



Mededinging & bestuursrecht

Voorlopige last onder dwangsom: nieuw bestuurlijk snelrecht?

mr P.J.M. Koning

De keuze van de wetgever de Mededingingswet bestuursrechtelijk te handhaven, heeft niet alleen geleid tot het binnenwaaien van enkele 'klassieke' bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten, zoals de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete, maar tevens tot de introductie van een relatief nieuw instrument: de voorlopige last onder dwangsom (VLOD). De vraag kan worden gesteld of dit nieuwe instrument toekomst heeft.

Bestuurlijk snelrecht

Artikel 83 Mw verklaart de d-g NMa bevoegd tot het opleggen van een *voorlopige* last onder dwangsom. Het algemene bestuursrecht kent deze figuur niet, evenmin als wetten op de verschillende terreinen van bijzonder bestuursrecht, zoals milieurecht, ruimtelijke-ordeningsrecht en socialezekerheidsrecht. Toch zijn er wel enige verbanden te ontdekken tussen de VLOD en de klassieke bestuursrechtelijke handhavingfiguren. Zo kan de VLOD worden getypeerd als een bijzondere variant van de 'gewone' last onder dwangsom. Het specifieke is dat de VLOD bedoeld is voor spoedeisende situaties. In zoverre zou gesproken kunnen worden van bestuurlijk snelrecht. Daarmee lijkt de VLOD deels op de bevoegdheid van een bestuursorgaan om in zeer spoedeisende situaties bestuurs-

dwang toe te passen, dat wil zeggen de bevoegdheid van een bestuursorgaan om zo nodig zelf feitelijk in te grijpen in bestaande (illegale) situaties (artikel 5:24 lid 5 en lid 6 Awb).

Een bestuursorgaan dat over de bestuursdwangbevoegdheid beschikt (de d-g NMa beschikt overigens niet over deze bevoegdheid) kan in zeer spoedeisende gevallen onmiddellijk (doen) optreden, zonder begunstigingstermijn en zelfs nog voordat de beslissing op papier is gezet en/of bekend is gemaakt. Dit betekent dat zonder (kenbaar) besluitvormingstraject, laat staan inspraak, tot daden kan worden overgegaan, wellicht zelfs op grond van een voorlopig oordeel van het bestuursorgaan.

De procedure op grond van artikel 83 Mw is in zoverre snel dat de VLOD kan worden opgelegd zonder dat eerst de rapportprocedure van de Mededingingswet hoeft te worden gevolgd (respectievelijk voltooid). Voorts treedt een VLOD onmiddellijk in werking. Artikel 63 Mw (schorpende werking van rechtsmiddelen) is niet van toepassing. Deze versnelling in de besluitvorming wordt – wat daarvan ook zij – niet over de hele linie doorgezet. Zo dient de d-g NMa zijn voornemen een VLOD op te leggen vooraf schriftelijk en gemotiveerd aan de belanghebbenden voor te leggen en hun gelegenheid tot inspraak te bieden (artikel 84 Mw). Voorts moet de geadresseerde een begunstigingstermijn worden gegund gedurende welke hij de last kan uitvoeren zonder dwangsom te verbeuren (artikel 5:32 lid 5 Awb).

De wetgever heeft niet voorzien in de mogelijkheid vooruitlopend op deze procedurestappen (waarmee – zeker bij oppositie – al snel meerdere dagen gemoeid zullen zijn) conservatoire maatregelen te treffen. Derhalve lijkt een onmiddellijke bestuursrechtelijke handavings(re)actie van

mw. mr P.J.M. Koning is advocaat te Amsterdam. Deze bijdrage is deels gebaseerd op een tekst van haar hand in: P.J.M. Koning en N.U.N. van den Heuvel-Kien, *Formeel mededingingsrecht*, een boek over de procedurele – bestuursrechtelijke – aspecten van het mededingingsrecht dat in de loop van de zomer van 2000 verschijnt bij Elsevier bedrijfsinformatie.

de d-g NMa op een overtreding van de Mededingingswet nagenoeg uitgesloten.

