

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/131597>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-13 and may be subject to change.

**C.T. Dekker, Nederlands
Mededingingsprocesrecht.
Besluitvormingsprocedures en
rechtsbescherming in het kader van de
Mededingingswet
en
J.W. van de Gronden en
R.J.G.M. Widdershoven (eindred.),
Mededingingsautoriteiten als zelfstandig
bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?**

MededingingsMonografieën 7,
Deventer: Kluwer 2002,
503 p.,
ISBN 90 268 3878 6, en
MededingingsMonografieën 8,
Deventer: Kluwer 2002,
214 p.,
ISBN 90 268 3951 0.

De MeMo-reeks wil Nederlandstalige auteurs uit Nederland en België een forum bieden 'om hun mededingingsrechtelijke ideeën en analyses, verwoord in congrespapers, scripties, proefschriften of gewoon in een klassiek exposé, te publiceren'. De beslissing om in ieder deel de volledige lijst van de reeds eerder verschenen delen op te nemen is vanuit meerdere oogpunten slim. Voor de verstrooiden onder ons is dit een verbluffend eenvoudige manier om lacunes in de rood-blauwe ruimte op de boekenplank alsnog in te vullen (tipje voor de uitgever in dit verband: vermelding van jaar van uitgave en/of ISBN-nummer vergemakkelijkt na-bestellingen aanzienlijk). Vanuit inhoudelijk oogpunt leert een eenvoudige blik op de gestaag aangroeiende lijst dat de reeks opmerkelijk evenwichtig op- en uitgebouwd wordt: evenzoveel ruimte voor solisten als ensembles; bijna net zoveel aandacht voor verbreding als verdieping, en een grondige behandeling van zowel de

'klassiekers' als de nieuwe(re) domeinen.

Om werkelijk niemand op zijn honger te laten, wat voorafging: Deel 1. De Nederlandse Mededingingswet in perspectief, Deel 2. De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter in 1998 en 1999, Deel 3. Mededinging en niet-economische belangen, Deel 4. Handhaving van de (Nederlandse) Mededingingswet, Deel 5. Ondernemende autoriteiten? (handhavingsdoelmatigheid en rechtsbescherming van de justitiabelen in het Nederlands en Europees mededingingsrecht), Deel 6. Ondernemingsconcentraties en marktliberalisering. En dan nu: Deel 7. Nederlands mededingingsprocesrecht. Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de (Nederlandse) Mededingingswet en Deel 8. Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan (ZBO): onafhankelijk toezicht?

Het verdiepend solo-deel 7 van mr. C.T. Dekker biedt een interpretatie van het algemene bestuursrecht in zijn mededingingsrechtelijke context, waarbij niet wordt volstaan met 'een beschrijving van de bestaande bestuursrechtelijke begrippen en jurisprudentie, maar [ook]

een vertaling wordt gemaakt naar de mededingingsrechtelijke praktijk' (achterflap). De achtergrond van de auteur (advocaat, voormalig hoofd van de sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, voorloper van de Juridische Dienst, van de NMa en wetenschapper) verklaart de diepte en volledigheid van het werk. Daarbij bleek overigens op geen enkel ogenblik sprake van strijdige belangen en kreeg de ene hoedanigheid nergens aantoonbaar voorrang op de andere(n). Het werk is ingedeeld in 13 hoofdstukken van ongelijke omvang, hetgeen enkel voor hoofdstuk 7 enigszins verbaast. Hoewel in de praktijk misschien minst voorkomend, doet het een beetje vreemd aan de behandeling van het misbruik van economische machtspositie tot vijf (5) bladzijden gereduceerd te zien (p. 165-170), waarvan het merendeel overigens ingaat op het in wezen toch slechts zijdelings gerelateerde bijzonderetakenartikel 25 Mw.

In de overige hoofdstukken is de auteur buitengewoon genereus met het delen van zijn grondige kennis, inzicht en praktijkervaring. Dit maakt dat het werk, inderdaad, 'een praktijkgericht en kritisch commentaar [vormt] op de procedurele aspecten van het mededingingsrecht' (achterflap). Het praktijkgerichte

karakter komt het sterkst – zonder echter daartoe beperkt te zijn – tot uiting in de hoofdstukken zes en acht waarin het ‘geraamte van de in de praktijk gevolgde procedure’ (p. 121) door middel van tips en tricks ook daadwerkelijk vlees en bloed krijgt.

