

VU Research Portal

De Awb en het economisch orderingsrecht: een ontregelende relatie'
Steyger, E.

published in

Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb
2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Steyger, E. (2010). De Awb en het economisch orderingsrecht: een ontregelende relatie'. In W. den Ouden, J. Polak, & T. Barkhuysen (Eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* BOOM.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De Awb en het economisch ordeningsrecht: een ontregelende relatie

E. Steyger*

I Inleiding

In een artikel over het vijftienjarig bestaan van de Awb in relatie tot andere bestuursrechtelijk gereguleerde rechtsgebieden, bestaat de neiging te onderzoeken in hoeverre die rechtsgebieden beïnvloed zijn door de Awb. Wat heeft bijvoorbeeld het besluitbegrip of de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor effect gehad op het handelen van de wetgever en het bestuur op de bijzondere rechtsgebieden? Veel, zal het antwoord waarschijnlijk luiden.

Wanneer het gaat om het economisch ordeningsrecht, moet de vraag iets anders gesteld worden, namelijk: welke invloed heeft het economisch ordeningsrecht op de Awb uitgeoefend? Deze omkering van de vraagstelling heeft een aantal oorzaken.

Om te beginnen is het economisch ordeningsrecht in de vorm die wij nu kennen betrekkelijk jong. Hoewel economische ordening als zodanig van alle tijden is, dateert de meeste wetgeving waar wij die term mee verbinden, zoals de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet, de wetgeving betreffende het zorgverzekeringsstelsel¹ de Energiewetgeving, de Wet Handhaving Consumentenbescherming, uit het einde van de vorige, of het begin van deze eeuw. Dit is de periode waarin liberalisering van overheidssectoren een grote vlucht nam. Het gevolg van de liberalisering is dat dit 'nieuwe' economisch ordeningsrecht bedoeld is de markt te reguleren. Daardoor kregen de overheid en de uitvoerende entiteiten een andere positie. Ook de overheid moest zich, als toezichthouder, een nieuwe rol aanmeten.

Een tweede oorzaak is de achtergrond van veel van het economisch ordeningsrecht. Deze wetgeving heeft in veel gevallen haar wortels in het Europese Unierecht. En hoewel het Europese gemeenschapsrecht de nationale bestuursrechtelijke autonomie in beginsel niet aantast, betekent dit niet dat de invulling van het nationale bestuursrecht niet beïnvloed wordt door het gemeenschapsrecht. Daarbij wreekt zich dat de Awb tot stand is gekomen zonder dat met de tendens tot liberalisering of met het Europees gemeenschapsrecht rekening werd gehouden.

In dit artikel wil ik nagaan welke gevolgen de liberalisering van markten in het algemeen en de rol van het Europese recht hierbij in het bijzonder, heeft gehad bij

* Prof. mr. E. Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en advocaat bij Holla Poelman van Leeuwen te 's-Hertogenbosch.

1 Zorgverzekeringswet, Stb. 2005, 358; Wet Marktordening gezondheidszorg, Stb. 2006, 415.

de toepassing van de Awb en heeft geleid tot aanvullingen op of invullingen van de Awb.

Daarbij besteed ik primair aandacht aan de kernbegrippen van de Awb zoals het besluitbegrip en het begrip bestuursorgaan in het licht van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Vervolgens wordt de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de verplichting van bestuursorganen besluiten te herzien en de consequenties voor de herziening van uitspraken van de bestuursrechter besproken. Voorts ga ik in op de wijze waarop enerzijds regelgeving op communautair niveau en anderzijds spontane harmonisatie en spontane aanpassing van Nederlands recht naar aanleiding van het gemeenschapsrecht gevolgen heeft voor de toepassing van het Nederlandse bestuursrecht. De gebieden uit het economisch orderingsrecht die aan de orde komen betreffen overwegend het recht van gereguleerde markten en het mededingingsrecht.

2 Beïnvloeding van enkele kernbegrippen uit de Awb door het economisch orderingsrecht

Doordat veel begrippen die in de economische orderingswetgeving voorkomen hun oorsprong hebben in EG-richtlijnen, zijn de kernbegrippen uit de Awb niet altijd even goed toegesneden op het economisch orderingsrecht. De makers van de Awb hebben zich gerealiseerd dat het bestuursrecht zich moet aanpassen aan het Europese recht en niet andersom. Het gevolg is dat de begrippen uit beide rechtssystemen niet zonder meer op elkaar aansluiten. In dit licht is het opvallend dat het besluitbegrip in het Nederlandse en in het EG-recht een gelijksoortige ontwikkeling hebben doorgemaakt en zeer vergelijkbaar zijn.²

Het Awb-besluitbegrip heeft, misschien wel daardoor, weinig aanpassing nodig gehad naar aanleiding van het Europese recht.

Wel heeft het besluitbegrip in verschillende economische orderingswetten een ander karakter gekregen ten opzichte van de oorspronkelijke bedoeling van de Awb-wetgever. Gerbrandy beschrijft hoe de Rechtbank Rotterdam een klacht bij de NMa als een afwijzing van een aanvraag tot handhaving van de Mededingingswet als besluit kwalificeerde, terwijl dit in het algemene bestuursrecht niet het geval was, aangezien een 'klacht' algemeen als een klacht over een bestuursorgaan werd gezien.³

In de Telecommunicatiewet heeft het besluitbegrip, als gevolg van de Europese kaderrichtlijn⁴ eveneens een andere invulling gekregen, dan oorspronkelijk beoogd. In geschilbeslechtingsprocedures betreffende interoperabiliteit stelt de OPTA, een bestuursorgaan, de civielrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee partijen vast.⁵ De vaststelling van de juridische situatie tussen deze partijen is echter een besluit

2 Zie in dit verband H. Battjes, 'Het Awb- en communautaire besluitbegrip', in Barkhuysen, Den Ouden, Steyger, *Europees recht effectueren*, Kluwer, Deventer 2007, p. 47-72.

