

Verslag discussie studiemiddag 'Bestuursrecht en mededingingsrecht'

mr P.P.J. van Ginneken

De Vereniging voor Mededingingsrecht organiseerde op 27 november 1998 in samenwerking met de Vereniging voor Bestuursrecht de studiemiddag 'Bestuursrecht en mededingingsrecht'. De studiemiddag werd geopend door mr C. de Gooijer, president van het CBB. Tijdens de studiemiddag werden drie voordrachten ten beste gegeven. mr A.T. Ottow sprak over de positie van de klager c.q. belanghebbende. mr O.W. Brouwer gaf een voordracht over de positie van de verdediging. mr E. Steyger behandelde de Europeesrechtelijke invloed op de Nederlandse rechtsbescherming. mr drs B.M.J. van der Meulen ten slotte sprak over enige bestuursrechtelijke keuzen ten aanzien van de toepassing van de Mededingingswet (Mw). Op de studiemiddag werd naar aanleiding van de voordrachten een discussie gehouden onder leiding van mr P. Glazener, voorzitter van de Vereniging voor Mededingingsrecht, met een panel bestaande uit prof. mr F.C.M.A. Michiels, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU, prof. mr R.J.G.M. Widdershoven, Jean Monnet-hoogleraar Europees bestuursrecht te Utrecht en prof. mr H.J. De Ru, advocaat te Amsterdam en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU. De teksten van de verschillende voordrachten zijn in dit tijdschrift te vinden. Hieronder volgt het verslag van de discussie die plaatsvond naar aanleiding van de voordrachten.

mr P.P.J. van Ginneken is advocaat bij Loeff Claey's Verbeke te Amsterdam.

Bijdragen panelleden

Na de vier voordrachten heeft Michiels het begrip belanghebbende, zoals dat in het licht van de bestuursrechtelijke handhaving van de Mw dient te worden opgevat, nader besproken. Volgens Michiels dient, om vast te stellen of iemand een belang heeft dat hem belanghebbende maakt, vooral te worden gekeken naar de situatie op de relevante markt. Voor het hebben van voldoende belang dient de beweerdelijk belanghebbende op deze markt te opereren. Door het besluit, waar hij beweerdelijk belanghebbende bij is, dient hij vanwege zijn positie op de relevante markt te worden getroffen. De situatie op de relevante markt is vervolgens van belang om te bezien of de positie van de beweerdelijk belanghebbende zich onderscheidt van de positie van andere spelers op die markt. De kring van belanghebbenden kan zich bijvoorbeeld bezwaarlijk tot honderden spelers uitstrekken.

Vervolgens heeft Michiels zich uitgesproken over de plaats van de informele zienswijzen van de NMa in het bestuursrecht. Men kan zich afvragen of dit voor beroep vatbare besluiten zijn. De 'lijn' van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de laatste tien jaar ten aanzien van wat een zelfstandig appellabel rechtsoordeel is, is volgens Michiels zonder meer chaotisch te noemen. Bij informele zienswijzen van de NMa zal per geval dienen te worden bepaald of het een appellabel besluit betreft aan de hand van de vraag of het niet aanmerken als appellabel besluit partijen zou dwingen tot ofwel een mogelijk overbodig verzoek om een beschikking of het nemen van het risico van overtreding en daarmee een sanctieprocedure.

Artikelen

Widdershoven heeft gereageerd op het pleidooi van Brouwer voor toepassing van het EVRM (en het IVBPR) in procedures op grond van de Mw. Volgens Widdershoven heeft de jurisprudentie van het EHRM voor wat betreft de rechten van de verdediging niet meer te bieden dan die van het HvJ, zoals Brouwer suggereert. De jurisprudentie van EHRM en HvJ lijken op elkaar maar in een procedure op grond van de Mw heeft de verdediging uiteindelijk meer aan de jurisprudentie van het HvJ. Zo kent het HvJ het zwijgrecht reeds in de toezichtfase en heeft het HvJ uitwerking gegeven aan het 'legal privilege'. Bovendien is het toepassingsbereik van de rechten van de verdediging in de jurisprudentie van het HvJ ruimer dan in de jurisprudentie van het EHRM. Het verdedigingsrecht is in de jurisprudentie van het HvJ niet beperkt tot hetgeen wordt beschermd door artikel 6 EVRM, maar strekt zich ook uit tot ontzettingprocedures.

Vervolgens heeft Widdershoven nog een enkele opmerking gemaakt over het inwinnen van advies bij de NMa door de burgerlijke rechter. Dit zou dienen te worden gekwalificeerd als een deskundigenadvies. De deskundigenprocedure zou dan ruimte kunnen bieden voor verdediging. Hierdoor kunnen situaties worden ondervangen zoals in de zaak Wij Special Media/VNU (Pres. Rb. Amsterdam, 23 juli 1998). In deze zaak stelde de president 'prejudiciële' vragen aan de NMa. De NMa heeft zelf bij de beantwoording van de vragen van de president wel een vorm van hoor en wederhoor toegepast. De zaak is vervolgens geroyeerd.