Zo voorlopig als het kwartje van Kok

De 'voorlopigheid' van de VLOD betreft niet de last of de dwangsom zelf, maar het *oordeel* van de d-g NMa dat sprake is van een overtreding.¹ Op basis van dit voorlopige oordeel wordt de last onder dwangsom opgelegd. Deze *last* is definitief.² Wanneer zij niet wordt nageleefd, worden dwangsommen verbeurd. Deze kunnen ook dan worden geïnd wanneer de d-g NMa in de rapportprocedure – die hij in relatie tot de VLOD als een bodemprocedure beschouwt³ – tot het oordeel mocht komen dat de gedraging terzake waarvan de VLOD is opgelegd, geen overtreding oplevert.

Communautaire achtergrond

De wetgever heeft zich bij het opstellen van artikel 83 Mw duidelijk laten inspireren door het communautaire mededingingsrecht. Alleen lijken daar een aantal aspecten net iets anders te liggen dan in het Nederlandse (bestuurs) recht.

Verordening 17 kent in artikel 3 lid 1 aan de Commissie de bevoegdheid toe maatregelen te nemen. Dat daaronder ook 'voorlopige' maatregelen vallen, is niet met zoveel woorden bepaald. Het Hof heeft in 1980 echter geoordeeld⁴ dat dit laatste wel in die bepaling moet worden gelezen. Volgens het Hof kan nodig zijn dat een beschikking waarbij een inbreuk wordt vastgesteld, wordt voorafgegaan door preliminaire maatregelen, met name wanneer de inbreuk belangen van bepaalde lidstaten schendt, schade toebrengt aan ondernemingen of het mededingingsstelsel van de Gemeenschap onaanvaardbaar in het gedrang brengt. Voorkomen moet dan worden dat tijdens het onderzoek onherstelbare schade wordt veroorzaakt die aan de nog te nemen Commissie-beschikking elk nuttig effect zou ontnemen.

De bevoegdheid van de Commissie voorlopige maatregelen te treffen, is niet automatisch gekoppeld aan de oplegging van dwangsommen. De Commissie *kan* op grond van artikel 16 Verordening 17 aan een (voorlopige) maatregel een dwangsom verbinden. Uit haar beschikkingenpraktijk blijkt dat een voorlopige maatregel zeker niet altijd hand in hand gaat met een dwangsom. De bevoegdheid van de d-g NMa een voorlopige last op te leggen is *wel* onlosmakelijk gekoppeld aan oplegging van een dwangsom. Dit maakt de nationale adaptie van de communautaire, conservatoire maatregel tot een minder subtiele sanctiefiguur. Naarmate dat leidt tot terughoudend gebruik, verschuift het probleem van toepassing van mededingingsrecht in spoedeisende situaties van de deskundige d-g NMa naar de – inzake mededingingsrecht – minder deskundige burgerlijke rechter in kort geding.⁵ Tegen deze achtergrond ware de wetgever aan te bevelen (de evaluatie van de Mededingingswet kan daarvoor een aanknopingspunt bieden) de d-g NMa meer armslag te geven door aan de bevoegdheid aan een voorlopige maatregel dwangsommen te verbinden

een discretionair karakter toe te kennen.⁶ Dat zou de d-g NMa de mogelijkheid geven het opleggen van dwangsommen te reserveren voor omstandigheden die daar in het bijzonder om vragen (bijvoorbeeld wegens recidivegevaar).

Inhoud

Ingevolge artikel 83 lid 2 Mw verplicht een VLOD een natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding voorshands kan worden toegerekend, om in de last omschreven feitelijke gedragingen of rechtshandelingen te verrichten of juist na te laten. De strekking van de last is daarmee niet beperkt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding. Laatstgenoemde benadering zou overeenkomen met artikel 58 lid 1 Mw en met de voorlopige maatregelen die de Commissie doorgaans formuleert. Deze zijn vooral gericht op het voorshands ongedaan maken van de overtreding dan wel het voorkomen van een verdere overtreding of herhaling.