3 A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009, p. 175-193.

4 Artikel 3, Rl. 2002/21, Pb. 2002, L 108.

5 Voor een zeer precieze kwalificatie: A. Danopoulos, *Geschilbeslechting door de OPTA. Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2009, p. 125-213.

in de zin van de Awb. Hierbij wordt een gebruikelijke tweepartijen-relatie (privaat-privaat) dus een drie-partijrelatie (publiek-privaat met de tweede private partij als (derde)belanghebbende). Het is de vraag of het Awb-besluitbegrip in deze situatie het meest geëigende instrument is, of dat misschien voor een nieuw instrument had moeten worden gekozen.

Dit gebruik van het besluitbegrip in wat uiteindelijk civielrechtelijke geschillen zijn, heeft een onbedoeld effect gehad op de voorrang van het publiekrecht op het privaatrecht. In de zaak Mailmerge⁶ heeft de OPTA een geschil beslecht tussen TPG en Mailmerge, inzake de toegang tot de postbussen. TPG stelt tegen het besluit op bezwaar beroep in. Gedurende de periode dat het beroep aanhangig is, komen Mailmerge en TPG tot een overeenkomst. TPG verzoekt vervolgens OPTA het besluit op bezwaar in te trekken, zodat het niet onaantastbaar wordt. OPTA stelt zich op het standpunt dat door de afwijkende overeenkomst tussen TPG en Mailmerge aan het besluit op bezwaar zijn werking is ontnomen.

De rechtbank volgt de redenering van OPTA en oordeelt dat intrekking niet nodig is nu de rechtsrelatie tussen partijen primair door de later gesloten overeenkomst wordt bepaald.⁷ Dat het besluit onaantastbaar wordt en andere partijen en anderen zich er ten opzichte van TPG op kunnen beroepen (en dus dat TPG dus niet meer vrijelijk over de voorwaarden van een overeenkomst kan onderhandelen) blijft buiten beschouwing. Deze uitspraak, die overigens typerend is voor het gebrek aan coherentie tussen het besluitbegrip en het beslechten van privaatrechtelijke geschillen door een bestuursorgaan, heeft tot dusver geen vervolg gekregen. Ook in de Dienstenwet,⁸ die de Dienstenrichtlijn⁹ implementeert bleek een nieuwe invulling van het begrip besluit noodzakelijk. In artikel 51 is de verstrekking van inlichtingen in het kader van het waarschuwingsmechanisme betreffende dienstverrichters of dienstverrichtingen, die ernstige schade aan de gezondheid, veiligheid van personen of het milieu kunnen veroorzaken, gelijk gesteld aan een besluit. Dit was nodig omdat volgens vaste jurisprudentie verstrekking van informatie aan andere bestuursorganen niet als besluit in de zin van de Awb wordt aangemerkt.¹⁰ Ook hier voegt dus de bijzondere wet een invulling aan het besluitbegrip toe dat de definitie van 'besluit' in de Awb invult en in dit geval verbreedt. Het besluitbegrip zoals gedefinieerd in de Awb heeft in het economische orderingsrecht soms dus een onorthodoxe invulling nodig. Deze nieuwe invulling heeft echter niet geleid tot nieuwe procedurele vereisten in de bestuursrechtelijke rechtsgang.

Het begrip bestuursorgaan is eveneens door het Europese economische orderingsrecht niet gewijzigd maar wel beïnvloed. Deze beïnvloeding treft niet alleen B-organen (personen of colleges met openbaar gezag bekleed), maar ook A-organen. De invloed volgt dan ook minder uit de kwalificatie van een entiteit door gemeen-

6 Rb. Rotterdam, 12 augustus 2003, TPG v. OPTA (reg. Nr. *TELEC 02/168 MES*) niet gepubliceerd.

7 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de zaak Danopoulos, op. cit. noot 6, p. 201-204.

8 Wet van 23 december 2009, Stb. 2009, 616.

9 Richtlijn 2006/123, 12 december 2006, Pb. 2006, L 376.

10 Zie o.m. Vzr. Rb. Rotterdam, 24 december 2002, AB 2004/65; Vzr. Rb. Rotterdam, 10 januari 2008, AB 2008/122, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

schapsregelgeving en Europese jurisprudentie,¹¹ dan uit de materiële effecten van het mededingingsrecht op publiekrechtelijke organisaties.

Die materiële effecten volgen uit de functionele benadering van het Hof van Justitie bij het vaststellen of een mededingingsbeperking een verboden overeenkomst, besluit of gedraging moet worden geacht. Wanneer de overheid door bestuur of regelgeving een mededingingsbeperking oplegt, valt deze, in tegenstelling tot wanneer dit door een onderneming of een ondernemersvereniging gebeurt, in beginsel buiten de werking van het mededingingsrecht.¹²

De functionele benadering van het Hof levert echter op dat een publiekrechtelijke organisatie toch een mededingingsrechtelijke status kan krijgen. Het Hof kwalificeert in het arrest Wouters¹³ de, door de Advocatenwet ingestelde, Nederlandse Orde van Advocaten als een ondernemersvereniging, wier besluiten dientengevolge binnen het bereik van artikel 81 EG vallen. Dat de besluiten geen goedkeuring behoeven van een overheidsorgaan dat onafhankelijk is van de beroepsbeoefenaars¹⁴ maakt het feit dat de Orde een publiekrechtelijke status heeft en naar Nederlands recht een bestuursorgaan met verordenende bevoegdheid is, irrelevant. Ook hier wordt de inhoud van het begrip bestuursorgaan zoals dit in de Awb is neergelegd niet beïnvloed. De Orde, en andere soortgelijke publiekrechtelijke organisaties van beroepsbeoefenaars kunnen gewoon doorgaan met hun verordenende activiteiten. Ze moeten echter wel rekening houden met het mededingingsrecht en kunnen geconfronteerd worden met handhaving door zowel de Europese Commissie als de NMa.¹⁵ En daardoor, hoewel daar in de praktijk nog niet veel van blijkt, verandert hun status vrij sterk.¹⁶ Dit kan gevolgen hebben voor de verordenende bevoegdheid van de organen ingesteld door mogelijk de meest significante economische ordeningswet in Nederland: de Wet op de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie.