De auteur behandelt achtereenvolgens de contouren van het Nederlands mededingingsprocesrecht (hoofdstuk 2, p. 5–31), de verhouding tussen de Algemene Wet Bestuursrecht en de Mededingingswet (hoofdstuk 3, p. 33–37), de organisatorische aspecten (hoofdstuk 4, p. 39–52) en de voor toepassing van de Mededingingswet meest relevante bestuursrechtelijke begrippen (hoofdstuk 5, p. 53–77). De besluitvormingsprocedures in het kader van het concurrentietoezicht en het toezicht op concentraties komen aan bod in de hoofdstukken 6 en 8 (p. 79–164 en 171–241). De praktische gang van zaken bij de NMa wordt – waar nodig kritisch – behandeld in de afzonderlijke, doch verbonden hoofdstukken 9: Toezicht en handhaving (p. 243–312), 10: Vaststelling van overtredingen en sanctieprocedures (p. 313–381) en 12: Vertrouwelijkheid, openbaarmaking en gebruik van gegevens (p. 445–167). Het belangwekkende vraagstuk van de rechtsbescherming tegen besluiten van de d-g NMa wordt behandeld in hoofdstuk 11 (p. 383–444). De communautaire dimensie van het Nederlands mededingingsprocesrecht is de uitsmijter (hoofdstuk 13, p. 469–479).

Gezien het slechts indirecte belang van het communautaire mededingingsrecht voor de uitleg van het Nederlandse mededingingsprocesrecht, opteerde de auteur er bewust voor niet ‘uitgebreid in te gaan op de communautaire procedures en rechtsbescherming’ (p. 2). Dit uitgangspunt is zonder meer begrijpelijk en verdedigbaar. De evenzeer bewuste keuze niet te streven ‘naar een gedegen rechtsvergelijking tussen communautair en nationaal mededingingsprocesrecht’ (ibidem) is

dat op op punten eveneens. In sommige onderdelen biedt zulk rechtsvergelijkend perspectief evenwel een duidelijke meerwaarde, met name wanneer hieruit – positieve dan wel negatieve – inspiratie zou kunnen worden geput voor het beantwoorden van nog niet geheel opgeloste vragen of bij de formulering van aanbevelingen tot aanpassing c.q. verbetering van de Mededingingswet. De wijze waarop de auteur de Voorlopige last onder dwangsom (10.8, p. 362 e.v.) behandelt illustreert dit overigens erg mooi. Al dan niet mede omdat dit ‘een handhavingsinstrument [is] dat wij in het overige bestuursrecht niet tegenkomen’ (p. 363), gaat de auteur in navolging van de wens van de wetgever ‘met de [Europese *Camera Care*] voorwaarden voor toepassing van de voorlopige last [te] willen aansluiten’, waardoor met name ‘ook de Commissiepraktijk en de jurisprudentie van het Hof en het Gerecht op dit punt van belang [is] voor de praktische invulling van de voorwaarden’ (p. 364), uitvoerig in op de lessen die hieruit voor de Nederlandse praktijk te trekken zijn. Een vergelijkbaar praktisch-nuttige rechtsvergelijking kan wellicht ook nuttig zijn voor bijvoorbeeld het antwoord op de ‘natuurlijk interessante civielrechtelijke vraag in hoeverre partijen zich [in een procedure voor de civiele rechter] ter verdediging kunnen beroepen op de informele zienswijze’ (voetnoot 37, p. 87) of bij de uitwerking van de aanbeveling ‘dat de Mededingingswet [die] op het punt van de openbaarmakingsregime niet logisch in elkaar zit’ (p. 454), op dit punt ‘wordt gestroomlijnd’ (p. 455). Zonder de Europese beginselen terzake tot absolute norm en voorbeeld te (willen) verheffen, zouden zij ook hier (begin van) leidraad kunnen vormen.

