

Interactie bestuursrecht en mededingingsrecht

De rechten van de verdediging

mr O.W. Brouwer

De rechten van de verdediging is een onderwerp dat zich zelfs in een zeer uitgebreide publicatie nog niet bij benadering uitputtend laat behandelen. Toen de Vereniging voor Mededingingsrecht en de Vereniging voor Administratief Recht besloten op 27 november jl. een gezamenlijke studiemiddag te organiseren over procedures onder de Mededingingswet (Mw) en mij verzochten twintig minuten te willen spreken over de rechten van de verdediging, werd dan ook terecht voorgesteld de bijdrage te gieten in de vorm van een aantal stellingen waarover van gedachten kon worden gewisseld.

Rekening houdend met de beperkte ruimte voor deze bijdrage en recht doende aan deze opzet, is de onderhavige bijdrage beperkt tot een aantal algemene opmerkingen en een weergave van de op 27 november jl. – ten behoeve van de discussie – geformuleerde stellingen/aandachtspunten. Het is aan auteurs, balie en rechtspraak om aan dit alles handen en voeten te geven.

Rechten van de verdediging

Rechten van de verdediging zijn geen luxe of, hetgeen sommigen nog wel eens plegen te denken, een instrument van handige advocaten om 'vrijspraak' of een aantrekkelijk 'uitstel van executie' te verkrijgen. Het gaat om fundamentele rechten welke een pijler vormen van ieder rechtssysteem dat een rechtsstaat nastreeft. Het respecteren van rechten van de verdediging is tevens een minimumvereiste voor het verkrijgen van legitimatie en aanvaarding van gezag.¹ Een beroep op de rechten van de verdediging (of zelfs het onderste uit de kan halen wat de verdediging betreft) moet daarom niet worden aangemerkt als een negatieve daad of obstructie maar als een zaak welke het algemeen belang ten goede komt, ook al kunnen de gevolgen daarvan in individuele gevallen een zekere teleurstelling teweegbrengen.

Het behoeft geen toelichting dat rechten van de verdediging niet toekomen aan de mededingingsautoriteit (de NMa als bestuursorgaan) of aan de klagende partij (de partij die vraagt om toepassing van bestuursdwang), maar aan de partij die onderwerp is of wordt van onderzoek en mogelijk de geadresseerde zal zijn van een bezwarende beschikking. Deze terminologie 'bezwarende beschikking' laat zich wellicht inwisselen voor een nauwkeuriger dui-

ding, maar is bewust gekozen omdat men al gauw geneigd is rechten van de verdediging louter in verband te brengen met boetebeschikkingen in de zin van artikel 62 Mw terwijl het terrein ons inziens veel breder is (concentratiecontrole, afwijzing aanvragen ontheffing of toepassing artikel 25 Mw enz.).

Toepassingsfeer rechten verdediging

Een van de belangrijkste vragen betreft inderdaad de toepassingsfeer van de rechten van de verdediging. In de MvT Mw worden de rechten van de verdediging en de waarborgen van artikel 6 EVRM hoofdzakelijk, zo niet uitsluitend, in verband gebracht met boetebeschikkingen (dat wil zeggen de bestuurlijke boete). Dat is logisch maar onvoldoende omdat er zeker argumenten zijn aan te voeren om te stellen dat de 'criminal charge'-waarborgen ook dienen te gelden in de procedure welke kan uitmonden in de oplegging van een last onder dwangsom.² In dit verband dient met name ook bedacht te worden dat een last onder dwangsom in het kader van de Mw is gebaseerd op zodanig open en nader in te vullen verbodsnormen en zodanig kan ingrijpen in de bedrijfsvoering van een onderneming, dat het vermeende reparatoire karakter van de dwangsom nauwelijks meer een aanvaardbaar argument kan zijn om te stellen dat geen rekening hoeft te worden gehouden met de waarborgen van artikel 6 EVRM (denk bijvoorbeeld aan op grond van artikel 24 Mw gebaseerde verplichting om marktpartijen licenties te geven).

