

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/43422> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Beumer, A.E.

**Title:** De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten

**Issue Date:** 2016-10-04

De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten

© 2016 A.E. Beumer | Boom juridisch

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978 94 6290 305 0

ISBN 978 94 6274 627 5 (E-book)

NUR 820

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten

## PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van  
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,  
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,  
volgens besluit van het College voor Promoties  
te verdedigen op dinsdag 4 oktober 2016  
klokke 10.00 uur

*door*

Anne Elisabeth Beumer

geboren te Utrecht

in 1984

Promotoren:           prof. mr. T.R. Ottervanger  
                              prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert

Promotiecommissie:   prof. dr. M.L.P. Loenen  
                              prof. dr. A. Gerbrandy (Universiteit Utrecht)  
                              dr. P.J.M.M. Van Cleynenbreugel (Université de Liège, België)  
                              prof. dr. R. Wesseling (Universiteit van Amsterdam)

*You must believe in spring*



## Voorwoord

*You must believe in spring*. Het citaat op de vorige pagina is de naam van een album van de jazzlegende Bill Evans. Naast puur muziekgenot symboliseert het album voor mij het begin van mijn proefschrift. Het was in Wenen waar ik dit album voor het eerst hoorde en waar voor het eerst het idee van het schrijven van een proefschrift werd aangewakkerd. In een klein en wat benauwd kamertje tegenover het Juridicum sprak ik met een hoogleraar rechtsfilosofie die, gezien de vele seminars die ik bij hem volgde, dacht dat ik wel geïnteresseerd zou zijn in verder onderzoek in de rechtsfilosofie. Ik zag die seminars echter meer als een hobby – iets wat je ‘erbij doet’ – en was niet bezig met dergelijke toekomstplannen. Het duurde ook enige jaren voordat ik besloot om een proefschrift te gaan schrijven. Het album van Bill Evans had ook hier zo zijn functie. De titel van het album werkte als een soort mantra voor de momenten dat ik het schrijven van een proefschrift even niet zag zitten (Elsbeth: *‘you must always believe in spring’*). Gelukkig heb ik daarnaast, tijdens het schrijven van het proefschrift, heel wat mensen gehad die het schrijven van een proefschrift konden relativiseren of die mij het vertrouwen gaven dat ik en het proefschrift een goede match waren. Deze steun en dit vertrouwen hebben er mede toe geleid dat het proefschrift nu eindelijk af is. In dit voorwoord wil ik die personen nogmaals bedanken.

Op de eerste plaats gaan er vanzelfsprekend veel woorden van dank naar mijn promotoren Tom Ottervanger en Stefaan Van den Bogaert. Tussen mijn eerste ontmoeting met professor Tom Ottervanger in Amsterdam, het schrijven van het onderzoeksvoorstel en het eindproduct, het proefschrift, zit een hele periode waar ik op de steun van mijn promotoren heb mogen rekenen. Zij zijn mij altijd met vertrouwen tegemoet getreden en hebben mij op de juiste momenten gemotiveerd om net even iets extra’s te geven. Ik ben echt enorm dankbaar dat ik een proefschrift heb mogen schrijven onder begeleiding van twee promotoren die elkaar op verschillende terreinen enorm goed aanvulden en die altijd het beste met mij (en dus ook het proefschrift) voorhadden. Daarnaast wil ik graag de leden van de beoordelingscommissie, Titia Loenen, Anna Gerbrandy, Rein Wesseling en Pieter Van Cleynenbreugel, bedanken voor de tijd die zij namen voor het lezen en het beoordelen van het proefschrift. Jullie kanttekeningen hebben ervoor gezorgd dat ik van het proefschrift nog meer een ‘rond’ geheel kon maken. Hoewel proefschriftmoeheid zeker aanwezig was, heb ik de kanttekeningen (zoals over het ‘Utrechts hobbelpaardje’: het effectiviteitsbeginsel) van harte meegenomen in de afronding.

Van het Europa Instituut wil ik al mijn collega’s bedanken die direct en indirect betrokken zijn geweest bij mijn proefschrift. Ten eerste Rick, die mijn verblijf bij het Europa Instituut mogelijk maakte. Daarnaast mijn oud-collega’s met wie ik altijd fijn een kamer heb mogen delen en die op verschillende vlakken als een voorbeeld voor mij hebben gediend: Vestert en Yvonne. Verder wil ik Maarten, Vicky, Marco, Iryna,



Armin, Rikki, Moritz, Tjarda, Ay Ling, Agis, Allison, Wendy en Jorrit bedanken voor de fijne contacten en de feedback die zij mij gaven. Het was een groot plezier om met deze collega's samen te werken. De 'girls', Jasmina, Nelleke, Babs, Meehea, Darinka, Alke, Judith en Narin, wil ik daarnaast bedanken voor de gezelligheid die hopelijk ook buiten het EI-verband zal voortduren. Zij waren altijd een luisterend oor en meer dan eens kon ik mijn onzekerheden over het proefschrift bij hen uitstorten. Christa wil ik nog in het bijzonder bedanken voor het dak dat zij mij bood toen wij (Jacopo, Mattia en ik) tussen twee verhuizingen in zonder huis zaten (wij voelden ons heel erg thuis in jouw huis). Van de andere afdelingen wil ik graag Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Ymre Schuurmans en Pinar Olcer nog bedanken voor de prikkelende inhoudelijke discussies. Degenen die buiten de Universiteit Leiden inhoudelijk een bijdrage hebben geleverd aan dit proefschrift zijn Anke Prompers, Yolanda Strijker-Reintjes (voor het geven van input over de ACM-praktijk), Wouter Wils en Marc Fierstra (voor het uitvoerige commentaar op eerder geschreven artikelen) en Burkhard Hess (voor mijn verblijf bij MPI in Luxemburg).

Ik voel me verder heel erg gezegend met hele fijne vrienden en familieleden. Mijn paranifmen, Renske en Barbara, zijn niet voor niets mijn paranifmen (zonder hen zou ik niet zijn waar ik nu ben), Marieke (voor de trouwe vriendschap) en Renske, Hanneke, Eline, Ellen, Claire en Pauline (de lieve amiga's). Verder gaat dank uit naar mijn broers, Patrick en Aart, die er voor mij waren en die, op de momenten dat ik het niet kon, de zorg voor papa overnamen. Heel veel dank gaat verder uit naar mijn moeder die, met heel veel liefde en op zoveel vlakken, mijn leven een stuk gemakkelijker heeft gemaakt. En ook heel veel dankbaarheid gaat uit naar Nora, mijn liefste vriendin en zusje, met wie ik vele dierbare (bel)uren doorbreng en die er altijd voor mij is.

Finally, all my gratitude goes to Jacopo. Without any doubt I dedicate this book to him. I thank him for his understanding and motivation to continue with this project (I did it all for your love). By standing besides me and giving the right example, you make me a better person. Grazie mille. En Mattia en Elena: mama hoeft niet meer te werken. Het proefschrift is af. Ik duik met jullie de ballenbak in!

# Verkorte inhoudsopgave

|                                                                                              |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Afkortingen</b>                                                                           | xxv        |
| <b>1 Introductie</b>                                                                         | <b>1</b>   |
| 1 Probleemstelling                                                                           | 1          |
| 2 Afbakening onderwerp                                                                       | 6          |
| 3 Methodologie                                                                               | 11         |
| <b>2 De handhavingsstadia van het mededingingsrecht in Nederland</b>                         | <b>17</b>  |
| 1 Inleiding                                                                                  | 17         |
| 2 Handhaving onder de WEM                                                                    | 18         |
| 3 Handhaving onder de Mw door de NMa                                                         | 28         |
| 4 Handhaving onder de Mw door de ACM                                                         | 34         |
| 5 Conclusie                                                                                  | 57         |
| <b>3 De fundamentele procesrechten</b>                                                       | <b>59</b>  |
| 1 Inleiding                                                                                  | 59         |
| 2 Het EVRM                                                                                   | 60         |
| 3 Het Unierecht                                                                              | 65         |
| 4 Het nationale recht                                                                        | 80         |
| 5 Conclusie                                                                                  | 90         |
| <b>4 De reikwijdte van de fundamentele rechten</b>                                           | <b>93</b>  |
| 1 Inleiding                                                                                  | 93         |
| 2 Het onderscheid tussen procedures inzake burgerlijke rechten/plichten en strafvervolgingen | 94         |
| 3 De bijzondere toepassing van artikel 6 EVRM                                                | 105        |
| 4 Het rechtsbeschermingsniveau in mededingingsprocedures                                     | 115        |
| 5 Conclusie                                                                                  | 129        |
| <b>5 Het alles-in-één-hand-handhavingsstelsel</b>                                            | <b>133</b> |
| 1 Inleiding                                                                                  | 133        |
| 2 Het EVRM                                                                                   | 134        |
| 3 Het Unierecht                                                                              | 150        |
| 4 De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures                                    | 160        |
| 5 Conclusie                                                                                  | 178        |
| <b>6 Casestudie I. Het hoorrecht</b>                                                         | <b>181</b> |
| 1 Inleiding                                                                                  | 181        |
| 2 Het EVRM                                                                                   | 182        |
| 3 Het Unierecht                                                                              | 190        |

|           |                                                                                                      |            |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4         | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures                                              | 204        |
| 5         | Conclusie                                                                                            | 227        |
| <b>7</b>  | <b>Casestudie II. Het inzagerecht</b>                                                                | <b>231</b> |
| 1         | Inleiding                                                                                            | 231        |
| 2         | Het EVRM                                                                                             | 232        |
| 3         | Het Unierecht                                                                                        | 248        |
| 4         | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures                                              | 266        |
| 5         | Conclusie                                                                                            | 289        |
| <b>8</b>  | <b>Casestudie III. Het ondervragingsrecht</b>                                                        | <b>293</b> |
| 1         | Inleiding                                                                                            | 293        |
| 2         | Het EVRM                                                                                             | 294        |
| 3         | Het Unierecht                                                                                        | 313        |
| 4         | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures                                              | 326        |
| 5         | Conclusie                                                                                            | 351        |
| <b>9</b>  | <b>Aanbevelingen</b>                                                                                 | <b>353</b> |
| 1         | Inleiding                                                                                            | 353        |
| 2         | De toepassing van fundamentele rechten in mededingingsprocedures                                     | 354        |
| 3         | De rol van de ACM                                                                                    | 370        |
| 4         | De rol van de rechter                                                                                | 392        |
| 5         | Conclusie                                                                                            | 411        |
| <b>10</b> | <b>Conclusies</b>                                                                                    | <b>413</b> |
| 1         | Slotbeschouwingen                                                                                    | 413        |
| 2         | Dilemma's                                                                                            | 414        |
| 3         | Naar een eerlijk bestuurlijk besluitvormingsproces                                                   | 418        |
| 4         | Onderzoeksvragen voor de toekomst                                                                    | 421        |
|           | <b>Bibliografie</b>                                                                                  | <b>423</b> |
|           | <b>Samenvatting</b>                                                                                  | <b>489</b> |
|           | <b>Summary</b>                                                                                       | <b>495</b> |
|           | <b>Bijlage I. Karteloverzicht ACM</b>                                                                | <b>501</b> |
|           | <b>Bijlage II. Overzicht bepalingen fundamentele procesrechten EVRM, Handvest en nationaal recht</b> | <b>585</b> |
|           | <b>Bijlage III. Overzicht (deel)rechten op een eerlijk proces</b>                                    | <b>589</b> |
|           | <b>Curriculum Vitae</b>                                                                              | <b>591</b> |

# Inhoudsopgave

## Afkortingen

xxv

|          |                                                                    |           |
|----------|--------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>Introductie</b>                                                 | <b>1</b>  |
| 1        | Probleemstelling                                                   | 1         |
| 1.1      | Inleiding                                                          | 1         |
| 1.2      | Inbedding van het onderzoek                                        | 4         |
| 2        | Afbakening onderwerp                                               | 6         |
| 2.1      | De handhaving van het mededingingsrecht                            | 6         |
| 2.2      | Invalshoeken                                                       | 7         |
| 2.2.1    | Het EVRM                                                           | 8         |
| 2.2.2    | Het Unierecht                                                      | 8         |
| 2.2.3    | Het effectiviteitsbeginsel                                         | 10        |
| 3        | Methodologie                                                       | 11        |
| 3.1      | Algemene aanpak                                                    | 11        |
| 3.2      | Concrete aanpak                                                    | 13        |
| 3.3      | Structuur                                                          | 14        |
| 3.4      | Onderzoeksgroep 'Interaction between legal systems'                | 16        |
| <b>2</b> | <b>De handhavingsstadia van het mededingingsrecht in Nederland</b> | <b>17</b> |
| 1        | Inleiding                                                          | 17        |
| 2        | Handhaving onder de WEM                                            | 18        |
| 2.1      | Eerste handhavingsstadium: criminalisering                         | 18        |
| 2.2      | Handhavingsbevoegdheden                                            | 18        |
| 2.2.1    | Publiekrechtelijke/civielrechtelijke handhaving                    | 18        |
| 2.2.2    | Strafrechtelijke handhaving                                        | 20        |
| 2.3      | Praktijk                                                           | 20        |
| 2.4      | Voorstellen voor herziening                                        | 22        |
| 2.4.1    | Het CTW-advies                                                     | 22        |
| 2.4.1.1  | Primaire voorwaarden voor de bestuurlijke boete                    | 23        |
| 2.4.1.2  | Overige voorwaarden voor de bestuurlijke boete                     | 24        |
| 2.4.2    | De bestuurlijke boete in het mededingingsrecht                     | 24        |
| 2.4.2.1  | De vergroting van de effectiviteit                                 | 25        |
| 2.4.2.2  | De rol van het strafrecht als ultimum remedium                     | 26        |
| 2.4.2.3  | De convergentie met het Europees mededingingsrecht                 | 27        |
| 3        | Handhaving onder de Mw door de NMa                                 | 28        |
| 3.1      | Tweede handhavingsstadium: decriminalisering                       | 28        |
| 3.2      | Handhavingsbevoegdheden                                            | 29        |
| 3.3      | Praktijk                                                           | 30        |
| 3.4      | Voorstellen voor herziening                                        | 31        |
| 3.4.1    | (Re-)introductie van strafrechtelijke handhaving                   | 31        |

|          |                                                           |           |
|----------|-----------------------------------------------------------|-----------|
| 3.4.2    | Oprichting nieuwe mededingingsautoriteit                  | 33        |
| 4        | Handhaving onder de Mw door de ACM                        | 34        |
| 4.1      | Derde handhavingsstadium: criminalisering?                | 34        |
| 4.2      | Handhavingsbevoegdheden                                   | 35        |
| 4.2.1    | Toezichts- en onderzoeksbevoegdheden                      | 35        |
| 4.2.1.1  | Het betreden en onderzoeken van plaatsen                  | 35        |
| 4.2.1.2  | Het vorderen van inlichtingen en gegevens                 | 36        |
| 4.2.1.3  | Overige onderzoeksbevoegdheden                            | 38        |
| 4.2.2    | Toeleggingsbevoegdheden                                   | 38        |
| 4.2.3    | Informele toeleggingen                                    | 39        |
| 4.2.4    | De bevoegdheid tot het opleggen van een boete             | 40        |
| 4.2.4.1  | De 'klassieke' boeteprocedure                             | 40        |
| 4.2.4.2  | De clementieprocedure                                     | 43        |
| 4.2.5    | De bevoegdheid tot het opleggen van een last              | 45        |
| 4.2.5.1  | De last onder dwangsom                                    | 45        |
| 4.2.5.2  | De zelfstandige last                                      | 46        |
| 4.2.6    | Publicatiebevoegdheden                                    | 47        |
| 4.2.7    | Rechtsmiddel                                              | 48        |
| 4.3      | Het begrip belanghebbende                                 | 48        |
| 4.3.1    | De belanghebbenden in mededingingsprocedures              | 48        |
| 4.3.1.1  | De term belanghebbende                                    | 48        |
| 4.3.1.2  | Concurrenten en afnemers                                  | 50        |
| 4.3.1.3  | Consumenten                                               | 50        |
| 4.3.1.4  | Collectieve belangenbehartigers                           | 51        |
| 4.3.1.5  | Klagers                                                   | 51        |
| 4.3.2    | Afgeleid belang                                           | 53        |
| 4.3.3    | Procesbelang                                              | 54        |
| 4.3.4    | De overtreders van mededingingsprocedures                 | 55        |
| 4.4      | Praktijk                                                  | 56        |
| 5        | Conclusie                                                 | 57        |
| <b>3</b> | <b>De fundamentele procesrechten</b>                      | <b>59</b> |
| 1        | Inleiding                                                 | 59        |
| 2        | Het EVRM                                                  | 60        |
| 2.1      | Inleiding                                                 | 60        |
| 2.2      | De expliciete en impliciete rechten van artikel 6 EVRM    | 61        |
| 2.3      | Het recht op een procedure op tegenspraak                 | 63        |
| 2.4      | Het beginsel van <i>equality of arms</i>                  | 64        |
| 2.5      | Deelconclusie                                             | 65        |
| 3        | Het Unierecht                                             | 65        |
| 3.1      | Inleiding                                                 | 65        |
| 3.2      | Het recht op een behoorlijk bestuur                       | 66        |
| 3.2.1    | Artikel 41 Handvest                                       | 66        |
| 3.2.2    | De toepassing van artikel 41 Handvest op nationaal niveau | 68        |

|          |                                                                                            |           |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.3      | Het recht op een eerlijk proces                                                            | 70        |
| 3.3.1    | Artikelen 47 en 48 Handvest                                                                | 70        |
| 3.3.2    | Het verdedigingsbeginsel                                                                   | 73        |
| 3.3.3    | Het beginsel van effectieve rechtsbescherming                                              | 73        |
| 3.3.4    | De toepassing van de artikelen 47 en 48 Handvest op nationaal niveau                       | 74        |
| 3.3.4.1  | De algemene rechtsbeginselen                                                               | 74        |
| 3.3.4.2  | Het Handvest                                                                               | 75        |
| 3.4      | Het moment van toepassing van de Uniegrondrechten                                          | 77        |
| 3.4.1    | De onderzoeksfase                                                                          | 77        |
| 3.4.2    | De besluitvormingsfase                                                                     | 78        |
| 3.4.3    | De rechterlijke fase                                                                       | 79        |
| 3.5      | Deelconclusie                                                                              | 80        |
| 4        | Het nationale recht                                                                        | 80        |
| 4.1      | Inleiding                                                                                  | 80        |
| 4.2      | De (fundamentele) procesrechten in de Awb                                                  | 81        |
| 4.2.1    | Geen grondrechten voor een eerlijk proces                                                  | 81        |
| 4.2.2    | De deelaspecten van het verdedigingsbeginsel                                               | 82        |
| 4.2.3    | De verdedigingsrechten in 'zware' en 'lichte' boeteprocedures                              | 83        |
| 4.3      | De algemene beginselen van behoorlijk bestuur                                              | 84        |
| 4.3.1    | De toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur                               | 84        |
| 4.3.2    | Het zorgvuldigheidsbeginsel                                                                | 85        |
| 4.4      | De toepassing van Uniegrondrechten in Nederlandse mededingingsprocedures                   | 86        |
| 4.5      | De verhouding tussen Uniegrondrechten en nationale grondrechten                            | 88        |
| 4.6      | Deelconclusie                                                                              | 89        |
| 5        | Conclusie                                                                                  | 90        |
| <b>4</b> | <b>De reikwijdte van de fundamentele rechten</b>                                           | <b>93</b> |
| 1        | Inleiding                                                                                  | 93        |
| 2        | Het onderscheid tussen procedures inzake burgerlijke rechten/plichten en strafvervolgingen | 94        |
| 2.1      | Inleiding                                                                                  | 94        |
| 2.2      | De werkingssfeer van burgerlijke rechten en plichten                                       | 95        |
| 2.2.1    | De autonome interpretatie van burgerlijke rechten en plichten                              | 95        |
| 2.2.2    | De aanwezigheid van een conflict                                                           | 97        |
| 2.2.3    | Het begin en einde van de werkingssfeer                                                    | 97        |
| 2.3      | De werkingssfeer van strafrechtelijke vervolgingen                                         | 98        |
| 2.3.1    | De Engel-criteria                                                                          | 98        |
| 2.3.1.1  | De kwalificatie naar nationaal recht                                                       | 99        |
| 2.3.1.2  | De aard van de overtreding                                                                 | 100       |
| 2.3.1.3  | De aard en zwaarte van de sanctie                                                          | 100       |
| 2.3.2    | Het begin en einde van de werkingssfeer                                                    | 103       |
| 2.4      | Deelconclusie                                                                              | 104       |

|          |                                                                 |            |
|----------|-----------------------------------------------------------------|------------|
| 3        | De bijzondere toepassing van artikel 6 EVRM                     | 105        |
| 3.1      | Inleiding                                                       | 105        |
| 3.2      | De aanwezigheid van bijzondere procedures                       | 105        |
| 3.2.1    | De verschillende vormen van strafvervolgning                    | 105        |
| 3.2.1.1  | Hardcore versus softcore strafvervolgning                       | 105        |
| 3.2.1.2  | Gedifferentieerde rechtsbescherming                             | 107        |
| 3.2.2    | 'Exotische' procedures                                          | 108        |
| 3.2.2.1  | Gemengde procedures                                             | 109        |
| 3.2.2.2  | Ontnemingsprocedures                                            | 109        |
| 3.2.2.3  | 'Concomitant' procedures                                        | 110        |
| 3.3      | De procedurele rechten via de band van materiële EVRM-rechten   | 111        |
| 3.3.1    | Artikel 8 EVRM                                                  | 111        |
| 3.3.2    | Artikel 1 Protocol 1                                            | 112        |
| 3.3.3    | Artikel 10 EVRM                                                 | 113        |
| 3.4      | Deelconclusie                                                   | 114        |
| 4        | Het rechtsbeschermingsniveau in mededingingsprocedures          | 115        |
| 4.1      | Inleiding                                                       | 115        |
| 4.2      | De 'klassieke' boeteprocedure                                   | 115        |
| 4.2.1    | De toepassing van de Engel-criteria                             | 115        |
| 4.2.1.1  | De kwalificatie van de sanctie naar nationaal recht             | 115        |
| 4.2.1.2  | De aard van de overtreding                                      | 116        |
| 4.2.1.3  | De aard en zwaarte van de sanctie                               | 116        |
| 4.2.2    | De zaak Menarini                                                | 118        |
| 4.2.3    | Het Jussila-onderscheid in mededingingsprocedures               | 119        |
| 4.2.4    | Het begin en einde van de charge in de klassieke boeteprocedure | 121        |
| 4.3      | De clementieprocedure                                           | 122        |
| 4.3.1    | De toepassing van de Engel-criteria                             | 122        |
| 4.3.2    | Het begin en einde van de charge in de clementieprocedure       | 124        |
| 4.4      | De toezeggingsprocedure                                         | 124        |
| 4.4.1    | De toepassing van de Engel-criteria                             | 124        |
| 4.4.2    | De procedurele rechten via artikel 1 EP EVRM                    | 125        |
| 4.4.3    | Het begin en einde van de charge in de toezeggingsprocedure     | 126        |
| 4.5      | De overige besluitvormingsprocedures                            | 126        |
| 4.5.1    | De last onder dwangsom                                          | 126        |
| 4.5.2    | De zelfstandige last                                            | 128        |
| 4.6      | Deelconclusie                                                   | 129        |
| 5        | Conclusie                                                       | 129        |
| <b>5</b> | <b>Het alles-in-één-hand-handhavingstelsel</b>                  | <b>133</b> |
| 1        | Inleiding                                                       | 133        |
| 2        | Het EVRM                                                        | 134        |
| 2.1      | Inleiding                                                       | 134        |
| 2.2      | De onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen                 | 135        |

|         |                                                                      |     |
|---------|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2.1   | Een ‘gerecht’ dat bij de wet is ingesteld                            | 135 |
| 2.2.2   | De onafhankelijkheid van het bestuursorgaan                          | 136 |
| 2.2.2.1 | De interne functiescheiding                                          | 137 |
| 2.2.2.2 | De onafhankelijke besluitvorming                                     | 138 |
| 2.2.2.3 | De schijn van onafhankelijkheid                                      | 139 |
| 2.2.3   | De onpartijdigheid van het bestuursorgaan                            | 140 |
| 2.2.4   | Voorlopige bevindingen                                               | 141 |
| 2.3     | De rechterlijke toetsing                                             | 141 |
| 2.3.1   | Een volledige toetsing of ‘voldoende’ toetsing?                      | 141 |
| 2.3.2   | De voorwaarden voor voldoende rechterlijke toetsing                  | 143 |
| 2.3.2.1 | Het onderwerp van de bestreden beslissing                            | 144 |
| 2.3.2.2 | De procedurele garanties in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure | 145 |
| 2.3.2.3 | De toetsing van de aangevoerde middelen                              | 146 |
| 2.3.3   | Voorlopige bevindingen                                               | 149 |
| 2.4     | Deelconclusie                                                        | 149 |
| 3       | Het Unierecht                                                        | 150 |
| 3.1     | Inleiding                                                            | 150 |
| 3.2     | De onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen                      | 151 |
| 3.2.1   | Een rechterlijke instantie                                           | 151 |
| 3.2.2   | De onpartijdigheids- en onafhankelijkheidseisen                      | 152 |
| 3.2.2.1 | Algemene eisen                                                       | 152 |
| 3.2.2.2 | Eisen voor gereguleerde sectoren                                     | 153 |
| 3.2.3   | Voorlopige bevindingen                                               | 154 |
| 3.3     | De rechterlijke toetsing in mededingingszaken                        | 155 |
| 3.3.1   | De toetsing van de wet                                               | 155 |
| 3.3.2   | De toetsing van de boete                                             | 156 |
| 3.3.3   | De discretionaire bevoegdheden van de Commissie                      | 157 |
| 3.3.4   | Voorlopige bevindingen                                               | 159 |
| 3.4     | Deelconclusie                                                        | 160 |
| 4       | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures              | 160 |
| 4.1     | Inleiding                                                            | 160 |
| 4.2     | De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM                   | 161 |
| 4.2.1   | De externe onafhankelijkheid en onpartijdigheid                      | 161 |
| 4.2.1.1 | Het vaststellen van beleidsregels                                    | 161 |
| 4.2.1.2 | De algemene vernietigingsbevoegdheid                                 | 162 |
| 4.2.1.3 | Het vaststellen van de begroting                                     | 163 |
| 4.2.1.4 | De benoeming van de ACM                                              | 164 |
| 4.2.1.5 | Adequate personele middelen                                          | 165 |
| 4.2.2   | De interne onafhankelijkheid en onpartijdigheid                      | 166 |
| 4.2.2.1 | De functiescheiding van het personeel                                | 166 |
| 4.2.2.2 | De functiescheiding op bestuursniveau                                | 167 |
| 4.2.3   | Voorlopige bevindingen                                               | 169 |
| 4.3     | De rechterlijke toetsing in mededingingszaken                        | 170 |