De combinatie van grondig inzicht met heldere denk- en schrijfstijl maakt het werk erg leesbaar. Doorheen het werk krijgt de lezer duidelijke antwoorden op de klassieke w-vragen (wie, wat, waar, waarom, wanneer) én op het hoe, en komen

nuttige kruisverwijzingen voor. De schematische voorstellingen van de organisatie van de NMa (figuur 1, p. 44), het verloop van de ontheffingsaanvraag (figuur 2, p. 91), het verloop van het concentratietoezicht (figuur 3, p. 173) en de overzichtstabel Overtredingen en sanctiemogelijkheden (tabel 1, p. 336) zijn zonder meer verhelderend en hebben groot kopieer- en ophangpotentieel. Hierdoor verwordt geraakt, stelt het ontbreken van vergelijkbare schema’s in het rechtsbeschermingshoofdstuk voor de bezwaarprocedure bij de d-g NMa (11.4) en de bezwaarprocedure bij sanctiebeschikkingen (11.5) een (heel klein) beetje teleur. Inzake hanteer- en raadpleegbaarheid valt op het werk bijzonder weinig af te dingen: het bevat een (beknopt) trefwoordenregister, een uitvoerige literatuurlijst en een jurisprudentieregister. Interessant is ten slotte dat de auteur doorheen het werk waar relevant ook ingaat op de wijzigingen die het Wetsvoorstel inzake de omvorming NMa tot ZBO voorziet, waaraan het hierna besproken verbredend multi-auteurdeel 8 geheel is gewijd.

Deel 8 behandelt inderdaad de sinds enige tijd geplande, doch nog steeds niet tot het einde doorgevoerde ZBO-omvorming van de NMa en bouwt voort op een expertmeeting die op 27 september 2001 in Utrecht werd gehouden over de ZBO-status van de mededingingstoezichthouders, georganiseerd door (wie verzint zulke benamingen?) de Breedtestrategie Mededingingsrecht: een samenwerkingsverband van Utrechtse rechtenfacultaire wetenschappers, waarbinnen juristen uit de hoek van het economisch publiekrecht, het staats- en bestuursrecht, het privaaten strafrecht, het sociaal en Europees recht, en economen elkaar vinden in de studie van het mededingingsrecht in ruime zin.

De twee discussiethema’s van de bijeenkomst: de ‘ZBO-isering’ (sic, vii) van de NMa en de al dan niet verscheurende keuze tussen alge-

meen of sectorspecifiek mededingingstoezicht behouden tot op heden hun volle actualiteitswaarde. De wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de NMa tot zelfstandig bestuursorgaan is sinds 10 september 2002 op verzoek van de Minister van Economische Zaken tot nader order, in afwachting van een kabinetsstandpunt, aangehouden zoals ook het gevecht van de sectorspecifieken nog niet geheel beslecht lijkt in het voordeel van algemeen mededingingstoezicht.

De bundel bevat naast de vier inleidingen van de bijeenkomst, twee achtergrondstudies, een slotbeschouwing van de eindredacteuren, het verslag van de discussie van de bijeenkomst en een aantal bijlagen. Een trefwoordenregister ontbreekt, net als een gedetailleerde inhoudstafel. De omvang van de verschillende bijdragen is vrij vergelijkbaar (een 20-tal bladzijden), met twee getalmatige uitschieters: één in min (9 bladzijden), één in aanzienlijke plus (50 bladzijden). Daarbij zijn er nogal wat inhoudelijke overlappingsen, wat in geval van lectuur van kaft tot kaft enigszins bezwaarlijk is, doch in meer gebruikelijk raadplegingsgeval het praktische voordeel heeft dat iedere bijdrage een op zichzelf staand en afgerond geheel vormt.

De keuze van de inleiders gebeurde in hoofdorde op expertenwijze, hetgeen een hoogleraar staats- en bestuursrecht (prof. mr. H.R.B.M. Kummeling) aan het woord laat over 'de betekenis van de Kaderwet ZBO's voor de omvorming van de NMa' (p. 1-18), een lid van de EZ-werkgroep Verzelfstandiging NMa (drs. D.L. Braal-Verhoog) over 'onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid: naar een zelfstandige NMa' (p. 19-35), een hoogleraar in het recht van de economische ordening, tevens OPTA-adviseur en nationaal expert bij DG-mededinging (prof. mr. W. Sauter) over 'ZBO-status en de verhouding tussen OPTA en NMa' (p. 37-59), en een praktijk-expert (mr. M. de Rijke)

over het sectorspecifiek toezicht van de DTe, 'de DTe onthoofd?' (p. 61-70).