Daarenboven dient te worden benadrukt dat de overige algemene waarborgen van artikel 6 EVRM ook gelden zodra sprake is van een vaststelling van burgerlijke rechten.³ In geval van aanvragen om ontheffing of aanvragen ter verkrijging van een vergunning voor een concentratie

1 Zie onder andere L. Goossens, 'Concurrence et droits de la defense: la phase administrative devant la Commission', *Journal des tribunaux Droit Européen*, oktober en november 1998; 'A role for the defence in Community competition procedures', Congress organised on 25 and 26 November 1996 by the European Association of Lawyers, Bruylant Bruxelles 1997.

2 Zie voor andersluidend oordeel alsook voor overzicht van verschillende meningen ten aanzien van de vraag of de 'criminal charge'-waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn op bestuursdwang/last onder dwangsom: proefschrift van J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom*, W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 99 e.v.

3 Zie in dit verband met name het zeer heldere artikel van Denis Waelbroeck en Denis Fosselard, *Should the Decision-Making power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge? - The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures*, Yearbook European Law en Louis-Edmond Pettiti, *La Convention Européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Economica 1995.

mr O.W. Brouwer is compagnon bij Stibbe Simont Monahan Duhot, Amsterdam/Brussel.

Artikelen

is daarvan zeker sprake. Hetzelfde geldt wanneer in het kader van een ontheffing of vergunning voorschriften of beperkingen worden opgelegd (artikel 21 en 41 Mw).

Tenslotte doet zich de vraag voor welke waarborgen in acht dienen te worden genomen in geval van bijvoorbeeld contacten tussen NMa en andere autoriteiten (zoals DG IV Europese Commissie) of in geval van bijvoorbeeld zogenaamde informele zienswijzen van de NMa. Een interessant voorbeeld in dit verband is de vraag of besluiten van de D-G NMa waarin geen boete of dwangsom wordt opgelegd doch uitsluitend een juridisch oordeel wordt gegeven (dat wil zeggen een inbreuk wordt vastgesteld), voor bezwaar en beroep vatbare besluiten zijn in de zin van artikel 62 Mw respectievelijk artikel 1:3 Awb.⁴ Indien deze vraag in negatieve zin zou worden beantwoord, zouden dergelijke besluiten van de NMa louter informele zienswijzen zijn welke in het sociaal-economisch (en rechts)verkeer (materieel) evenwel een buitengewoon zware impact kunnen hebben (denk aan de burgerlijke rechter die met deze zienswijzen wordt geconfronteerd en/of aan de invloed van dit soort zienswijzen op onderhandelingsposities en/of contracten van partijen). Het is duidelijk dat ook hier rechten van de verdediging aan de orde zijn.

Bronnen

Een bijzonderheid en complicatie bij toepassing van de Mw is het gegeven dat men te maken heeft met een veelvoud aan bronnen/regelgeving wat de procedures en procedurele rechten aangaat: de Mw zelf, de Algemene wet bestuursrecht (Awb), de wet openbaarheid bestuur (WOB), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en, omdat de Mw op dezelfde leest is geschoeid en daarbij veelal aansluiting zoekt, ook wat procedurele rechten aangaat, de in het EG-mededingingsrecht ontwikkelde fundamentele rechten van de verdediging (zonder dat de procedure voor de NMa daarmee een Europese kloon is⁵). Deze hoeveelheid aan bronnen heeft onder andere tot gevolg dat eenzelfde resultaat vaak langs verschillende wegen verkregen kan worden. Zo kan het in de Awb en het bestuursrecht neergelegde vereiste van een zorgvuldige procedure al een inzage in stukken of een hoor en wederhoor vereisen dat ook voortvloeit uit artikel 6 EVRM en is erkend in het EG-mededingingsrecht (het is illustratief voor de verwarring welke een en ander kan veroorzaken dat bijvoorbeeld de adviesaanvraag Mw hoorplicht en zwijgrecht/cautieplicht uitdrukkelijk noemt als rechten welke voortvloeien uit respectievelijk EVRM en IVBPR, maar in de nota naar aanleiding van het verslag wordt gesteld dat deze rechten niet direct voortvloeien uit het EVRM, doch verbandhouden met de zorgvuldigheid van de procedure). Anderzijds zijn er verschillen (en zelfs 'kortsluitingen') tussen de waarborgen die deze verschillende bronnen verschaffen. De bottom-line is dat rechten van de verdediging fundamentele rechten zijn en een effectief en voldoende beschermingsniveau geëist mag worden. Waar-