|          |                                                              |            |
|----------|--------------------------------------------------------------|------------|
| 4.3.1    | De toetsing door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht    | 170        |
| 4.3.2    | De rechterlijke toetsing in Nederlandse mededingingszaken    | 172        |
| 4.3.3    | De rechtsgevolgen van een volledige toetsing                 | 175        |
| 4.3.4    | Voorlopige bevindingen                                       | 176        |
| 4.4      | Deelconclusie                                                | 177        |
| 5        | Conclusie                                                    | 178        |
| <b>6</b> | <b>Casestudie I. Het hoorrecht</b>                           | <b>181</b> |
| 1        | Inleiding                                                    | 181        |
| 2        | Het EVRM                                                     | 182        |
| 2.1      | Inleiding                                                    | 182        |
| 2.2      | Het hoorrecht in het EVRM                                    | 183        |
| 2.2.1    | Het hoorrecht in strafvervolgingen                           | 183        |
| 2.2.2    | Het hoorrecht in civielrechtelijke zaken                     | 185        |
| 2.2.3    | Het afstand doen van het hoorrecht                           | 186        |
| 2.3      | Het moment van horen                                         | 187        |
| 2.3.1    | Het horen in de besluitvormingsfase                          | 187        |
| 2.3.2    | Het horen in hoger beroep                                    | 188        |
| 2.4      | Deelconclusie                                                | 189        |
| 3        | Het Unierecht                                                | 190        |
| 3.1      | Inleiding                                                    | 190        |
| 3.2      | Het hoorrecht als algemeen rechtsbeginsel                    | 190        |
| 3.2.1    | Het hoorrecht                                                | 190        |
| 3.2.2    | De beperkingen op het hoorrecht                              | 191        |
| 3.2.3    | Het moment van horen                                         | 192        |
| 3.2.4    | De gevolgen van een schending op het hoorrecht               | 193        |
| 3.3      | Het hoorrecht in het Handvest                                | 194        |
| 3.3.1    | Het horen in de administratieve procedure                    | 194        |
| 3.3.2    | Het horen in de rechterlijke procedure                       | 196        |
| 3.4      | Het hoorrecht in mededingingsprocedures                      | 196        |
| 3.4.1    | Het horen in de administratieve procedure                    | 196        |
| 3.4.1.1  | Het horen van de betrokken ondernemingen                     | 196        |
| 3.4.1.2  | Het horen van derden                                         | 198        |
| 3.4.2    | Het horen in de rechterlijke procedure                       | 200        |
| 3.4.2.1  | De hoorzitting bij het HvJ EU                                | 200        |
| 3.4.2.2  | De hoorzitting bij het Gerecht                               | 202        |
| 3.5      | Deelconclusie                                                | 203        |
| 4        | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures      | 204        |
| 4.1      | Inleiding                                                    | 204        |
| 4.2      | Het horen in de 'klassieke' boeteprocedure                   | 205        |
| 4.2.1    | Status quo                                                   | 205        |
| 4.2.1.1  | Het horen van overtreders in de primaire besluitvormingsfase | 205        |

|         |                                                            |     |
|---------|------------------------------------------------------------|-----|
| 4.2.1.2 | Het horen van derden in de primaire besluitvormingsfunctie | 206 |
| 4.2.1.3 | Het horen in de bezwaarfase                                | 207 |
| 4.2.1.4 | De beperkingen op het hoorrecht in de besluitvormingsfase  | 209 |
| 4.2.1.5 | Schorsende werking van bezwaar                             | 210 |
| 4.2.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 211 |
| 4.2.2.1 | Het horen in de primaire besluitvormingsfase               | 211 |
| 4.2.2.2 | Het horen in de bezwaarfase                                | 212 |
| 4.2.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 213 |
| 4.2.3.1 | Het hoorrecht                                              | 213 |
| 4.2.3.2 | De beperkingen op het hoorrecht                            | 214 |
| 4.2.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 215 |
| 4.3     | Het hoorrecht in clementieprocedures                       | 216 |
| 4.3.1   | Status quo                                                 | 216 |
| 4.3.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 216 |
| 4.3.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 217 |
| 4.3.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 218 |
| 4.4     | Het hoorrecht in overige procedures                        | 219 |
| 4.4.1   | Status quo                                                 | 219 |
| 4.4.1.1 | De toezeggingsprocedure                                    | 219 |
| 4.4.1.2 | De overige procedures                                      | 220 |
| 4.4.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 220 |
| 4.4.2.1 | Toezeggingsprocedures                                      | 220 |
| 4.4.2.2 | Overige procedures                                         | 221 |
| 4.4.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 221 |
| 4.4.3.1 | Toezeggingsprocedures                                      | 221 |
| 4.4.3.2 | Overige procedures                                         | 222 |
| 4.4.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 222 |
| 4.5     | Het hoorrecht in de rechterlijke procedure                 | 223 |
| 4.5.1   | Status quo                                                 | 223 |
| 4.5.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 225 |
| 4.5.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 225 |
| 4.5.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 226 |
| 5       | Conclusie                                                  | 227 |
| 7       | <b>Casestudie II. Het inzagerecht</b>                      | 231 |
| 1       | Inleiding                                                  | 231 |
| 2       | Het EVRM                                                   | 232 |
| 2.1     | Inleiding                                                  | 232 |
| 2.2     | Het inzagerecht in het EVRM                                | 233 |
| 2.2.1   | Het inzagerecht in strafrechtelijke zaken                  | 233 |
| 2.2.1.1 | Het inzagerecht op grond van artikel 6 lid 1 EVRM          | 233 |
| 2.2.1.2 | Het inzagerecht op grond van artikel 6 lid 3 EVRM          | 236 |

|         |                                                                   |     |
|---------|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2.2   | Het inzagerecht in civielrechtelijke zaken                        | 238 |
| 2.2.2.1 | Het inzagerecht op grond van artikel 6 lid 1 EVRM                 | 238 |
| 2.3     | De beperkingen op het inzagerecht                                 | 239 |
| 2.3.1   | De beperkingen op het inzagerecht onder artikel 6 EVRM            | 239 |
| 2.3.1.1 | De toegestane beperkingen                                         | 239 |
| 2.3.1.2 | De compenserende maatregelen voor de beperking                    | 240 |
| 2.3.2   | De beperkingen op het inzagerecht onder artikel 8 EVRM            | 242 |
| 2.3.2.1 | Een inmenging op het privéleven van rechtspersonen                | 242 |
| 2.3.2.2 | De rechtvaardiging voor de inmenging op het privéleven            | 243 |
| 2.4     | Het moment van openbaarmaking                                     | 245 |
| 2.4.1   | De openbaarmaking gedurende de bestuurlijke besluitvormingsfase   | 245 |
| 2.4.2   | De openbaarmaking gedurende de rechterlijke procedure             | 246 |
| 2.5     | Deelconclusie                                                     | 247 |
| 3       | Het Unierecht                                                     | 248 |
| 3.1     | Inleiding                                                         | 248 |
| 3.2     | Het inzagerecht in het Unierecht                                  | 248 |
| 3.2.1   | Het inzagerecht als algemeen rechtsbeginsel                       | 248 |
| 3.2.2   | Het inzagerecht in artikel 41 Handvest                            | 250 |
| 3.3     | Het inzagerecht in mededingingsprocedures                         | 250 |
| 3.3.1   | Het inzagerecht in de administratieve procedure                   | 250 |
| 3.3.1.1 | De inzage in het boeterapport                                     | 250 |
| 3.3.1.2 | De inzage in het boetedossier                                     | 252 |
| 3.3.1.3 | Het inzagerecht van derden                                        | 254 |
| 3.3.2   | De beperkingen op het inzagerecht in de administratieve procedure | 255 |
| 3.3.2.1 | Vertrouwelijke informatie                                         | 255 |
| 3.3.2.2 | Interne documenten                                                | 259 |
| 3.3.2.3 | Correspondentie binnen het 'European Competition Network'         | 259 |
| 3.3.3   | De procedure voor vertrouwelijkheidsclaims                        | 260 |
| 3.3.4   | Het inzagerecht in de rechterlijke procedure                      | 261 |
| 3.3.4.1 | De reikwijdte van het inzagerecht                                 | 261 |
| 3.3.4.2 | De procedure voor de geheimhouding van documenten                 | 262 |
| 3.3.4.3 | De gevolgen van een schending van het inzagerecht                 | 264 |
| 3.4     | Deelconclusie                                                     | 265 |
| 4       | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures           | 266 |
| 4.1     | Inleiding                                                         | 266 |
| 4.2     | Het inzagerecht in de 'klassieke' boeteprocedure                  | 266 |
| 4.2.1   | Status quo                                                        | 266 |
| 4.2.1.1 | Het inzagerecht in het boeterapport                               | 266 |

|         |                                                         |     |
|---------|---------------------------------------------------------|-----|
| 4.2.1.2 | Het inzagerecht van belanghebbenden in het boetedossier | 268 |
| 4.2.1.3 | De beperkingen op het inzagerecht                       | 271 |
| 4.2.1.4 | De LPP                                                  | 272 |
| 4.2.2   | Vergelijking met het Unierecht                          | 273 |
| 4.2.2.1 | Het boeterapport                                        | 273 |
| 4.2.2.2 | Het boetedossier                                        | 274 |
| 4.2.2.3 | De geheimhoudingsprocedure                              | 275 |
| 4.2.3   | Vergelijking met het EVRM                               | 276 |
| 4.2.3.1 | Het inzagerecht                                         | 276 |
| 4.2.3.2 | De beperkingen op het inzagerecht                       | 276 |
| 4.2.4   | Voorlopige bevindingen                                  | 277 |
| 4.3     | Het inzagerecht in clementieprocedures                  | 278 |
| 4.3.1   | Status quo                                              | 278 |
| 4.3.1.1 | Het inzagerecht                                         | 278 |
| 4.3.2   | Vergelijking met het Unierecht                          | 279 |
| 4.3.3   | Vergelijking met het EVRM                               | 279 |
| 4.3.4   | Voorlopige bevindingen                                  | 280 |
| 4.4     | Het inzagerecht in overige procedures                   | 281 |
| 4.4.1   | Status quo                                              | 281 |
| 4.4.1.1 | Toezeeggingsprocedure                                   | 281 |
| 4.4.1.2 | Procedures betreffende lastopleggingen                  | 281 |
| 4.4.2   | Vergelijking met het Unierecht                          | 282 |
| 4.4.2.1 | Toezeeggingsprocedures                                  | 282 |
| 4.4.2.2 | Procedures betreffende lastopleggingen                  | 282 |
| 4.4.3   | Vergelijking met het EVRM                               | 283 |
| 4.4.3.1 | Toezeeggingsprocedures                                  | 283 |
| 4.4.3.2 | Procedures betreffende lastopleggingen                  | 283 |
| 4.4.4   | Voorlopige bevindingen                                  | 283 |
| 4.5     | Het inzagerecht in de rechterlijke procedure            | 284 |
| 4.5.1   | Status quo                                              | 284 |
| 4.5.1.1 | Het inzagerecht van belanghebbenden                     | 284 |
| 4.5.1.2 | De geheimhoudingsprocedure                              | 286 |
| 4.5.2   | Vergelijking met het Unierecht                          | 287 |
| 4.5.3   | Vergelijking met het EVRM                               | 288 |
| 4.5.4   | Voorlopige bevindingen                                  | 289 |
| 5       | Conclusie                                               | 289 |
| 8       | <b>Casestudie III. Het ondervragingsrecht</b>           | 293 |
| 1       | Inleiding                                               | 293 |
| 2       | Het EVRM                                                | 294 |
| 2.1     | Inleiding                                               | 294 |
| 2.2     | Het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM               | 295 |
| 2.2.1   | Het getuigenverhoor in strafprocedures                  | 295 |

|         |                                                                |     |
|---------|----------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2.2   | Het getuigenverhoor in civiele procedures                      | 296 |
| 2.2.3   | Het ondervragen van getuigen                                   | 298 |
| 2.2.3.1 | De autonome interpretatie                                      | 298 |
| 2.2.3.2 | De medeverdachte als getuige                                   | 299 |
| 2.2.3.3 | De ontlastende getuige                                         | 299 |
| 2.2.4   | Het moment van ondervragen                                     | 301 |
| 2.2.5   | Het (on)bewust afstand doen van het recht om getuigen te horen | 302 |
| 2.3     | De beperkingen op het recht om getuigen te horen               | 303 |
| 2.3.1   | Het beslissingsmodel                                           | 303 |
| 2.3.2   | Een gerechtvaardigde beperking?                                | 304 |
| 2.3.3   | De 'sole or deceive'-getuigenverklaringen                      | 306 |
| 2.3.4   | De compenserende maatregelen                                   | 307 |
| 2.3.4.1 | De beperkt aanwezige getuige                                   | 308 |
| 2.3.4.2 | De afwezige getuige                                            | 308 |
| 2.4     | Het zwijgrecht van getuigen                                    | 309 |
| 2.4.1   | Het zwijgrecht                                                 | 309 |
| 2.4.2   | Het zwijgrecht van medeverdachten                              | 311 |
| 2.5     | Deelconclusie                                                  | 312 |
| 3       | Het Unierecht                                                  | 313 |
| 3.1     | Inleiding                                                      | 313 |
| 3.2     | Het ondervragingsrecht in het Unierecht                        | 313 |
| 3.2.1   | Het ondervragingsrecht als algemeen rechtsbeginsel             | 313 |
| 3.2.2   | Het ondervragingsrecht in het Handvest                         | 314 |
| 3.2.3   | Het ondervragingsrecht in het Europees procesrecht             | 314 |
| 3.2.3.1 | Het getuigenverhoor voor het HvJ EU                            | 314 |
| 3.2.3.2 | Het getuigenverhoor voor het Gerecht                           | 315 |
| 3.3     | Het getuigenverhoor in mededingingsprocedures                  | 316 |
| 3.3.1   | Het getuigenverhoor in de administratieve procedure            | 316 |
| 3.3.1.1 | Het horen van getuigen à charge                                | 317 |
| 3.3.1.2 | Het horen van getuigen à décharge                              | 318 |
| 3.3.1.3 | Het zwijgrecht van getuigen                                    | 319 |
| 3.3.2   | Het getuigenverhoor in de rechterlijke procedure               | 321 |
| 3.4     | Het gebruik van getuigenverklaringen                           | 322 |
| 3.4.1   | De betrouwbaarheid van getuigenverklaringen                    | 322 |
| 3.4.2   | De betrouwbaarheid van clementieverklaringen                   | 323 |
| 3.4.3   | De bewijswaarde van getuigenverklaringen                       | 324 |
| 3.5     | Deelconclusie                                                  | 325 |
| 4       | De nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures        | 326 |
| 4.1     | Inleiding                                                      | 326 |
| 4.2     | Het getuigenverhoor in de 'klassieke' boeteprocedure           | 327 |
| 4.2.1   | Status quo                                                     | 327 |
| 4.2.1.1 | De wettelijke grondslag van het getuigenverhoor                | 327 |
| 4.2.1.2 | Het zwijgrecht als gerechtvaardigde beperking                  | 328 |

|         |                                                            |     |
|---------|------------------------------------------------------------|-----|
| 4.2.1.3 | Anonimiteit als gerechtvaardigde beperking                 | 329 |
| 4.2.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 330 |
| 4.2.2.1 | Het getuigenverhoor                                        | 330 |
| 4.2.2.2 | Het zwijgrecht als gerechtvaardigde beperking              | 330 |
| 4.2.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 331 |
| 4.2.3.1 | Het getuigenverhoor                                        | 331 |
| 4.2.3.2 | De gerechtvaardigde beperkingen                            | 332 |
| 4.2.3.3 | Het gebruik van getuigenverklaringen in<br>boeteprocedures | 333 |
| 4.2.3.4 | De compenserende maatregelen                               | 334 |
| 4.2.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 335 |
| 4.3     | Het getuigenverhoor in clementieprocedures                 | 336 |
| 4.3.1   | Status quo                                                 | 336 |
| 4.3.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 337 |
| 4.3.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 337 |
| 4.3.3.1 | Het getuigenverhoor                                        | 337 |
| 4.3.3.2 | De bewijswaarde van getuigenverklaringen                   | 339 |
| 4.3.3.3 | De gerechtvaardigde beperkingen                            | 340 |
| 4.3.3.4 | Het gebruik van getuigenverklaringen                       | 341 |
| 4.3.3.5 | De compenserende maatregelen                               | 342 |
| 4.3.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 342 |
| 4.4     | Het getuigenverhoor in overige procedures                  | 343 |
| 4.4.1   | Status quo                                                 | 343 |
| 4.4.1.1 | De toezeggingsprocedure                                    | 343 |
| 4.4.1.2 | De overige procedures                                      | 343 |
| 4.4.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 344 |
| 4.4.2.1 | De toezeggingsprocedure                                    | 344 |
| 4.4.2.2 | De overige procedures                                      | 344 |
| 4.4.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 344 |
| 4.4.3.1 | De toezeggingsprocedure                                    | 344 |
| 4.4.3.2 | De overige procedures                                      | 344 |
| 4.4.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 345 |
| 4.5     | Het getuigenverhoor in de rechterlijke procedure           | 346 |
| 4.5.1   | Status quo                                                 | 346 |
| 4.5.1.1 | Vrije bewijsleer                                           | 346 |
| 4.5.1.2 | Het getuigenverhoor tijdens het vooronderzoek              | 347 |
| 4.5.1.3 | Het getuigenverhoor ter zitting                            | 347 |
| 4.5.2   | Vergelijking met het Unierecht                             | 349 |
| 4.5.3   | Vergelijking met het EVRM                                  | 350 |
| 4.5.4   | Voorlopige bevindingen                                     | 351 |
| 5       | Conclusie                                                  | 351 |

|          |                                                                            |            |
|----------|----------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>9</b> | <b>Aanbevelingen</b>                                                       | <b>353</b> |
| 1        | Inleiding                                                                  | 353        |
| 2        | De toepassing van fundamentele rechten in mededingingsprocedures           | 354        |
| 2.1      | Knelpunten                                                                 | 354        |
| 2.1.1    | Het gebrek aan een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces | 354        |
| 2.1.2    | Een beperkt rechtswaarborgenvpakket                                        | 356        |
| 2.1.3    | Een eenzijdige benadering van het begrip strafvervolgning                  | 356        |
| 2.2      | Aanbevelingen                                                              | 357        |
| 2.2.1    | De doorwerking van fundamentele rechten in de besluitvormingsfase          | 357        |
| 2.2.1.1  | Het aanvangsmoment van de verdedigingsrechten                              | 358        |
| 2.2.1.2  | De 'voldoende' rechterlijke toetsing                                       | 359        |
| 2.2.1.3  | De zorgvuldige feitenvaststelling door het bestuursorgaan                  | 360        |
| 2.2.1.4  | Het onschuldvermoeden                                                      | 361        |
| 2.2.1.5  | Geen herstel mogelijk                                                      | 362        |
| 2.2.2    | Een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces                | 363        |
| 2.2.3    | Het toepassen van verschillende rechtsbeschermingsniveaus                  | 364        |
| 2.2.4    | Een duidelijke waiver van procedurele rechten                              | 365        |
| 2.2.4.1  | Vormen van eenvoudige afdoening van de zaak                                | 365        |
| 2.2.4.2  | Een waiver in clementie- en schikkingsprocedures                           | 367        |
| 2.3      | Deelconclusie                                                              | 369        |
| 3        | De rol van de ACM                                                          | 370        |
| 3.1      | Knelpunten                                                                 | 370        |
| 3.1.1    | De interne en externe onafhankelijkheid en onpartijdigheid                 | 370        |
| 3.1.2    | Het boeterapport                                                           | 371        |
| 3.1.3    | De fase boeterapport - boetebesluit                                        | 372        |
| 3.1.3.1  | De inzage in de stukken                                                    | 372        |
| 3.1.3.2  | De hoorzitting                                                             | 373        |
| 3.1.3.3  | De inzet van getuigen                                                      | 374        |
| 3.2      | Aanbevelingen                                                              | 375        |
| 3.2.1    | Het verstevigen van de onafhankelijkheid van de ACM                        | 375        |
| 3.2.1.1  | Het inperken van de institutionele afhankelijkheid                         | 376        |
| 3.2.1.2  | De creatie van een functionele scheiding binnen de ACM                     | 377        |
| 3.2.1.3  | Het introduceren van een vorm van intern toezicht                          | 380        |
| 3.2.2    | Het behoud van het bestraffingsmonopolie van de ACM                        | 381        |
| 3.2.2.1  | De bestuurlijke boete                                                      | 381        |
| 3.2.2.2  | De strafbeschikking                                                        | 382        |
| 3.2.2.3  | De strafoplegging door de rechter                                          | 384        |
| 3.2.3    | Het verstevigen van de procedurele waarborgen                              | 387        |
| 3.2.3.1  | Een bewijsdossier                                                          | 387        |

|           |                                                                           |            |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.3.2   | Een ruime opvatting van de notie ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ | 388        |
| 3.2.3.3   | Een contradictoir debat tijdens de hoorzitting                            | 389        |
| 3.3       | Deelconclusie                                                             | 391        |
| 4         | De rol van de rechter                                                     | 392        |
| 4.1       | Knelpunten                                                                | 392        |
| 4.1.1     | Het diffuse karakter van procedurele beslissingen                         | 392        |
| 4.1.1.1   | De rechtsgang naar de bestuursrechter                                     | 393        |
| 4.1.1.2   | De rechtsgang naar de civiele rechter                                     | 394        |
| 4.1.2     | De rechterlijke toetsing van het hoofdgeding                              | 395        |
| 4.1.3     | Het gebrek aan een effectief rechtsmiddel                                 | 396        |
| 4.2       | Aanbevelingen                                                             | 397        |
| 4.2.1     | Een directe rechtsbescherming voor procedurele handelingen                | 397        |
| 4.2.2     | Onafhankelijk advies over procedurele geschilpunten                       | 399        |
| 4.2.2.1   | De aanstelling van een raadadviseur-auditeur                              | 400        |
| 4.2.2.2   | De herinvoering van de Adviescommissie bezwaarschriften Mw                | 401        |
| 4.2.3     | Een volledige rechterlijke toetsing...                                    | 402        |
| 4.2.4     | ... met volledige kennis van zaken                                        | 403        |
| 4.2.4.1   | Een samenvatting van vertrouwelijke stukken                               | 404        |
| 4.2.4.2   | De aanstelling van een ‘special counsel’                                  | 404        |
| 4.2.4.3   | Het gebruik van vertrouwelijkheidsringen                                  | 405        |
| 4.2.5     | De introductie van een schaderegeling                                     | 406        |
| 4.2.5.1   | Een effectief rechtsmiddel                                                | 406        |
| 4.2.5.2   | De bevoegde rechter                                                       | 408        |
| 4.2.5.3   | De schadeposten                                                           | 408        |
| 4.3       | Deelconclusie                                                             | 410        |
| 5         | Conclusie                                                                 | 411        |
| <b>10</b> | <b>Conclusies</b>                                                         | <b>413</b> |
| 1         | Slotbeschouwingen                                                         | 413        |
| 2         | Dilemma’s                                                                 | 414        |
| 2.1       | Mededingingsprocedures en jurisprudentie van het EHRM                     | 414        |
| 2.2       | Mededingingsprocedures en jurisprudentie van het HvJ EU                   | 416        |
| 3         | Naar een eerlijk bestuurlijk besluitvormingsproces                        | 418        |
| 3.1       | Het recht op een eerlijk besluitvormingsproces                            | 418        |
| 3.1.1     | Codificatie in de Grondwet                                                | 418        |
| 3.1.2     | De invulling van het recht op een eerlijk besluitvormingsproces           | 418        |
| 3.2       | Het inrichten van een eerlijk besluitvormingsproces                       | 419        |
| 3.2.1     | Een onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming                         | 420        |
| 3.2.2     | Een versteviging van de procedurele waarborgen                            | 420        |
| 3.3       | Het toezicht op een eerlijk besluitvormingsproces                         | 420        |
| 4         | Onderzoeksvragen voor de toekomst                                         | 421        |



|                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Bibliografie</b>                                                                                                             | 423 |
| <b>Samenvatting</b>                                                                                                             | 489 |
| <b>Summary</b>                                                                                                                  | 495 |
| <b>Bijlage I.    Karteloverzicht ACM</b>                                                                                        | 501 |
| <b>Bijlage II.    Overzicht bepalingen fundamentele procesrechten EVRM,<br/>                    Handvest en nationaal recht</b> | 585 |
| <b>Bijlage III.    Overzicht (deel)rechten op een eerlijk proces</b>                                                            | 589 |
| <b>Curriculum Vitae</b>                                                                                                         | 591 |

## Afkortingen

|            |                                                                  |
|------------|------------------------------------------------------------------|
| AB         | AB Rechtspraak Bestuursrecht                                     |
| ABRvS      | Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State                      |
| ACM        | Autoriteit Consument & Markt                                     |
| Awb        | Algemene wet bestuursrecht                                       |
| CAT        | Competition Appeal Tribunal                                      |
| CBb        | College van Beroep voor het bedrijfsleven                        |
| CRvB       | Centrale Raad van Beroep                                         |
| DM         | Directie Mededinging (van de ACM)                                |
| EHRM       | Europees Hof voor de Rechten van de Mens                         |
| EVRM       | Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens                     |
| EZ         | Economische Zaken                                                |
| HvJ EU     | Hof van Justitie van de Europese Unie                            |
| Gerecht EU | Gerecht van de Europese Unie                                     |
| GvEA       | Gerecht van Eerste Aanleg                                        |
| IVPBR      | Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten |
| JB         | Jurisprudentie Bestuursrecht                                     |
| JD         | Juridische Dienst (van de ACM)                                   |
| LPP        | Legal Professional Privilege                                     |
| MvA        | Memorie van Antwoord                                             |
| MvT        | Memorie van Toelichting                                          |
| Mw         | Mededingingswet                                                  |
| NMa        | Nederlandse Mededingingsautoriteit                               |
| OM         | Openbaar Ministerie                                              |
| OLAF       | European Anti-Fraud Office                                       |
| OPTA       | Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit               |
| Rv         | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering                          |
| SER        | Sociaal-Economische Raad                                         |
| Sr         | Wetboek van Strafrecht                                           |
| Sv         | Wetboek van Strafvordering                                       |
| Tw         | Telecommunicatiewet                                              |
| VN         | Verenigde Naties                                                 |
| VEU        | Verdrag betreffende de Europese Unie                             |
| VWEU       | Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie              |
| WED        | Wet Economische Delicten                                         |
| WEM        | Wet Economische Mededinging                                      |
| Wjsg       | Wet justitiële strafvorderlijke gegevens                         |
| Wob        | Wet openbaarheid van bestuur                                     |
| zbo        | zelfstandig bestuursorgaan                                       |



# 1 Introductie

## 1 PROBLEEMSTELLING

### 1.1 Inleiding

In de zaak *Isolerend dubbelglas* vernietigde de rechtbank het besluit van de ACM, omdat niet vast was komen te staan dat de betreffende ondernemingen betrokken waren bij de mededingingsbeperkende afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen. De rechtbank plaatste vraagtekens bij de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen van twee (oud-)werknemers van AGC en Saint-Gobain die de ACM had gebruikt bij de schuldvaststelling.<sup>1</sup> Hadden de betrokken ondernemingen in deze zaak het recht om de clementieverzoekers als getuigen te doen oproepen en ondervragen zodat zij de betrouwbaarheid van de verklaringen hadden kunnen toetsen?

In de zaak *Noordzeegarnalen* stelde de rechtbank een schending van artikel 6 EVRM vast omdat de ACM geen Duitse vertaling verstrekke van de verklaringen die door de Nederlandse handelaren waren afgegeven.<sup>2</sup> Ook in een zaak over het meelkartel werd een inbreuk op artikel 6 EVRM geconcludeerd vanwege de weigering van de ACM om een vertaling van het aanvullende boeterapport beschikbaar te stellen.<sup>3</sup> Kan uit deze uitspraken afgeleid worden dat ondernemingen in mededingingsprocedures een fundamenteel recht hebben op toegang tot het complete dossier van de ACM? Moet het dossier integraal vertaald worden?

In de zaken *De Tongelreep* en *Meiveld*, over een schending van het kartelverbod door vier schildersbedrijven, had de ACM zich op het standpunt gesteld dat een werknemer die niet meer bij de betreffende onderneming werkzaam is geen beroep kan doen op het zwijgrecht tijdens de hoorzitting.<sup>4</sup> Het CBb heeft echter geoordeeld dat een ex-werknemer een gerechtvaardigd beroep kan doen op zijn zwijgrecht.<sup>5</sup> Volgt deze ruime interpretatie van het zwijgrecht ook uit artikel 6 EVRM en het Unierecht of biedt het nationale recht op dit vlak meer bescherming?

De bouwfraudezaken, waarbij ondernemingen in wisselende samenstellingen hadden deelgenomen aan een overleg voorafgaand aan de aanbestedingsinschrijvingen van installatiewerken, zijn regelmatig voorgelegd aan de bestuursrechter. In één van deze zaken bevestigde het CBb dat de ambtenaren van de Juridische Dienst van de ACM niet bevoegd waren om in die specifieke zaak aanvullende onderzoeksactiviteiten te verrichten. Deze onbevoegdheid volgde uit de scheiding (*Chinese walls*) die bestaat tussen de dienst die de schending van de Mw opspoort, onderzoekt en een boeterapport uitbrengt (de Directie Mededinging) en de dienst die het concept van het

---

<sup>1</sup> Rb. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:227.