Ten slotte zijn de procedurele vereisten voor zowel de centrale als de decentrale wetgever sterk beïnvloed door de Dienstenrichtlijn, die vereist dat bij vergunningenstelsels als hoofdregel de zogeheten 'lex silencio positivo' wordt geïntroduceerd. Alleen wanneer het in het algemeen belang is mag de wetgever na

11 Deze verschilt niet veel van de Nederlandse definitie, zie E. Steyger, 'Awb en Europa, Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig', in Barkhuysen, Den Ouden, Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Kluwer, Deventer 2007, p. 16-18.

12 Dit is alleen anders wanneer de wetgever een mededingingsbeperkende gedraging oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen: zaak 13/77, GB-Inno-BM, *Jur.* 1977, p. 2115; zaak 267/86 Van Eycke, *Jur.* 1988, p. 4769; zaak C-185/91, Reiff, *Jur.* 1993, p. I-5801, punt 14; zaak C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, *Jur.* 1994, p. I-2517; zaak C-96/94 Centro Servizi Spediporto, 1995, p. I-2883;

13 Zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, p. I-1577.

14 Zaak C-35/99, Arduino, *Jur.* 2002, p. I-1529; recentelijk is een wetsvoorstel naar de Raad van State gestuurd dat goedkeuring van besluiten van de Orde door de minister introduceert, zie *NJB* 2009, p. 2068.

15 Zaak C-198/01, CIF, *Jur.*, 2003, p. I-8055.

16 E. Steyger, Awb en Europa, op cit. noot 11, Kluwer, Deventer 2007, p. 23-24.

termijnoverschrijding nog regelen dat een beschikking geweigerd is in plaats van (fictief) verleend.

Dit levert in de Awb een nieuwe paragraaf 4.1.3.3. op die, kort gezegd, bepaalt dat de regeling van de positief fictieve beschikking van toepassing is wanneer dit bij wet is bepaald. Volgens de Awb kan de wetgever zelf de keuze maken tussen de *lex silencio* en de nu geldende regeling. Deze facultatieve regeling bleek echter in strijd met de Richtlijn. Door middel van een amendement is vervolgens in de Dienstenwet een bepaling opgenomen dat het facultatieve karakter van paragraaf 4.1.3.3. aan vergunningstelsels voor dienstverrichting ontnemt en de *lex silencio* laat voorgaan.¹⁷ Deze vorm van regulering doet, zeker gezien de formulering van artikel 28 Dienstenwet, de overzichtelijkheid van het bestuursrecht geen goed. In dit geval is de ontregelende invloed van het economisch bestuursrecht echter aan de (bestuurs)wetgever zelf te wijten.¹⁸

3 Beïnvloeding van procedurele regels door het economisch ordeningsrecht

Naast de kernbegrippen staan ook de procedurele regels uit de Awb, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel van de onaantastbaarheid van besluiten en het bewijsrecht onder druk door Europeesrechtelijke invloeden op het economisch ordeningsrecht, met name in de agrarische sector.

De wijze waarop de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten worden uitgelegd is al lang een twistpunt. In het arrest *Affish*¹⁹ kwam aan de orde of een door de Commissie bij beschikking opgelegd importverbod voor visproducten uit Japan geldig was, nu de motivering naar de mening van de Nederlandse voorzieningenrechter de beschikking niet kon dragen.²⁰ Om die reden schortte de voorzieningenrechter de beschikking op. Het Hof oordeelde echter dat een algemene motivering, zoals de Europese Commissie aan haar beschikking ten grondslag had gelegd, acceptabel was. Uit dit arrest kwam een eerste indicatie dat, zodra bestuurshandelingen op communautair niveau in het geding zijn, de interpretatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt ingevuld door het Europese recht.

In het arrest *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*²¹ dat betrekking heeft op de intrekking en terugvordering van Europese subsidies, maakt het Hof dit oordeel expliciet:

‘Zoals echter in punt 40 van het onderhavige arrest is uiteengezet, schept artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 een verplichting voor de lidstaten om, zonder

¹⁷ Artikel 28 Dienstenwet.

¹⁸ Zie hierover uitgebreid het artikel van M.J. Jacobs elders in deze bundel.

¹⁹ Zaak C-183/95, *Jur.* 1997, p. I-4315.

²⁰ Zie o.m. R.J.G.M. Widdershoven, ‘Naar een bestuurs(proces)rechtelijk *Ius Commune* in Europa’, in: Steyger, Widdershoven, Meij, *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht*, *Varreeks* 116, Alphen a/d Rijn 1996, p. 175-181; E. Steyger, *Besturen in het Europese recht*, Sdu, Den Haag 2002, p. 18.

²¹ *Gev. zaken C-383/06 t/m C-385/06*, 13 maart 2008, *Jur.* 2008, nng, AB 2008/207, met zeer kritische noot Den Ouden.

dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren. Hieruit volgt dat aan het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel toepassing moet worden gegeven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht.'

Zodra in Nederland direct uitvoering wordt gegeven aan communautair bestuurs-handelen moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een communautaire invulling krijgen. Dat deze invulling mogelijk minder bescherming biedt dan onder de traditioneel Nederlandse uitleg het geval is, is voor het Hof niet relevant, nu het doeltreffendheidsbeginsel een dergelijke uitleg vereist.