uit dat niveau dient te bestaan zal in procedures bepaald moeten worden. In de mate dat de Awb c.q. het bestuursrecht niet voorzien in de waarborgen waar men aanspraak op mag maken, zal dit recht zich moeten aanpassen en toegepast moeten worden op een wijze welke alsnog de waarborgen verleent waarop de verdediging recht heeft.

Waarborgen in bestuurlijke fase

Naast de vraag van de toepassingsfeer van de rechten van de verdediging (welke waarborgen gelden al naar gelang men te maken heeft met een 'criminal charge', een vaststelling van burgerlijke rechten, een informele zienswijze enz.), is er de vraag naar de fase waarin deze waarborgen gelden.

In de adviesaanvraag aan de SER en de Commissie Economische Mededinging is destijds aangegeven dat in de Mw de waarborgen van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR niet alleen in de beroepsprocedure bij de rechter, maar ook in de bestuurlijke (voor-)fase gerespecteerd zullen worden. In de adviesaanvraag en in de MvT Mw zijn overwegend het recht gehoord te worden, het tijdig ter kennis brengen van en duidelijk omschrijven van de beschuldiging, de presumpctie van onschuld (en de daaruit voortvloeiende verdeling van de bewijslast), het zwijgrecht en de daarmee verband houdende cautieplicht, de (overigens) beperkte medewerkingsplicht, het recht van de verdediging op inzage van in beginsel alle stukken, de motivering van de boetebeschikking en de toetsing van de bestuurlijke boete in twee instanties, genoemd als direct uit deze bepalingen voortvloeiende waarborgen. Andere waarborgen vloeien voort uit o.a. (andere) fundamentele rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur.

De vraag of de waarborgen van artikel 6 EVRM al in de bestuurlijke voorfase gelden of uitsluitend in de daaropvolgende beroepsprocedure bij de rechter lijkt minder relevant in de mate dat in de Mw ervoor is gekozen deze waarborgen ook in de bestuurlijke fase in acht te nemen. Los daarvan ligt hier evenwel een serieus punt voor discussie waarbij met name ook van belang is de vraag of de toetsing van de beslissingen van de NMa door de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven wel voldoet aan de toetsing welke is vereist uit hoofde van artikel 6 EVRM. In hun zeer monumentale artikel concluderen D. Waelbroeck en D. Fosselard dat het zeer twijfelachtig is of de toetsing in mededingingszaken van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG voldoet aan deze vereisten.⁶ Wie hun (zeer steekhoudende) argumenten transplanteert naar de toetsing door de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep van beslissingen van de NMa zal die toetsing met spanning tegemoet zien.

4 Zie in dit verband F.C.M.A. Michiels, 'Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming', AA 47 (1998) 7/8 695.

5 Zie M. van der Woude, 'De procedure voor de NMa: zeker geen Europese kloon', M&M 1998, p. 84-90.

6 Op.cit. in voetnoot 3.

Artikelen

Overzicht procedurele rechten verdediging

Indien wij de rechten van de verdediging definiëren als het geheel c.q. het samenstel van procedurele rechten dat de verdediging dient te genieten, levert een lijstje van de belangrijkste rechten van de verdediging in Mw-procedures ongeveer het volgende op:

- 1 recht op bijstand gemachtigde/advocaat (artikel 2:1 Awb);
- 2 geen verificatie/betreding van plaatsen en inzage van gegevens zonder rechterlijk bevel?⁷ (artikel 5:15 Awb; artikelen 52 en 54 Mw; artikel 8 EVRM);
- 3 geen onbeperkte medewerkingsplicht/zwijgrecht (artikel 5:20 Awb; artikelen 53 en 69 lid 2 Mw; quid artikel 43 Mw?; artikel 14 lid 3, onder g, IVBPR en artikel 6 lid 1 EVRM);
- 4 legal privilege en geheimhouding uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift (artikel 51 Mw; artikel 5:20 lid 2 Awb);
- 5 presumptie van onschuld en bewijslast bestuursorgaan (artikel 6, lid 2 EVRM en MvT artikel 56, lid 3 Mw; artikel 76 Mw);
- 6 duidelijke omschrijving van de aard en de reden van de beschuldiging ('criminal charge') (artikel 6, lid 3 onder a, EVRM en artikel 59 Mw);
- 7 het fundamenteel recht gehoord te worden ten aanzien van alle zaken en op alle momenten om te kunnen spreken van een eerlijke en deugdelijke procedure (afdeling 4.1.2 Awb en onder andere artikel 60 Mw);
- 8 het fundamenteel recht op inzage van stukken c.q. het dossier van de NMa (zie onder andere artikel 3:11 Awb bij openbare voorbereidingsprocedure en artikel 3:22 bij uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure; artikel 60, lid 2 Mw).
- 9 ook overigens (actief) alle noodzakelijke waarborgen scheppen voor een eerlijke procedure waarin is voldaan aan het vereiste van gelijkheid van wapens (artikel 6 EVRM);
- 10 beslissing binnen redelijke termijn/verjaring (artikel 6 EVRM; artikel 64 Mw);
- 11 vertrouwelijke behandeling van zakengeheimen c.q. vertrouwelijke gegevens (onder andere artikel 18 Mw, artikel 35 Mw);
- 12 recht op deugdelijke motivering, waaronder met name begrepen toelichting op de berekening van de boete (artikel 57 lid 2 en artikel 62 lid 2 Mw; artikel 79 Mw);
- 13 toetsing in twee instanties (artikel 14, lid 5 IVBPR).

Uit het bovenstaande volgt al dat er veel voer voor discussie is ten aanzien van elk van deze rechten: Wat houden zij precies in? Ten aanzien van welke voornemens en/of standpunten en/of beslissingen en/of zaken kunnen deze rechten in stelling worden gebracht? Op welk moment en tot aan welk moment kunnen ze worden ingeroepen? In welke mate behoeven organisatie en/of procedure van de NMa aanpassing om deze rechten op efficiënte en effectieve wijze te waarborgen? Wat is het (rechts)gevolg van een

schending van een of meer van deze waarborgen?

Men zal bij de beantwoording van deze vragen steeds in het oog moeten houden binnen welk 'procedureel traject' een beroep op deze waarborgen wordt gedaan, omdat ieder procedureel traject zijn eigen doel, materiële toepassingsvoorwaarden, procedureel kader – waaronder begrepen bewijspositie en bewijslastverdeling – en karakteristieken heeft. Zo kan het gaan om: toezicht of onderzoek, een aanvraag om ontheffing, de vaststelling dat een vergunning vereist is voor een concentratie, een aanvraag om vergunning voor een concentratie, een (verzoek om) informele zienswijze, de vaststelling van een inbreuk zonder oplegging van een boete of last onder dwangsom, het opleggen of wijzigen van voorschriften of beperkingen in het kader van een ontheffing of concentratievergunning, een verlenging van een ontheffing, oplegging van een boete of last onder dwangsom, wijziging of intrekking van een last onder dwangsom (artikel 66 Mw), invordering van boete (artikel 67 Mw), oplegging van een voorlopige last onder dwangsom (artikel 83 Mw), een (weigeren van een) verklaring (artikel 25 Mw), gebruik van gegevens (artikel 90 Mw), verstrekking van gegevens of inlichtingen aan buitenlandse instellingen of een ander bestuursorgaan (artikel 91 Mw), samenwerking met de Europese Commissie (informereren, overleg, inzage stukken/rapporten/uitwisseling informele standpunten/correspondentie), relaties/samenwerking met andere nationale mededingingsautoriteiten, of informatie respectievelijk mededeling van standpunten aan de burgerlijke rechter enz.