<sup>2</sup> Rb. Rotterdam 20 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX9223.

<sup>3</sup> Rb. Rotterdam 15 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3805.

<sup>4</sup> NMa 21 augustus 2009, 6492 & 6430 (*De Tongelreep & Meiveld*).

<sup>5</sup> CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7031.

boetebesluit opstelt (de Juridische Dienst). Volgens het CBb was het beginsel van functiescheiding van fundamentele betekenis; het besluit van de ACM kon dan ook niet in stand worden gehouden.<sup>6</sup> Wat houdt deze functiescheiding precies in? Vereist het fundamentele recht op een onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming dat een rechter in plaats van de ACM een boete oplegt? Met andere woorden: mag een bestuursorgaan zoals de ACM door het opleggen van bestuurlijke boetes bestraffend optreden tegen mededingingsovertredingen?

Deze zaken zijn slechts een paar voorbeelden van fundamentele vragen die in dit proefschrift aan de orde komen. Onderzoek naar de legitimiteit en effectiviteit van de handhaving door bestuursorganen is in principe niet nieuw. Door de introductie van de bestuurlijke boete is onderzoek gedaan naar het bestuursstrafrecht en de grenzen waarbinnen bestuursorganen konden en mochten opereren.<sup>7</sup> De bestuurlijke boete volgde nadat in de jaren tachtig van de vorige eeuw een handhavingstekort was vastgesteld.<sup>8</sup> In die tijd werd de rol van het strafrecht als handhavingsmiddel voor sociaaleconomische wetgeving in toenemende mate principieel ter discussie gesteld.<sup>9</sup> Uit de literatuur volgden pleidooien voor bestuursrechtelijke sancties als een redelijk alternatief voor de strafrechtelijke handhaving van grote groepen economische delicten.<sup>10</sup> Naar aanleiding van het advies van de toenmalige Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten ging ook het mededingingsrecht over tot een handhavingssysteem waarbij een bestuursorgaan bestuurlijke boetes kon opleggen.<sup>11</sup>

Door toenemend gebruik van de bestuurlijke boete, en de daaraan verbonden toenemende handhavingsbevoegdheden van bestuursorganen, zijn vragen omtrent de legitimiteit van het optreden van bestuursorganen (weer) in de schijnwerpers komen te staan. Anders dan oorspronkelijk de bedoeling was, worden zware en complexe overtredingen bestraft met hoge boetes. De opgelegde boetes in mededingingsprocedures kunnen miljoenen euro's bedragen – de *'sky seems the limit'*.<sup>12</sup> Daarnaast heeft het EHRM in de zaak *Menarini* bevestigd dat het bij het opleggen van bestuurlijke boetes gaat om strafvervolgingen.<sup>13</sup> Hoewel deze strafrechtelijke kwalificatie van bestuurlijke boetes niet noodzakelijk de overheveling naar strafrechtelijke handhaving

<sup>6</sup> CBb 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6737.

<sup>7</sup> Aanbevelingswaardig zijn de proefschriften van Hartmann & Van Russen-Groen: Hartmann & Van Russen-Groen 1998.

<sup>8</sup> Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, Rapport *Handhaven op niveau*, 1998, p. 36. Een handhavingstekort ontstaat wanneer bij niet-naleving een tot handhaving bevoegde instantie rechtens moet handhaven en wel wil, maar niet kan handhaven of wel kan, maar niet wil handhaven.

<sup>9</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Rechtshandhaving', rapport nr. 35, 's-Gravenhage: Sdu 1988. Zie ook de beleidsnota's 'Zicht op wetgeving. Een beleidsplan voor de verdere ontwikkeling en uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid', gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid', *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, 1-2 en 'Met vaste hand. Verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving', *Kamerstukken II* 1990/91, 22 045, 1-2.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld Corstens & Schaffmeister 1984; en Wladimiroff 1989, p. 29.

<sup>11</sup> Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, *Handhaving door bestuurlijke boeten*, 1994/1. Zie voor een uitvoerige behandeling van het rapport van de CTW en het naar aanleiding daarvan ingenomen standpunt van het kabinet: Hazewindus & Jansen (red.), 1995.

<sup>12</sup> Ottervanger 2009.

<sup>13</sup> EHRM 27 september 2011, 43409/08 (*Menarini t. Italië*).

betekent, speelt wel de vraag of het strafrecht meer rechtsbescherming biedt. Reeds in 2006 werd door de regering een wetsvoorstel aangekondigd dat strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (wederom) mogelijk zou maken.<sup>14</sup> Ondanks verschillende aankondigingen heeft de introductie van een duaal handhavingssysteem van het mededingingsrecht nog niet plaatsgevonden. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft echter in 2015 een ongevraagd advies uitgebracht waarin weer aandacht werd gevraagd voor rechtsbescherming van burgers bij de bestuurlijke boete. Volgens de Afdeling zouden boetes boven de € 81.000 niet meer door toezichthouders opgelegd mogen worden, maar enkel door de strafrechter.<sup>15</sup>

In dit proefschrift worden deze stelling van de Afdeling en de constante kritiek (voornamelijk van de praktijkbeoefenaren van het mededingingsrecht) ten aanzien van het alles-in-één-hand-handhavingssysteem van het mededingingsrecht<sup>16</sup> getoetst aan de fundamentele procesrechten. Verlangen de fundamentele procesrechten inderdaad dat de oplegging van een bestuurlijke boete in handen moet liggen van een onafhankelijke en onpartijdige rechter in plaats van een bestuursorgaan? Wanneer de fundamentele procesrechten zich niet verzetten tegen de boeteplegging door het bestuursorgaan, welke rechtswaARBorgen dienen dan van toepassing te zijn in de bestuurlijke besluitvormingsfase? Gelden deze rechtswaARBorgen ook (op gelijke voet) voor procedures waarin een bestuursorgaan op een niet-bestraffende wijze – bijvoorbeeld door middel van een toezegging – handhaaft?

De onderzoeksvraag van mijn onderzoek luidt als volgt:

*In hoeverre zijn de publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in Nederland verenigbaar met de fundamentele procesrechten die voortvloeien uit het EVRM en het Unierecht?*

Het onderzoek in dit boek beoogt een bijdrage te leveren aan het in kaart brengen en oplossen van de procedurele problemen die spelen bij de bestuursrechtelijke handhaving in Nederland, meer in het bijzonder bij de handhaving van het mededingingsrecht. Een eerste stap daartoe is het distilleren van algemene procesregels uit Europese wetgeving en jurisprudentie van het HvJ EU en het EHRM. De tweede stap bestaat uit een vergelijking van deze fundamentele procesregels met de praktijk in nationale mededingingsprocedures. Het onderzoek ligt daarmee op het snijvlak van het Nederlands en het Europees mededingingsrecht<sup>17</sup> enerzijds en de fundamentele rechten (uit het EVRM en het Unierecht) anderzijds. De mogelijke conclusie dat het systeem van bestuurlijke handhaving van het mededingingsrecht in overeenstemming is of kan worden gebracht met fundamentele procesrechten sluit echter niet uit dat op andere

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30071, 27, p. 1-2.

<sup>15</sup> Afdeling advisering van de Raad van State van 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280.

<sup>16</sup> Zie voor een goed literatuuroverzicht: Fox & Trebilcock 2012, p. 407-418.

<sup>17</sup> Het Europees mededingingsrecht voor zover de zaak die door de ACM wordt behandeld ook een impact heeft op de tussenstaatse handel binnen de Europese Unie.

gronden, bijvoorbeeld effectiviteitsoverwegingen, wel een goede reden bestaat om tot wijziging van het handhavingssysteem over te gaan.

## 1.2 Inbedding van het onderzoek

Het onderwerp van het onderzoek kan benaderd worden vanuit twee invalshoeken: de effectiviteit en de legitimiteit van de publieke handhaving van het mededingingsrecht. De eerste invalshoek betreft de sanctionering en de vraag of het huidige handhavingsarsenaal, onder andere bestaande uit de sanctionering van mededingingsovertredingen, effectief bijdraagt aan de naleving van mededingingszaken. Deze vraag komt slechts zijdelings in het proefschrift aan bod, maar geeft wel duidelijk de inbedding van het onderzoek weer.

In zijn voor criminologen welbekende handhavingspiramide legt Braithwaite uit dat de wijze waarop gereageerd wordt op overtredingen afgestemd moet zijn op de houding en beweegredenen van de regelovertreder.<sup>18</sup> In sommige zaken zal straffen de aangewezen reactie zijn, in andere zaken kunnen overleg en overreding de meest effectieve handhavingsvormen zijn. Er bestaat dus een gelijktijdige behoefte aan bestraffing en het stimuleren van compliance en zelfregulering. Een compromis tussen deze twee uitersten is *responsive regulation*: de combinatie van vertrouwen en afschrikking. In verschillende zaken zal een ‘moraliserende’ straf eerder op zijn plaats zijn dan een op afschrikking gerichte straf.<sup>19</sup> De piramide sluit daarbij goed aan bij de gedachte dat de inzet van strafrecht alleen als *ultimum remedium* gerechtvaardigd is. Volgens Braithwaite moet alleen voor een kleine groep berekenende regelovertreders, die zich ook aan afschrikking weinig gelegen laten, het zwaarste geschat in stelling worden gebracht, zoals een gevangenisstraf, hoge boetes of het verbod aan de bestuurders om in de toekomst een bedrijf uit te oefenen. De gedachte dat ondernemingen alleen uit angst voor straf zich laten weerhouden van regelovertreding geldt louter voor een kleine groep regelovertreders.<sup>20</sup> Toezichthouders, zoals de ACM, zijn dan ook op zoek gegaan naar strategieën voor effectieve handhaving waardoor het toepassen van verschillende handhavingsstijlen, zoals Braithwaite dat heeft bepleit, gemeengoed is geworden. Door de toezichthouders wordt getracht het handhavend optreden zo goed mogelijk af te stemmen op de beweegredenen van de regel-

<sup>18</sup> *Responsive regulation* is een handhavingsstrategie die is ontwikkeld door de Australische criminologen Ian Ayres en John Braithwaite. Zie Ayres & Braithwaite 1992.

<sup>19</sup> Christine Parker heeft de handhavingspiramide toegepast op de Australische mededingingsautoriteit. Zij concludeert dat moraliserend en stigmatiserend optreden van handhavers, zonder maatschappelijke en politieke steun, het functioneren van de handhavingsorganisatie ondermijnt. *Moral education* en het dreigen met de *big gun* blijken moeilijk uitvoerbaar als er geen werkelijke overeenstemming bestaat dat de mededingingsovertreding zo ernstig is dat het als criminaliteit moet worden behandeld. De door Parker beschreven *compliance trap* houdt in dat handhavers zich als gevolg van het ontbreken van maatschappelijke steun gedwongen zien ofwel hun normatieve boodschap af te zwakken, ofwel terug te vallen op een niet-responsieve strategie van het handhaven van wetten volgens het boekje. Zie Parker 2011, p. 239-263.

<sup>20</sup> Nagin 1998, p. 1-42; Elffers 2005; en Simpson 2002.

overtreders en de cultuur die binnen een sector heerst.<sup>21</sup> Hierdoor wordt een zogeheten *deterrence trap* voorkomen.<sup>22</sup> De ACM heeft bijvoorbeeld regelmatig geopperd dat bij een constatering van een (potentiële) mededingingsovertreding ook overgegaan kan worden tot ‘normoverdragende gesprekken’.<sup>23</sup> Het toepassen van deze verschillende handhavingsvormen roept echter nieuwe vragen op omtrent de rechtsbeschermingspositie van de betrokken partijen. Onder welke omstandigheden kan een toezichthouder informeel handhaven terwijl nog geen overtreding is vastgesteld? Bovendien geldt over het algemeen dat – welke handhavingsvorm ook gekozen wordt – de procedure eerlijk moet zijn verlopen.

Het onderwerp van het proefschrift kan daarmee ook benaderd worden vanuit een tweede invalshoek: wanneer een wet als legitiem wordt ervaren, is de kans groter dat deze wet ook wordt nageleefd.<sup>24</sup> Een aspect van de legitimiteit van wetgeving is de procedurele legitimiteit: is de toepassing van de wet of regel het resultaat van een eerlijk afwegingsproces. Deze procedurele legitimiteit bestaat uit een instrumentele en een niet-instrumentele component. De instrumentele component draait bijvoorbeeld om de vraag of deelgenomen kan worden aan het afwegingsproces van de beslissende instantie (bijvoorbeeld door het horen van de partijen). De niet-instrumentele component omvat bijvoorbeeld de vraag of er zorgvuldig wordt omgegaan met de belangen van de partijen die door de besluitvorming worden geraakt. Met andere woorden: naarmate partijen menen dat een bestuursorgaan als de ACM zijn bevoegdheden op een procedureel rechtvaardige manier uitoefent, beschouwen zij de ACM en de beslissingen genomen door de ACM als legitiem. Beslissingen van de ACM worden dan ook sneller geaccepteerd; (hoger) beroep komt minder snel voor wanneer de betrokken partijen het gevoel hebben dat de besluitvormingsprocedure eerlijk is verlopen.<sup>25</sup> Procedurele legitimiteit wordt dan ook wel eens aangeduid als *treatment fairness*.<sup>26</sup> In de literatuur zijn aan de procedurele legitimiteit een aantal concrete eisen verbonden, zoals de eis dat burgers (1) de mogelijkheid moeten krijgen om hun zienswijze naar voren te brengen, (2) de mogelijkheid hebben om invloed uit te oefenen op de inhoudelijke kant van de procedure (bijvoorbeeld door het indienen van bewijs), (3) geïnformeerd worden over de procedure, de te nemen stappen en de uiteindelijke beslissing, en (4) met respect worden benaderd.<sup>27</sup> Of een partij kan leven met de uitkomst van een juridisch geschil met een bestuursorgaan, zoals de ACM, hangt dus

<sup>21</sup> Bij het bepalen van de straf (of juist de beloning) is het dus essentieel dat men het perspectief van de potentiële overtreder hanteert ter bepaling van het type beloning of bestraffing. Zie hierover: Van der Pligt e.a. 2007.

<sup>22</sup> De zogeheten *deterrence trap* betekent dat sancties voor niet-naleving van de regels ofwel onvoldoende hoog zijn om een inbreuk effectief aan te pakken ofwel zo hoog zijn dat deze de financiële capaciteiten van een onderneming zodanig aantasten dat hierdoor onschuldige werknemers en crediteuren worden geschaad. Coffee 1980-1981, p. 386-459; en Braithwaite 2002, p. 108.

<sup>23</sup> Amador Sanchez, Geursen en Nijs 2011.

<sup>24</sup> Tyler 1990.

<sup>25</sup> Grondleggers van deze sociaalpsychologische benadering van het recht zijn Thibaut & Walker: Thibaut en Walker 1975; en Thibaut & Walker 1978, p. 541-566.

<sup>26</sup> Lind e.a. 1998; en Van den Bos, Van der Velden & Lind 2014.

<sup>27</sup> Van den Bos 2009, p. 91-96; en Van den Bos 2013.



niet alleen af van de daadwerkelijke uitkomst van de zaak, maar ook sterk van de mate waarin een betrokkene zich rechtvaardig behandeld acht. De vraag die dan speelt is of het proces dat heeft geleid tot de beslissing eerlijk is verlopen.<sup>28</sup> Deze vraag raakt de kern van dit onderzoek. Het is van belang om op te merken dat deze vraag uitgaat van een imperfecte procedurele legitimiteit: het is onmogelijk om te allen tijde te garanderen dat de uitkomst van een zaak correct is; met andere woorden: dat degene die veroordeeld is voor een overtreding ook daadwerkelijk de overtreding heeft begaan.<sup>29</sup> Het effectiviteitsbeginsel (zie deelparagraaf 2.3.3) illustreert het bestaan van een dergelijke imperfecte procedurele legitimiteit.

## 2 AFBAKENING ONDERWERP

### 2.1 De handhaving van het mededingingsrecht

In dit onderzoek staat de handhaving van het mededingingsrecht centraal. Hiermee wordt echter nog niet veel duidelijk. De breed opgezette termen ‘handhaving’ en ‘mededingingsrecht’ zijn immers voor verschillende definities vatbaar. In het kort gaat het om het zorgen voor een juiste uitvoering en het waken voor een behoorlijke nakoming van mededingingswetgeving. Uitgangspunt is dat handhaving gaat om het doen naleven, hetgeen samenhangt met een vorm van gedragsbeïnvloeding.

Langs verschillende wegen kan deze gedragsbeïnvloeding (zoals hiervoor is aangestipt) plaatsvinden. Wat betreft het mededingingsrecht zijn twee wegen te bewandelen. Ten eerste kan het mededingingsrecht privaatrechtelijk worden gehandhaafd. De burgerlijke rechter is bijvoorbeeld bevoegd om te oordelen over schadevergoedingsacties die zijn ingesteld door gedupeerden van een mededingings-overtreding.<sup>30</sup> De tweede weg is die van de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht wordt in Nederland bestuursrechtelijk gehandhaafd door de ACM. In de rechtspraak is een beginselplicht tot handhaving opgenomen.<sup>31</sup> Deze plicht komt erop neer dat de ACM – in geval van een overtreding van de mededingingswetgeving – van de bevoegdheid gebruik moet maken om handhavend op te treden. Dit vanwege het algemeen belang dat gediend is met de handhaving. Onder bepaalde omstandigheden mag echter van handhaving worden afgezien. Zo is de ACM niet verplicht om daadwerkelijk alle overtredingen altijd en onmiddellijk op te sporen. In het uitoefenen van het toezicht mag de ACM, gelet op de beperkte capaciteit aan menskracht en financiële middelen, prioriteiten stellen.<sup>32</sup> In dit onderzoek draait het om de publieke handhaving (het toezicht op de naleving) van het mededingingsrecht door de ACM. Met ‘mededingingsrecht’ heb ik mij beperkt tot het

<sup>28</sup> Schuurmans & Verburg 2012, p. 129.

<sup>29</sup> Rawls 1971, p. 74.

<sup>30</sup> Zie hierover Zipro 2009.

<sup>31</sup> CBb 20 augustus 2010, AB 2010/242, m.nt. I. Sewandono.

<sup>32</sup> ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982.

kartelverbod (artikel 6 Mw) en het machtsmisbruikverbod (artikel 24 Mw) en – wanneer de zaak de tussenstaatse handel beïnvloedt – de Europese equivalenten van deze bepalingen (artikelen 101 en 102 VWEU). Zowel zaken die een concentratiemelding betreffen als zaken die zich afspelen op een van de gereguleerde markten (energie, post, telecommunicatie en vervoer) zijn, vanwege hun bijzondere individuele karakteristieken en de daarbij behorende specifieke wetgeving, niet meegenomen in de analyses. Wel zullen sectorspecifieke zaken zijdelings aan bod komen wanneer algemene aspecten van de handhaving aan bod komen.

Bij de controle op naleving van de mededingingswetgeving heeft de ACM verschillende bevoegdheden tot haar beschikking, zoals de bevoegdheid tot het betreden van elke plaats.<sup>33</sup> Wanneer na het onderzoek blijkt dat inderdaad een overtreding heeft plaatsgevonden, kan de ACM verschillende instrumenten inzetten waarmee zij op een effectieve wijze de stopzetting en het herstel van de overtreding kan bewerkstelligen. In dit proefschrift komen deze verschillende handavingsinstrumenten van de ACM aan bod, ook wel aangeduid als ‘procedures’. Het meest in het oog springende instrument is de bestuurlijke boete (de ‘klassieke’ boeteprocedure). De bestuurlijke boete kan volgen op een vrijwillige melding van de overtreder die vervolgens een financiële compensatie krijgt voor de verleende medewerking aan het onderzoek van de ACM. In dat geval wordt gesproken van een clementieprocedure – het tweede handavingsinstrument dat in dit proefschrift wordt behandeld. Andere instrumenten die in dit onderzoek naar voren komen, zijn de toezegging, de last onder dwangsom en de zelfstandige last (bestaande uit de bindende aanwijzing en de bindende gedragslijn). Formeel gezien kan de ACM deze verschillende instrumenten inzetten wanneer een (potentiële) inbreuk op de artikelen 6 en 24 Mw wordt vastgesteld. De praktijk laat echter zien dat van de bevoegdheid tot het opleggen van een last nagenoeg geen gebruik wordt gemaakt. De bespreking van de lastopleggingen is dan ook aanzienlijk beperkter dan de besprekingen van de ‘klassieke’ boeteprocedures en de clementieprocedures, omdat vooral die laatste twee procedures de boventoon voeren in procedures inzake artikel 6 en/of 24 Mw.

## 2.2 Invalshoeken

Het object van studie betreft de procedurele kant van de publieke handhaving. Er is dan ook geen verdiepend onderzoek verricht naar het materiële Europese en Nederlandse mededingingsrecht of de private handhaving. In dit onderzoek gaat het om een element dat verbonden is aan procedurele legitimiteit, namelijk de eerlijkheid van de procedure, en meer specifiek: de eerlijkheid van de handavingsprocedures van de ACM. Met betrekking tot de notie ‘eerlijkheid’ wordt gekeken naar verschillende fundamentele procesrechten die een eerlijk proces of de daaraan verbonden rechten van verdediging garanderen. Twee rechtsbronnen zullen daarbij uitvoerig onder de loep worden genomen: het EVRM en het Unierecht.

---

<sup>33</sup> Zie de artikelen 5:11 t/m 5:20 Awb.

### 2.2.1 *Het EVRM*

De eerste rechtsbron is het EVRM. In het onderzoek wordt vooral gekeken naar de ruim opgezette bepaling in het EVRM: artikel 6 EVRM. Dit artikel schrijft een eerlijk proces voor en omvat specifieke deelrechten van het overkoepelende recht op een eerlijk proces, zoals het zwijgrecht, de rechten van verdediging en het recht om gehoord te worden.<sup>34</sup> Zowel wetgevers, bestuursorganen (zoals de ACM) als rechters hebben een verantwoordelijkheid bij het beschermen van fundamentele procesrechten. Wie met een schending van het recht op een eerlijk proces wordt geconfronteerd, kan een klacht indienen bij het EHRM.<sup>35</sup> Het EHRM doet vervolgens een bindende uitspraak<sup>36</sup> over de mogelijke schending van één of meer bepalingen van het EVRM en kan een schadevergoeding toekennen aan de benadeelde ten laste van de veroordeelde staat.<sup>37</sup>

Alleen al tegen Nederland heeft het EHRM 188 klachten (van de in totaal 460 klachten) mogen ontvangen over vermeende schendingen van artikel 6 EVRM. Dit is ongeveer 40 procent van alle zaken die tegen Nederland zijn aangespannen. In 105 van de 188 zaken werd door het EHRM ook daadwerkelijk een schending van artikel 6 EVRM aangenomen.<sup>38</sup> De meest recente zaak is de zaak *Vidgen* waarin het EHRM oordeelde dat de veroordeling van een Brit voor het smokkelen van xtc vanuit Nederland naar Duitsland, in strijd met artikel 6 EVRM, uitsluitend of in een doorslaggevende mate was gebaseerd op de verklaringen van een getuige die de verdachte niet had kunnen ondervragen.<sup>39</sup>

### 2.2.2 *Het Unierecht*

Naast het EVRM biedt het unierecht met het Handvest<sup>40</sup> grondrechtenbescherming die de handhaving van het mededingingsrecht in Nederland procedureel kan normeren

<sup>34</sup> De rechten op een eerlijk proces zijn ook in andere verdragen gegarandeerd. Zo is het recht op een eerlijk proces opgenomen in artikel 14 IVBPR. Net als het EVRM en het Unierecht heeft deze bepaling rechtstreekse werking binnen de Nederlandse rechtsorde. Desondanks wordt het IVBPR in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. In tegenstelling tot de uitspraken van het EHRM en de Unierechters zijn de rapporten van het Mensenrechtencomité van de VN (dat toeziet op de waarborging van de bepalingen in het IVBPR) niet bindend voor de verdragsstaten. Daarnaast wordt in de nationale procedures zelden een beroep gedaan op het IVBPR in zaken omtrent de rechten op een eerlijk proces.

<sup>35</sup> Artikel 35 EVRM en Protocol 14 EVRM. Voor de ontvankelijkheid van deze klacht is het van belang dat voldaan is aan verschillende voorwaarden, zoals de voorwaarde dat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput (artikel 34 EVRM).

<sup>36</sup> Artikel 46 lid 1 EVRM.

<sup>37</sup> Artikel 51 EVRM.

<sup>38</sup> Deze cijfers volgen op een zoekopdracht via de website van het EHRM ([www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)).

<sup>39</sup> EHRM 10 juli 2012, 29353/06 (*Vidgen t. Nederland*).

<sup>40</sup> Het Handvest staat gelijk aan het primair Unierecht waarvoor het beginsel van rechtstreekse werking en het voorrangsbeginsel ook van toepassing is op bepalingen van het Handvest. HvJ EU 15 juli 1964, 6/64, *Jur.* 1964, p. 1255 (*Costa/ENEL*); en HvJ EU 12 december 1962, 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*).

(mits de betreffende zaak een 'link' heeft met het unierecht).<sup>41</sup> Het Handvest is een relatief nieuw fenomeen: de grondrechtenbescherming in de EU vond namelijk voor lange tijd louter plaats via de erkenning van een grondrecht als een ongeschreven algemeen beginsel van unierecht. Met het Handvest is een catalogus geïntroduceerd van bestaande fundamentele rechten en beginselen. Met het bindend verklaren van het Handvest zijn de ongeschreven algemene rechtsbeginselen niet van het toneel verdwenen: de unierechters verwijzen bijvoorbeeld regelmatig naar het verdedigingsbeginsel wanneer zij uitleg willen geven aan een bepaling uit het Handvest. De fundamentele procesrechten die in dit proefschrift uitvoerig besproken zullen worden, zijn de artikelen 47 (het recht op toegang tot een eerlijk proces) en 48 Handvest (de verdedigingsrechten). Artikel 41 Handvest (het recht op een behoorlijk bestuur) zal slechts zijdelings aan bod komen nu deze bepaling volgens het HvJ EU specifiek is gericht op het handelen van Europese administratieve organen. Volgens de toelichting bij het Handvest is de tweede paragraaf van artikel 47 Handvest het equivalent van artikel 6 lid 1 EVRM en artikel 48 Handvest is het equivalent van artikel 6 leden 2 en 3 EVRM.

In dit proefschrift gaat het echter om de handhaving op nationaal en niet op Europees niveau. De unierechters kunnen echter niet alleen de EU-instellingen, maar ook de lidstaten sturen in de wijze waarop zij handhaven, mits het beginsel van procedurele autonomie in acht wordt genomen. Het beginsel van procedurele autonomie houdt in dat de lidstaten in principe zelf de bevoegdheid hebben om te bepalen welke soort procedure van toepassing is en hoe deze procedure is ingericht. Deze bevoegdheid is echter begrensd door een aantal randvoorwaarden. In zijn jurisprudentie heeft het HvJ EU vastgesteld waaraan het nationale procesrecht moet voldoen. In de eerste plaats mogen de regels die van toepassing zijn in een geschil met een uniedimensie niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale geschillen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel). In de tweede plaats mogen deze regels de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).<sup>42</sup> Met name binnen het kader van het effectiviteitsbeginsel, waaruit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeit,<sup>43</sup> lijkt het hof concrete procedurele eisen neer te leggen bij de lidstaten.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Zie hierover hoofdstuk 3 paragraaf 3.3.3.

<sup>42</sup> HvJ EU 16 december 1976, 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).

<sup>43</sup> Op grond van artikel 19 lid 1 VEU zijn de lidstaten verplicht om te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Europese Unie vallende gebieden te verzekeren. Zie hierover Prechal & Widdershoven 2011, p. 31-50. Prechal & Widdershoven pleiten in het artikel voor het maken van een duidelijk onderscheid tussen het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming omvat volgens de auteurs dezelfde vereisten of subbeginselen als de artikelen 6 en 13 EVRM.

<sup>44</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, (n.n.g.) (*Donau Chemie*).