Het arrest levert voor, bijvoorbeeld, de toepassing van het staatssteunrecht en het mededingingsrecht niet veel nieuws op. Een belangrijker vraag is of het reperkusies heeft voor de toepassing van *richtlijnen* in het individuele geval. Doordat de toepassing van richtlijnen in beginsel geschiedt volgens het nationale recht en de nationale rechter, is de toepassing van de in de Awb neergelegde algemene beginselen van behoorlijk bestuur daarmee verzekerd. In het algemeen heeft het Hof de neiging om de nationale toepassing van deze beginselen te respecteren, tenzij deze toepassing een communautair belang schaadt.²² In dat geval toetst het Hof ook ten aanzien van individuele gevallen het algemene beginsel concreet.²³ Een dergelijke toetsing kan leiden tot een, mogelijk voordeliger, maar ook nadeliger, interpretatie van het beginsel voor de burger dan onder het nationale recht.²⁴

Niet alleen de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen een communautairrechtelijke invulling krijgen, ook de bevoegdheid van het bestuur om besluiten te heroverwegen is geen puur nationaal ingevulde bevoegdheid meer. In het, in de literatuur uitgebreid besproken,²⁵ arrest Kühne en Heitz²⁶ oordeelt het Hof dat een bestuursorgaan dat naar nationaal recht bevoegd is terug te komen op een eenmaal genomen besluit, dat na een later arrest van het Hof in strijd blijkt te zijn met het gemeenschapsrecht, daartoe ook verplicht is, mits tot in hoogste instantie is geprocedeerd, geen belangen van derden worden geschaad, en betrokkene 'onmiddellijk' na kennisname van het arrest van het Hof een nieuwe aanvraag heeft ingediend. Hoewel er nog wat discussie is geweest over de vraag of, nu artikel 4:6 Awb alleen een 'heroverwegingsplicht' bevat,²⁷ het bestuursorgaan de vrijheid zou houden, wanneer aan alle voorwaarden uit het arrest is voldaan, om toch een negatief besluit te nemen onder verbeterde motivering, of dat er daad-

22 Zie o.m. J. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2, Awb en het Europese recht', in: Barkhuysen c.s. (red.), op. cit. noot 11, p. 73-92.

23 Zaak C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl, *Jur.* 2007, p. I-2749.

24 R.J.G.M. Widdershoven, 'Nationaal bestuursrecht in de Nederlandse rechtsorde', in: H. Koning, E.M.J. Crombag, *De autonomie van het bestuursrecht*, Boom Juridische uitgever, Den Haag, 2001, p. 217-218.

25 O.m. T. Barkhuysen, H.M. Griffioen, 'Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie. De zaak Kühne en Heitz nader beschouwd', *NJB* 2004, p. 2132-2140; noot van R.J.G.M. Widdershoven *AB* 2004, 58; N. Verheij, *Relatief onaantastbaar*, oratie Maastricht 2005 (niet gepubliceerd).

26 Zaak C-453/00, *Jur.* 2004, p. I-2749.

27 Annotatie N. Verheij bij dit arrest, *JB* 2004/42; J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, oratie Groningen: 2005, m.n. p. 24-27.

werkelijk een positief besluit moet worden genomen, kan op basis van het Europese recht redelijk veilig aangenomen worden dat die laatste verplichting bestaat. Of als gevolg van het bovenstaande ook een verplichting tot herziening van rechterlijke uitspraken op basis van artikel 8:88 Awb voor de nationale rechter kan worden aangenomen is minder zeker. In het arrest Kapferer²⁸ oordeelde het Hof dat er in elk geval geen verplichting uit eigen hoofde bestaat voor een rechter een in kracht van gewijsde gegane uitspraak te herzien, wanneer blijkt dat deze in strijd is met het gemeenschapsrecht.

Toch is er wel enige beweging ten aanzien van de wijze waarop er met gezag van gewijsde aangaande uitspraken wordt omgegaan door nationale rechters. In de zaak Lucchini²⁹ nam het Hof aan dat het gezag van gewijsde van een nationale uitspraak kan worden doorbroken wanneer de nationale rechter de communautaire bevoegdheid inzake het staatssteunrecht had overschreden. Deze uitspraak is door het Hof in de latere uitspraak Fallimento Olimpclub³⁰ als een zeer bijzonder geval gekwalificeerd.

In dit laatste arrest is, eveneens in Italië, door het Hof een regel ten aanzien van het gezag van gewijsde ten aanzien van belastingzaken doorbroken. Deze luidde dat voor elk belastingjaar over hetzelfde punt een nieuwe uitspraak kon worden ontlokt, ook al was daar al in een eerder geding door dezelfde partijen over beslist. Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat het gezag van gewijsde van vonnissen die dezelfde rechtsvraag betreffen ook geldt voor uitspraken over nieuwe belastingjaren, ook al dient de nieuwe procedure een ander doel. Het gevolg is dat, wanneer een vonnis eenmaal gezag van gewijsde heeft, het blijft gelden ten opzichte van een belastingplichtige, ook al was het desbetreffende vonnis in strijd met, bijvoorbeeld, Europees recht.

Het Hof oordeelt echter dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen deze regel betreffende het gezag van gewijsde, nu het de rechter, bij wie het nieuwe geding aanhangig is gemaakt, onmogelijk maakt om voor de nieuwe belastingjaren het gemeenschapsrecht wel juist toe te passen. Ik merk daarbij op dat dit oordeel niet afdoet aan het gezag van gewijsde over het jaar waarop de uitspraak betrekking heeft, dus heel revolutionair is de verschuiving niet.

Eén van de elementen waarover in de jurisprudentie tot dusver niet is geoordeeld is dat herziening van rechterlijke uitspraken op basis van artikel 8:88 Awb logisch zou zijn, nu de uitspraken van het Hof van Justitie in het algemeen declaratoir zijn, zeker als het gaat om de antwoorden op prejudiciële vragen. Immers daar gaat het om de uitleg of de geldigheid van het gemeenschapsrecht. Het gevolg is dat een uitspraak van het Hof niet als feit of omstandigheid daterend van ná de uitspraak kan gelden. Polak³¹ kwalificeert dit argument als 'spitsvondig' maar het lijkt hem 'weinig aannemelijk' dat de nationale bestuursrechter het zou volgen, omdat dan op zeer grote schaal afbreuk gedaan zou worden aan het gezag van gewijsde van

²⁸ Zaak C-234/04, *Jur.* 2006, p. I-2585.

