

Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden

Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten¹

prof. mr H.J. de Ru

Moeten Toezichthouders markten kunnen openbreken en direct kunnen ingrijpen in marktverhoudingen en de contractvrijheid? In de preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht, de VAR, wordt daarvoor gepleit. In deze bijdrage wordt betoogd dat een dergelijke stap naar een door toezichthouders centraal geleide economie op gespannen voet staat met het primaat van de uitgever in het Nederlandse staats- en bestuursrecht.

Toezicht is een vorm van overheidsbemoeyenis die weinig ingrijpend lijkt. Het overheidsingrijpen ligt immers al vast in regels en beleid en toezicht heeft alleen maar betrekking op de naleving daarvan. In de praktijk van het economisch bestuur heeft toezicht een belangrijke impuls gekregen door de opkomst van nieuwe toezichthouders, zoals de OPTA, de NMa, de DTe, de AFM en de Vervoerkamer. Deze instanties beschikken over bevoegdheden ten opzichte van marktpartijen. De vraag is hoever deze bevoegdheden kunnen gaan en hoe zij zich verhouden tot wet- en regelgeving.

Overheidsbemoeyenis 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 overheidsbemoeyenis 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, die zijn opgenomen in regelgeving.

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 experimentele vermenigvuldiging van regels.

Meer regels betekent meer toezicht. Toezicht is de jongste loot aan de boom van de overheidsbemoeyenis. Nieuwe toezichthouders hebben hun intrede gedaan. Het preadvies van Van der Meulen bevat een indrukwekkende lijst.²

Toezicht verschilt inhoudelijk sterk van toezichthouder tot toezichthouder maar ook per toezichthouder. Zo verschilt het toezicht door bijvoorbeeld de Onafhankelijke Post en

Telecommunicatie Autoriteit, OPTA, op post hemelsbreed van dat op telecom. Het belangrijkste verschil tussen post en telecom is dat postvervoer over de openbare weg gaat en telecom over speciale infrastructuur en post bij het wegvallen van het monopolie een “contestable market” is. Dienovereenkomstig vertonen de telecom- en postwetgeving onderling grote verschillen. De preadviezen gaan over 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 eerste preadvies, van Van der Meulen heeft als onderwerp: Marktautoriteiten, aanzet tot een interne rechtsvergelijking. Het biedt een fraai overzicht van instanties en vormen van toezicht. Het tweede preadvies, van Ottow heeft als titel: Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie en gaat over de bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkten. Het is controversieel omdat het pleit voor meer bevoegdheden van toezichthouders.

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, om te ondernemen, te kopen, te verkopen, te investeren, te desinvesteren en zelfs om failliet te gaan, ongeacht ieders verantwoordelijkheid voor de wet.

De overheid kan ingrijpen in deze vrijheid. Dat is in de preadviezen niet ter discussie. Ook is niet ter discussie met welke instrumenten zij dat doet. De preadviezen kijken er naar vanuit het algemene publiekrecht.

Het toezicht waar het over gaat heeft tot doel dat markten goed functioneren en dat de marktdeelnemers zoveel mogelijk in vrijheid kunnen handelen. Dat betekent dat die vrijheid als richtsnoer moet worden genomen bij het in leven roepen van regels voor toezicht.

De markt is nu eenmaal als ordeningsprincipe³ gekozen, in de woorden van Van der Meulen. 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 ongenaak-

Prof. mr H.J. de Ru is advocaat Allen & Overy en hoogleraar Vrije Universiteit Amsterdam.

¹ VAR, Vereniging voor bestuursrecht, Toezicht op markten, preadviezen van B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, VAR 130, Den Haag 2003.

² Preadvies Van der Meulen, p. 19 en hfst. 2.

³ Zie Van der Meulen, Preadvies, par. 1.2.1.

bare 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 stoeien 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 bundel 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 in het kader van het publiekrecht ook bespreekbaar. Toezicht als species van het publiekrechtelijk overheidshandelen. Maar van welk genus?

Toezicht en de trias politica

Uit een oogpunt van constitutioneel recht ontstaat dan de trias-vraag. Is toezicht van het genus wetgeving, van het genus bestuur of van dat van rechtspraak? Of is er sprake van een geheel nieuwe categorie?

Annetje 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 Ottow te weinig ruimte bij enerzijds wetgeving en anderzijds rechtspraak.

Het "legaliteitsbeginsel" waarnaar hier wordt verwezen houdt in, volgens Van Ommeren,⁴ dat verplichtende overheidsbepalingen moeten steunen op een wettelijke grondslag. Hierover zegt de HR in het Fluorideringsarrest:⁵

"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 aan personen buiten de overheid is een specifieke bevoegdheid nog nodig.

Kan een verruiming van doelstellingen van regelgeving betekenen dat een overheidsorgaan ook ruimere handhavingsbevoegdheden heeft, als door Ottow bepleit?⁶

Dat zou merkwaardig zijn. Immers, de doelstelling van de wet geeft het werkterrein van de wet aan en de reden 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 dan 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. Dat kan zijn: een last onder dwangsom, een boete of een aanwijzing. Of die terecht is gegeven 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 Ottow naast ruime doelstellingen van wetgeving óók ruimere bevoegdheden voor toezichthouders. Zij vraagt om "*flexibele normen en ruime bevoegdheden en toezichtinstrumenten voor OPTA*".⁷ Wat wordt daaronder verstaan? 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

Méér discretionaire bevoegdheden kunnen alleen ontstaan doordat vaker de clausele "naar het oordeel van" (in casu: van OPTA) in de wet komt te staan.⁸ OPTA heeft op dit moment *geen niet-specifieke bevoegdheden*, behalve de bevoegdheid tot geschilbeslechting als voorzien in de Tw.