### 2.2.3 *Het effectiviteitsbeginsel*

In hoofdstuk 9 (de aanbevelingen) wordt voor het maken van bepaalde keuzes een afweging gemaakt tussen de fundamentele rechtsbescherming en de effectiviteit van de handhaving van het mededingingsrecht. Het effectiviteitsbeginsel heeft, zoals volgt uit de vorige deelparagraaf, een breder bereik dan het beginsel van een eerlijk proces. Het Unierechtelijke beginsel omvat het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van een effectieve rechtsbescherming. Het effectiviteitsbeginsel is een specifiek unierechtelijk beginsel en heeft als primaire focus de verzekering van de effectuering van het materiële Unierecht. Dit betekent dat het beginsel de bescherming van de burgers kan beperken buiten het terrein van de rechtsbescherming.<sup>45</sup> Het unierechtelijke effectiviteitsbeginsel behoort echter niet tot de rechten die door het EHRM getoetst kunnen worden. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan geen effectiviteitsbeginsel worden afgeleid. Wel eist het EHRM een doeltreffende bescherming van de in het EVRM gegarandeerde fundamentele rechten zoals bijvoorbeeld artikel 6 EVRM. Het gaat hier dus wederom om het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Zo sprak het EHRM over een effectieve toegang tot de rechter<sup>46</sup> en het bieden van een effectieve rechtsbescherming tegen overschrijdingen van de redelijke termijn.<sup>47</sup>

Vanwege haar rechtsstatelijke focus moet de rechtsbescherming altijd voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Buiten het toepassingsbereik van het beginsel van effectieve rechtsbescherming bestaat dus ruimte om effectiviteitsoverwegingen mee te nemen in de afweging. Het is vervolgens de vraag wat onder het effectiviteitsbeginsel kan worden verstaan. In het mededingingsrecht is het effectiviteitsbeginsel gekoppeld aan de noodzaak van een effectieve handhaving. De drijfveer achter de decentralisatie van de handhaving van het mededingingsrecht was immers de effectiviteit van de handhaving. Door de introductie van een gedecentraliseerd handhavingssysteem kon de Europese Commissie zich focussen op de meest ingrijpende mededingingsinbreuken en werden de nationale mededingingsautoriteiten gestimuleerd om het Europese mededingingsrecht toe te passen.<sup>48</sup> Daarnaast wordt in Verordening 1/2003 regelmatig verwezen naar het belang van een effectieve handhaving, bijvoorbeeld in de bepalingen over de bewijslastverdeling,<sup>49</sup> de bevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten om het Unierecht toe te passen,<sup>50</sup> de verplichting voor nationale mededingingsautoriteiten en rechten om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen wanneer een zaak de tussenstaatse handel beïnvloedt,<sup>51</sup> het

<sup>45</sup> Widdershoven 2016, p. 86.

<sup>46</sup> EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73 (*Airey t. Ierland*), par. 24.

<sup>47</sup> EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/97, NJ 2001/549 m.nt. E.A. Alkema (*Kudla t. Polen*), p. 156.

<sup>48</sup> Europese Commissie, *White paper on modernisation of the rules implementing articles 81 and 82 of the EC Treaty*, PB 1999, C 132, punt 13.

<sup>49</sup> Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1 ('Verordening 1/2003'), overweging 5.

<sup>50</sup> Verordening 1/2003, overweging 6.

<sup>51</sup> Verordening 1/2003, overweging 8.

opleggen van maatregelen,<sup>52</sup> de organisatie van de werkzaamheden van het Adviescomité,<sup>53</sup> de inspectiebevoegdheden van de Europese Commissie,<sup>54</sup> de bevoegdheid tot het betreden van woningen,<sup>55</sup> het verlenen van assistentie aan dergelijke inspecties<sup>56</sup> en het innen van boetes.<sup>57</sup> Uit deze bepalingen volgt dat onder het begrip ‘effectieve handhaving’ verschillende doelen van handhaving kunnen vallen, namelijk de opsporing en bestraffing (afschrikking) van mededingingsinbreuken.<sup>58</sup> Het streven is naar een zo min mogelijke input (van budget en tijd) voor het bereiken van deze doelen, namelijk het opsporen en bestraffen van mededingingsinbreuken die zo veel mogelijk de waarheid (van wat daadwerkelijk heeft plaatsgevonden) weerspiegelen.<sup>59</sup> Deze doelen, naast de doelen van een effectieve toegang tot de rechter en een beoordeling van een zaak binnen een redelijk termijn, zullen in hoofdstuk 9 aan bod komen. Een ander doel van de handhaving van het mededingingsrecht is compensatie.<sup>60</sup> Dit proefschrift is echter beperkt tot de publieke handhaving van het mededingingsrecht omdat de spanning tussen de bescherming van fundamentele rechten en de handhaving van het mededingingsrecht zich voornamelijk voordoet in het publieke domein en niet in het private domein waar de verhoudingen tussen de partijen evenwichtiger zijn.

### 3 METHODOLOGIE

#### 3.1 Algemene aanpak

Het onderzoek is over het algemeen juridisch-dogmatisch van aard.<sup>61</sup> Het object van juridisch-dogmatisch onderzoek is het geldende positieve recht zoals dat voortvloeit uit regelgeving, jurisprudentie, beginselen, begrippen, leerstukken en literatuur.<sup>62</sup> De beantwoording van de onderzoeksvraag zal plaatsvinden aan de hand van een analyse van wetgeving, rechtspraak en literatuur over fundamentele procesrechten en de handhaving van het Nederlandse (en tot in zekere mate Europese) mededingingsrecht. Zowel de analyse en interpretatie van de fundamentele procesrechten als het recht dat geldt bij de publieke handhaving van het mededingingsrecht zullen zo neutraal en helder mogelijk uiteen worden gezet.<sup>63</sup> Leidend is het EVRM, artikel 6, en de interpretatie die het EHRM heeft gegeven aan de diverse deelbepalingen van artikel 6.

<sup>52</sup> Verordening 1/2003, overweging 12.

<sup>53</sup> Verordening 1/2003, overweging 19.

<sup>54</sup> Verordening 1/2003, overweging 25.

<sup>55</sup> Verordening 1/2003, overweging 26.

<sup>56</sup> Verordening 1/2003, overweging 28.

<sup>57</sup> Verordening 1/2003, overweging 30.

<sup>58</sup> Zie ook Scordamaglia-Tousis 2013, p. 9.

<sup>59</sup> Zie ook Solum 2004, p. 252 e.v.

<sup>60</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297 (*Courage Crehan*).

<sup>61</sup> Zie over dit type onderzoek Posner 2008; en Posner 2001, p. 1314-1326.

<sup>62</sup> Vranken 2008.

<sup>63</sup> Smits 2009, p. 33.

Naast artikel 6 EVRM zal de jurisprudentie van de Unierechters over de unierechtelijke fundamentele procesrechten worden geanalyseerd, alsmede de handhavingspraktijk van de Europese Commissie. De bestudering van het recht gaat niet alleen over de normen, maar ook over de handelingen die de normen nader gestalte geven.<sup>64</sup> Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag wordt ook veel aandacht besteed aan verschillende bronnen van het Nederlandse recht. Een centrale plaats nemen de Algemene wet bestuursrecht, de Mededingingswet en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: Instellingswet) in. In deze context worden ook de jurisprudentie van de Hoge Raad, het CBb en lagere rechterlijke instanties onder de loep genomen. Het doel van de bestudering van deze verschillende bronnen is het illustreren van het huidige positiefrechtelijke kader van de aanwezige procedurele rechten in mededingingsprocedures.

Het jurisprudentieonderzoek, dat wordt aangevuld met een literatuur- en praktijkonderzoek, vindt in het tweede deel van het proefschrift plaats aan de hand van casestudies.<sup>65</sup> In elke casestudie staan specifieke deelrechten van het recht op een eerlijk proces centraal. In de casestudies is een inductieve aanpak gehanteerd. Uit de analyse van jurisprudentie over het onderwerp van de casestudie volgen conclusies over de reikwijdte en de invulling die aan het betreffende recht op een eerlijk proces is gegeven. Deze conclusies vormen vervolgens de basis voor de daaropvolgende vergelijking met de nationale praktijk in Nederlandse mededingingsprocedures. Elke casestudie eindigt dan ook met de vraag of, en in welke mate, het betreffende deelrecht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd in de verschillende publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht. Wanneer de praktijk van de ACM afwijkt van de procedurele eisen die volgen uit het EVRM en het Unierecht, wordt gekeken welke aanpassingen van de handhavingspraktijk mogelijk zijn.

Het laatste deel van het proefschrift bevat aanbevelingen voor de (mogelijke) tekortkomingen met betrekking tot de bescherming van fundamentele procesrechten. Deze laatste stap in het proefschrift heeft een normatieve lading omdat – nadat alle argumenten tegen elkaar zijn afgewogen – een conclusie wordt getrokken over hoe het recht zou kunnen zijn.<sup>66</sup> Deze benadering is gericht op het verder ontwikkelen en verbeteren van het handhavingssysteem van het mededingingsrecht.<sup>67</sup> De rechtvaardiging voor de normatieve keuzes ligt in de fundamentele procesrechten zelf. Wanneer een gerechtvaardigde beperking op een fundamenteel procesrecht daarvoor ruimte biedt, wordt de handhavingspraktijk ook beoordeeld in het licht van de doelmatigheid (effectiviteit) van de procedure. Effectiviteit is daarmee de tegenhanger van de bescherming van fundamentele procesrechten. In de aanbevelingen wordt dan

---

<sup>64</sup> Scholten 1974, p. 76.

<sup>65</sup> Zie over het doen van onderzoek middels casestudies: Braster 2000; en Yin 2014.

<sup>66</sup> Smith 2009.

<sup>67</sup> Volgens Westermann & Wissink is dit de kernactiviteit van de onderzoeker. Volgens de auteurs ‘interpreteert de rechtswetenschapper niet alleen om het interpreteren, maar om een rechtssysteem te krijgen dat op min of meer consistente en coherente wijze tussen verschillende belangen en gezichtspunten bemiddelt’. Zie Westerman & Wissink 2008, p. 503-507.



ook, wanneer ruimte bestaat voor een dergelijke afweging, een balans gezocht tussen het waarborgen van fundamentele rechten en de effectiviteit van het mededingingsrecht. Deze benadering past binnen de gedachtegang van de rechtsfilosoof Dworkin: de voorstellen moeten passen (*fit*) in het rechtssysteem en gerechtvaardigd kunnen worden (*justification*) met een beroep op fundamentele rechtswaarden (het recht op een eerlijk proces als legitimiteitseis).<sup>68</sup> De conclusies staan vooral in dienst van de rechterlijke praktijk, maar zijn – in ieder geval wat betreft de voorstellen ter verbetering – ook gericht aan de wetgever en beleidsmakers. Hiermee wordt volgens Franken tegemoetgekomen aan de primaire taak van de rechtswetenschap: het voorlichten alsook beïnvloeden van de praktijk.<sup>69</sup>

### 3.2 Concrete aanpak

In elke casestudie zijn achtereenvolgens het EVRM, het Unierecht, de nationale bestuursrechtspraak en als laatste de besluiten van de ACM bestudeerd en met elkaar vergeleken. Deze verschillende bronnen, EVRM, Unierecht en nationaal recht/praktijk, zijn op verschillende manieren geraadpleegd. Voor het EVRM-gedeelte is ten eerste aan de hand van een zoekopdracht naar ‘artikel 6 EVRM’ en ‘administrative decisions’ of ‘administrative’ een poging gedaan een beeld te krijgen van alle uitspraken die het EHRM heeft gedaan over bestuursorganen en artikel 6 EVRM. Voor het mededingingsrecht zijn aan artikel 6 EVRM specifiek zoektermen verbonden zoals ‘competition law’, ‘cartel’ en ‘competition’. Met betrekking tot de specifieke procedurele rechten is gebruikgemaakt van de puntenschaal van HUDOC<sup>70</sup> aan de hand waarvan de belangrijkheid van vonnissen kan worden onderscheiden. In HUDOC zijn drie niveaus opgenomen:

1. **hoog niveau:** alle uitspraken, beslissingen en adviezen die niet zijn opgenomen in de ‘case reports’ en die een significante bijdrage leveren aan de ontwikkeling, verduidelijking of aanpassing in de jurisprudentie van het EHRM, ofwel in het algemeen ofwel in verband met een specifieke verdragsstaat;
2. **medium niveau:** andere uitspraken, beslissingen en adviezen die, hoewel zij geen significante bijdrage leveren aan de jurisprudentie, toch verdergaan dan het louter toepassen van bestaande jurisprudentie;
3. **laag niveau:** uitspraken, beslissingen en adviezen van weinig juridische betekenis omdat de uitspraken en beslissingen enkel bestaande jurisprudentie toepassen.

In het onderzoek zijn voornamelijk de uitspraken bestudeerd die zeer belangrijk zijn en daarom op het hoge niveau zitten. De uitspraken op het medium en het lage niveau zijn alleen geraadpleegd voor zover deze een bestuursorgaan of mededingingsrecht betreffen. De literatuur is geraadpleegd om te controleren of daadwerkelijk alle belangrijke zaken zijn besproken. Dit kan betekenen dat ook die uitspraken in de

<sup>68</sup> Dworkin 1986, p. 225.

<sup>69</sup> Franken 2004a, p. 1400-1408.

<sup>70</sup> HUDOC is het zoekprogramma voor jurisprudentie van het EHRM.



analyse zijn meegenomen die door het EHRM zijn ondergebracht in de categorie met een medium of laag niveau, maar die in de literatuur wel degelijk worden gezien als belangrijke uitspraken. Daarnaast kan het zijn dat het EHRM zelf in zijn motivering verwijst naar zaken die in HUDOC als minder belangrijk zijn gekwalificeerd. Deze uitspraken zijn vervolgens geraadpleegd en vormen ook onderdeel van het onderzoek.

Het unierechtelijke gedeelte bestaat uit een analyse van verschillende bronnen zoals de EU-verdragen (waaronder het Handvest), secundaire regelgeving (waaronder Verordening 1/2003), rechtspraak van de Unierechters en beschikkingen van de Europese Commissie en andere documenten zoals mededelingen en bekendmakingen. Uit de website [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) zijn alle uitspraken gefilterd waarin de artikelen 41, 47 en 48 Handvest worden genoemd of waarin artikel 6 EVRM wordt besproken. Verder zijn de vele mededingingsuitspraken bekeken die gaan over het verdedigingsbeginsel.

Met betrekking tot de Nederlandse rechtspraktijk zijn op de website [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) uitspraken onderzocht die na invoering van de Awb zijn geweest. De geselecteerde uitspraken bevatten ofwel expliciete overwegingen ten aanzien van de verdedigingsrechten ofwel overwegingen omtrent de rechten op een eerlijk proces. Zo is gezocht op de woorden 'verdedigingsrechten', 'artikel 6 EVRM' en 'rechten op een eerlijk proces' in mededingingsprocedures. Deze woorden zijn vervolgens gelinkt aan de 'NMa' of de 'ACM'. Aan de hand van deze trefwoorden zijn de betreffende uitspraken geselecteerd uit de jaargangen van de bestuursrechtelijke tijdschriften AB en JB.

Tot slot zijn alle 'artikel 6 en 24 Mw'-besluiten van de ACM bestudeerd vanaf 1 mei 2004, de datum waarop Verordening 1/2003 in werking trad. Deze verordening heeft immers belangrijke veranderingen teweeggebracht bij de inrichting van het handhavingstelsel, bijvoorbeeld door de introductie van een gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels en de afschaffing van de mogelijkheid tot het verkrijgen van een ontheffing van de Europese Commissie.<sup>71</sup> In een schema (zie bijlage I) worden deze zaken besproken en zijn met name alle relevante procedurele punten genoemd die lopende een mededingingsprocedure bij de ACM speelden of die pas in een latere rechterlijke fase aan bod zijn gekomen.

### 3.3 Structuur

Het eerste deel van het proefschrift biedt het theoretische kader. Alle onderwerpen die in dit deel aan bod komen, zijn in verschillende maten essentieel voor het uitvoeren van de casestudies en bieden daarmee de fundering voor de rest van het proefschrift. In hoofdstuk 1 worden de verschillende veranderingen in het publieke handhavingssysteem van het mededingingsrecht besproken. Het hoofdstuk eindigt met een bespreking van de bevoegdheden van de ACM en de verschillende handhavingssystemen die de ACM tot haar beschikking heeft. In hoofdstuk 3 is voor elke

<sup>71</sup> Zie bijvoorbeeld Ehlermann 2000, p. 537-590.

handhavingsprocedure – de ‘klassieke’ boeteprocedure, de clementieprocedure, de toezeggingsprocedures en de overige mededingingsprocedures (last onder dwangsom en zelfstandige last) – bestudeerd welk niveau van rechtsbescherming zou moeten gelden. Het vaststellen van deze verschillende niveaus van rechtsbescherming vindt in eerste instantie plaats aan de hand van de notie ‘strafvervolgning’. De notie strafvervolgning wordt zowel in het EVRM als het Handvest genoemd om duidelijk te maken dat alleen voor degene tegen wie een (straf)vervolgning is ingesteld een volledig rechtsbeschermingspakket geldt. Wanneer geen sprake is van een strafvervolgning wordt vervolgens gekeken naar de rechtsbescherming die geldt voor burgerlijke rechten en plichten (het mediumniveau van rechtsbescherming). De term ‘burgerlijke rechten en plichten’ vindt zijn grondslag in artikel 6 lid 1 EVRM waarin verschillende rechten op een eerlijk proces worden genoemd. Als laatste wordt gekeken of er ook een minimumniveau van rechtsbescherming bestaat voor zaken die buiten het bereik van ‘strafvervolgingen’ en ‘burgerlijke rechten en plichten’ vallen. Nadat het niveau van rechtsbescherming is vastgesteld, wordt in het vierde hoofdstuk gekeken naar de verschillende fundamentele procesrechten die van toepassing kunnen zijn, wie een beroep kunnen doen op deze procesrechten en op welk moment van de procedure deze fundamentele procesrechten een rol spelen.

Aan de hand van het theoretische kader zal in het tweede deel van het proefschrift getoetst worden of sprake is van voldoende rechtsbescherming in mededingingsprocedures. In dit proefschrift wordt geen volledigheid nagestreefd. Dit betekent enerzijds dat niet alle mogelijke procedurele rechten worden besproken en anderzijds dat de mate waarin de procedurele rechten geanalyseerd worden, kan verschillen. In dit proefschrift staan drie casestudies centraal: het recht om gehoord te worden, het recht op toegang tot informatie en het recht om getuigen te horen (hoofdstukken 6 tot en met 8). Deze casestudies hebben gemeen dat ze alle drie de waarheidsvinding kunnen bevorderen en onder de verdedigingsrechten (in ruime zin) vallen. De drie casestudies bieden een raamwerk voor verschillende fundamentele procesrechten die aan de casestudies verbonden zijn. Zo omvat het recht op toegang tot documenten ook het recht om op de hoogte gesteld te worden van de beschuldiging, het recht op vertaling van stukken en het recht op de bescherming van vertrouwelijke (bedrijfs)gegevens. Een bespreking van het recht om getuigen te ondervragen, gaat bijvoorbeeld gepaard met een analyse van het recht om zich niet te hoeven beschuldigen en het daaraan verbonden zwijgrecht.

Aan de drie casestudies gaat hoofdstuk 5 vooraf dat de algemene vraag beantwoordt of de ACM (als bestuursorgaan) überhaupt tot bestraffing mag overgaan en zo ja, welke eisen daaraan zijn verbonden. Vervolgens zal elke casestudie op dezelfde wijze worden opgebouwd. Als eerste zal een uitvoerige bespreking van het betreffende procesrecht in het EVRM aan bod komen. Vervolgens volgt een analyse van het Unierecht en de praktijk van de Europese Commissie. Het laatste, overgrote deel betreft een onderzoek naar de praktijk van de ACM en beantwoordt de vraag of deze praktijk overeenkomt met de standaarden die volgen uit het EVRM en het Unierecht.

In het laatste deel worden alle knelpunten die in de voorgaande hoofdstukken zijn gesignaleerd gebundeld. In hoofdstuk 9 wordt vervolgens een onderscheid gemaakt tussen knelpunten die van algemene aard zijn, knelpunten die betrekking hebben op de handhavingsprocedures van de ACM en knelpunten ten aanzien van de rol van de bestuursrechter. Met betrekking tot deze knelpunten worden mogelijke oplossingen voorgedragen. Deze oplossingen monden uiteindelijk uit in concrete aanbevelingen voor de wetgever, ACM en/of rechter.

### 3.4 Onderzoeksgroep 'Interaction between legal systems'

Het onderzoek is uitgevoerd binnen het profileringsgebied 'Interaction between legal systems'. In het onderzoek draait het weliswaar om de rechtshandhaving van het mededingingsrecht door de ACM, maar in de verschillende casestudies is ook gekeken naar de handhavingspraktijk van de Europese Commissie. In deze context vindt een analyse plaats van de mogelijke procedurele convergentie van de praktijk van de ACM met de praktijk van de Europese Commissie.

De interactiecomponent van het onderzoek springt echter het meest naar de voorgrond wanneer de pluraliteit van rechtsbronnen over (fundamentele) procesrechten in kaart wordt gebracht. De handhaving van het mededingingsrecht in Nederland wordt, vanuit een grondrechtenuogpunt, beïnvloed door het Unierecht en het EVRM. Met betrekking tot de algemene procesrechtelijke normen vloeien regels voort uit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en – in toenemende mate – het strafrecht. In het proefschrift, voornamelijk in de casestudies, zijn de volgende vragen gesteld:

- (1) Welke rechten uit welke rechtssystemen zijn van toepassing?
- (2) hoe verhouden deze verschillende rechten zich tot elkaar?
- (3) Is de nationale rechtspraktijk verenigbaar met de van toepassing zijnde fundamentele procesrechten?

## 2 De handhavingsstadia van het mededingingsrecht in Nederland

### 1 INLEIDING

De handhaving van het mededingingsrecht in Nederland is in der loop der jaren sterk van karakter veranderd. Het mededingingsrecht heeft niet alleen verschillende *guardians* gehad, het instrumentarium dat ingezet kan worden voor het opsporen en bestraffen van mededingingsbeperkende gedragingen is nu heel anders dan in het begin van de jaren zestig van de vorige eeuw. Van oudsher waren de posities van enerzijds het strafrecht en anderzijds het bestuursrecht als handhavingsrecht duidelijk vastgesteld. Strafrecht werd ingezet om punitieve sancties op te leggen en met het bestuursrecht werden herstelsancties gelast. Voor het bestuur werd immers vooral een taak gezien bij het beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie en minder bij het bestraffen van de overtreders. Het bestraffen was een taak voor de strafrechter.

De scheiding tussen punitief strafrecht en bestuursrecht is echter in toenemende mate komen te vervallen.<sup>1</sup> Op verschillende terreinen hebben bestuursorganen de bevoegdheid gekregen tot het opleggen van bestraffende sancties.<sup>2</sup> De meest opvallende ontwikkeling is dan ook de invoering van de bestuurlijke boete in het bestuursrecht, waaronder het mededingingsrecht. Dit hoofdstuk staat stil bij vele veranderingen in de handhaving van het mededingingsrecht en brengt de verschillende argumenten in kaart die de cruciale veranderingen destijds rechtvaardigden. Het hoofdstuk heeft een tweezijdig karakter. Enerzijds schetst het een beeld van de geschiedenis van de handhaving van het mededingingsrecht, en nog belangrijker: van de problemen die men ondervond bij het betreffende handhavingssysteem. Gezien de onderzoeksvraag van dit proefschrift zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de procedurele discussiepunten. Anderzijds biedt het hoofdstuk een overzicht van de status-quo met betrekking tot het huidige handhavingssysteem. Het hoofdstuk vormt dan ook een theoretische grondslag voor de casestudies die volgen. De onderwerpen die achtereenvolgens aanbod komen zijn: de handhaving van het mededingingsrecht onder de Wet Economische Mededinging (WEM) (paragraaf 2), onder de Mw door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) (paragraaf 3) en onder de Mw door de ACM (paragraaf 4). Deze paragrafen staan in het bijzonder stil bij de volgende onderwerpen: de vorm van handhaving, de bevoegdheden die bestonden voor het handhaven van het mededingingsrecht, de praktijk bij de handhaving en de voorstellen voor het veranderen van het destijds geldende handhavingssysteem. In paragraaf 4 wordt gekeken naar het huidige publieke handhavingssysteem van het mededingingsrecht. In deze paragraaf komen de toezichts-, onderzoeks- en sanctiebevoegdheden van de ACM aan bod. Het hoofdstuk

---

<sup>1</sup> Belinfante & Mulder 1957, p. 41-42.

<sup>2</sup> Hartman & Van Russen-Groen 1998, p. 1.

zal vervolgens afgesloten worden met een bespreking van de belangrijkste bevindingen (paragraaf 5).

## 2 HANDHAVING ONDER DE WEM

### 2.1 Eerste handhavingsstadium: criminalisering

Het eerste handhavingsstadium betrof de ‘criminalisering’ van het mededingingsrecht door de inwerkingtreding van de Wet Economische Delicten (WED) (en de daaronder vallende Wet Economische Mededinging (WEM)).<sup>3</sup> Voor de inwerkingtreding van de WEM in 1958 werd mededingingswetgeving, met de Ondernemersovereenkomstenwet,<sup>4</sup> het Kartelbesluit en de Wet schorsing bedrijfsregelingen,<sup>5</sup> gehandhaafd door middel van twee pijlers: algemeenverbindendverklaringen (op verzoek van de betreffende ondernemingen) en onverbindendverklaringen. Zie voor een bespreking van beide instrumenten deelparagraaf 2.2.1. Met de bevoegdheid tot het vaststellen van dergelijke verklaringen had de minister van Economische Zaken vrijwel onbeperkte bevoegdheden om in te grijpen in de markteconomie.<sup>6</sup> De WEM introduceerde echter een nieuwe bevoegdheidsverdeling. De uitvoerende instantie was niet alleen de minister van Economische Zaken (eventueel tezamen met andere bewindslieden), bijgestaan door de Commissie Economische Mededinging als adviseur, maar ook het Openbaar Ministerie (OM) en de strafrechter.<sup>7</sup>

### 2.2 Handhavingsbevoegdheden

#### 2.2.1 Publiekrechtelijke/civielrechtelijke handhaving

De WEM werd in hoofdzaak een ‘instrumentenwet’: deze wet bood de overheid instrumenten om beleid te voeren.<sup>8</sup> De bevoegde ministers konden zowel formeel als informeel interveniëren in de markt wanneer zij meenden dat in een sector van het

<sup>3</sup> Zie voor een uitvoerige behandeling van de voorgeschiedenis van de Wet Economische Mededinging: Van der Meer Mohr-Soons, 1996, p. XV-LXXII.

<sup>4</sup> Deze wet verleende het bedrijfsleven steun bij het beperken van oneerlijke concurrentie die door onderlinge samenwerking plaatsvond. Sociaal-Economische Raad, Advies betreffende het voorontwerp Wet Economische Mededinging, 1953, nr. 11, p. 7.

<sup>5</sup> Het Kartelbesluit kwam in 1941 als bezettingsmaatregel tot stand en werd na de bevrijding tijdelijk gehandhaafd. In 1951 trad de Wet schorsing bedrijfsregelingen (een beperkte aanvulling op het Kartelbesluit) in werking. Zie voor een uitvoerige behandeling van de Ondernemersovereenkomstenwet, het Kartelbesluit en de Wet schorsing bedrijfsregelingen: Mok, 2004, p. 19-26. Een overzicht van alle maatregelen die genomen zijn in de periode tot 1935-1958 is opgenomen in een bijlage bij het jaarverslag over de toepassing van de WEM in 1960 (*Kamerstukken II* 1960/61, 6348, 1).

<sup>6</sup> Mok 2004, p. 28.

<sup>7</sup> Artikel 1 lid 1 WEM. De ministers dienden alvorens maatregelen te nemen, de Commissie Economische Mededinging te consulteren. De Commissie Economische Mededinging heette voor de inwerkingtreding van de WEM de Commissie van de Economische Raad.