²⁹ Zaak C-199/05, *Jur.* 2007, p. I-6199.

³⁰ Zaak C-2/08, 3 september 2009, *Jur.* 2009, nng.

³¹ J.E.M. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht: de Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter', in: Barkhuysen, Den Ouden, Steyger, op. cit. noot 12.

allerlei gedane uitspraken. Ik ben het met hem eens dat de Nederlandse bestuursrechter uit zichzelf niet zo ver zal gaan, maar dat kan anders worden nadat dit argument is voorgelegd aan het Hof van Justitie. Of het Hof zo ver zal gaan valt op basis van bovenstaande jurisprudentie niet te zeggen.

4 Spontane harmonisatie en spontane aanpassing van economisch orderingsrecht aan het EG-recht en de effecten op de Awb

Ook bij de zelfstandige invloed van het economisch bestuursrecht op de Awb is een sterke Europeesrechtelijke dimensie te zien. Voor een deel komt deze indirecte invloed van het Europese recht via spontane harmonisatie. Daarnaast zijn er de beleidsterreinen die buiten het bereik van het Europese recht vallen, maar naar Europese wetgeving gemodelleerd zijn, en tenslotte zijn er de beleidsgebieden waarvoor op communautair niveau een grensoverschrijdende regeling is getroffen die door de nationale wetgever voor interne situaties wordt doorgetrokken.³²

Het bekendste voorbeeld van spontane harmonisatie is uiteraard de Mededingingswet. Deze is materieel bijna geheel geënt op het Europese mededingingsrecht en beoogt ook een even strenge en even soepele toepassing als het Europese recht.³³

Een dergelijke toepassing impliceert dat het nationale procesrecht, in dit geval het bestuursprocesrecht, niet in de weg staat aan die gelijkaardige toepassing. En dit heeft gevolgen voor de toepassing van de Awb nu deze wet toch overwegend het procesrecht regelt.

De NMa en ook de rechtbank die de Mededingingswet toepast zal zich enerzijds aan het autonome nationale procesrecht moeten houden, terwijl het anderzijds gebonden is aan de Europese invulling daarvan. Dit heeft bijvoorbeeld gevolgen voor de wijze waarop het bewijsrecht wordt ingevuld, zeker nu zowel in het nationale bestuursrecht als het Europese recht de zogeheten 'vrije bewijsleer' geldt.³⁴

Hoewel de Mededingingswet nog altijd een autonoom Nederlandse wet is, en dus onderworpen is aan het bewijsrecht zoals dit in Nederland wordt uitgelegd, is de invloed van Europa onmiskenbaar. De rechtspraak van het Hof zou alleen betrekking moeten kunnen hebben op de artikelen 81 en 82 EG, maar zelfs dan is er bij spontane harmonisatie een directe relatie naar de nationale wet mogelijk. Zo blijkt uit het arrest *Mobiele Operators*³⁵ dat de prejudiciële vraag over de vaststelling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, met betrekking tot de toepassing van artikel 81 EG gevolgen heeft voor de toepassing van artikel 6 Mw op dit punt. Voor nationale rechters geldt vanaf nu dat wanneer aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging slechts één bijeenkomst ten grondslag ligt, er sprake is van een overtreding van artikel 81 EG. Nu artikel 6 Mw zowel verwijst naar de begrippen uit het Verdrag als naar de toepassing ervan moet het bewijs op dit punt volgens het arrest *Mobiele Operators* worden ingevuld.

32 Zie voor een omschrijving van het begrip 'spontane harmonisatie' E. Steyger, *Besturen in het Europese recht*, Sdu, Den Haag 2002, p. 23-29.

33 MvT Mw, TK 1995-1996, 24 707, no. 3 p. 10.

34 A. Gerbrandy, op. cit. noot 3, p. 86.

35 Zaak C-8/08, *Mobiele Operators*, 4 juni 2009, *Jur.* 2009, nng.

Dit relationele effect tussen artikel 81 EG en artikel 6 Mw wordt nog versterkt doordat het Hof niet altijd toetst of de mededingingsrechtelijke bepalingen uit het Verdrag überhaupt wel van toepassing zijn. Sterker nog, het Hof oordeelt dat prejudiciële vragen mogen worden beantwoord wanneer 'twijfels rijzen in het kader van de in het interne recht opgenomen verwijzing'.³⁶ In dat geval heeft de Gemeenschap er een duidelijk belang bij dat deze regels eenvormig worden uitgelegd door middel van een op een verzoek om een prejudiciële beslissing gewezen arrest van het Hof. In dit verband is overigens de vraag naar het 'openbare orde' karakter van artikel 6 Mededingingswet in relatie tot artikel 81 EG interessant, nu de Hoge Raad meent dat mogelijk artikel 81 EG van openbare orde kan worden geacht, maar artikel 6 Mw niet,³⁷ terwijl het Hof tot twee maal toe (laatstelijk in *Mobiele Operators*), artikel 81 EG van openbare orde acht.³⁸ Overigens, het standpunt van het Hof in ETI roept wel de vraag op of de hoogste nationale rechter in geval van twijfel van een spontaan geharmoniseerde wet ook verplicht is een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof. Het lijkt mij van niet en het lijkt mij zeker ook niet wenselijk.³⁹

De invloed van het Europese recht op het spontaan geharmoniseerde Nederlandse mededingingsrecht krijgt een extra dimensie doordat Vo. 1/2003⁴⁰ de handhaving van de artikelen 81 en 82 EG decentraliseert. Artikel 15 van deze Verordening heeft geleid tot een aantal nieuwe artikelen in hoofdstuk 10 van de Mededingingswet betreffende de mogelijkheid van de Raad van Bestuur van de NMa of de Europese Commissie als *amicus curiae* in een nationale procedure te interveniëren. Dit kan op verzoek van de bestuursrechter maar tevens uit eigen beweging. Op zichzelf is met name de laatste mogelijkheid al een vrij vergaande ingreep in de gebruikelijke bestuursrechtelijke procedure. Dit wordt nog versterkt doordat deze mogelijkheid niet alleen in een procedure betreffende het EG-mededingingsrecht geldt, maar ook voor een puur nationale aangelegenheid.