De tekst van artikel 83 lid 2 Mw opent ruimere mogelijkheden. Zij sluit niet uit dat de d-g NMa een minder vergaande last oplegt, bijvoorbeeld dat tot een bepaalde datum bepaalde (rechts)handelingen worden nagelaten.⁷ Uit de gepubliceerde besluiten ex artikel 83 Mw lijkt naar voren te komen dat de mogelijkheid minder ingrijpende conservatoire of instructiemaatregelen op te leggen, door verzoekers noch de d-g NMa wordt overwogen. Telkens wordt uitgegaan van een voorlopige maatregel gericht op beëindigen van de overtreding.

- 1 Van artikel 6 of 24 Mw. Een VLOD kan niet worden opgelegd in geval van overtreding van andere bepalingen uit de Mededingingswet zoals artikel 34 Mw inzake het concentratieverbod of van de Awb zoals artikel 5:20 lid 1 inzake de medewerkingsplicht.
- 2 Hetzelfde geldt voor de last onder dwangsom die in een civiel kort geding kan worden opgelegd.
- 3 Besluit van 25 februari 1999 zaak 803 Edipress vs. Audax.
- 4 HvJ EG 17 januari 1980, Camera Care, 792/79 R, Jur. 1980, p. 119.
- 5 Vaak wordt in de literatuur over het Witboek van de Commissie betreffende de modernisering van de regels inzake toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (Pb. EG 1999, C 132/1), de kritiek geuit dat de burgerlijke rechter niet voldoende zou zijn toegerust voor de zelfstandige toepassing van het mededingingsrecht.
- 6 De mogelijkheid een zeer lage dwangsom op te leggen (bijvoorbeeld 1 gulden) is geen alternatief, omdat daarvan een onjuist signaal uitgaat. Het Nederlandse bestuursrecht kent een vergelijkbare figuur in de bevoegdheid van de burgemeester om in geval van ernstige wanordelijkheden bevelen te geven ter handhaving van de openbare orde (artikel 175 Gemeentewet). Deze zogenaamde noodbevelen worden als zeer ingrijpend gezien, hoewel zij (buiten artikel 184 Sr) niet zijn voorzien van een specifiek handhavingmechanisme zoals de dwangsom. Zie B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen*, diss. VU, Deventer 1993.
- 7 Vergelijk de casus in het besluit van 12 oktober 1998 van de d-g NMa, zaak 490 (klacht Bookbridge vs. PTT Post). PTT Post had toegezegd de postbusnummers van gebruikers die niet wensten te betalen, niet voor 1 november 1998 uit te geven aan derden. Indien PTT Post deze toezegging niet had gedaan, zou denkbaar zijn geweest dat de d-g NMa hetzelfde bij VLOD zou hebben opgelegd.

Toepassing

De d-g NMa voert een zeer terughoudend beleid.⁸ Hij meent – in afwijking van de tekst van de wet – dat een VLOD per definitie zeer ingrijpend is en daarom slechts in aanmerking komt in uiterst klemmende situaties. Doorgaans hanteert hij het volgende afwegingskader:

‘Het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom door de d-g NMa is in beginsel een diep-ingrijpende maatregel. De Mededingingswet gaat er dan ook van uit dat een dergelijke maatregel met de grootste zorgvuldigheid wordt voorbereid. (...) De d-g NMa stelt zich op het standpunt dat slechts om zwaarwegende redenen op de resultaten van deze zorgvuldige besluitvorming vooruit kan worden gelopen. De vraag of zich zwaarwegende redenen voordoen die ertoe nopen op de resultaten van het onderzoek vooruit te lopen door het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom, moet telkens worden beantwoord met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij kunnen, niet vooraf volledig in aantal en gewicht in te schatten, variabele factoren een rol spelen. Deze factoren zullen met name zwaarwegende redenen als hier bedoeld opleveren indien het tijdsverloop dat met de normale procedure is gemoeid naar verwachting tot gevolg zal hebben dat de op basis van die procedure naar verwachting te treffen maatregel niet meer ten volle het daarmee beoogde effect zal hebben, waardoor het belang van de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in het algemeen of van de door de overtreding getroffen onderneming(en) in het bijzonder, in ernstige mate wordt getroffen. De naar verwachting te treffen maatregel kan het beoogde effect in het bijzonder missen wanneer intussen onomkeerbare gevolgen zijn ontstaan.’

Van een onomkeerbaar gevolg is volgens de d-g NMa in elk geval sprake wanneer een onderneming definitief van de markt wordt verdrongen indien niet direct een voorlopige last onder dwangsom wordt opgelegd.⁹

De d-g NMa heeft slechts eenmaal een VLOD opgelegd.¹⁰ In andere zaken is dit consequent afgewezen op de grond dat geen sprake was van ‘onomkeerbare gevolgen’. Zo zal volgens de d-g NMa over het algemeen onrechtmatig veroorzaakte financiële schade niet onomkeerbaar zijn. Ook wanneer de klagende onderneming over alternatieven beschikt, zoals het kunnen aanspreken van andere leveringsbronnen, betekent dat in het algemeen dat er geen sprake is van onomkeerbare gevolgen.¹¹ In één zaak merkt de d-g NMa nog op dat de verzoeker niet alles had geprobeerd om hetgeen hij verzocht op een andere wijze gedaan te krijgen. Hiermee doelde de d-g NMa op de mogelijkheid van een kort geding bij de civiele rechter (De Telegraaf vs. NOS/HMG).

Evaluatie

Kan de d-g NMa bogen op bestuurlijk snelrecht? Wanneer de mogelijke varianten die de VLOD biedt worden afgezet tegen de wijze waarop de d-g NMa van zijn bevoegd-

heid gebruikmaakt, wordt duidelijk dat de VLOD nog niet ten volle wordt uitgebuit.

De wetgever heeft de figuur een ingrijpender karakter gegeven dan gelet op het Europeesrechtelijke voorbeeld nodig zou zijn. De d-g NMa interpreteert haar bovendien ingrijpender dan de wetgever nodig heeft gemaakt. Het ziet er voorts naar uit dat de d-g NMa een dermate terughoudend beleid voert dat de mogelijkheden die de VLOD in zich draagt niet tot ontwikkeling (kunnen) komen. Wanneer deze situatie ongewijzigd blijft, lijkt de VLOD als een minder geslaagd experiment in de vergeetelheid te raken. Dit valt te betreuren.

Wellicht dat een beleidswijziging van de d-g NMa geïnitieerd zou kunnen worden wanneer aanvragers van een VLOD (klagers) bij de d-g NMa uitdrukkelijk zouden wijzen op de mogelijkheid om een minder verstrekkende en ingrijpende conservatoire maatregel te treffen (en wanneer dat mogelijk is met concrete suggesties te komen) in plaats van een last die er reeds op voorhand toe strekt een overtreding te beëindigen.

8 Jaarverslag, p. 26 en 46. De d-g NMa lijkt bij voorkeur te vermijden een uitspraak te doen over de vraag of prima facie sprake is van een overtreding. Dit is begrijpelijk aangezien zo'n uitspraak invloed kan hebben op de positie van partijen en van hemzelf in het vervolg van de procedure.

9 Vergelijk besluit van 26 juni 1998, zaak 89, NWI vs. PCM en De Telegraaf.

10 Besluit van 11 augustus 1998, zaak 803, Edipress vs. Audax.

11 Zie bijvoorbeeld zaak 89, NWI vs. PCM en De Telegraaf (besluiten van 27 februari 1998 en 26 juni 1998).