<sup>8</sup> Mok 2004, p. 34.

bedrijfsleven hetzij te veel, hetzij te weinig concurrentie bestond.<sup>9</sup> Het informele beleid berustte op overleg met ondernemingen over eventuele aanpassingen in overeenkomsten.<sup>10</sup> Aangezien de WEM was gebaseerd op een misbruikstelsel traden de bevoegde ministers pas formeel op wanneer een mededingingsregeling strijdig werd gevonden met het algemeen belang,<sup>11</sup> of wanneer een economische machtspositie bestond die met het algemeen belang strijdige gevolgen had.<sup>12</sup> Het formele beleid bestond uit het nemen van de volgende maatregelen: de (generieke) onverbindend-verklaring en de algemeenverbindendverklaring. Het nemen van deze maatregelen was mogelijk tot de inwerkingtreding van de nieuwe Mw in 1998. Daarnaast kon opgetreden worden tegen machtsmisbruiken. Het bestaan van deze formele handhavingsbevoegdheden betekende echter niet dat de WEM officieel administratief werd gehandhaafd. De bewindslieden konden – in tegenstelling tot de Europese Commissie – geen sancties (zoals boetes) opleggen; de handhaving van de WEM was daarmee enkel civiel- en strafrechtelijk van aard. De burgerlijke rechter had te oordelen over de gevolgen van het verbindend of onverbindend verklaren van overeenkomsten.

De onverbindendverklaring hield in dat een (aangemelde) regeling – indien deze geheel of voor een gedeelte in strijd was met het algemeen belang – werd beëindigd door de minister. Hierdoor verloor de regeling haar civielrechtelijk effect.<sup>13</sup> Met de generieke onverbindendverklaring konden bepaalde soorten mededingingsregelingen bij voorbaat onverbindend verklaard worden voor een duur van vijf jaar.<sup>14</sup> Dergelijke onverbindend verklaarde regelingen waren nietig in privaatrechtelijke zin en tevens verboden.<sup>15</sup> Een generieke onverbindendverklaring kon voorzien in een ontheffingsmogelijkheid.<sup>16</sup> De algemeenverbindendverklaring kon ingezet worden ten gunste van mededingingsregelingen en hield in dat mededingingsregelingen werden uitgebreid tot niet bij zo'n regeling betrokken ondernemingen in dezelfde bedrijfstak.<sup>17</sup> Dit middel mocht alleen toegepast worden indien sprake was van desastreuze concurrentie. Hieronder werd de situatie verstaan waarbij de concurrentie zo hevig was dat zelfs efficiënte ondernemingen met verlies werkten. Een verplicht gestelde minimumprijs of een verplichte productiequotering kon dan heilzaam werken.<sup>18</sup> De sanctie op niet-naleving van een algemeenverbindendverklaring was slechts civielrechtelijk van aard:

<sup>9</sup> Mok 1996, p. 157-161.

<sup>10</sup> Het Ministerie van Economische Zaken zorgde ervoor dat de mededingingsproblemen in der minne werden opgelost of in aanvaardbare banen werden geleid. Zie: Van der Woude 1995, p. 200.

<sup>11</sup> Artikel 19 WEM.

<sup>12</sup> Artikel 24 WEM. Zie ook Van de Woude 1995, p. 199.

<sup>13</sup> Artikel 19 WEM.

<sup>14</sup> Artikel 10 WEM.

<sup>15</sup> Artikel 15 WEM jo. artikel 1 sub 3 WED.

<sup>16</sup> Artikel 12 WEM.

<sup>17</sup> Artikel 6 WEM. Het artikel stelde daartoe echter wel twee voorwaarden. Het aantal of de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen moest aanzienlijk groter zijn dan dat van het niet betrokken deel van de betreffende sector. Daarnaast moest het belang van die bedrijfstak in overeenstemming met het algemeen belang algemeenverbindendverklaring vereisen, zulks ter beoordeling van de ministers.

<sup>18</sup> Mok 2004, p. 36.

de ondernemingen voor wie de regeling gold, waren jegens elkaar tot nakoming gehouden.<sup>19</sup>

Voor wat betreft het optreden tegen misbruik van een economische machtspositie konden de ministers een aantal maatregelen nemen: openbaarmaking van gegevens omtrent die machtspositie, het opleggen van een verplichting tot levering van goederen of diensten en het vaststellen van voorschriften met betrekking tot de voor goederen of diensten in rekening te brengen prijs.<sup>20</sup> Evenals bij een algemeenverbindendverklaring ontstond bij een dergelijke maatregel een door belanghebbenden civielrechtelijk af te dwingen aanspraak.<sup>21</sup>

### 2.2.2 *Strafrechtelijke handhaving*

De strafrechter werd ingeschakeld wanneer de onverbindend verklaarde mededingingsregelingen of maatregelen tegen machtsmisbruiken werden overtreden. Dergelijke overtredingen leverden een economisch delict op.<sup>22</sup> Tot de opsporing van economische delicten waren de opsporingsambtenaren van de Economische Controle Dienst en de Algemene Inspectiedienst bevoegd.<sup>23</sup> Vervolging behoorde tot de taak van de economische officieren van justitie. De berechting van overtredingen van de WEM geschiedde door de economische strafkamers van de arrondissementsrechtbanken of de economische politierechter.<sup>24</sup> Op de naleving van de in de WEM voorziene maatregelen stonden strafsancities, zoals een boete van maximaal 100.000 gulden.<sup>25</sup> Daarnaast voorzag de WED in bijkomende straffen, zoals het stilleggen van een onderneming, de openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak en de ontzegging van rechten en voordelen.<sup>26</sup>

## 2.3 Praktijk

Ondanks het bestaan van strafrechtelijk gehandhaafde verboden werd van strafrechtelijke handhaving geen of nauwelijks gebruik gemaakt.<sup>27</sup> Wanneer strafrechtelijke handhaving wel werd ingezet, werden boetes opgelegd die veelal veel lager uitvielen dan de toegestane boetemaxima. Door het OM werd in de praktijk 80 procent of meer van de opgespoorde economische delicten met een boete afgedaan.<sup>28</sup> Ook in een groot deel van de zaken die voor de rechter werden gebracht, volstond het OM met het eisen

<sup>19</sup> Artikel 9 WEM.

<sup>20</sup> Artikel 24 WEM.

<sup>21</sup> Artikel 26 WEM.

<sup>22</sup> Artikel 22 en 26 WEM jo. artikel 1 sub 3 WED.

<sup>23</sup> Artikel 41-41a WEM.

<sup>24</sup> Artikel 38 en 39 WED.

<sup>25</sup> Artikel 6 WED.

<sup>26</sup> Artikel 7 WED.

<sup>27</sup> Zie het overzicht van Mok 1978, p. 737-760. Zie verder: De Bree 2006, p. 206 en Doorenbos 2010, p. 168.

<sup>28</sup> Bakker 1989, p. 15. Door Bakker werd echter gevreesd dat een dergelijke strafbedreiging (de boete) als weinig afschrikwekkend werd beschouwd. Het boetemaxima stond volgens hem in geen verhouding tot het boetemaximum dat gold voor schending van het Europees kartelrecht.



van een geldboete.<sup>29</sup> Het mededingingsbeleid was overwegend informeel van karakter; het ministerie van Economische Zaken dwong partijen tot aanpassing van hun praktijken onder dreiging met (maar niet door) toepassing van de WEM.<sup>30</sup>

Van de mogelijkheid om een individuele onverbindendverklaring tot stand te brengen, werd tot het jaar 1996 tien keer gebruikgemaakt.<sup>31</sup> In totaal zijn zes generieke onverbindendverklaringen tot stand gekomen.<sup>32</sup> Eén daarvan, de maatregel voor aanbestedingsregelingen in de bouwsector, werd door de Europese Commissie in strijd geacht met het Europese kartelverbod.<sup>33</sup> Deze regeling gaf ruimte voor de totstandkoming van een systeem van 'Uniforme Prijsregelende Reglementen' (waarbij een rechthebbende aannemer voor de officiële inschrijving werd aangewezen en waar de inschrijfcijfers werden verhoogd). De Nederlandse regering verving het besluit toen door een nieuw besluit: het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen. Ook van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een regeling werd slechts in een beperkt aantal gevallen gebruikgemaakt.<sup>34</sup> De bevoegdheid om krachtens het

<sup>29</sup> Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten, 1994/1, p. 16 (hierna: 'CTW-advies').

<sup>30</sup> Zie daarover Linssen 1981, p. 255-259 alsmede de jaarlijkse verslagen over toepassing van de WEM.

<sup>31</sup> Branchebeschermingsregeling, Stcrt. 6 april 1959, 65 (het beroep tegen deze beslissing is verworpen: uitspraak CBb van 24 augustus 1959, SEW 1959, p. 319-329); Regelingen voor takel- en bergingsbedrijven, Beschikking van 11 juli 1986, Stcrt. 137 (vordering tot buiten werking stelling is afgewezen: uitspraak Rb. Den Haag van 16 oktober 1986, KG 1986/486); Regeling betreffende egalisatie van zandwinning, Beschikking van 21 november 1986, Stcrt. 1986, 228; Regelingen voor andere winkelcentra, Stcrt. 14 januari 1987, 9 (beroep verworpen: uitspraak CBb van 15 april 1988, SEW 1989, p. 186-189) en Stcrt. 16 juli 1992, 135; Regelingen voor de verwarmings- en luchtbehandelingsindustrie, Stcrt. 21 februari 1989, 37; Regeling collectief exclusief verkeer Centraal Bureau voor de Rijwielhandel, Stcrt. 21 juli 1992, 138; Regeling algemene voorwaarden voor huur- en onderhoudsovereenkomsten betreffende containers, Beschikking van 2 december 1992, Stcrt. 1992, 238; Regeling duurzame samenwerking notarissen en makelaars in Amsterdam, Stcrt. 25 mei 1993, 96; Regeling exclusieve afname Betapress en Bruna, Stcrt. 29 februari 1996, 43 (deze maatregel betrof een gecombineerde maatregel: tegen een mededingingsregeling en een economische machtspositie).

<sup>32</sup> Generieke onverbindendverklaring van bepalingen inzake disciplinaire kartelrechtspraak, KB van 24 juli 1962, Stb. 1962, 307. Zij is eenmaal verlengd door voor het besluit (bij nadere wet) de termijn van artikel 10 lid 4 WEM op acht jaar te stellen (Wet van 21 februari 1968, Stb. 1968, 62). In 1971 is de definitieve regeling, destijds te vinden in de artikelen 9b-9b WEM, tot stand gekomen (Wet van 15 december 1971, Stb. 1971, 774); Generieke onverbindendverklaring betreffende verticale prijsbinding, zie de artikelen 9e-9g WEM; Generieke onverbindendverklaring betreffende horizontale prijsbinding, KB van 4 februari 1993, Stb. 1993, 80; Generieke onverbindendverklaring van bepalingen die strekken tot discriminatie van mensen wegens hun ras, Wet van 18 februari 1971, Stb. 1971, 96 tot uitvoering van het Internationaal Verdrag van New York van 7 maart 1966 inzake uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie; Generieke onverbindendverklaringen inzake aanbestedingsmaatregelen, KB van 19 januari 1994, Stb. 1994, 55; en Generieke onverbindendverklaring van marktverdelingsregelingen, KB van 19 januari 1994, Stb. 1994, 56.

<sup>33</sup> Beschikking Europese Commissie van 5 februari 1992, SPO, PbEG 1992, L 92/1.

<sup>34</sup> In 1975 was een regeling betreffende een minimumconsumentenprijs voor witte kristalsuiker algemeen verbindend verklaard (beschikking van 27 januari 1975, Stcrt. 1975, 21). Deze regeling gold, met korte onderbrekingen, tot 20 juni 1989 (beschikkingen van 25 september 1984, Stcrt. 1984, 187; 13 december 1985, Stcrt. 1985, 243; en 19 december 1988, Stcrt. 1988, 246). Een andere algemeenverbindendverklaring was de capaciteitsovereenkomst die het tot 1 januari 1989 aan industriële broodbakkers verbood om zonder vergunning hun bakcapaciteit uit te breiden (beschikking van 13 januari 1984, Stcrt. 1984, 10).



voormalige artikel 24 WEM ‘aanwijzingen’ te geven, is in bijna veertig jaar elf keer (voorlopige maatregelen inbegrepen) ingezet.<sup>35</sup> Het optreden richtte zich vooral tegen collectieve leveringsweigeringen.<sup>36</sup> Een (zelfstandige) maximumprijsaanwijzing is slechts één keer gegeven.<sup>37</sup> Echter, met het toenemende besef dat een einde gemaakt moest worden aan (hetgeen destijds werd aangeduid als) het ‘Nederlandse kartel-paradijs’,<sup>38</sup> werd van deze bevoegdheid intensiever gebruikgemaakt waardoor voor mededingingsregelingen een verbodsstelsel op beperkte schaal ontstond.<sup>39</sup>

## 2.4 Voorstellen voor herziening

In de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werden in Nederland inspanningen verricht om een door het algemeen belang geleid misbruikstelsel om te buigen tot een verbodsstelsel. Deze ombuiging berustte op drie pijlers: de inwerkingtreding van een aantal algemene maatregelen van bestuur waarbij de zwaarste kartelvormen generiek onverbindend verklaard konden worden, het voorstel tot vergroting van de effectiviteit van de WEM<sup>40</sup> en de wenselijkheid van harmonisatie met het Europese mededingingsrecht.<sup>41</sup> Ondanks deze pijlers was lange tijd in Nederland geen steun aanwezig voor een mededingingsrechtelijk verbodsstelsel en vond de meest ingrijpende herziening plaats door in de WEM toezichthoudende bevoegdheden op te nemen.<sup>42</sup>

### 2.4.1 Het CTW-advies

Begin jaren negentig laaide de discussie omtrent de mogelijke invoer van een verbodssysteem weer op alsook de discussie over de rol van het strafrecht als handhavingsmiddel voor sociaaleconomische wetgeving.<sup>43</sup> Rond die periode bracht de

<sup>35</sup> Mok 2004, p. 19-28, p. 52.

<sup>36</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 22093, 6. Zie bijvoorbeeld de zaken Lijmar (beschikking van 4 augustus 1961, Stcrt. 1961, 191), Sipkes (eindmededeling van 20 juni 1961, Stcrt. 1961, 118) en Sitos (beschikking van 6 maart 1968, Stcrt. 1968, 44).

<sup>37</sup> Stcrt. van 18 juli 1977, 137. Uitspraak CBb van 24 juli 1979, Hoffmann la Roche, 150/01/21, 22 en 23, AB 1980/487. De uitspraak van het CBb heeft tot een schadevergoedingsactie voor de burgerlijke rechter geleid; vgl. HR 26 september 1986, NJ 1987/253, m.nt. M. Scheltema. Zie ook de noot van M.R. Mok onder de uitspraak van de CBb van 24 juli 1979: Mok 1980, p. 125-140.

<sup>38</sup> De voormalige staatssecretaris Van Rooy wilde door aanpassing van de WEM een eind maken aan het Nederlandse ‘kartelparadijs’. Van Rooy 1992, p. 908-912.

<sup>39</sup> De aanpak om voor zware kartels een dergelijk ‘verbodsstelsel’ in te voeren lag ook in de lijn van de wetgever. Zie: P. VerLoren van Themaat 1988, p. 70.

<sup>40</sup> Zie over deze nieuwe ontwikkeling: Mok 1994, p. 467-470; Ottervanger & Nijhuis 1994, p. 481 e.v.; en Ham 1994, p. 492 e.v.

<sup>41</sup> *Kamerstukken II* 1974/75, 13100 XIII, 3, p. 19 e.v.

<sup>42</sup> Wet van 2 november 1994, Stb. 1994, 801.

<sup>43</sup> Widdershoven 1995, p. 208; Corstens & Schaffmeister 1984; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, ‘Rechtshandhaving’, rapport nr. 35, ‘s-Gravenhage: Sdu 1988. Zie ook de beleidsnota’s ‘Zicht op wetgeving. Een beleidsplan voor de verdere ontwikkeling en uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid, gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid’, *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, 1-2 en ‘Met vaste hand. Verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving’, *Kamerstukken II* 1990/91, 22045, 1-2.

Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW) een advies uit over de invoering van de bestuurlijke boete<sup>44</sup> ter verbetering van de handhaving van de bestuursrechtelijke wetgeving, waaronder de mededingingswetgeving.<sup>45</sup> De bestuurlijke boete kon alleen opgelegd worden indien was voldaan aan een aantal primaire en aanvullende voorwaarden.<sup>46</sup>

#### 2.4.1.1 *Primaire voorwaarden voor de bestuurlijke boete*

De primaire criteria wogen zwaar en konden in het algemeen als voorwaarden voor bestuursrechtelijke handhaving worden beschouwd.<sup>47</sup> Een eerste primaire voorwaarde was dat de overtreden norm een geringe normatieve lading moest hebben.<sup>48</sup> Feiten die wegens de normatieve lading van de overtreden norm de rechtsorde ernstig konden schokken, moesten in beginsel tot het exclusieve domein van het strafrecht blijven behoren.<sup>49</sup> De tweede primaire voorwaarde eiste dat de norm zodanig in de wet of in de nadere regelgeving werd omschreven dat het mogelijk was om op grond van de wettelijke normen in de praktijk een vaste gedragslijn te ontwikkelen.<sup>50</sup> Volgens de derde primaire voorwaarde mocht de overtreden norm geen letsel aan personen of schade aan goederen toebrengen. De vierde primaire voorwaarde bepaalde dat de ambtenaar die belast werd met de handhaving over voldoende expertise moest beschikken. De laatste primaire voorwaarde stelde dat voor de handhaving geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden nodig moesten zijn.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Interessant is dat de voorzitter van de CTW, Van Buuren, na de publicatie van het rapport zich kritisch uitliet over de bestuurlijke boete. Hij vond bijvoorbeeld dat de bestuurlijke boete een burgeronvriendelijk instrument was. "Zonder een behoorlijk gewaarborgde procedure wordt door een niet onpartijdig bestuursorgaan een boete opgelegd op basis van een door een tot dezelfde dienst behorende ambtenaar opgemaakt rapport." Zie: Van Buuren 1995, p. 44.

<sup>45</sup> CTW-advies, p. 7. Volgens Corstens ontbrak enige empirische ondersteuning voor de impliciete aanname dat de handhaving van een aantal wetten tekort zou schieten. Het handhavingstekort werd volgens hem onder verwijzing naar de bedoelde nota's als een algemeen postulaat geformuleerd. Empirisch onderzoek zou volgens hem slechts overbodig zijn geweest indien het evident zou zijn dat handhaving door middel van bestuursboeten op de voorgestelde terreinen veel effectiever zou zijn dan strafrechtelijke handhaving. Die evidentie ontbrak volgens hem. Zie: Corstens 1995, p. 13.

<sup>46</sup> Bij nadere beschouwing bleek echter dat slechts op de eerste en derde primaire voorwaarde strikte grenzen werden gesteld. Inmiddels zijn de CTW-criteria achterhaald. De regering heeft in de MvT bij het wetsvoorstel vierde tranche Awb de criteria (pro of contra-indicaties voor bestuurlijke handhaving) opnieuw geformuleerd. Zie: *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, hoofdstuk 5 (MvT).

<sup>47</sup> CTW-advies, p. 18.

<sup>48</sup> Volgens Corstens leek de CTW met dit criterium van oordeel te zijn dat het opleggen van een bestuurlijke boete te weinig tot uitdrukking zou brengen dat de verboden gedraging afkeuring zou moeten verdienen. Zie: Corstens 1995, p. 9.

<sup>49</sup> Volgens Corstens is dit een bekende misvatting en wordt het strafrecht met name ingeschakeld wegens zijn specifieke instrumentarium, zoals de aanhouding, het ophouden ter identificatie en voor verhoor en niet om een normatieve lading te geven aan sanctie. Corstens 1995, p. 8. Deze misvatting werd volgens Corstens al in 1964 door Hulsman aan de kaak gesteld. Zie hierover: Hulsman 1965.

<sup>50</sup> De in het Mededingingswet vervatte materiële verboden voldeden echter niet aan dit criterium. Dit 'gebrek' zou eventueel ondervangen kunnen worden door de inzet van een gespecialiseerd bestuursorgaan. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par. 11.2 (MvT).

<sup>51</sup> CTW-advies, p. 19-20.

#### 2.4.1.2 Overige voorwaarden voor de bestuurlijke boete

Daarnaast stelde de werkgroep drie aanvullende criteria en twee prioriteitscriteria vast. De drie aanvullende criteria waren: (i) de overtreding zou zich moeten lenen voor vaste afdoeningstarieven, (ii) documentatie in verband met recidive zou niet nodig zijn, en (iii) de overtreding mocht niet in belangrijke mate door of ten dienste van criminele organisaties gepleegd worden.<sup>52</sup> De twee prioriteitscriteria waren: (i) de overtreding moest relatief vaak voorkomen, en (ii) de normstelling zou geschieden op het niveau van de centrale overheid.<sup>53</sup>

#### 2.4.2 De bestuurlijke boete in het mededingingsrecht

Naar aanleiding van het advies van de CTW werd discussie gevoerd met de vaste Commissie voor Economische Zaken over de mogelijke totstandbrenging van een 'zelfstandige' mededingingswet.<sup>54</sup> Zowel de Commissie Economische Mededinging,<sup>55</sup> de Sociaal-Economische Raad (SER)<sup>56</sup> als de Raad van State brachten een advies uit.<sup>57</sup> Belangrijke argumenten voor de omslag naar een louter bestuursrechtelijk handhavingssysteem van het mededingingsrecht waren de vergroting van de effectiviteit van de handhaving van het mededingingsrecht, de rol van het strafrecht als *ultimum remedium* en de convergentie met het Europees mededingingsrecht. De vlucht uit het strafrecht was echter alleen aanvaardbaar als dit niet ten koste zou gaan van de rechtsbescherming.<sup>58</sup> Zo dienden voorzieningen te worden getroffen om een zekere formele scheiding tussen de opsporing en bestraffing te bewerkstelligen.<sup>59</sup> Volgens de SER zou het orgaan dat belast is met de beoordeling en boeteoplegging volledig zelfstandig moeten opereren, hetzij als zelfstandig bestuursorgaan, hetzij door de

<sup>52</sup> CTW-advies, p. 21-22.

<sup>53</sup> CTW-advies, p. 22-23.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 22093, 7.

<sup>55</sup> Commissie Economische Mededinging, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 30 september 1994, nr. 13117.

<sup>56</sup> SER, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 21 oktober 1994, nr. 13 (hierna: 'SER-advies').

<sup>57</sup> Raad van State, Advies inzake de nieuwe regels omtrent de economische mededinging, 19 februari 1996 (met nader advies van 26 april 1996), nr. W10.95.0378, opgenomen in: *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, A (hierna: 'Raad van State-advies'). De adviezen van de SER en de Commissie Economische Mededinging zijn besproken door Bruin en door Van den Oosterkamp: Bruin 1995, p. 159-160; en Van den Oosterkamp 1995, p. 336 e.v.

<sup>58</sup> Michiels vroeg in zijn preadvies bijzondere aandacht voor adequate rechtsbescherming bij het steeds vaker bewandelen van de punitieve (snel)weg. Michiels 1995, p. 117-118. In de jaren negentig zijn een aantal wetenschappelijke publicaties verschenen over het bestuurlijk sanctierecht en de vereisten van het EVRM. Zie onder meer: Rogier 1992; Feteris 1993; Lenos 1998; Hartman & Van Russen Groen 1998; Jansen 1999; en Wiewel 1999.

<sup>59</sup> CTW-advies, p. 48-49, kabinetsstandpunt, p. 13. De Commissie Economische Mededinging vermeldde daarnaast een aantal randvoorwaarden, genoemd in artikel 6 EVRM, waaraan degene aan wie een boete werd opgelegd rechten kon ontnemen, zoals de onschuldpresumptie, het recht op een advocaat en het beginsel dat niemand gedwongen kan worden tegen zichzelf te getuigen. Zie Commissie Economische Mededinging, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 30 september 1994, nr. 13117 (hierna: 'Commissie Economische Mededinging-advies'). Zie ook: Widdershoven 1995.

mogelijkheid voor de minister om aanwijzingen te geven en die te publiceren.<sup>60</sup> Een soortgelijk advies brachten de Commissie Economische Mededinging<sup>61</sup> en de Raad van State<sup>62</sup> uit.

#### 2.4.2.1 *De vergroting van de effectiviteit*

Volgens het kabinet waren verschillende doelstellingen te realiseren met de louter bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Ten eerste zou de mogelijkheid van een goede afstemming met de Europese Commissie (met name in de gevallen van decentrale toepassing van de Europese mededingingsregels) bij bestuursrechtelijke handhaving eenvoudiger te realiseren zijn.<sup>63</sup> Ten tweede zou bij bestuursrechtelijke handhaving het sanctie- en correctie-instrumentarium specifiek afgestemd kunnen worden op de ernst en de duur van de inbreuken. Bij bestuursrechtelijke handhaving zou men immers niet gebonden zijn aan het niveau van boetes van het Wetboek van Strafrecht.<sup>64</sup> Ten derde zou door het opleggen van sancties op te dragen aan één instantie de rechtseenheid worden vergroot<sup>65</sup> (en zou een betere afstemming mogelijk zijn tussen de uitvoering van de wet en de handhaving).<sup>66</sup> Ten vierde zou bij het bestuur de deskundigheid en ervaring aanwezig zijn die nodig was voor een effectieve en ook efficiënte handhaving.<sup>67</sup> Een bestuursorgaan zou deze deskundigheid voor het mededingingsrecht kunnen inzetten om complexe mededingingspolitieke normen<sup>68</sup> (zoals merkbare beïnvloeding van de mededinging) in

<sup>60</sup> SER-advies, p. 46.

<sup>61</sup> De Commissie Economische Mededinging vond dat de bevoegdheid tot het vaststellen van sanctiebeschikkingen toegekend zou moeten worden aan een zelfstandig bestuursorgaan. Volgens de meerderheid van deze commissie moest hetzelfde gelden voor de overige uitvoeringsbevoegdheden, een minderheid wilde de uitvoeringsbevoegdheden opdragen aan een onder de minister van Economische Zaken ressorterende ambtelijke dienst. Commissie Economische Mededinging-Advies.

<sup>62</sup> Ook de Raad van State was van oordeel dat de sanctieoplegging moest worden opgedragen aan een zelfstandige functionaris binnen of buiten de dienst. De Raad van State bepleitte deze formele scheiding zo veel mogelijk eenvormig te regelen (bijvoorbeeld conform de regeling in fiscale zaken). Zie Raad van State-advies, p. 3-4.

<sup>63</sup> Kamerstukken 1995/96, 24707, 3, par. 11.2 (MvT).

<sup>64</sup> Adviesaanvraag is als bijlage 1 in het advies opgenomen: SER, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 21 oktober 1994, nr. 13, p. 72. De maximale geldboete die onder de WEM voor overtredingen van generieke verboden werd opgelegd, bedroeg 25.000 gulden (voor rechtspersonen 100.000 gulden). Met de nieuwe mededingingswet werd het maximale boeteniveau vastgesteld op één miljoen gulden of ten hoogste 10 procent van de totale omzet van de betrokken onderneming. In de WED kon echter wel degelijk een hoger boeteniveau worden opgenomen. Zie SER-advies, p. 47; Biesheuvel, Mok & Sevenster 1996, p. 114.

<sup>65</sup> Kamerstukken 1995/96, 24707, 3, par. 4.2 (MvT).

<sup>66</sup> Samkalden 2000, p. 206-207.

<sup>67</sup> Kabinetstandpunt naar aanleiding van het CTW-advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten', *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VI, 48, p. 6, 22. Zie ook de beleidsnota 'Met vaste hand', *Kamerstukken II*, 1990/91, 22045, 1-2, p. 7-8. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par. 11.2 (MvT).