Bovendien is het voor de toepassing van de Awb relevant wat de positie van Raad of Commissie is, wanneer de rechter de gemaakte opmerkingen van Raad of Commissie negeert of, gemotiveerd, weerlegt. Zijn Raad of Commissie dan aan te merken als belanghebbende in de zin van artikel 1.2 Awb? Zij hebben er immers belang bij dat in een procedure het recht juist wordt toegepast. Of het belanghebbendenbegrip op een dergelijke constructie is toegesneden, is overigens nog maar de vraag. Immers de Europese Commissie noch de NMa valt binnen het klassieke begrip van belanghebbende en een concept zoals op Europees niveau geaccepteerd, dat de Europese Commissie altijd opmerkingen kan maken in een procedure bij het Hof bestaat niet in het Nederlandse procesrecht.⁴¹

36 Zaak C-280/06, ETI, *Jur.*, 2007, p. I-10893.

37 HR 16 januari 2009, NJ 2009/54.

38 Gev. zaken C-295/04–C-298/04, Manfredi, *Jur.* 2006, p. I-6619.

39 Zie voor de motivering hiervoor: E. Steyger, 'Spontane harmonisatie van materieel recht onder invloed van het Europese recht', *RegelMaat* 1999, p. 105-107. Zie in dezelfde zin Gerbrandy, op cit. noot 4, p. 492-495.

40 Pb. 2003, L 1, p. I-25.

41 Voor een analoge vraagstelling E. Daalder, 'De overheid als belanghebbende in strafzaken', *NTB* 2009, p. 14-15.

Het economisch bestuursrecht en daardoor de Awb wordt tevens beïnvloed door het Europese recht, doordat het zich modelleert naar wetgevingsmodellen die op communautair niveau zijn ontwikkeld. Zo vertoont ons zorgverzekeringsstelsel vrij markante gelijkenissen met het model dat op basis van Europese richtlijnen is opgenomen in de Telecommunicatiewet. Even los van de logische verschillen tussen de stelsels, is ook in het zorgverzekeringsstelsel sprake van geschilbeslechtsprocedures om de marktwerking op gang te brengen, van twee toezichthouders, de NMa als mededingings- en de NZa als sectorspecifieke toezichthouder, en van bevoegdheden van vooral die laatste die sterk overeenkomen met die van de OPTA. Hier zijn de mogelijkheden om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof over de inhoud van de bevoegdheden echter nihil. En toch kan de noodzaak daartoe wel gevoeld worden, zoals bij de bevoegdheid van artikel 48 WMG, het opleggen van ex ante maatregelen. Hierop kom ik hieronder terug. Tenslotte wordt het bestuursrecht beïnvloed door de introductie van publiekrechtelijk toezicht dat niet volgt uit Europese regels en ook niet als spontane harmonisatie is te kwalificeren, maar een gevolg is van verordeningen die grensoverschrijdend toezicht vragen terwijl op nationaal niveau de handhaving geen publiekrechtelijk karakter heeft.

Een voorbeeld hiervan is de Wet handhaving consumentenrecht.⁴² Nederland had tot 2006 geen publiekrechtelijke handhaving van het consumentenrecht, aangezien aangenomen werd dat consumentenwetgeving in het BW thuishoorde en privaatrechtelijke handhaving voldeed.⁴³ Onder invloed van Vo. 2006/2004, betreffende de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor, uitsluitend grensoverschrijdende, handhaving van de consumentenwetgeving, meende de wetgever dat een autoriteit in het leven moest worden roepen die ook binnenslands de consumentenwetgeving zou gaan handhaven.⁴⁴ Dit heeft geleid tot de oprichting van een Consumentenautoriteit die het handhaven van civielrechtelijke normen uit het BW als expliciete taak heeft.⁴⁵ Dit leidt er toe dat de bestuursrechter met het instrumentarium van de Awb deze handhaving, en daardoor de privaatrechtelijke normen zelf zal moeten gaan toetsen. Of dit nu ooit de bedoeling van de Awb-wetgever is geweest, waag ik toch te betwijfelen.⁴⁶

Spontane harmonisatie en het uitbreiden van het effect van economisch EG-recht heeft invloed op hoe de Awb moet worden toegepast. Nationaalrechtelijke concepten blijken door de directe invloed van het EG-recht een andere inhoud te krijgen. Daarnaast heeft uitbreiding van de werkingssfeer van secundair EG-recht soms tot gevolg dat de Awb gebruikt wordt voor doeleinden waarvoor zij eigenlijk niet geschreven is.

42 Wet van 20 november 2006, Stb. 2006, 591.

43 G. Betlem, P.R. Rodrigues, S.E. Zijlstra, 'Omkering van proceslast', *NJB* 1998, p. 1855-1863.

44 Ook de Kaderrichtlijn telecommunicatie sprak al over een consumentenautoriteit, zie mijn *Besturen in het Europese recht*, op. cit. noot 21.

45 Zie bijlage b WHC.

46 Zie ook S.E. Zijlstra, 'De Wet handhaving consumentenbescherming: wel een andere overheid, maar een iets minder bruikbare rechtsorde', *NTB* 2006, p. 314-315.