Ten aanzien van vele van deze rechten van de verdediging is, wat de toepassing van de Mw aangaat, de beschikkingenpraktijk van de NMa en de (daaruit voortvloeiende) rechtspraak nog niet eens begonnen, laat staan uitgekristalliseerd. Het zal een stap-voor-stap ontwikkeling zijn, welke hopelijk vlotter zal verlopen dan de ontwikkeling van de rechten van de verdediging in het EG-mededingingsrecht (de Europese Commissie heeft lange tijd de rechten van de verdediging genegeerd, de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft pas in een betrekkelijk laat stadium, toen duidelijk werd dat de boetes steeds hoger werden, aan deze rechten de inhoud en het gewicht toegekend welke zij verdienen).

Stellingen

Mede tegen de achtergrond van het voorgaande werden op 27 november jl. de volgende stellingen/aandachtspunten naar voren gebracht, om over van gedachten te wisselen.

1 Wat de rechten van de verdediging aangaat, zijn

- 7 Het gaat het kader van de onderhavige bijdrage te buiten dit punt nader uit te werken. Vermeld zij slechts dat er goede argumenten zijn om te menen dat een voorafgaand rechterlijk bevel vereist is voor een verificatie/onderzoek bij een onderneming gelet op de Funke- (zaak A/256 A,B,C en D (1993)) en Chapell- (zaak A/152 (1989)) en Niemetz- (zaak A/251 (1992)) rechtspraak van het Europees Hof.

A r t i k e l e n

het EVRM en het IVBPR sterk bepalend. De in het EG-mededingingsrecht gedefinieerde c.q. uitgewerkte rechten van de verdediging gaan op enkele punten mogelijk verder bij het toekennen van waarborgen, maar op andere (belangrijke) punten voldoet de EG-mededingingsrechtprocedure ons inziens niet aan de vereisten van het EVRM. Het laat zich moeilijk aanzien dat bij de toepassing van het nationale mededingingsrecht (of bij een decentrale toepassing van het EG-mededingingsrecht), niet tenminste de in het EG-mededingingsrecht ontwikkelde rechten van de verdediging in acht zouden worden genomen. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat (ook) het EG-mededingingsrecht wat de rechten van de verdediging aangaat, nog steeds onderhevig is aan veranderingen en verbetering behoeft. Een voordeel van toepassing van het mededingingsrecht door de NMa is de mogelijkheid van toetsing van de procedure aan het EVRM.

2 De destijds al door de Commissie Economische Mededinging, de Raad van State en in de literatuur geuite bezwaren tegen het onderbrengen van zowel toezicht/onderzoek als sanctieoplegging bij een en dezelfde autoriteit (onder verwijzing naar stelsels waar dit niet het geval is, bijvoorbeeld België), blijven actueel. Er is een onvoldoende waarborg voor onafhankelijkheid. De verdere verzelfstandiging van de NMa lost dit probleem niet op. In Brussel geldt hetzelfde bezwaar. Een fundamenteel bezwaar blijft voorts het gegeven dat, met name in geval van boetebeschikkingen of oplegging van een last onder dwangsom, de (materieel) verwerende partij als eiser moet optreden in de beroepsprocedure en het sanctieopleggende orgaan de hoedanigheid van verwerende partij krijgt aangemeten. Hoe zou men het strafrecht ervaren indien het Openbaar Ministerie na opsporing en onderzoek de straf zou kunnen bepalen en opleggen, en vervolgens in de procedure bij de rechter verwerende partij was?⁸

3 Ondernemingen dienen onmiddellijk te worden ingelicht indien er een klacht tegen hen is ingediend bij de NMa.

4 Indien de NMa voornemens is een boete en/of last onder dwangsom op te leggen moet de verwerende partij gehoord worden over de hoogte van de boete en/of inhoud van de last welke de NMa voornemens is op te leggen. De Europese Commissie zou ditzelfde moeten doen (in de punten van bezwaar).

