De Commissie streeft ernaar om in de loop van 2003 met een voorstel te komen.

Het bestuur

In de vacatures van mr. Bruens, prof. mr. Bovens, mr. Feteris en drs. Pels Rijcken zijn respectievelijk benoemd: mr. H.J.M. Havekes, prof. dr. M. Herweijer, mr. N. Verheij en mr. B. Knieriem. Mr. F.P. Zwart is herbenoemd. De vacature die is ontstaan door het vertrek van mr. Oppenhuis de Jong is nog niet vervuld.

Samenstelling bestuur per 1 januari 2003

Prof. mr. 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. 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.

Financiën en ledental

Het ledental is licht gestegen (half maart 2003 werden 1325 leden geteld). De financiële situatie is goed.

De secretaris,
E.C. Drexhage

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. IJssink

Mr. B.C. Knieriem

Mr. E. Lisser

Mr. A.W.H. Meij

Mw. mr. W. den Ouden

Prof. mr. J.E.M. Polak

Mw. mr. S. Verhage

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)
XXXVI II	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 Duyné 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)
LXXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXXVI II	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)

LXXXI I	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht (1978)
LXXXI V	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten (1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwettmatig bestuur (1981)
LXXX VIII	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. Verstedden	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. Nicolai 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)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)