5 Het economisch bestuursrecht als autonome Nederlandse invloed

Naast de invloed van (spontaan) geharmoniseerd Europees recht op het economisch bestuursrecht en via die weg op de Awb, hebben het economisch bestuursrecht en de Awb ook zonder de Europese dimensie invloed op elkaar. Ik wees al eerder op de zaak Mailmerge.⁴⁷

Ook zijn er in een aantal economische wetten uitzonderingen opgenomen op de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In steeds meer wetten is een speciale regeling getroffen voor het beroepsrecht: of de Rechtbank Rotterdam is bevoegd met hoger beroep op het CBB,⁴⁸ ofwel er is een direct beroep bij het CBB in de bijzondere wet opgenomen.⁴⁹ Het verlangen naar gespecialiseerde rechters is begrijpelijk, maar het doorbreekt wel de eenheid van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Ook het Awb-belanghebbendenbegrip wordt hier en daar aangepast aan de situatie die de bijzondere wet beoogt te regelen. In artikel 105 WMG bijvoorbeeld, worden expliciet op landelijk niveau consumenten- en patiëntenorganisaties als belanghebbende aangemerkt voor die besluiten waar patiënten of consumenten belang bij zouden kunnen hebben. Ook in andere wetten worden collectiviteiten benoemd die als belanghebbenden voor verder onbenoemde groepen kunnen optreden.⁵⁰

Dat organisaties die bepaalde belangen behartigen als belanghebbenden worden aangemerkt, is op zichzelf niets nieuws. Artikel 1:2, derde lid, Awb voorziet expliciet in deze mogelijkheid. Het lijkt ook noodzakelijk, omdat in veel gevallen de individuele burger die geraakt wordt door de wet te weinig onderscheidend belang heeft om als belanghebbende in de zin van de Awb te gelden. Het lijkt er echter op dat de specifieke aanwijzing van organisaties die een collectief belang behartigen als belanghebbende in de bijzondere wet ook daadwerkelijk is bedoeld om het individu als belanghebbende uit te sluiten,⁵¹ nu de status van het individu zou zijn geborgd door het beroepsrecht van het collectief. Of dat zo is, is nog maar de vraag. In het kader van de Mededingingswet is nogal wat geprocedeerd over wie er als belanghebbende moesten worden aangemerkt. Waar klagers onder het EG-mededingingsrecht een redelijk ruime kans hebben om als belanghebbende te worden aangemerkt, hangt dit in het Nederlandse mededingingsrecht sterk af van de status van de klager. Een consument wordt niet als belanghebbende aangemerkt,⁵² een toeleverancier evenmin; er moet een meer specifiek belang bijkomen, zoals bijvoorbeeld een verstoring van de markt waarop de klager actief is.⁵³

47 Op. cit. noot 6.

48 Zoals o.m. op basis van de Mededingingswet en de Wet Handhaving Consumentenrecht.

49 Zoals o.m. op basis van de Telecommunicatiewet en de Metrologiewet.

50 Zoals consumentenorganisaties onder de Mw, zie wetswijziging Mw. 2007, EK 30071 B en C; zie ook artikel 82, vierde lid, Elektriciteitswet.

51 Die bedoeling lijkt de wetgever ook werkelijk te hebben. Zie de invoering van artikel 1:9 in de Crisis- en herstelwet die de beroepsmogelijkheden voor particulieren poogt in te perken, en voorgenomen wijziging van artikel 6:22 Awb.

52 Rb Rotterdam, 9 augustus 2001, Postbussen, LJN AB6591 en LJN AB6588. Zie over deze uitspraken in kritische zin: Gerbrandy op cit. noot 3, p. 158.

53 CBB, 21 maart 2006, Elektrobureau Vos vs. NMa, LJN AV6537.

De NMa merkte individuele fysiotherapeuten niet als belanghebbende bij de door hen ingediende klacht over misbruik van machtspositie (het opleggen van onbillijke contractvoorwaarden) door de ziektekostenverzekeraars omdat zij geen onderscheidend belang hadden en niet als concurrenten van de verzekeraars konden worden aangemerkt.⁵⁴ Naar de mening van de NMa was alleen de KNGF⁵⁵ als belanghebbende aan te merken. De Rechtbank Rotterdam⁵⁶ dacht hier anders over. Daar was wel een kunstgreep voor nodig. De rechtbank overwoog dat de markt waarop de ziekenkostenverzekeraars hun gedrag ontplooiden tevens de markt was waarop eisers als concurrenten van andere fysiotherapeuten met hun ondernemingen actief zijn. Vervolgens oordeelde de rechtbank: 'Aannemelijk is dat dergelijke gedragingen van zorgverzekeraars van invloed kunnen zijn op de concurrentieverhoudingen tussen de fysiotherapeuten en kunnen leiden tot verstoringen op de markt waarop eisers als individuele fysiotherapeuten hun activiteiten ontplooiën.' De gebruikelijke interpretatie van de Awb bleek hier niet voldoende.

Hoewel de verruiming van het belanghebbendenbegrip in deze specifieke omstandigheden vermoedelijk te danken is aan de aansluiting van de Mw op het EG-mededingingsrecht bestaan ook hier nog steeds afwijkingen tussen de twee systemen.⁵⁷ Maar hoe gaat de rechter oordelen, wanneer de bijzondere wet tot stand is gekomen zonder enige invloed van het EG-recht. Wat gebeurt er bijvoorbeeld wanneer een individuele beroepsbeoefenaar of een patiënt een verzoek tot handhaving indient bij de NZA op grond van de WMG. Hier is geen reden te vinden in het EG-recht om het belanghebbendenbegrip aan te passen.