<sup>68</sup> Biesheuvel e.a. waren het niet eens met de conclusie dat de complexiteit van mededingingswetgeving de deskundigheid van een bestuursorgaan zou vergen. Volgens de auteurs was het mededingingsbeleid qua benodigde deskundigheid op één lijn te stellen met vele andere vormen van overheidsbeleid, bijvoorbeeld op het gebied van milieubescherming en ruimtelijke ordening. Zie: Biesheuvel, Mok & Sevenster 1996, p. 113.

economische en juridische zin te interpreteren.<sup>69</sup> Gesteld werd dat de Economische Controledienst en het OM, die strafrechtelijk bezien over de WEM waakten, simpelweg niet konden bogen op grote kennis van en ervaring met het mededingingsrecht.<sup>70</sup> Als laatste argument werd de vermeende overbelasting van het OM genoemd,<sup>71</sup> hetgeen volgens het kabinet ertoe zou kunnen leiden dat aan sanctionering van overtredingen van het mededingingsrecht onvoldoende aandacht zou worden geschonken.<sup>72</sup> Met een zelfstandig bestuursorgaan zou de handhavende instantie zelf de prioriteit van de handhavingsinspanningen kunnen bepalen.<sup>73</sup> Een dergelijke vermindering van de werklast van het OM zou geen overbelasting van de bestuursrechter tot gevolg hebben.<sup>74</sup> Volgens het kabinet zou met de keuze voor concentratie van de rechtsmacht in eerste aanleg bij één rechtbank het aantal beroepszaken immers beperkt blijven.<sup>75</sup> De Raad van State merkte echter op dat de rechterlijke macht, doordat bezwaar- en beroepsprocedures gestart konden worden inzake sanctie-, ontheffings-, meldings- en concentratiebeschikkingen, meer belast zou worden dan in de toelichting op het wetsvoorstel werd voorgesteld.<sup>76</sup> Daarnaast hield de complexiteit van de Mw, aldus de SER, juist een contra-indicatie in voor handhaving door een bestuursorgaan.<sup>77</sup>

#### 2.4.2.2 *De rol van het strafrecht als ultimum remedium*

Een ander argument voor het afschaffen van strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht was het feit dat het strafrechtelijk apparaat, met de invoering van de bestuurlijke boete, niet langer belast zou worden met zaken waarvoor de

<sup>69</sup> Adviesaanvraag is als bijlage 1 in het advies opgenomen: SER, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 21 oktober 1994, nr. 13, p. 73.

<sup>70</sup> Zie hierover meer: De Bree 2006, p. 206.

<sup>71</sup> In die tijd werd door verschillende auteurs bepleit om te komen tot een driedeling van strafbare feiten in het Wetboek van Strafrecht, waarbij de strafbare feiten uit de administratieve wetten een aparte plaats zouden krijgen. Deze strafbare feiten zouden een ander karakter krijgen waardoor de handhaving door middel van het strafrecht op deze gebieden een wezenlijk andere functie zou hebben. Zie: Van der Poel 1952, p. 227-258; Pompe 1952, p. 68-69 en Mulder 1963, p. 293-321.

<sup>72</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par. 11.2 (MvT). Mok vond de stelling dat het OM inbreuken op de kartelregelgeving (zonder reden) zou seponeren een ongemotiveerde beschuldiging. Transigeren is een ander verhaal, maar het was volgens Mok niet duidelijk in welk opzicht een OM-transactie inferieur zou zijn aan een bestuurlijke sanctie. Zie: Mok 1996, p. 160. Volgens Slotboom vloeide de lage frequentie van strafrechtelijke vervolging van overtredingen van de WEM echter niet voort uit de zware belasting van het strafrechtelijk apparaat, maar veeleer uit de informele wijze waarop de WEM werd toegepast. Zie: Slotboom 1996, p. 294.

<sup>73</sup> Samkalden 2000, p. 207.

<sup>74</sup> Otto, De Meijer & De Doelder 1999, p. 5.

<sup>75</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par 11.2 (MvT). In de MvT werd een indicatie van het aantal beroepen gegeven, afgeleid uit het aantal sanctiebeschikkingen dat de Europese Commissie gemiddeld per jaar oplegde. Dat aantal lag rond de tien. Volgens het kabinet zou daarom de belasting in absolute aantallen niet groot zijn.

<sup>76</sup> Raad van State, Advies inzake de nieuwe regels omtrent de economische mededinging, 19 februari 1996 (met nader advies van 26 april 1996), opgenomen in: *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, A, p. 23-24.

<sup>77</sup> Volgens de primaire criteria die door de CWI waren opgesteld kwamen immers alleen regelingen in aanmerking voor bestuursrechtelijke handhaving waarvan de overtredingen makkelijk vastgesteld konden worden. Zie: SER, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 21 oktober 1994, nr. 13, p. 45-46.

strafrechtelijke procedure als te zwaar werd beschouwd.<sup>78</sup> In eerste instantie was het kabinet van mening dat het door het CTW gesuggereerde model B (dat zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhaving mogelijk maakte)<sup>79</sup> een 'bruikbaar alternatief' was dat onder omstandigheden verbeterde mogelijkheden tot handhaving kon bieden. Delicten die vanwege hun normatieve lading de rechtsorde ernstig konden schokken, moesten tot het exclusieve domein van het strafrecht blijven behoren. Daarnaast bood een stelsel van een gefixeerde bestuurlijke boete onvoldoende ruimte om rekening te houden met de omstandigheden van het geval (recidive), de ernst van het feit of het betrokken nadeel en het behaalde voordeel.<sup>80</sup> Het kabinet sprak daarom een voorkeur uit voor een aanvullende en ondersteunende functie voor het strafrecht.<sup>81</sup> Het strafrecht als *ultimum remedium*.<sup>82</sup> Dit uitgangspunt gold in eerste instantie ook en vooral voor de zogenoemde 'instrumentele beleidswetgeving',<sup>83</sup> waaronder de mededingingswetgeving.<sup>84</sup> Het kabinet volgde met deze keuze het advies van de SER (die van mening was dat met het strafrecht meer stigmatiserend gehandhaafd kon worden) en het advies van de Raad van State (die pleitte dat voor ernstige gevallen van overtredingen van het mededingingsrecht de mogelijkheid van een strafsancie open zou moeten blijven).<sup>85</sup>

Ondanks dat de SER en de Raad van State (en in eerste instantie ook het kabinet) voor het strafrecht een rol zagen weggelegd bij de handhaving van het mededingingsrecht, zij het als een *ultimum remedium*, kwam het kabinet uiteindelijk tot de conclusie dat de aard van de overtredingen op het terrein van het mededingingsrecht geen inzet van het strafrecht vergde. Dit volgde uit de geringe normatieve lading, de afwezigheid van schade aan personen en goederen en de relatief geringe verontrusting die inbreuken op de mededingingswetgeving teweeg zouden brengen. Daarnaast zou de aard van de overtreding geen andere dan bestuursrechtelijke sancties vragen, zoals gevangenisstraf.<sup>86</sup>

#### 2.4.2.3 De convergentie met het Europees mededingingsrecht

Een laatste argument voor het bestuursrechtelijk handhaven van het mededingingsrecht was het voornemen om in Nederland een meer Europees mededingingsbeleid te

<sup>78</sup> Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het CTW-advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten', *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VI, 48, p. 7.

<sup>79</sup> In de praktijk komen inmiddels ook mengvormen voor. De Mededingingswet sluit bijvoorbeeld de toepassing van het strafrecht geheel uit, maar kent geen vaste boetetarieven.

<sup>80</sup> Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het CTW-advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten', *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VI, 48, p. 11-12.

<sup>81</sup> *Kamerstukken II* 1999/00, 26800 VI, 67, p. 8.

<sup>82</sup> Beleidsnota 'Met vaste hand', *Kamerstukken II*, 1990/91, 22045, 1-2, p. 7; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Rechtshandhaving', rapport nr. 35, 's-Gravenhage: Sdu 1988, p. 23.

<sup>83</sup> Adviesaanvraag is als bijlage 1 in het advies opgenomen SER, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 21 oktober 1994, nr. 13, p. 72.

<sup>84</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22045, 2.

<sup>85</sup> Raad van State-advies, p. 24.

<sup>86</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24707 3, par. 11.2 (MvT).



voeren.<sup>87</sup> In de adviesaanvraag aan de SER bracht het kabinet een aantal argumenten naar voren voor het tot stand brengen van een op Europese leest gesnoeide Nederlandse mededingingswet. Zo meende het kabinet dat aanpassing aan het Europees recht nodig was omwille van de totstandkoming van de interne markt, de convergentie van verschillende mededingingsregimes in Europa en de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel.<sup>88</sup>

Ook de SER achtte het in lijn brengen van het Nederlandse met het Europese mededingingsbeleid in het belang van de Nederlandse economie. De afstemming zou bijdragen aan de versterking van het ondernemersklimaat in het algemeen en aan het aanpassings- en concurrentievermogen van het bedrijfsleven in het bijzonder.<sup>89</sup> De SER stelde echter vraagtekens bij het convergentieargument. Convergentie was volgens de SER niet voorgeschreven; een eventuele vrijwillige convergentie van handhavingssystemen was op zich van betrekkelijke betekenis omdat de rechtssystemen in de afzonderlijke lidstaten sterk zouden (blijven) verschillen.<sup>90</sup>

### 3 HANDHAVING ONDER DE MW DOOR DE NMA

#### 3.1 Tweede handavingsstadium: decriminalisering

Uiteindelijk werd de bestuurlijke boete, op advies van de CTW, ingevoerd.<sup>91</sup> In 1992 stemde de vaste Commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer in met de totstandbrenging van een nieuwe mededingingswet.<sup>92</sup> Het wetsvoorstel werd op 1 mei 1996 ingediend.<sup>93</sup> De wet kwam op 22 mei 1997 tot stand en op 1 januari 1998 was het voorstel tot invoering van een zelfstandige mededingingswet een feit. De handhaving kwam in handen van het bestuursorgaan de Dienst voor de Mededinging, later omgedoopt tot de NMa. De eerste belangrijke wijziging betrof de vervanging van de strafrechtelijke handhaving door een bestuurlijke handhaving, de ‘decriminalisering’ van het mededingingsrecht. Teneinde de bestuursrechtelijke handhaving mogelijk te maken, kreeg de Dienst voor de Mededinging bevoegdheden tot het uitoefenen van toezicht, het instellen van onderzoek en het nemen van sanctiebeschikkingen. Verder werd het tot dan vigerende misbruikstelsel vervangen door een verbodsstelsel. Het verbodsstelsel hield in dat de merkbare beperkingen van de mededinging (artikelen 6

<sup>87</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22093, 1.* Zie over convergentie in dit verband: Drahos 2001.

<sup>88</sup> Adviesaanvraag is als bijlage 1 in het advies opgenomen : SER, Advies inzake de nieuwe Mededingingswet, 21 oktober 1994, nr. 13, p. 70. Zie voor een bespreking van de adviesaanvraag: Buijs, TVVS 1994/5, p. 124-125.

<sup>89</sup> SER-advies, p. 33-35. De SER was echter verdeeld over de vraag of ook ten aanzien van verticale mededingingsregelingen aansluiting bij het Europees kartelbeleid gewenst was. Ondernemersleden en de kroonleden Kuipers en Nieuwenburg wilden voor verticale overeenkomsten het misbruikstelsel behouden.

<sup>90</sup> SER-advies, p. 46.

<sup>91</sup> CTW-advies, p. 31.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II 1992/93, 22093, 71.*

<sup>93</sup> *Kamerstukken II 1995/96, 24707, 1-3.*

en 24 Mw) als bezwaarlijk werden aangemerkt, tenzij de beperkingen onder een vrijstelling vielen of ontheven konden worden.<sup>94</sup> Hiermee werd (vrijwillig) geconvergeerd met het Europese mededingingsrecht dat reeds voorzag in een publiekrechtelijk handhavingssysteem waarin mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen en misbruiken van machtspositie in beginsel werden verboden. Voor wat betreft de procedureregels werd met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 een extra dimensie gegeven aan deze convergentietendens,<sup>95</sup> mede bestaande uit de introductie van de gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels.<sup>96</sup> Een derde opvallende noviteit betrof de introductie van een stelsel van concentratietoezicht.<sup>97</sup>

### 3.2 Handhavingsbevoegdheden

De handhaving van de mededingingswetgeving bestond (en bestaat nog steeds) uit een civiel- en bestuursrechtelijke component. Derden die door een overtreding van een mededingingsverbod in hun belang werden (worden) getroffen, konden (kunnen) via de civielrechtelijke weg de nietigheid van afspraken of een schadevergoeding eisen bij de nationale rechter.<sup>98</sup> De bestuursrechtelijke handhaving van het Nederlandse mededingingsrecht en de decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht kwamen in handen van de NMa.<sup>99</sup> De minister van Economische Zaken werd verantwoordelijk voor deze mededingingsautoriteit en kon algemene aanwijzingen geven aan de directeur-generaal van de NMa. Een formele scheiding tussen de opsporende en bestraffende dienst kwam er niet, aangezien het volgens het kabinet wenselijk was – gelet op de doeltreffendheid en slagvaardigheid van het mededingingsbeleid – wanneer de verschillende uitvoeringstaken zo veel mogelijk in één hand gehouden werden.<sup>100</sup> Het kabinet stelde dan ook een feitelijke scheiding voor (die werd bewerkstelligd door zogeheten *Chinese walls*) tussen ambtenaren die zich bezighielden met toezicht, onderzoek en rapportage en ambtenaren die de daarna volgende werkzaamheden (het horen van belanghebbenden, het vaststellen van een inbreuk en het opstellen van een sanctiebeschikking) verrichtten.<sup>101</sup> Een aantal jaren later werd de NMa verzelfstandigd en kreeg de status van zelfstandig bestuursorgaan. Deze omvorming ontnam de minister van Economische Zaken de bevoegdheid om de

<sup>94</sup> Zowel de Europese vrijstellingen als de Europese ontheffingen werkten door in het Nederlandse mededingingsrecht. Daarbij gold als uitgangspunt dat de Mw niet strenger en niet soepeler mocht zijn dan het Europese mededingingsrecht. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par. 6.2 (MvT).

<sup>95</sup> Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1 ('Verordening 1/2003').

<sup>96</sup> Zie over de decentrale toepassing van het mededingingsrecht: Temple Lang 1999, p. 3-20.

<sup>97</sup> Dit was reeds in de wetenschap gesuggereerd. Zie bijvoorbeeld P. VerLoren van Themaat & Ottervanger 1992.

<sup>98</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par. 11.1 (MvT). Over privaatrechtelijke handhaving zie: Zippro 2009.

<sup>99</sup> Zie voor een uitvoerige bespreking van de handhaving van de Mededingingswet: Samkalden 2000, p. 203-238.

<sup>100</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, par. 13.4 (MvT).

<sup>101</sup> Zie artikel 3 lid 2 van het wetsvoorstel *Kamerstukken* 1995/96, 24707, 3, p. 43 (MvT).



directeur-generaal aanwijzingen voor individuele gevallen te geven.<sup>102</sup> De NMa kreeg verschillende bevoegdheden toebedeeld die toezicht op naleving van de Mw en onderzoek naar mogelijke inbreuken op de Mw mogelijk maakten. De toezichts-, onderzoeks- en sanctiebevoegdheden die in de deelparagraaf 4.2 worden besproken, zijn na de opheffing van de NMa toebedeeld aan de huidige mededingingsautoriteit, de ACM.

### 3.3 Praktijk

In de eerste drie jaar na de inwerkingtreding van de Mw werd de agenda van de mededingingsautoriteit voor een belangrijk deel bepaald door een grote hoeveelheid ingediende ontheffingsverzoeken (1.050), klachten (ruim 300) en concentratiemeldingen (ruim 480).<sup>103</sup> Van de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete werd slechts in een drietal zaken gebruikgemaakt.<sup>104</sup> Ook in het jaar 2001 werd een groot aantal zaken informeel afgehandeld (waarbij werd volstaan met een naar verhouding lichte interventie) en nam de NMa zes sanctiebesluiten voor het niet (tijdig) melden, verstrekken van onjuiste gegevens, het niet verlenen van medewerking aan het onderzoek en het afzien van een boete/last onder dwangsom.<sup>105</sup> In het jaar daarop legde de NMa tweemaal een boete op voor een schending van artikel 6 Mw.<sup>106</sup> Het overgrote deel van de boetebesluiten had wederom betrekking op niet-materiële overtredingen van het mededingingsrecht.<sup>107</sup> In 2003 namen het aantal boetebesluiten en de boetebedragen echter significant toe; in negen zaken werd in totaal ruim € 132 miljoen boete opgelegd wegens overtredingen van het kartelverbod.<sup>108</sup> De daarop volgende jaren stonden voornamelijk in het teken van de bouwfraudezaken: in 2006 werden door de NMa in totaal voor € 114 miljoen aan boetes opgelegd, waarvan € 104 miljoen aan

<sup>102</sup> *Kamerstukken II 2000/01, 27639, 3 (MvT).*

<sup>103</sup> *Kist 2001, p. 3-5.*

<sup>104</sup> De eerste zaak betrof misbruik van een economische machtspositie in de elektriciteitssector (Besluit 26 augustus 1999 in zaak 650 (*Hydro Energy B.V.- Sep*) en het daarop volgend besluit op bezwaar van 27 maart 2000 (opgelegde boete NLG 14 miljoen)); de twee zaak had betrekking op verticale prijsbinding gecombineerd met een doorleveringsverbod in de kledingsector (Besluit van 12 januari 2000 in zaak 757 (*Secom/Chilly-Basilicum*) en het daaropvolgend besluit op bezwaar van 21 december 2001 (opgelegde boete NLG 500.000)); en in de derde zaak oordeelde de NMa over een marktverdelingsregeling welke notarissen in een gemeente met elkaar waren aangegaan (Besluit van 14 september 1999 in zaak 952 (*Bredase notarissen*) en het daaropvolgend besluit op bezwaar van 12 februari 2001 (boetes variërend van NLG 5.000 tot NLG 8.000)).

<sup>105</sup> Jaarverslag NMa, Den Haag: 2001, p. 23.

<sup>106</sup> De eerste zaak betrof prijsafspraken tussen Texaco en een aantal van haar pomphouders (Besluit van 25 juni 2002 in zaak 2498 (*Sparu B.V., Vermeulen Neerbosscheweg B.V., Vermeulen St. Anna B.V., B.V. Benzine Exploitiemaatschappij en Texaco Nederland B.V.*)). De NMa legde aan Texaco hiervoor een boete op van € 1 miljoen en aan de pomphouders boetes van respectievelijk € 25.000, € 48.500 en € 46.500. De tweede zaak betrof marktverdelings- en uitsluitingspraktijken in de markt voor dierengeneesmiddelen (Besluit van 29 augustus 2002 in zaak 2422 (*Klager-AUV en Aesculaap*)). De NMa legde boetes op aan AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-Farmaceutische Groothandel U.A. van € 9,7 miljoen en aan Diergeneesmiddelenegroothandel Aesculaap een boete van € 750.000).

<sup>107</sup> Zie voor een overzicht: Bos & Struijlaart 2002, p. 225-232.

<sup>108</sup> I.W. VerLoren van Themaat 2004, p. 84.

ruim 1.300 bouwbedrijven.<sup>109</sup> Vanaf 2007 kon de NMa tevens handhaven met toezeggingen. In vijf jaar tijd werden in vijf zaken toezeggingen geaccepteerd.<sup>110</sup> De trend van almaar hoge(re) boetes opleggen werd in de jaren volgend op de introductie van het nieuwe handhavingsinstrument (het toezeggingsbesluit) voortgezet.<sup>111</sup> Deze trend werd in de literatuur sterk bekritiseerd.<sup>112</sup> Aan de ene kant werd de vraag gesteld of de hoogte van de boetes voldoende was. Aan de andere kant werd de legitimiteit van het handhavingssysteem aan de kaak gesteld. Onduidelijk was of dergelijke hoge bestuurlijke boetes (*'the sky seems the limit'*<sup>113</sup>) in een administratieve procedure thuishoorden. De vraag die een prominente plaats in deze discussie innam, was of een dergelijke punitieve boete niet opgelegd moest worden door een onafhankelijke rechter in plaats van een mededingingsautoriteit die zowel de pet van toezichthouder kan opzetten als die van aanklager en rechter? Meer abstract speelde de vraag of op dergelijke hoge boetes c.q. straffen de strafrechtelijke rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing waren.<sup>114</sup>

### 3.4 Voorstellen voor herziening

#### 3.4.1 (Re-)introductie van strafrechtelijke handhaving

In juni 2006 werd door de toenmalige minister van Economische Zaken aangegeven dat hij en de minister van Justitie een wetsvoorstel aan het voorbereiden waren dat ertoe zou strekken dat aan opdrachtgevers of leidinggevendenden die zich schuldig maakten aan overtredingen van de Mw een gevangenisstraf (van ten hoogste zes jaren) kon worden opgelegd.<sup>115</sup> Gestreefd werd het wetsvoorstel op 1 oktober 2006 in te dienen.<sup>116</sup> Het wetsvoorstel kwam evenwel niet<sup>117</sup> en na twee jaar radiostilte ontving de Tweede Kamer een brief waarin het wetsvoorstel nogmaals werd toegezegd (geplande indiening: 2009).<sup>118</sup> Wat betreft de introductie van de strafrechtelijke handhaving bleef het wederom stil en in het vergaderjaar 2009/2010 werd nogmaals de toezegging van

<sup>109</sup> Wesseling, *Offers en Mulder* 2007, p. 199.

<sup>110</sup> Zie voor een uitvoerige bespreking: Elkerbout & Wolbers 2012, p. 1318.

<sup>111</sup> In 2011 rondde de NMa zes kartelzaken af met een boetebesluit en legde daarmee een boete op van in totaal € 39,7 miljoen. In 2010 was het totale geïnde boetebedrag € 137,1 miljoen. Zie: Bosman e.a. 2012, p. 66-80.

<sup>112</sup> Zie bijvoorbeeld: Ottervanger 2010, p. 93-99; Wesseling 2010, p. 128-127; Ottow 2010, p. 125-127. Zie voor een bespreking van strafrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht: Wils 2005.

<sup>113</sup> Ottervanger 2010.

<sup>114</sup> Doorenbos 2010, p. 171. Mok 2006, p. 211.

<sup>115</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30071, 27, p. 1-2, brief van 16 juni 2006. De Tweede Kamer had op een dergelijk wetsvoorstel aangedrongen in het kader van de evaluatie van de mededingingswet: *Handelingen II* 2005/06, 29 augustus 2006, 91, p. 5562 e.v.

<sup>116</sup> *Handelingen II* 2005/06, 29 augustus 2006, 9, p. 6124.

<sup>117</sup> Wel werd in dat jaar een motie ingediend door Ten Hoopen en Aptroot die later door de Tweede Kamer werd aangenomen. Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 30071, 29. In het kader van de behandeling van wetsvoorstel 30071, motie 29, aangenomen op 29 augustus 2006 (*Handelingen II* 99-6121).

<sup>118</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31200, 76, brief van 24 juli 2008 van de minister van Economische Zaken een de Tweede Kamer.

strafrechtelijke handhaving herhaald.<sup>119</sup> De redenen voor invoering van strafrechtelijke handhaving en de invulling van het voorstel werden al wel bekend.<sup>120</sup> Ten eerste zouden strafrechtelijke elementen bij zowel de opsporing als de sanctionering de legitimiteit van de procedure ten goede komen. Daarnaast zou strafrechtelijke handhaving de effectiviteit van het mededingingstoezicht bevorderen. Gesteld werd dat de introductie van een systeem van strafrechtelijke handhaving (met de mogelijkheid tot het opleggen van andere sancties zoals een gevangenisstraf) de ‘preventieve werking’ en ‘effectiviteit’ van de Mw zou kunnen verstevigen.<sup>121</sup> In hoofdlijnen zou met het voorstel een duaal stelsel van handhaving, naar het model van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, mogelijk worden gemaakt.<sup>122</sup> Het strafrechtelijk sanctioneren van bestuurders (bijvoorbeeld door het opleggen van een gevangenisstraf of een beroepsverbod) zou voorbehouden zijn aan de strafrechter. De NMa zou belast worden met het toezicht (waaronder de opsporing) en met het opleggen van kleine boetes. Ambtenaren van de NMa zouden aangemerkt worden als buitengewone opsporingsambtenaren, en zouden onder het gezag van de officier van justitie komen te staan.<sup>123</sup> Voor strafrechtelijke handhaving<sup>124</sup> zouden overtredingen in aanmerking komen die een ernstige inbreuk maken op de belangen van burgers en bedrijven of een forse bedreiging vormen voor het integer functioneren van sectoren binnen de samenleving, zoals marktverdelingsafspraken, uitbuiting van leveranciers of afnemers en recidive.<sup>125</sup> Ondernemingen en bestuurders die van de NMa clementie hadden ontvangen, zouden volgens het wetsvoorstel niet strafrechtelijk vervolgd worden.<sup>126</sup> Ondanks deze concrete ideeën over de invulling van een strafrechtelijk handhavingssysteem voor het mededingingsrecht kwam de minister, na jaren van stilzwijgen, in 2011-2012 terug op zijn toezegging het strafrecht te (her)introduceren bij de handhaving van het mededingingsrecht.<sup>127</sup> De samenloop tussen verschillende vormen van handhaving, de mogelijke inboeting van de clementieregeling, de ondeskundigheid van het OM en de aard van mededingingsrechtsovertredingen waren

<sup>119</sup> Verslag van het algemeen overleg tussen de vaste Kamercommissie voor economische zaken en de minister, *Kamerstukken II* 2009/10, 24036, 369, p. 18.

<sup>120</sup> Zie het verslag van het algemeen overleg tussen de vaste Kamercommissie voor economische zaken en de minister, *Kamerstukken II* 2009/10, 24036, 369, p. 17 e.v.

<sup>121</sup> OECD, *Cartels: sanctions against individuals* (DAF/COMP (2004) 39, 10-01-2005). Het onderzoek van de OECD wees uit dat het opleggen van een individuele boete weinig afschrikwekkend werkt.

<sup>122</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VI, 2.

<sup>123</sup> Verslag van het algemeen overleg tussen de vaste Kamercommissie voor economische zaken en de minister, *Kamerstukken II* 2009/10, 24036, 369, p. 18.

<sup>124</sup> De verbodsartikelen 6 en 24 van de mededingingswet zouden in de WED worden opgenomen onder artikel 1 onder 1. Artikel 1 onder 1 WED geeft een opsomming van alle overtredingen van voorschriften die gekwalificeerd worden als ‘economische delicten’.

<sup>125</sup> Verslag van het algemeen overleg tussen de vaste Kamercommissie voor economische zaken en de minister, *Kamerstukken II* 2009/10, 24036, 369, p. 17.

<sup>126</sup> Zie het verslag van het algemeen overleg tussen de vaste Kamercommissie voor economische zaken en de minister, *Kamerstukken II* 2009/10, 24036, 369, p. 17.

<sup>127</sup> Zie deelparagraaf 3.4.2.

argumenten die naar voren werden gebracht om af te zien van de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.<sup>128</sup>

### 3.4.2 *Oprichting nieuwe mededingingsautoriteit*

De mededeling dat louter bestuursrechtelijk gehandhaafd zou (blijven) worden, werd gedaan in het licht van het voorstel tot oprichting van een nieuwe mededingingsautoriteit. Dit voorstel – bestaande uit de fusie van de NMa, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit in een nieuwe autoriteit, de ACM – bracht wederom een aardverschuiving op het gebied van de handhaving van het mededingingsrecht teweeg. Doel van de oprichting van de ACM was het vergroten van de effectiviteit en de efficiëntie van het markttoezicht in Nederland.<sup>129</sup> Door de samenvoeging van de drie toezichthouders zou flexibel en integraal ingespeeld kunnen worden op marktontwikkelingen en beter gebruikgemaakt kunnen worden van beschikbare kennis en kunde. Dat zou de effectiviteit van het toezicht ten goede komen.<sup>130</sup> In de literatuur werd al redelijk snel opgemerkt dat deze voorgestelde fusie vooral was ingegeven door bezuinigingsoverwegingen.<sup>131</sup>

De geplande fusie gaf in ieder geval aanleiding om opnieuw na te denken over de invulling van het handhavingssysteem. De grote verschillen in de wet- en regelgeving voor de verschillende domeinen die de ACM zou moeten gaan handhaven (zie hierna), vereisten immers harmonisatie en aanpassing van de wet- en regelgeving. De (her)invoering van strafrechtelijke handhaving werd echter niet aangewezen geacht. In dit kader wees het kabinet op de argumenten die destijds de omslag naar de bestuursrechtelijke handhaving van de Mw rechtvaardigden. Ten tweede achtte het kabinet het wenselijk dat de ACM, omwille van de deskundigheid van het bestuursorgaan en de effectiviteit van de handhaving, integraal verantwoordelijk zou worden voor de voortgang van een handhavingzaak. Andere argumenten om af te zien van strafrechtelijke handhaving waren: (i) de mogelijkheid om onder het bestuursrechtelijk handhavingssysteem ‘bestraffend’ op te treden via de band van de bestuurlijke boete, en (ii) de aantasting van de doelmatige handhaving wanneer alleen voor de handhaving van de Mw een strafrechtelijke variant zou bestaan.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> Zie voor een uitvoerige behandeling van de kritiek op de mogelijke (her) introductie van de strafrechtelijke handhaving: De Bree 2006, p. 208-2111.