4 De verplichting verankerd, De reikwijdte van het loyaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, Zwolle 1996.

5 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.

6 Preadvies Ottow, hfst. 19 en hfst. 2.

7 Preadvies Ottow, hfst. 3.

8 Preadvies Ottow, par. 3.4.3.

Het toevoegen van de clausule “naar het oordeel van” aan de bestaande specifieke bevoegdheden van 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 clausule ook niets toevoegen. OPTA heeft met name geen niet-gebonden vergunningverleningsbevoegdheden, dus waartoe zou de clausule dan nog kunnen dienen? Kennelijk alleen voor de geschilbeslechtsbevoegdheid, maar die geschiedt al “naar het oordeel van” zodat het voorstel niets toevoegt. Ik leid hieruit af dat Ottow met méér discretionaire bevoegdheden bedoelt: meer bevoegdheden die bovendien discretionair moeten zijn.

Ad (2), een algemene handhavingsbevoegdheid

Wat is een algemene handhavingsbevoegdheid? Volgens Ottow⁹ zou die *kunnen* worden afgeleid uit artikel 15.1 Tw, 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 werkterrein van de OPTA is afgebakend ten opzichte van dat van de Minister en van het Commissariaat voor de Media. In artikel 15.1 Tw is dus nog geen handhavingsbevoegdheid gegeven aan OPTA, laat staan een algemene handhavingsbevoegdheid, nog daargelaten wat die méér zou kunnen inhouden dan het opleggen van een last onder dwangsom, een boete enz.

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”¹⁰, zullen die verschillende bevoegdheden onderscheiden en gescheiden moeten worden.¹¹ In het toezicht van de reeds bestaande specifieke handhavingsbevoegdheden kan een algemene handhavingsbevoegdheid alleen maar een blanco overmacht zijn om hoe dan ook te handhaven. Met haar pleidooi voor een algemene handhavingsbevoegdheid treedt Ottow dus ver buiten het legaliteitsbeginsel.

Ad (3), ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid

Ottow bepleit een ambtshalve aanwijzingsbevoegdheid voor OPTA.¹² 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 daad-

werkelijk op de stoel van het ondernemingsbestuur gaat zitten. Bij de aanwijzing gebeurt echter hetzelfde. Kan 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 Awb daarop van toepassing.

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 Ottow die bevoegdheid later ook, zoals bij Ad (4) zal blijken, 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 die zonder meer in strijd is met het legaliteitsbeginsel.

Ad (4), algemene reguleringsbevoegdheid

Daarmee zijn we als vanzelf ook terecht gekomen bij de door Ottow bepleite algemene reguleringsbevoegdheid.¹³ Hoewel, bepleit? Volgens 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, HJdR] 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.” [onderstreping HJdR]

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 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.” [onderstreping HJdR]

9 Preadvies Ottow, par. 5.2.

10 Preadvies Van der Meulen, par. 1.4.

11 Idem, par. 5.1.

12 Preadvies Ottow, par. 5.3.

13 Preadvies Ottow, par. 6.5.

Het gaat mij bepaald te ver om te stellen dat het onvermijdelijk is dat OPTA over zou moeten gaan 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 noodzaak van het creëren van een algemene reguleringsbevoegdheid 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 OPTA algemene regels te laten stellen is hier gekoppeld aan de moeizame geschilbeslechtingsprocedure in de Tw, die 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 zogenaamde “nationale regelgevende instantie” ook door een rechter uitgeoefend zouden kunnen worden.

Mijn conclusie is, dat Ottow sympathie heeft voor meer vrijheden voor 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”.¹⁴ 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.¹⁵

Ik begrijp dat Ottow de bevoegdheden van OPTA als toezichthouder, die duidelijk gedefinieerd zijn (last onder dwangsom, boete enz.) wil opwaarderen tot die van een “regulator” door in de Tw zoveel 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 Ottow graag af, met behulp van de formule van “naar het oordeel van” en het ontwikkelen van beleidsregels.

Ottow bepleit 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 Ottow zou de minister overigens geheel buitenspel worden gezet.

Opmerkelijk is dat 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.¹⁶ Dit wordt in het algemeen gezien als aanleiding voor versoepeling van het toezicht. Ik laat even de vraag daar of de markt zich al zover heeft kunnen ontwikkelen dankzij of ondanks de volgens Ottow te geringe bevoegdheden van OPTA.

Van der Meulen gaat er van uit dat de toezichthouder past binnen de kaders van rechtsstaat en democratie en dat de bestaande kaders gerespecteerd worden.¹⁷

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 en vaststellen 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 niet bedoeld kan hebben) 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. Ook niet, omdat ik meen dat niet is aangetoond dat de ontwikkelingen in de telecommarkt en de postmarkt zo’n voorstel rechtvaardigen.

De conclusie is dat de aard van toezicht te weinig als uitgangspunt is genomen. Toezien op het naleven van door de wetgever gegeven regels is een bestuurlijke, uitvoerende aangelegenheid. Bij ruime delegaties van bevoegdheden van wetgeving en bestuur aan toezichthouders wordt ook de rechter buitenspel gezet. Daardoor zou toezicht een nieuwe, ongecontroleerde staatsmacht worden.

14 Preadvies Ottow, par. 3.6; hfst. 7.

15 Preadvies Ottow, p. 152.

16 Preadvies Ottow par. 2.2.1.

17 Preadvies Van der Meulen, hfst. 3.