5 Men dient niet uit het oog te verliezen dat de in artikel 6 neergelegde eis van een eerlijk proces (eerbiediging van de rechten van de verdediging, gelijkheid van wapens, recht op een contradictoir debat, geen onrechtvaardige bewijslast of bewijslastverdeling, behandeling binnen redelijke termijn) niet alleen geldt in geval van sanctiebeschikkingen maar ook bij vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. De betreffende waarborgen dienen ook in acht te worden genomen bij het vaststellen van inbreuken zonder sanctieoplegging, in procedures betreffende aanvragen om (resp. afwijzing van) ontheffing of vergunning enz. De door de NMa gevolgde procedure bij

afwijzing van ontheffingen blijkt nogal te variëren (onder andere al naar gelang de NMa voornemens is een sanctie op te leggen). Indien de NMa naast de afwijzing van een ontheffing tevens een rapport opstelt, zal in het oog dienen te worden gehouden dat de rechten van de verwerende partij om binnen een redelijke (dat wil zeggen voldoende) termijn schriftelijk en mondeling te reageren op het rapport volledig blijven gewaarborgd. In een aantal zaken lijkt niet, dan wel niet adequaat, te zijn voldaan aan de hoorplicht (zie ook artikel 4:7 Awb).

6 Het recht op inzage in het dossier van de mededingingsautoriteit is een fundamenteel recht van de verdediging (gelijkheid van wapens, inhoud geven aan hoorplicht). Alle stukken/gegevens welke in het kader van een zaak zijn ontvangen of vergaard door de mededingingsautoriteit dan wel anderszins van belang kunnen zijn voor de verdediging of een rol spelen in de zaak, dienen in het dossier te worden opgenomen. Van mondeling overleg met andere instanties of met derden in het kader van de behandeling van de zaak, zou tenminste melding moeten worden gemaakt in het dossier. Er dient een uitputtende en duidelijke lijst te worden verstrekt van deze stukken. Van vertrouwelijke stukken dient een niet-vertrouwelijke samenvatting te worden gemaakt. Het recht op inzage in het dossier geldt niet alleen in geval van voorgenomen sanctieoplegging maar ook in procedures betreffende concentratiecontrole, aanvragen ontheffing (denk in dit verband ook aan mogelijkheid opleggen voorschriften en beperkingen), wijziging/intrekking last of ontheffing enz. (zie in dit verband ook de uitgangspunten vermeld in de mededeling van de Europese Commissie inzake toegang tot het dossier, welke procedure evenwel nog steeds niet volmaakt is). Recht op inzage uit hoofde van een eerlijk proces kan niet op één lijn worden gesteld met toegang tot informatie of documenten uit hoofde van openbaarheid van bestuur. De inhoud van het recht op inzage, de aanvang en het einde van het recht op inzage, alsook de gevolgen van een schending van dit recht (kunnen) variëren al naar gelang het doel en onderwerp van de procedure.

7 Contacten en/of samenwerking tussen NMa en civiele rechter bergen het gevaar in zich van een dubbele schending van de rechten van de verdediging: schending van de gelijkheid van wapens in de procedure voor de rechter en schending van de rechten van de verdediging in de procedure voor de NMa (eenzelfde gebrek kleeft aan de overigens niet van de grond gekomen samenwerking tussen DG IV/Europese Commissie en nationale rechter). Toch zullen contacten en een vorm van samenwerking onvermijdelijk zijn vanwege de exclusieve bevoegdheden van de NMa. Voorzichtigheid, transparantie en volle eerbiediging van het recht gehoord te worden zijn ten zeerste geboden.

8 Zie in dit verband bijvoorbeeld Giuliano Amato, *A European Cartel Offence?*, Lecture given during the eighth session on 26 June 1997 at the Academy of European Law, European University Institute, Florence.