<sup>129</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 1.

<sup>130</sup> Brief minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 28 maart 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31490, 55.

<sup>131</sup> Pijnacker Hordijk 2011, p. 121.

<sup>132</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 17-18.

## 4 HANDHAVING ONDER DE MW DOOR DE ACM

### 4.1 Derde handhavingsstadium: criminalisering?

Van de criminalisering van het mededingingsrecht werd dus afgezien. In plaats daarvan stond het derde handhavingsstadium in het teken van de introductie van een nieuwe toezichthouder, de ACM. De totstandkoming van de ACM vond plaats in twee trajecten. Eerst werd de ACM bij instellingswet opgericht (en ingericht) en vervolgens werd het instrumentarium bij stroomlijningswet geharmoniseerd. De Instellingswet werd in het begin van 2012 ingediend<sup>133</sup> en trad op 21 maart 2013 in werking.<sup>134</sup> Vanaf 1 april 2013 is de ACM een feit. De stroomlijningswet is later in werking getreden, namelijk op 25 juni 2014.<sup>135</sup>

Volgens de Instellingswet is de ACM een onafhankelijke autoriteit, een zogeheten zelfstandig bestuursorgaan, zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat de ACM ook geen eigen personeel heeft: het personeel is in dienst van het Ministerie van Economische Zaken. De ACM ressorteert onder de minister van Economische Zaken.<sup>136</sup> Aan het hoofd van de ACM staat de raad van bestuur, bestaande uit drie leden. De ACM is ingedeeld in vijf inhoudelijke directies: directie consumenten, directie mededinging, directie energie, directie telecom, vervoer & post, en directie juridische zaken.<sup>137</sup> De ACM richt zich op drie pijlers: mededingingstoezicht, sectorspecifiek markttoezicht en consumentenbescherming.<sup>138</sup> Het gaat dus om de onderwerpen die tot die tijd door de OPTA, de Consumentenautoriteit en de NMa werden bestreken.<sup>139</sup> Het mededingingstoezicht is het toezicht dat voorheen door de NMa werd uitgevoerd en is erop gericht de concurrentie in alle sectoren te bewaken en te bevorderen. De ACM kan *ex ante* (concentratiecontrole) en *ex post* (in geval van een inbreuk op het kartelverbod of het verbod op machtsmisbruik<sup>140</sup>) ingrijpen in de markt wanneer sprake is van een concurrentievervalsing. Het sectorspecifieke markttoezicht omvat het vooraf creëren van condities op bepaalde markten (bijvoorbeeld door het vaststellen van tarieven) waaronder concurrentie kan plaatsvinden. De uitvoering van en het toezicht op sectorspecifieke regulering lag voor de oprichting van de ACM in handen van zowel de OPTA (telecommunicatie en post) als de NMa (energie en vervoer). De laatste pijler van de ACM, consumentenbescherming, is gericht op het bevorderen van eerlijke handel

<sup>133</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 1, 2, 3 en 6.

<sup>134</sup> Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), 21 maart 2013, Stcrt. 102.

<sup>135</sup> *Kamerstukken II* 33622, 266.

<sup>136</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 7; en *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 6, p. 34 en 44. Zie ook artikel 10 Instellingswet.

<sup>137</sup> Daarnaast zijn er de directie bedrijfsvoering, het bureau bestuursondersteuning en communicatie en de functie van chief economist.

<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 22-25.

<sup>139</sup> De Bree 2012, p. 142.

<sup>140</sup> In de meeste zaken past de ACM tevens het Europees mededingingsrecht (artikelen 101 en 102 VWEU) toe, tenzij de Commissie reeds een inbreukprocedure is begonnen die tot het geven van een beschikking moet leiden. Zie artikel 5 en artikel 11 lid 6 van verordening 1/2003.

tussen bedrijven en consumenten (hetgeen voorheen werd gehandhaafd door de Consumentenautoriteit, de NMa (op basis van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet) en de OPTA (op grond van de Telecommunicatiewet (Tw)).<sup>141</sup>

## 4.2 Handhavingsbevoegdheden

### 4.2.1 Toezichts- en onderzoeksbevoegdheden

De handhavingsbevoegdheden van de ACM komen voor een groot deel overeen met de bevoegdheden die de NMa destijds bezat. Voor wat betreft het feitenonderzoek wordt een onderscheid gemaakt tussen de toezichtsfase en de onderzoeksfase. In de toezichtsfase vindt controle op de naleving van de Mw en de daarop berustende bepalingen plaats zonder dat sprake is van handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling van een overtreding. In de onderzoeksfase is wel sprake van een vermoeden van een overtreding en de fase omvat daarom enkel handelingen die worden verricht met het vaststellen daarvan. Het onderscheid tussen de toezichts- en onderzoeksfase is voornamelijk van belang voor de rechtspositie van de betrokkene. Vanaf het moment dat de onderzoeksfase is gestart, geldt namelijk het zwijgrecht, wat inhoudt dat de onderneming die wordt onderzocht geen verklaring hoeft af te leggen (zie hierover deelparagraaf 4.2.1.2).<sup>142</sup>

Met betrekking tot de handhaving van het mededingingsrecht bezit de ACM verschillende toezichts- en onderzoeksbevoegdheden die hun 'roots' vinden in Verordening 1/2003. De meeste van deze bevoegdheden bezat de NMa reeds bij haar oprichting. In de loop der jaren zijn deze bevoegdheden echter aanzienlijk uitgebreid. Een paar uitzondering daargelaten (waarvoor teruggegrepen moet worden op de Instellingswet of de Mw), is de rechtsgrondslag voor deze bevoegdheden titel 5.2 van de Awb. Vanzelfsprekend mag de ACM slechts van deze bevoegdheden gebruikmaken voor zover dat noodzakelijk is voor de vervulling van haar taak.<sup>143</sup>

#### 4.2.1.1 Het betreden en onderzoeken van plaatsen

Een eerste bevoegdheid is het betreden van elke plaats 'met medeneming van de benodigde apparatuur'.<sup>144</sup> Indien nodig kan de ACM de hulp inroepen van de sterke arm, waarmee de assistentie door de politie wordt bedoeld.<sup>145</sup> In afwijking van de Awb zijn de ambtenaren van de ACM ook bevoegd een woning zonder toestemming van de bewoner te betreden.<sup>146</sup> Zodoende kan de ACM ook gegevens verkrijgen wanneer deze bewust in een woonhuis worden bezwaard. De bevoegdheid tot binnentreden van de

<sup>141</sup> Zie voor een bespreking van deze drie pijlers: *Kamerstukken II 2010/11*, 31490, 55.

<sup>142</sup> Artikel 12i Instellingswet.

<sup>143</sup> Artikel 5:13 Awb.

<sup>144</sup> Artikel 5:15 lid 1 Awb.

<sup>145</sup> Artikel 5:15 lid 2 Awb.

<sup>146</sup> Artikel 12c Instellingswet. Zie verder ook de Algemene wet op het binnentreden. In de Instellingswet wordt soms van deze wet afgeweken. Zie de artikelen 12d lid 4, 12e lid 4 en 12f lid 5 Instellingswet.

woning gaat dus gepaard met een bevoegdheid tot het doorzoeken van de woning.<sup>147</sup> Verder is de ACM, wanneer zij de kantoren van de betrokken ondernemingen betreedt, bevoegd om bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen.<sup>148</sup> Deze bevoegdheid voorkomt dat zakelijke gegevens en kantoren van de onderneming die onderwerp van het onderzoek van de ACM zijn tussentijds worden gewijzigd of vernietigd.

Voor het betreden en het doorzoeken van privéwoningen is wel een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam.<sup>149</sup> Deze machtiging is met redenen omkleed, ondertekend en vermeld de naam van de rechter-commissaris, de naam van degene aan wie de machtiging is gegeven, de wettelijke bepaling waarop het binnentreden en het doorzoeken berust en het doel waartoe wordt binnengetreten en de dagtekening.<sup>150</sup> De ambtenaar die is binnengetreten, maakt een schriftelijk verslag op waarin hij onder meer vermeldt de wijze waarop is binnengetreten en hetgeen in de woning is verricht en voorgevallen. Het verslag wordt toegezonden aan de rechter-commissaris die de machtiging heeft gegeven en een kopie daarvan gaat naar degene bij wie is binnengetreten.<sup>151</sup> Deze verschillende maatregelen dienen volgens de wetgever de bescherming van het huisrecht (artikel 12 Grondwet) en het recht op privéleven (artikel 8 EVRM). Het betreden en doorzoeken van de woning is immers alleen toelaatbaar wanneer deze inmenging bij wet voorzien is, en in een democratische samenleving noodzakelijk en proportioneel is. Volgens de wetgever is de binnentredingsbevoegdheid gerechtvaardigd door twee van de belangen die in artikel 8 EVRM worden genoemd: het economische welzijn en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Door de toestemmingsprocedure van de rechter-commissaris wordt bovendien voldaan aan de proportionaliteitseis, aldus de wetgever.<sup>152</sup> Of deze procedure en de uitoefening van deze bevoegdheden door de ACM inderdaad voldoen aan de eisen van artikel 8 EVRM is echter de vraag, gezien de enorme ontwikkeling in de jurisprudentie van het EHRM op dit vlak.

#### 4.2.1.2 *Het vorderen van inlichtingen en gegevens*

Een tweede bevoegdheid is het vorderen van inlichtingen en het identificatiebewijs enerzijds<sup>153</sup> en zakelijke gegevens en bescheiden anderzijds.<sup>154</sup> Op grond van de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen kunnen ook kopieën van stukken en bescheiden worden gevorderd.<sup>155</sup> In beide gevallen is de kring van personen tegen wie de bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend niet beperkt. Dit betekent dat de vordering tot het geven van inlichtingen of gegevens tot eenieder kan worden gericht,

<sup>147</sup> Artikel 50 Mw.

<sup>148</sup> Artikel 12b Instellingswet.

<sup>149</sup> Artikel 12d Instellingswet (binnentreden); en artikel 51 Mw (doorzoeken).

<sup>150</sup> Artikel 12e Instellingswet (binnentreden); en artikel 52 Mw (doorzoeken).

<sup>151</sup> Artikel 12f Instellingswet (binnentreden); en artikel 53 Mw (doorzoeken).

<sup>152</sup> *Kamerstukken II 2012/13*, 33622, 3, p. 7-9 (MvT).

<sup>153</sup> Artikelen 5:16 en 5:16a Awb. Zie ook artikel 6b Instellingswet.

<sup>154</sup> Artikel 5:17 Awb.

<sup>155</sup> Rb. Rotterdam 21 februari 2013, *JOR* 2013/139 m.nt. S.M.C. Nuyten, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2448.



zoals bij 'derden'.<sup>156</sup> De verkregen inlichtingen en/of gegevens mogen uitsluitend worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn verstrekt<sup>157</sup> en kunnen vervolgens door de ACM worden uitgewisseld met een ander(e) (buitenlandse) toezichthouder, bestuursorgaan of dienst belast met de opsporing van strafbare feiten.<sup>158</sup>

In principe is degene tot wie de vordering is gericht, verplicht tot het verlenen van medewerking aan de ACM.<sup>159</sup> Van de medewerkingsplicht zijn artsen, advocaten, notarissen en geestelijken uitgesloten;<sup>160</sup> de Instellingswet spreekt over degene die 'uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding'.<sup>161</sup> Met betrekking tot correspondentie tussen advocaten (externe advocaten of advocaten in loondienst<sup>162</sup>) en ondernemingen of natuurlijke personen geldt een bijzonder geheimhoudingsregime.<sup>163</sup> Deze correspondentie wordt beschermd, ongeacht de plaats waar de correspondentie wordt aangetroffen.<sup>164</sup>

Voor ondernemingen of feitelijke leidinggevendenden tegen wie het onderzoek is gestart, dus wanneer maatregelen zijn genomen waaruit kan worden afgeleid dat een strafvervolgning zal worden ingesteld,<sup>165</sup> geldt dat zij niet (meer) hoeven mee te werken aan het verlenen van inlichtingen of gegevens. Niemand is immers gehouden mee te werken aan zijn eigen veroordeling.<sup>166</sup> Zoals in deelparagraaf 4.2.1 reeds werd aangestipt, komt een betrokkene op dat moment het zwijgrecht toe en wordt op dat moment de cautie gegeven.<sup>167</sup> Het zwijgrecht geldt niet alleen voor degene aan wie de sanctie zal worden opgelegd, maar ook voor anderen werkzaam bij de onderneming (denk hierbij aan zzp'ers en interim-managers). Ex-werknemers kunnen echter geen beroep op het zwijgrecht doen.<sup>168</sup>

<sup>156</sup> Het evenredigheidsbeginsel (artikel 5:13 Awb) kan evenwel ertoe nopen dat deze bevoegdheid niet onder alle omstandigheden kan worden uitgeoefend.

<sup>157</sup> Artikel 7 lid 1 Instellingswet.

<sup>158</sup> Artikel 7 lid 3 Instellingswet. Deze bevoegdheid tot het uitwisselen van informatie is bekritiseerd omdat de proportionaliteit van de uitwisseling niet hoeft te worden aangetoond. Zie Kohlen 2013, p. 210-212.

<sup>159</sup> Artikel 5:20, lid 1 Awb. Bij niet-naleving van deze algemene informatieverplichtingen kan een boete worden opgelegd van maximaal € 450.000 of 1 procent van de omzet (zie artikel 12m lid 1 Instellingswet) of een last onder dwangsom (artikel 12m lid 3 Instellingswet).

<sup>160</sup> Artikel 5:20 lid 2 Awb.

<sup>161</sup> Artikel 6b lid 3 Instellingswet.

<sup>162</sup> Anders dan de vroegere bepaling in de Mw, waarin werd gesproken over een advocaat die is toegelaten tot de balie, spreekt het huidige artikel kortweg over een 'advocaat'. 'Advocaat' is volgens artikel 9a van de Advocatenwet een beschermende titel die alleen mag worden gevoerd door iemand die als advocaat is ingeschreven bij de arrondissementsrechtbank. Dit zijn zowel externe advocaten als advocaten in loondienst.

<sup>163</sup> Zie hierover uitvoerig de door de ACM uitgebrachte 'Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014.

<sup>164</sup> Artikel 12g Instellingswet.

<sup>165</sup> In het licht van artikel 6 EVRM wordt gesproken van een *criminal charge*. Het begrip *criminal charge* zal in de volgende hoofdstukken uitvoerig aan bod komen.

<sup>166</sup> Zie ook artikel 6 lid 2 EVRM.

<sup>167</sup> Artikel 5:10a Awb.

<sup>168</sup> Artikel 12i Instellingswet.



#### 4.2.1.3 Overige onderzoeksbevoegdheden

In de Awb bevat verder nog twee bevoegdheden die de ACM kan inzetten bij de opsporing van mededingingsbeperkende gedragingen. Ten eerste verschaft de Awb aan de ACM de bevoegdheid tot onderzoek, opnemings- en monsternemingen van zaken. Wanneer nodig mogen de zaken voor korte tijd worden meegenomen voor onderzoek elders. Het gaat hier specifiek om het onderzoek van zaken waarvan bekend is waar ze zich bevinden; dit in tegenstelling tot de strafrechtelijke term ‘doorzoeken’ wat ook het opsporen van zaken omvat waarvan op het moment van doorzoeking nog niet vaststaat waar deze zich bevinden.<sup>169</sup> Ten tweede heeft de ACM de bevoegdheid tot het onderzoeken van vervoermiddelen en ladingen.<sup>170</sup> Deze bevoegdheid is daarmee een specifieke versie van de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen en gegevens.

#### 4.2.2 Toezeggingsbevoegdheden

De uitoefening van de bevoegdheden die hiervoor zijn besproken, kan ertoe leiden dat de ACM een overtreding vaststelt. In deze fase, maar zelfs al daarvoor, kan de ACM besluiten dat zij de betrokken partijen niet sanctioneert, maar – in plaats daarvan – toezeggingen bindend verklaart. Deze bevoegdheid, die de ACM pas sinds 2007 bezit,<sup>171</sup> kan dus zowel in de toezichtsfase als in de sanctiefase worden ingezet en wordt daarom besproken tussen de deelparagraaf over de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden en de deelparagrafen over de sanctiebevoegdheden.

De toezeggingsprocedure houdt in dat een onderneming een verzoek tot het bindend verklaren van een zelf aangedragen toezegging, zoals het wijzigen van statutaire doelstellingen<sup>172</sup> en het staken van samenwerkingsafspraken,<sup>173</sup> indient bij de ACM. Bij een toezegging kan gedacht worden aan het aanbrengen van wijzigingen in de ondernemingsstructuur, bijvoorbeeld door de verkoop van bedrijfsactiviteiten of door de afstoting van een dochteronderneming. De toezegging moet worden onderscheiden van de structurele maatregel die de ACM kan opleggen. De structurele maatregel wordt niet door de betreffende onderneming aangeboden, maar is meer een

<sup>169</sup> Artikel 5:18 Awb.

<sup>170</sup> Artikel 5:19 Awb.

<sup>171</sup> Artikel 9 jo. artikel 5 Verordening 1/2003 biedt nationale mededingingsautoriteiten de mogelijkheid om Europese mededingingsrechtelijke zorgen met een toezeggingsbesluit af te doen. Voor wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht (artikel 6 en 24 Mw) bestaat deze mogelijkheid pas bij de inwerkingtreding van de gewijzigde Mw. Zie voor een uitvoerige bespreking van het Europese toezeggingsbesluit: Frese 2007, p. 39-48.

<sup>172</sup> Zie besluit 7245 van 29 december 2011 (FTN). In deze zaak schreven de doelstellingen van de statuten van de ondernemingsvereniging Federatie Textielverzorging Nederland (‘FTN’) voor dat de FTN de activiteiten van haar leden zou afstemmen en coördineren. Zo adviseerde de FTN haar leden om bepaalde kosten door te berekenen aan haar klanten.

<sup>173</sup> Zie besluit 7138 van 30 juni 2011 (*Thebe & ‘t Heem/Thebe & Maasduinen/Thebe & De Volckaert*). In deze zaak hadden verschillende aanbieders van thuiszorg bilaterale samenwerkingsafspraken gemaakt met drie andere thuiszorgaanbieders waarbij zij onderling cliënten verdeelden.

sanctie die de ACM kan opleggen om een einde te maken aan een mededingingsinbreuk.<sup>174</sup>

De toezeggingsprocedure volgt de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. De procedure begint met een openbare kennisgeving van het feit dat het ontwerpbesluit en de daarop betrekking hebbende stukken ter inzage zullen worden gelegd.<sup>175</sup> Voorafgaand aan de terinzagelegging zendt de ACM het ontwerp toe aan de belanghebbenden.<sup>176</sup> Belanghebbenden kunnen vervolgens hun zienswijze over het ontwerp naar voren brengen.<sup>177</sup> De ACM neemt het besluit uiterlijk zes maanden na ontvangst van de aanvraag.<sup>178</sup> De ACM is niet verplicht de toezegging bindend te verklaren.<sup>179</sup> Bij deze beslissing zal de ACM in aanmerking nemen of de toezegging doelmatiger is dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.<sup>180</sup> Wanneer de ACM overgaat tot het bindend verklaren van een toezegging vervalt de bevoegdheid om een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom op te leggen.<sup>181</sup> De ACM zal dan ook vanaf dat moment lopende onderzoeksactiviteiten ter voorbereiding van het opleggen van een sanctiebesluit staken. In de MvT wordt gesteld dat het toezeggingsinstrument de ACM beter in staat stelt maatwerk te leveren bij de handhaving van wettelijke voorschriften.<sup>182</sup> De ACM kan echter besluiten om de toezegging te wijzigen of in te trekken wanneer een wezenlijke verandering is opgetreden in de feiten waarop het besluit berust, het besluit berust op door de onderneming verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende gegevens, of wanneer de onderneming in strijd met het toezeggingsbesluit handelt.<sup>183</sup>

#### 4.2.3 Informele toezeggingen

Naast de formele toezegging kan de ACM een informele toezegging overeenkomen met de onderneming tegen wie de ACM voornemens is een onderzoek te starten of wanneer het onderzoek zich nog in een beginstadium bevindt. Het gaat dan vooral om zaken waar de ACM de overtreding (nog) niet heeft vastgesteld. Deze informele toezeggingen zijn niet genormeerd in de wet en vinden dus voor een groot deel achter gesloten deuren plaats. Een voorbeeld is de zaak *Mastercard* waar de ACM geen aanleiding zag om nader onderzoek te doen naar een mogelijke mededingingsovertreding nadat Mastercard had toegezegd om in de komende twee jaar de tarieven te verlagen die banken elkaar berekenden voor het verwerken van de binnenlandse

<sup>174</sup> Zie voor de bevoegdheid tot het opleggen van een structurele maatregel artikel 7 lid 1 Verordening 1/2003. Zie verder Schillemans & Zois 2013, p. 85.

<sup>175</sup> Artikelen 3:11 en 3:12 Awb.

<sup>176</sup> Artikel 3:13 Awb.

<sup>177</sup> Artikel 3:15 Awb.

<sup>178</sup> Artikel 3:18 Awb.

<sup>179</sup> De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dat het aanvaarden of afwijzen van een aanvraag zorgvuldig wordt voorbereid. Zie Elkerbout & Wolbers 2012, p. 1319.

<sup>180</sup> Artikel 12h lid 2 Instellingswet.

<sup>181</sup> Artikel 12h lid 1 Instellingswet.

<sup>182</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 10 (MvT).

<sup>183</sup> Artikel 12h lid 7 Instellingswet.

creditcardbetalingen. In de aanloop naar deze toezegging hadden de ACM en Mastercard verschillende malen schriftelijk contact met elkaar. De informele toezegging werd, net zoals de toestemming van de toezegging, schriftelijk overeengekomen.<sup>184</sup>

#### 4.2.4 De bevoegdheid tot het opleggen van een boete

Het onderzoek van de ACM kan leiden tot de vaststelling dat mogelijk sprake is geweest van een inbreuk op het kartelverbod (artikel 6 Mw) of het verbod van machtsmisbruik (artikel 24 Mw). Deze bevindingen kunnen (of bij de bestuurlijke boete: moeten) vervolgens in een rapport worden opgenomen.<sup>185</sup> Het rapport omvat de belangrijkste bevindingen van de ACM waarop de betrokken partijen schriftelijk en mondeling kunnen reageren. Het is interessant te vermelden dat deze rapportageplicht en de mogelijkheid om gehoord te worden alleen gelden voor boetes die de € 340 overschrijden. Ook de zogenoemde functiescheiding en een langere verjaringstermijn zijn alleen verplicht bij zware boetes (boetes > € 340).<sup>186</sup> Deze grens van € 340 is oorspronkelijk ontleend aan de maximale boete die op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften kon worden opgelegd. Bij wettelijk voorschrift kan echter een andere grens worden getrokken voor de toepasselijkheid van het zwaardere rechtsbeschermingsregime. In de MvT werd dan ook het markttoezicht genoemd als gebied waar de grens, gezien de boetebedragen die worden opgelegd, waarschijnlijk hoger moet liggen.<sup>187</sup> In de Mw is echter geen bepaling opgenomen waarin een specifiek onderscheid is gemaakt tussen lichte en zware boetes. Bij gebrek daaraan geldt de grens van € 340 dus in principe ook voor bestuurlijke boetes die bij schendingen van de Mw worden opgelegd.

##### 4.2.4.1 De 'klassieke' boeteprocedure

Naar aanleiding van het rapport kan de ACM – nadat partijen schriftelijk en mondeling hun zienswijzen hebben gegeven – besluiten om een bestuurlijke boete op te leggen. De beslissing om een bestuurlijke boete op te leggen wordt niet genomen door de personen die het rapport hebben opgesteld of de personen die voor het opstellen van het rapport voorbereidende werkzaamheden hebben verricht.<sup>188</sup> De ACM heeft vervolgens na de dagtekening van het rapport 13 weken om te beslissen over het opleggen van de bestuurlijke boete.<sup>189</sup> De boete die de ACM uiteindelijk kan opleggen is maximaal € 900.00 (voor 1 juli 2016: € 450.000) of, indien dat meer is, 40 procent van de jaarlijkse concernomzet (voor 1 juli 2016: 10 procent). Het bedrag kan worden verdubbeld indien blijkt dat een bedrijf zich in een periode van vijf jaar daarvoor aan

<sup>184</sup> ACM 21 februari 2014.

<sup>185</sup> Artt. 5:48 en 5:53 lid 2 Awb.

<sup>186</sup> Artikel 5:53 Awb.

<sup>187</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 121-122 (MvT).

<sup>188</sup> Artikel 12q Instellingswet.

<sup>189</sup> Artikel 5:51 lid 1 Awb. De termijn kan met drie weken worden verlengd indien voor de betreffende overtreding een bestuurlijke boete kan worden opgelegd van ten hoogste 10 procent van de omzet. Zie artikel 12k lid 1 Instellingswet.

eenzelfde overtreding schuldig heeft gemaakt.<sup>190</sup> Het boetemaximum wordt dus, in het voetspoor van de Europese mededingingsregelgeving, gekoppeld aan de omvang van de onderneming zodat de opgelegde boete niet als ‘afkoopsom’ kan fungeren.<sup>191</sup> Sinds 2007 is het tevens mogelijk om feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers<sup>192</sup> te beboeten.<sup>193</sup> Het boetemaximum is € 450.000.<sup>194</sup> Ook ondernemingen die een faciliterende rol hebben gespeeld bij het kartel kunnen, vergelijkbaar met de uitspraak van het Gerecht in de zaak *AC Treuhand*,<sup>195</sup> beboet worden. Een goed voorbeeld is de zaak *Paprika* waar een partij die bij het kartel een faciliterende rol vervulde, onder andere door het organiseren van kartelvergaderingen, een boete opgelegd heeft gekregen.<sup>196</sup>

Teneinde de effectiviteit van de handhaving van de Mw alsmede de transparantie van de boeteplegging te vergroten, maakte de NMa reeds in 2001 boeterichtsnoeren bekend die in de loop der jaren sterk zijn gewijzigd.<sup>197</sup> Aan de hand van de boeterichtsnoeren wordt de hoogte van de in concreto opgelegde boete op een zodanig niveau vastgesteld dat deze overtreders weerhoudt van het begaan van een volgende overtreding en potentiële andere overtreders afschrikt. Het oogmerk van de bestuurlijke boete is daarom vooral speciale en/of generale preventie.<sup>198</sup> De boeterichtsnoeren zijn tot op heden leidraad bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete die opgelegd kan worden aan ondernemingen en feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers die het Nederlandse mededingingsrecht overtreden.

De vaststelling van de hoogte van de bestuurlijke boete vindt plaats aan de hand van verschillende stappen. Richtinggevend daarbij zijn de aard van de overtreding en het wettelijk boetemaximum dat op die boete is gesteld. Ten eerste wordt aan de hand van de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding een basisboete vastgesteld.<sup>199</sup> De basisboete,

<sup>190</sup> Artikel 12m lid 2 Instellingswet. Onder ‘omzet’ wordt verstaan de netto-omzet als bedoeld in artikel 2:377 lid 6 BW. Zie hierover artikel 12o Instellingswet.

<sup>191</sup> Klap 2012, p. 333.

<sup>192</sup> Zie artikel 51 Wetboek van Strafrecht voor de definitie van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevend. Volgens De Bree werd met de invoering van een boetesysteem voor feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers de stap naar de strafrechtelijke sanctiëring onmiskenbaar verkleind. Zie: De Bree 2008, p. 214.