Tenslotte heeft Widdershoven gereageerd op de kritiek van Steyger op vage sanctienormen die nader kunnen worden ingevuld door de Europese rechter. Widdershoven wijst erop dat er rekening dient te worden gehouden met het beginsel van niet-terugwerkende kracht. In deze refereert hij aan het Pikmeer II-arrest.

Als laatste panellid heeft De Ru op de voordrachten van de drie sprekers gereageerd. De Ru heeft, in een reactie op de voordracht van Steyger, erop gewezen dat de wetgever wellicht heeft gewenst dat er aansluiting plaatsvindt van de Nederlandse mededingingsregels bij de Europeesrechtelijke regels hieromtrent, maar dat dit bij voorbaat altijd een wens zal blijven. Er bestaat geen plicht tot navolging, zoals deze geldt bij implementatie van richtlijnen. Overigens ziet De Ru hierin geen probleem. Daarnaast heeft De Ru gereageerd op het betoog van Van der Meulen. Ten aanzien van de kwestie van de openbaarheid van dossiers van de NMa en de toepasselijkheid van de WOB sluit De Ru zich aan bij Van der Meulen in de zin dat de Mw voor de WOB gaat. Dit volgt volgens De Ru reeds uit het algemene beginsel dat de specifieke wet voor de algemene wet gaat.

Toegang tot dossiers van de NMa

Na de opmerkingen van de panelleden naar aanleiding van de voordrachten heeft een discussie plaatsgevonden naar aanleiding van een aantal onderwerpen. Bij deze

discussie werd aan de deelnemers van de studiemiddag de mogelijkheid geboden hun mening te geven over het besprokene. Als eerste onderwerp kwam aan de orde de toegang tot dossiers van de NMa. Brouwer opent de discussie door te wijzen op het feit dat hieraan vooraf dient te gaan de opbouw van dossiers door de NMa. De Brusselse ervaringen met toegang tot dossiers zijn niet altijd positief. In Brussel dient vaak al een strijd te worden gevoerd om bepaalde documenten in het dossier te laten opnemen. Bij inzage blijkt dat men met bijna lege dossiers wordt geconfronteerd. Brouwer heeft bij de NMa hier weliswaar minder vrees voor, maar wijst er wel op dat de opbouw van dossiers een eerste vereiste voor toegang is.

Vanwege het recht op verdediging kan volgens Brouwer in veel gevallen toegang tot het dossier van de NMa worden gevraagd op grond van het EVRM (zie voordracht). Brouwer wijst er op dat onder het EVRM niet alleen bij sanctieoplegging, maar ook bij de vaststelling van burgerlijke rechten het recht van de verdediging is beschermd. Dit recht op verdediging kan in verschillende fasen van de procedure spelen. Onder de Awb is het mogelijk om stukken in te brengen tot tien dagen voor de hoorzitting. Evenwel, de praktijk is dat ook na de hoorzitting stukken worden toegestuurd. Het recht op toegang zou daarom moeten gelden tot het moment dat het besluit wordt genomen. Wanneer nieuwe stukken toegestuurd zijn, zou het bestuursorgaan de verdedigende partij moeten informeren, en vervolgens inzage moeten geven. mr N. Verheij reageert op de opmerking van Brouwer over nieuwe stukken met de opmerking dat de bestuursrechtelijke zorgvuldigheid er dan toe leidt dat er opnieuw moet worden gehoord.

Ten aanzien van een ruime toepassing van de WOB bij NMa-dossiers, zoals verdedigd door Ottow, merkt Verheij op dat de rechten uit de WOB er zijn voor een ieder. Het belanghebbende-begrip heeft voor de WOB geen functie. Daarmee is er volgens Verheij sprake van twee regelingen naast elkaar (de voorbereidingsprocedures uit de Mw en de WOB) die niet met elkaar vergeleken kunnen worden. Uit de zaal wordt ten aanzien van ruime toepassing van de WOB op de NMa-dossiers kritiek geleverd. Het bedrijfsleven zou het zeer ernstig vinden als de WOB onbeperkt 'los wordt gelaten' op de NMa-dossiers. De Mw ziet op de ordening tussen concurrerende partijen in de markt en de WOB ziet er op dat het bestuur zich kan verantwoorden ten opzichte van iedereen. Gewezen wordt op de niet-openbaarheid van het kartelregister onder de WEM. Ottow wijst erop dat op dit moment rechtsongelijkheid dreigt omdat de toepassing van de WOB teveel afhangt van het individuele geval. Glazener rondt af met de conclusie dat de sprekers in ieder geval consistentie wensen van de NMa bij de toegang tot dossiers en de toepassing van de WOB.