Deze verdiepende inzichten worden gevolgd door een overkoepelende, verbredende en erg boeiende bijdrage waarin vanaf enige afstand wordt ingegaan op wat de voorgaande bijdragen bindt: hoe te waarborgen dat mededingingsautoriteiten daadwerkelijk onafhankelijk zijn en blijven. Deze afstand is zowel figuurlijk als letterlijk. De bijdrage schetst immers het ruime algemene kader los van de Nederlandse context, en komt helemaal uit Washington. 'The independence of competition authorities: theory and practice' (p. 71-90) van de hand van prof. dr. M.O. Wise lokt zowel herkenning als relativering uit. Zo is 'the formal promise of independence [inderdaad] unimportant by itself' (p. 74), en zijn alle mogelijke systemen: behoud van de huidige status voor OPTA, DTe en NMa bij/voor de toepassing van sectorspecifiek c.q. algemeen mededingingstoezicht, verzelfstandiging en omvorming van de NMa tot (zuivere of ruime) ZBO, met of zonder kamers, met of zonder algemene c.q. bijzondere ministeriële aanwijzingsbevoegdheid tot op zekere hoogte zonder meer inwisselbaar. Vanuit die optiek is het dan ook belangrijk voor ogen te houden dat 'perception matters' en dat 'in reality, there is no such thing as completely independent agency, for no political power structure would cede that much power. And no formal structure can assure strong competition policy if there is no political will' (p. 89).

Waar het dus wérkelijk om gaat, is ervoor te zorgen dat het onafhankelijk functioneren van mededingingsautoriteiten (ook) in de praktijk gewaarborgd wordt. Wat dan – met respect – enigszins vreemd aandoet, is de in bijna alle bijdragen voorkomende (verregaande) gelijkstelling van 'politieke sturing op hoofdlijnen' (p. 19) middels de ministeriële verantwoordelijkheid met 'democratische controle

op het mededingingsbeleid en het systeem van mededingingstoezicht' (ibidem). Het is immers toch maar de vraag of 'het primaat van de politiek' (p. 35) (nog) enige rol (van betekenis) te spelen heeft nádat wetgeving 'waar consensus over is' (p. 181) is uitgevaardigd. Eens de wetgever 'de verantwoordelijkheid van de toezichthouder [heeft] gelegitimeerd en derhalve de verantwoordelijkheid daarvan op zich neemt' (p. 112), lijkt de (sturende c.q. erg actieve) rol van de wetgever immers in wezen uitgespeeld.

Wanneer deze dan, laat ons hopen weloverwogen, (enige) discretionaire ruimte geeft aan de toezichthouder 'omdat het onmogelijk [is] om de vormgeving van het uitoefenen van toezicht volledig vast te leggen in de wet' (p. 181), komt het toch wel enigszins krampachtig over het wegvallen van, met name, de ondergeschiktheid van de NMa aan de minister te omschrijven als 'de corrigerende dreiging van het parlementaire toezicht van zijn democratische tanden [ontdoen]' (p. 105), of nog, als onaanvaardbare 'parlementaire ongecontroleerde uitbesteding van discretionaire bevoegdheden' (p. 143). Dat bestuursorganen 'niet zelfstandig beleid [mogen] ontwikkelen zonder dat controle mogelijk is' (p. 180), staat buiten kijf, poneren dat deze controle bij uitsluiting toekomt aan de Kamer die 'de minister intensiever moet volgen' en dus een 'minder verborgen rol' moet gaan spelen in het mededingingsrecht (p. 143) gaat toch wel voorbij aan het cruciale evenwichtspel tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht.

Het onderliggende *Quis custodiet ipsos custodes?*, kan in een rechtsstaat met een goed functionerende rechterlijke macht en duidelijke rechtsbeschermingsregels (cf. hoofdstuk 11 van het hierboven besproken deel 7 van de MeMo-reeks) vrij eenvoudig beantwoord worden. Met Bakker (drs. H.C. Bakker, OPTA) kan immers worden gesteld dat de 'toezichthouder een economische functie [vervult], die op af-

BOEKBECHOUWINGEN

stand van de politiek gehouden dient te worden. Het is onvermijdelijk dat de normering in de wet ergens ophoudt en dat de toezichthouder (...) de vrijheid heeft om met behulp van discretionaire be-

voegdheden beleid te maken, [waarbij het] aan de rechter [is] om te toetsen of de toezichthouder niet buiten haar (sic) bevoegdheden handelt of buiten de doelstellingen van de wetgever. Het zou [even-

wel] te ver gaan om te zeggen dat dit in strijd is met de algemene rechtsbeginselen' (p. 180).

*Anne-Marie Van den Bossche
Nijmegen, 1 mei 2003*