Dit kan tot gevolg hebben dat beroepsbeoefenaren niet als belanghebbenden worden erkend wanneer zij de NZa verzoeken om gebruik te maken van de bevoegdheid neergelegd in artikel 48 WMG, de bevoegdheid om ex ante maatregelen tegen zorgaanbieders en zorgverzekeraars met een machtspositie. Het gaat hier, mits er sprake is van misbruik van machtspositie van deze spelers,⁵⁸ in feite om dezelfde bevoegdheid die de NMa heeft, namelijk het verbieden van misbruik van machtspositie. Het merkwaardige feit zou zich dan voordoen dat een individuele beroepsbeoefenaar wel belanghebbende is bij een verzoek tot handhaving bij de algemene toezichthouder en niet bij een verzoek met hetzelfde doel bij de sectorspecifieke toezichthouder.

Op zichzelf is het niet onlogisch dat de liberalisering van markten uitlokt tot het aanwijzen van collectieven die kunnen klagen bij toezichthouders, ook al worden daarmee individuen buiten de deur gehouden. Het hele idee van collectieve belangenbehartiging is altijd geweest om enerzijds het proces van protest te sturen en anderzijds de gezamenlijke individuen de mogelijkheid te bieden tegenmacht te organiseren tegen over het algemeen machtiger spelers op de markt. De oor-

54 Bouten e.a. vs. zorgverzekeraars, 8 februari 2006, zaaknummer 5236.

55 Koninklijk Nederlands Genootschap van Fysiotherapeuten.

56 Rb. Rotterdam, 5 februari 2007, *GJ* 2007/84.

57 Zie Gerbrandy, op. cit. noot 2, p. 159-160.

58 Als er geen sprake is van misbruik van machtspositie is deze bevoegdheid praktisch onbruikbaar, zie E. Steyger, 'Zorgautoriteit stelt maar weinig voor', *Financieel Dagblad*, 1 december 2005.

spronkelijke collectieve belangenbehartigers: vakbonden en brancheorganisaties functioneerden ook zo.

Het verschil tussen deze 'klassieke' collectieve belangenbehartigers en de nieuwe zoals de consumentenbond en patiëntenorganisaties is uiteraard de mate waarin deze laatste organisaties representatief zijn om die belangen te behartigen. Immers: een werknemer kiest er voor om lid te worden van een vakbond en er is nog keuze tussen verschillende bonden ook. Maar consument één je, evenals patiënt, en dat laatste heeft echt niets met vrije keuze te maken.

De vraag is dan ook of een bij wet aangewezen collectieve belangenbehartiger wel in staat is om het belang te behartigen van individuen die onvrijwillig in hun positie zijn beland en geen lid worden van de organisatie die (door de wetgever) bedoeld is hen te vertegenwoordigen. Daarnaast is het niet ongebruikelijk dat dit soort belangenorganisaties gesubsidieerd wordt door de overheid, omdat hun ledental niet in staat is om hen afdoende te financieren. Ik wijs in dit verband op de NPCF, die als collectieve belangenbehartiger voor patiënten en patiëntenorganisaties optreedt, gesubsidieerd wordt door het ministerie van VWS en voor dat ministerie ook projecten uitvoert, zoals bijvoorbeeld het aanvaardbaar maken van het elektronisch patiëntdossier in de samenleving. Het is maar de vraag of het NPCF of één van zijn lid-organisaties voldoende de bedoelde patiënten representeert en onafhankelijk genoeg is. Wanneer dan het gevolg is van het belanghebbendenbegrip in de Awb dat individuele patiënten niet gehoord kunnen worden door de NZa en de belangenbehartiger niet representatief is en mogelijk zelfs, vanwege de subsidierelatie verdacht, dan is er de stem van één partij op de geliberaliseerde markt die ontbreekt. En dat is de stem van de burger voor wie die liberalisering zo veel voordelen had moeten brengen.

6 Conclusie

Het economisch bestuursrecht met zijn huidige tendens tot liberalisering stelt eisen aan de Awb, waarvan nog niet zeker is of de Awb in staat is om die eisen waar te maken. In het verleden is wel geklaagd dat de Awb niet toegesneden is op het bestuursrecht van de geliberaliseerde markten,⁵⁹ waarop als reactie kwam dat beoefenaars van specifieke rechtsgebieden altijd de klacht van ontoereikendheid van de Awb hebben.⁶⁰

Wat daar verder van zij, uit het bovenstaande, zeker niet volledige overzicht, blijkt dat de Awb zelf weliswaar niet veel veranderingen heeft ondergaan door de liberalisering of deze nu wel of niet voortvloeien uit het Europese recht, maar dat de invulling van de centrale begrippen en de wijze van toepassing van de Awb wel degelijk op die geliberaliseerde markten moest worden aangepast. Dit betekent dat in bijzondere wetten aan de begrippen in de Awb en de toepassing van de wet een eigen invulling en betekenis is gegeven, en, wanneer dat niet is gebeurd, bestuurs-

59 A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie', in B.M.J. van der Meulen en A. Ottow, *Toezicht op markten*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2003, p. 135-231.

60 N. Verheij, Verslag van de algemene vergadering van de VAR, gehouden op 16 mei 2003 ter behandeling van de preadviezen van B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, p. 52-53.

rechters nogal eens hebben moeten afwijken van de in langjarige jurisprudentie gevormde standaardinterpretatie.

Het gevolg is dat niet zeker is hoe 'houdbaar' de Awb in zijn huidige vorm is. Als er teveel gedwongen constructies moeten worden ingevlochten in de wet zelf of in de interpretatie ervan, kan dit uiteindelijk opleveren dat een bijzondere wet naast de Awb noodzakelijk wordt geacht. Dan komt er een wet die meer toegesneden is op de bijzonderheden van de geliberaliseerde markten. Hoe erg dat is, is overigens de vraag. Het doet af aan de harmonisatie die in de laatste vijftien jaar in het bestuursrecht is bereikt. Als die eenheid echter alleen te behouden is door krampachtig vasthouden aan een verworvenheid die niet effectief genoeg is, is het misschien tijd voor verandering.