Informeel mededelingen van de NMa

Na de behandeling van het onderwerp van de toegang tot het dossier heeft Glazener de bestuursrechtelijke positie van informele zienswijzen van de NMa aan de orde

Artikelen

gesteld. Hij noemt het voorbeeld van een persbericht van de NMa. Hoe moet hiermee bestuursrechtelijk worden omgegaan? Glazener wijst erop dat een persbericht duidelijk een voorschot kan zijn op een eindoordeel van de NMa en dat daarbij in twijfel te trekken is of het bereiken van het eindoordeel nog met voldoende waarborgen is omkleed. Een persbericht kan door de NMa worden gebruikt om partijen op andere gedachten te brengen omtrent hun voorgenomen gedrag voordat de NMa hiertoe een beslissing dient op te leggen waarin dit gedrag aan de orde komt. Brouwer stelt de schade aan de orde die door een persbericht kan ontstaan wanneer de koers van beursfondsen wordt beïnvloed.

Michiels wijst erop dat ambtenaren van bestuursorganen per definitie allerlei mededelingen dienen te doen. De ambtenaren van de NMa doen mededelingen met mandaat van de D-G en zonder mandaat van de D-G. Tegen een mededeling zonder het mandaat van de D-G kan men bestuursrechtelijk weinig doen tenzij er, kort gezegd, sprake is van gewekt vertrouwen. Een mededeling gedaan met mandaat van de D-G kan een rechtsoordeel zijn dient te worden aangemerkt als of wordt gelijkgesteld met een voor beroep vatbaar besluit; criterium hierbij is of het niet als zodanig aanmerken partijen zou dwingen tot ofwel een (mogelijk overbodig) verzoek om een beschikking of tot het nemen van het risico van overtreding en daarmee een sanctieprocedure. Mededelingen van de NMa kunnen ook worden getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm. De handelwijze van de NMa bij bijvoorbeeld het uitbrengen van een persbericht kan onder omstandigheden onzorgvuldig zijn. Wanneer uit een mededeling van de NMa schade voortvloeit, kunnen partijen bij de civiele rechter terecht.

Van der Meulen stelt dat de persberichten van de NMa allemaal een concrete aanleiding hebben, veelal een besluit of een rapport. Als de NMa buiten een procedure een mededeling doet, dan betreft dit informele zienswijzen die geen voor beroep vatbare besluiten zijn en daarmee evenmin gelijk te stellen zijn. De keus van de NMa om ook zienswijzen te geven waartegen geen beroep openstaat sluit volgens Van der Meulen aan bij de methodiek van de Awb. Dat de zienswijzen niet bedoeld zijn als besluit en de oordelen daarin niet bindend zijn, staat in dergelijke zienswijzen uitdrukkelijk vermeld. Van der Meulen hoopt dat de mogelijkheid voor de NMa om dergelijke niet-bindende zienswijzen te geven niet door de administratieve rechter wordt doorkruist. Van der Meulen stelt vervolgens dat bepaalde informele zienswijzen van de NMa als openbaar stuk door de NMa zullen worden behandeld. E.H. Pijnacker Hordijk merkt op dat in dat geval iedere onderneming voortaan zal vragen om tijdens procedures in ieder geval geen informele zienswijzen van de NMa te krijgen.

Begrippen die aansluiten bij het gemeenschapsrecht

Glazener brengt de begrippen uit de Mw die aansluiten bij het gemeenschapsrecht aan de orde. De voordracht

van Steyger ging hier nader op in. Volgens de MvT dienen de begrippen uit de Mw niet strenger of soepeler te worden uitgelegd dan het gemeenschapsrecht. Glazener stelt de vraag wat men daarmee in de praktijk zou kunnen.

Steyger verduidelijkt dat vage sanctienormen, uit te leggen conform het gemeenschapsrecht, weliswaar bij haar de vraag oproepen of deze acceptabel zijn, maar dat het bezwaar tegen dergelijke normen er natuurlijk niet toe leidt dat de NMa geen boetes meer kan opleggen. Zij herhaalt dat vage normen met daarop een sanctie in het bestuursrecht en het strafrecht in Nederland nog niet bestaan. Widershoven vraagt zich af er daadwerkelijk sprake is van een novum. Volgens hem zijn er voor de gewenste aansluiting van de Mw bij het gemeenschapsrecht voldoende parallellen met de reeds bekende figuur van de verdragsconforme interpretatie op grond van richtlijnen. Hij vraagt zich af of het werkelijk een verschil maakt dat er een sanctie aan de normen van de Mw is verbonden. Bovendien zijn er reeds voorbeelden in de Nederlandse wetgeving te vinden van vage sanctienormen. Genoemd kunnen worden de wetgeving omtrent misbruik van voorwetenschap en fiscaalrechtelijke wetgeving. Steyger reageert dat deze voorbeelden verschillen van de aansluiting van de Mw bij het gemeenschapsrecht, omdat de Nederlandse wetgever hetgeen wordt bestraft in handen heeft gegeven van het HvJ, dat niet aan Nederland gerelateerd is. Glazener constateert dat over de vraag of hier iets nieuws onder de zon is, blijkbaar onenigheid bestaat. Hierna sluit De Gooijer de studiemiddag af.