<sup>193</sup> De introductie van het persoonlijk sanctioneren van opdrachtgevers en leidinggevend lag in lijn met de bevindingen van verschillende OESO-rapporten en aanbevelingen. Zo stelde een OESO-rapport dat het hoofddoel van sancties in kartelzaken in de afschrikwekkende werking daarvan lag. Sancties tegen individuen zouden een belangrijke, additionele afschrikking vormen. Zie OECD, *Report on the nature and impact of hardcore cartels and sanctions against hardcore cartels under national competition laws* (DAFFE/COMP (2002), 7).

<sup>194</sup> Artikel 12n Instellingswet.

<sup>195</sup> GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, *Jur.* 2008, p. II-1501. Zie over deze uitspraak: Beumer 2008; Geursen & Hendriks 2008; en Van Heezik 2009.

<sup>196</sup> NMa 5 mei 2012, nr. 7036 (*Paprika*).

<sup>197</sup> In 2016 zijn de boeterichtsnoeren voor het laatst gewijzigd. Zie Beleidsregel van de minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617 met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (‘Boetebeleidsregel ACM 2014’).

<sup>198</sup> Klap 2012, p. 322.

<sup>199</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.2.

die vastgesteld wordt op basis van de betrokken omzet,<sup>200</sup> kan tussen de 0 en 50 procent van de omzet van de overtreder liggen.<sup>201</sup> In het geval dat aan een overtreder blijkens de wet een maximale boete van € 900.000 kan worden opgelegd, stelt de ACM de basisboete vast binnen de bandbreedtes van de volgende boetecategorieën:<sup>202</sup>

|                      |                                                                            |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------|
| <b>Categorie I</b>   | Boetebandbreedte tussen € 15.000 en € 150.000 (of 0.25-2.5 procent omzet)  |
| <b>Categorie II</b>  | Boetebandbreedte tussen € 75.000 en € 300.000 (of 0.5-5 procent omzet)     |
| <b>Categorie III</b> | Boetebandbreedte tussen € 150.000 en € 600.000 (of 0.75-7.5 procent omzet) |
| <b>Categorie IV</b>  | Boetebandbreedte tussen € 300.000 en € 650.000 (of 2.5-25 procent omzet)   |
| <b>Categorie V</b>   | Boetebandbreedte tussen € 400.000 en € 700.000 (of 5-50 procent omzet)     |
| <b>Categorie VI</b>  | Boetebandbreedte tussen € 500.000 en € 800.000 (of 7.5-75 procent omzet)   |

In bijlage II van de boetebeleidsregel wordt vervolgens per type overtreding aangegeven binnen welke boetebandbreedte de bestuurlijke boete valt.

Na het vaststellen van de basisboete worden de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking genomen.<sup>203</sup> Tot de boeteverhogende omstandigheden horen in ieder geval recidive (verdubbeling boete!), de belemmering van het onderzoek, het aanzetten tot of het leiding geven aan de overtreding en het gebruikmaken van controle- of dwangmiddelen ter handhaving van de te beboeten gedraging.<sup>204</sup> De boeteverlagende omstandigheden zijn in ieder geval het verlenen van medewerking aan de ACM anders dan in het kader van de clementieprocedure en waartoe de overtreder wettelijk gehouden was en het uit eigen beweging schadeloos stellen van degene die door de overtreding schade heeft geleden.<sup>205</sup> Ten aanzien van natuurlijke personen kan de ACM verder rekening houden met de mate van betrokkenheid van de natuurlijke persoon bij het plegen van de overtreding en de positie van de natuurlijke persoon binnen de onderneming waarvoor hij of zij werkzaam is/was.<sup>206</sup> In afwijking van deze boetesystematiek kan de ACM ook, indien de uitzonderlijke omstandigheden van het geval naar haar oordeel hiertoe aanleiding geven, een symbolische bestuurlijke boete opleggen.<sup>207</sup> Dat deed de ACM bijvoorbeeld in de zaak *glazenwassers* waar een van de glazenwasser een boete opgelegd kreeg van

<sup>200</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.3.

<sup>201</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.4. Het gaat hier enkel om overtredingen van de artikelen 6 lid 1 24 lid 1 Mw, 101 of 102 VWEU en in gevallen waarin de ACM op basis van de Postwet en de Telecommunicatiewet een bestuurlijke boete kan opleggen.

<sup>202</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.7.

<sup>203</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.8.

<sup>204</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.9.

<sup>205</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.10.

<sup>206</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.11.

<sup>207</sup> Boetebeleidsregel ACM 2014 artikel 2.12.

€ 1 omdat hij niet meer actief was in de markt van glazenwasserij – en ook mede gezien zijn leeftijd.<sup>208</sup>

#### 4.2.4.2 De clementieprocedure

Eén cruciaal onderdeel van de boeterichtsnoeren is de introductie van de clementieprocedure die kort na de publicatie van de boeterichtlijnen werd afgekondigd<sup>209</sup> en in 2014 voor het laatst werd gewijzigd.<sup>210</sup> Met de clementieprocedure wil de ACM het aantrekkelijker maken voor een onderneming om een einde te maken aan een inbreuk op de Mw.<sup>211</sup> De clementieprocedure voorziet namelijk in een mogelijke boetevermindering of -immunititeit wanneer de onderneming bereid is haar aandeel in een kartel op te biechten. Zo ontliet bijvoorbeeld de groente- en fruitafzetorganisatie ZON een boete van ruim € 36 miljoen doordat zij als eerste een kartel op het gebied van paprika's meldde bij de ACM.<sup>212</sup> De clementieprocedure is daarnaast een handig handhavingsmiddel voor de ACM om mededingingsbeperkende gedragingen op te sporen die anders wellicht niet aan het licht waren gekomen. Volgens de ACM zelf is 40 procent van de kartelzaken afgewikkeld naar aanleiding van een clementieverzoek; 60 procent van de kartels is opgespoord naar aanleiding van *ex officio*-opsporing, zoals via anonieme informanten, informatie-uitwisseling met andere toezichthouders en economische marktanalyses.<sup>213</sup> Deze constatering komt overeen met de analyse van alle kartelzaken van de ACM in de periode 2004 t/m 2014 (waarbij de eerste tranche bouwzaken van 2006 niet is meegerekend).<sup>214</sup>

Het clementieprogramma is beperkt tot procedures waarin sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU.<sup>215</sup> De clementieprocedure start met het clementieverzoek dat ingediend kan worden door de onderneming die aan een kartel heeft deelgenomen of een natuurlijk persoon die feitelijk leiding gaf aan de onderneming en die, niet namens een onderneming, deelnam aan de mededingings-

<sup>208</sup> Besluit NMa 20 december 2011, nr. 6425 (*Glazenwassers*).

<sup>209</sup> Richtsnoeren clementietoezegging van 28 juni 2002, *Stcrt.* 1 juli 2002, 122.

<sup>210</sup> Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels ('Beleidsregel clementie').

<sup>211</sup> Zie over de totstandkoming van het clementieprogramma het volgende artikel: Van der Meulen & Van Oers 2002, p. 159 e.v.

<sup>212</sup> NMa 15 mei 2012, nr. 7036 (*Paprika*).

<sup>213</sup> Zie de PPT-presentatie van P. Sánchez gehouden op een internationale conference over kartels georganiseerd door de Instituto Universitario de Estudios Europeas van de Universiteit San Pablo. De PPT-presentatie is online beschikbaar via <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Investigacion/Cartels/Leniency-%20%E2%80%93%20Dutch%20experience.pdf> (geraadpleegd op 29 juli 2015).

<sup>214</sup> De volgende kartels zijn opgespoord naar aanleiding van een clementieverzoek: Besluiten ACM (NMa) 24 mei 2013, nr. 7400 (*Geuneburg*); 24 mei 2013, nr. 7401 (*Kanaalweg*); 24 mei 2013, nr. 7403 (*Bergambacht & Dilettant*); 7 januari 2013, nr. 7237 en 7268 (*Executieveiling (2<sup>e</sup> & 3<sup>e</sup> tranche)*); 15 mei 2012, nr. 7036 (*Paprika*); 13 december 2011, nr. 6538 en 6539 (*Executieveiling (1<sup>e</sup> tranche)*); 29 december 2010, nr. 5965 (*Producenten isolerend dubbelglas*); 16 december 2010, nr. 6303 (*Meelsector*); 12 november 2009, nr. 6091 (*Zwembadchloor*); 16 november 2007, nr. 5697 (*Verkeersregeltoestellen en verkeersregelinstallaties*); 2 oktober 2007, nr. 5888-5896 (*Breedplaat- & Ribcassetvloeren*); 2 oktober 2007, nr. 5842-5850 (*Sierstenen*); en 13 november 2007, nr. 5211 (*Boomkwekerijen*).

<sup>215</sup> Beleidsregel clementie, artikel 2.

beperkende gedraging.<sup>216</sup> Het clementieverzoek omvat een schriftelijke clementieverklaring met daarin onder andere een verklaring van deelname aan het door de clementieverzoeker beweerde kartel, een gedetailleerde omschrijving van het kartel, de namen en gegevens van de ondernemingen die aan het kartel deelnamen, enzovoort.<sup>217</sup> De ACM zal de clementieverklaring vertrouwelijk behandelen en slechts onder strenge voorwaarden aan derden overhandigen.<sup>218</sup> Deze clementieverklaring kan eventueel ook, met instemming van de ACM, mondeling worden afgelegd indien een clementieverzoeker daartoe een gerechtvaardigd belang heeft.<sup>219</sup> Op basis van de clementieverklaring en het moment van indiening bepaalt de ACM of de clementieverzoeker in aanmerking komt voor een boete-immuniteit of boetereductie. De ACM zegt een clementieverzoeker boete-immuniteit toe indien de clementieverzoeker (a) als eerste met betrekking tot een kartel een verzoek tot boete-immuniteit indient, (b) een verzoek indient met betrekking tot een kartel waarnaar de ACM nog geen onderzoek is begonnen, (c) de ACM informatie verschaft die de ACM in staat stelt om een gerichte inspectie uit te voeren, (d) geen andere onderneming tot deelname aan het kartel heeft gedwongen, en (e) aan de medewerkingsplicht voldoet.<sup>220</sup> Boete-immuniteit is daarnaast ook mogelijk wanneer de ACM al een onderzoek is gestart. De aanvullende voorwaarden zijn in dat geval dat de ACM aan geen van de betrokkenen bij het kartel een boeterapport heeft verzonden en de clementieverzoeker documenten verschaft die stammen uit de periode van de gedraging waarover de ACM nog niet beschikte en op basis waarvan de ACM het bestaan van het kartel kan aantonen.<sup>221</sup> Voorheen bedroeg de boetekorting voor de eerste melder 60-100 procent wanneer de ACM al een onderzoek was gestart. Met de Boetebeleidsregel Clementie 2014 is afstand gedaan van deze regeling, hetgeen het grote belang onderstreept van clementie voor de opsporing van kartels door de ACM.<sup>222</sup>

Een boetereductie staat open voor degene die informatie indient met aanzienlijke additionele waarde en die ook voldoet aan de medewerkingsplicht.<sup>223</sup> De ACM volgt voor het vaststellen van de boetereductie een trapsgewijs model dat bestaat uit verschillende categorieën.

---

<sup>216</sup> Beleidsregel clementie artikel 10.

<sup>217</sup> Beleidsregel clementie artikel 13.

<sup>218</sup> De ACM verleent een geadresseerde van een boeterapport inzage in een clementieverklaring, mits de geadresseerde schriftelijk toezegt de clementieverklaring of het transcript hiervan niet te kopiëren, te fotograferen of op een andere wijze vast te leggen, met uitzondering van het onderschrijven ervan, en de in de clementieverklaring vervatte informatie uitsluitend te gebruiken in de bestuursrechtelijke procedure met betrekking tot het kartel. Zie Beleidsregel clementie, artikel 27.

<sup>219</sup> Beleidsregel clementie artikel 14.

<sup>220</sup> Beleidsregel clementie artikel 4 lid 1.

<sup>221</sup> Beleidsregel clementie artikel 4 lid 2.

<sup>222</sup> Wiggers, Struijlaart & Custers 2015.

<sup>223</sup> Beleidsregel clementie artikelen 5 t/m 7.



|                     | Verzoek                    | Onderzoek<br>gestart? | Bruikbaarheid<br>informatie                       | Clementie        |
|---------------------|----------------------------|-----------------------|---------------------------------------------------|------------------|
| <b>Immunititeit</b> | 1 <sup>e</sup>             | Nee                   | Genoeg voor onderzoek                             | Geen boete       |
|                     |                            | Ja                    | Genoeg om kartel te bewijzen                      | Geen boete       |
| <b>Verlaging</b>    | 2 <sup>e</sup> en volgende |                       | 1 <sup>e</sup> aanzienlijke<br>additionele waarde | Verlaging 30-50% |
|                     |                            |                       | 2 <sup>e</sup> aanzienlijke<br>additionele waarde | Verlaging 20-30% |
|                     |                            |                       | 3 <sup>e</sup> aanzienlijke<br>additionele waarde | Verlaging < 20%  |

De medewerkingsplicht, die zowel geldt voor degene die in aanmerking komt voor een boete-immuniteit als een boetereductie, houdt in dat de clementieverzoeker zich onthoudt van elke gedraging die het onderzoek kan belemmeren, zo spoedig mogelijk aan de ACM alle informatie over het kartel verschaft, onmiddellijk na het indienen van het clementieverzoek iedere betrokkenheid bij het kartel staakt (tenzij de ACM de voortzetting daarvan redelijkerwijs noodzakelijk acht) en dat degene die bij de clementieverzoeker werkzaam zijn/waren beschikbaar zijn voor het afleggen van verklaringen.<sup>224</sup>

Vervolgens stelt de ACM een clementietoezegging op waarin onder andere de volgorde van binnenkomst van clementieverzoeken betreffende een kartel wordt vastgesteld.<sup>225</sup> Indien een clementieverzoeker zijn verplichtingen uit de clementietoezegging of de beleidsregel niet nakomt (bijvoorbeeld zijn medewerkingsplicht), vervalt het clementieverzoek en kan de ACM een boete opleggen alsof het clementieverzoek niet is ingediend.<sup>226</sup>

#### 4.2.5 De bevoegdheid tot het opleggen van een last

##### 4.2.5.1 De last onder dwangsom

Behalve een bestuurlijke boete kan de ACM een last onder dwangsom opleggen voor het overtreden van de artikelen 6 en 24 Mw.<sup>227</sup> De last onder dwangsom is, in tegenstelling tot de bestuurlijke boete, een herstelsanctie:<sup>228</sup> het strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.<sup>229</sup> De last dient de te nemen herstelmaatregelen te omschrijven die de overtreder moet nemen om verbeurte

<sup>224</sup> Beleidsregel clementie artikel 17 lid 2.

<sup>225</sup> Beleidsregel clementie artikelen 20 en 21.

<sup>226</sup> Beleidsregel clementie artikelen 22 en 24.

<sup>227</sup> Artikel 58 Mw.

<sup>228</sup> Artikel 5:2 lid 2 Awb. Zie afdeling 5.3.2 van de Awb voor verdere bepalingen over de last onder dwangsom.

<sup>229</sup> Artikel 5:31d Awb.



van de dwangsom te voorkomen.<sup>230</sup> Op de overtreding van de last kan een dwangsom ineens worden gesteld, een dwangsom per tijdseenheid en een dwangsom per overtreding.<sup>231</sup> In tegenstelling tot de bestuurlijke boete zijn voor de vaststelling van de hoogte van de dwangsom geen richtsnoeren opgesteld. De wet regelt enkel dat de bedragen in een redelijke verhouding moeten staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.<sup>232</sup> De Instellingswet maakt echter wel duidelijk dat een last onder dwangsom geldt voor een termijn van ten hoogste twee jaren,<sup>233</sup> waarbij de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom vervalt na vijf jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden.<sup>234</sup>

#### 4.2.5.2 De zelfstandige last

Een compleet nieuwe, niet-bestaande sanctie die opgelegd kan worden is de zogenoemde zelfstandige last. Een zelfstandig last kan worden opgelegd in verband met de naleving van een wettelijk voorschrift op de naleving waarvan de ACM toeziet.<sup>235</sup> In principe zijn er twee soorten zelfstandige lasten. Ten eerste zijn er zelfstandige lasten voor situaties waarin reeds sprake is van een overtreding. Het gaat hier om zogeheten ‘bindende aanwijzingen’. Het CBb heeft de aard en strekking van de bindende aanwijzing als volgt omschreven:

*‘Het gaat bij het opleggen van een bindende aanwijzing dus om een door de wetgever gecreëerd instrument om publiekrechtelijke verplichtingen in het leven te roepen of het bestaan daarvan in rechte vast te stellen.’<sup>236</sup>*

De bindende aanwijzing is een instrument dat vooral is toegepast bij de handhaving van de Elektriciteitswet<sup>237</sup> en de Gaswet, maar kan ook worden ingezet bij het toezicht op de naleving van de regels voor de toegang tot betalingssystemen.<sup>238</sup> In beide wetten zijn bepalingen opgenomen die regelen dat – bij het niet naleven van een bindende aanwijzing – een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom kan worden opgelegd.<sup>239</sup> Ook op grond van de Telecommunicatiewet kon de voormalige OPTA, nu opgenomen in de ACM, aanwijzingen geven met betrekking tot de inhoud van het zogeheten referentieaanbod voor de toegang tot telecommunicatienetwerken.<sup>240</sup>

<sup>230</sup> Artikel 5:32a Awb.

<sup>231</sup> Artikel 5:32 b lid 1 Awb.

<sup>232</sup> Artikel 5:32 b lid 3 Awb.

<sup>233</sup> Artikel 12r lid 2 Instellingswet.

<sup>234</sup> Artikel 12r lid 3 Instellingswet.

<sup>235</sup> Artikel 12j Instellingswet. De wet sluit voor de definitie van dit verzamelbegrip aan bij artikel 5:2 lid 2 Awb: het gaat bij een zelfstandige last om de enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen bedoeld in artikel 5:2 lid 2 Awb, ter bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften.

<sup>236</sup> CBb 28 maart 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF7150.

<sup>237</sup> Artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet.

<sup>238</sup> Artikel 5:88 lid 1 jo. artikel 1:59 en 1:75 Wft. Zie verder Jansen 2013, p. 173-189.

<sup>239</sup> Artikel 77i, aanhef en onder 2, Elektriciteitswet, artikel 60ad, aanhef en onder 2 Gaswet (bestuurlijke boete); en artikel 77h Elektriciteitswet en artikel 60ac Gaswet (last onder dwangsom).

<sup>240</sup> Artikel 6a.9 lid 4 Telecommunicatiewet.

Ten tweede bestaat er de bevoegdheid om een aanwijzing te geven zonder dat een overtreding is vastgesteld. Een dergelijke aanwijzing wordt aangeduid als ‘bindende gedragslijn’.<sup>241</sup> Het bestuursorgaan kan met de zelfstandige last een concretisering van een wettelijke norm geven (publiekrechtelijke verplichting) of concrete gedragsvoorschriften. De zelfstandige last omvat dus twee aspecten: (preventieve) normconcretisering en het geven van gedragsvoorschriften.<sup>242</sup> Aan het opleggen van een zelfstandige last zijn evenwel twee voorwaarden verbonden. Ten eerste kan de zelfstandige last alleen worden gebruikt om een verplichting op grond van de wet op te leggen. Daarnaast speelt het proportionaliteitsbeginsel een rol in de begrenzing van de zelfstandige last of het kan bepalen dat de zelfstandige last het minst bezwarende instrument is.<sup>243</sup> De zelfstandige last is een besluit, en kan dus in bezwaar en beroep worden aangevochten.<sup>244</sup>

#### 4.2.6 Publicatiebevoegdheden

De ACM publiceert vervolgens de resultaten van onderzoeken die leiden tot een besluit. Ten aanzien van de publicatiebevoegdheden van de ACM wordt een onderscheid gemaakt tussen minder ernstige overtredingen en ernstige overtredingen. Met betrekking tot minder ernstige overtredingen maakt de ACM het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing openbaar, met uitzondering van de informatie die op grond van artikel 10 Wob niet voor verstrekking in aanmerking komt.<sup>245</sup> De belanghebbende heeft na de bekendmaking van het sanctiebesluit tien dagen de tijd om openbaarmaking, door het instellen van een voorlopige voorziening, te voorkomen.<sup>246</sup> Indien de belanghebbende om een voorlopige voorziening verzoekt, wordt de openbaarmaking van het sanctiebesluit opgeschort totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.<sup>247</sup> De ACM kan ook zelf beslissen dat openbaarmaking achterwege moet blijven wanneer openbaarmaking van het besluit in strijd komt met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht.<sup>248</sup> Voor ernstige overtredingen, en hiermee worden overtredingen bedoeld waarbij de ACM een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste 10 procent van de omzet (zoals overtredingen van het kartelverbod en het verbod op machtsmisbruik), geldt dat de ACM het besluit openbaar maakt<sup>249</sup> tenzij het besluit bedrijfsvertrouwelijke

<sup>241</sup> *Kamerstukken 2012/13*, 33622, 3, p. 11 (MvT).

<sup>242</sup> Van Leeuwen 2006, p. 100-118. Zie ook De Rijke 2001, p. 231.

<sup>243</sup> Rb. Rotterdam 14 april 2003, *JOR* 2003/148 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol, ECLI:NL:RBROT:2003:AF7601.

<sup>244</sup> Zie bijvoorbeeld CbB 28 maart 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF7150.

<sup>245</sup> Artikel 12u lid 1 Instellingswet. Hetzelfde geldt voor beslissingen op bezwaar: artikel 12u lid 5 Instellingswet.

<sup>246</sup> Artikel 12u lid 2 Instellingswet.

<sup>247</sup> Artikel 12u lid 3 Instellingswet.

<sup>248</sup> Artikel 12u lid 4 Instellingswet.

<sup>249</sup> Artikel 12v lid 1 Instellingswet. Hetzelfde geldt voor beslissingen op bezwaar: artikel 12v lid 3 Instellingswet.

gegevens bevat<sup>250</sup> of namen van betrokken natuurlijke personen<sup>251</sup> (tenzij deze deel uitmaken van de naam van de overtreder).<sup>252</sup> Ook ten aanzien van deze besluiten geldt dat de overtreder de – door de ACM voorgenomen – openbaarmaking in een voorlopige voorziening kan aanvechten.<sup>253</sup> Voor andere besluiten (zoals bijvoorbeeld rapportages en marktanalyses) geldt dat de ACM zelf kan besluiten of zij deze openbaar maakt.<sup>254</sup>

#### 4.2.7 Rechtsmiddel

Tegen de besluiten van de ACM staat bezwaar<sup>255</sup> en vervolgens beroep open bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.<sup>256</sup> Tijdens de bezwaarfase vindt een integrale heroverweging door de ACM plaats. De bezwaarfase biedt dan ook een mogelijkheid om de feitenvaststelling nog scherper te krijgen. Met betrekking tot het instellen van bezwaar is het relevant op te merken dat de Adviescommissie bezwaarschriften ACM is opgeheven. Deze commissie gaf de ACM, en destijds de NMa, advies over de door haar te nemen beslissingen op voorgelegde bezwaren tegen een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.<sup>257</sup>

### 4.3 Het begrip belanghebbende

#### 4.3.1 De belanghebbenden in mededingingsprocedures

##### 4.3.1.1 De term belanghebbende

De kring van actoren die betrokken (kunnen) zijn bij een besluitvormingsprocedure van de ACM is beperkt tot de belanghebbenden. Artikel 1:2 lid 1 Awb spreekt van belanghebbende als ‘dege ne wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken’.

<sup>250</sup> Artikel 12v lid 1 onder a Instellingswet.

<sup>251</sup> Artikel 12v lid 1 onder b Instellingswet.

<sup>252</sup> Artikel 12v lid 1 onder c Instellingswet.

<sup>253</sup> Artikel 12v lid 2 Instellingswet.

<sup>254</sup> Artikel 12w Instellingswet.

<sup>255</sup> Door de doorlooptermijn te verkorten is voorzien in een beperkte schorsende werking van boetebesluiten. De schorsing van de betalingsverplichting is gefixeerd op 24 weken, te rekenen met ingang van de dag na die waarop het primaire boetebesluit is bekendgemaakt (artikel 12p Instellingswet). Deze regeling is een duidelijke afwijking van de hoofdregel van artikel 6:16 Awb waarbij bezwaar of beroep de werking van een besluit niet schorst.

<sup>256</sup> De Wet rechtstreeks beroep (art. 7.1 a Awb) maakt het mogelijk om de bezwaarfase over te slaan, mits alle betrokken partijen hiermee instemmen. De belanghebbende kan hiertoe een verzoek richten tot de raad van bestuur van de ACM. In de Mededeling inwerkingtreding Wet rechtstreeks beroep (*Stcrt.* 2004, 168) wordt het beleid van de raad van bestuur ACM ten aanzien van verzoeken om rechtstreeks beroep toegelicht. Voor sanctiebesluiten in mededingingszaken geldt dat een verzoek om rechtstreeks beroep ‘in beginsel’ wordt gehonoreerd. Voor overige besluiten in mededingingszaken en voor de besluiten van de Vervoerkamer geldt dat als de feiten of standpunten nog niet duidelijk zijn, er nog mogelijkheden zijn om het geschil op te lossen, of als er sprake is van gebreken die in de bezwaarfase opgelost kunnen worden, dat een verzoek geweigerd kan worden, zodat eerst de bezwaarfase dient te worden doorlopen.

<sup>257</sup> Zie over deze Adviescommissie en het voorstel om de bezwaarfase in zijn geheel af te schaffen: Jans & Outhuijse 2013, p. 2-11.

Onder belanghebbenden vallen niet alleen ondernemingen die het mededingingsrecht hebben geschonden, maar in bepaalde situaties ook een onderneming die een klacht heeft ingediend of een afnemer die schade lijdt als gevolg van de mededingingsinbreuk. In essentie kan men twee soorten belanghebbenden onderscheiden: direct belanghebbenden of derden-belanghebbenden. De aanvrager van een besluit<sup>258</sup> en de adressant<sup>259</sup> van een besluit zijn direct belanghebbenden in het licht van de Awb.

Volgens vaste jurisprudentie is sprake van een belanghebbende wanneer het gaat om een: (i) eigen, objectief bepaalbaar, (ii) persoonlijk, individualiseerbaar en (iii) voldoende actueel belang dat bovendien (iv) rechtstreeks bij het desbetreffende besluit is betrokken.

Als toelichting op deze vier criteria nog het volgende.

- (i) De voorwaarde van een eigen, objectief bepaalbaar belang voorziet erin dat men opkomt voor een eigen belang. Op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb behoren de algemene en collectieve belangen die rechtspersonen krachtens hun (statutaire) doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen tot de belangen van een rechtspersoon die bij een besluit betrokken kunnen zijn. De eis van objectieve bepaalbaarheid ziet bovendien op de eis dat het belang aannemelijk moet zijn. Dit betekent dat hele persoonlijke subjectieve opvattingen niet kunnen gelden als een rechtens te beschermen belang.
- (ii) De eis van een persoonlijk geïndividualiseerd belang houdt in dat het moet gaan om een eigen belang waarmee men zich onderscheidt ten opzichte van willekeurige anderen.<sup>260</sup> Het bij het besluit betrokken belang moet zodanig zijn dat de betrokkene zich daarmee in rechtens relevante mate onderscheidt van (al dan niet tot een – grote – groep behorende) andere betrokkenen.<sup>261</sup>
- (iii) Daarnaast moet het belang actueel zijn; het belang moet bestaand zijn en in het heden liggen. De vrees voor toekomstige ontwikkelingen is dus niet voldoende.
- (iv) Als laatste voorwaarde geldt dat sprake moet zijn van een rechtstreeks betrokken belang. Degenen die geadresseerden van het besluit zijn, hebben een rechtstreeks betrokken belang. Verder is sprake van een rechtstreeks betrokken belang wanneer iemand in zijn rechtspositie wordt geraakt door het besluit. Wel geldt de

<sup>258</sup> De ACM zal een klacht van een belanghebbende zien als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb (het verzoek van belanghebbende om een sanctiebesluit te nemen). De ACM zal op de klacht van een belanghebbende in beginsel een inhoudelijk besluit moeten nemen. Bij het nemen van de beslissing of de klacht in behandeling wordt genomen en bij het behandelen van de klacht bezit de ACM over de nodige discretionaire ruimte. Zie bijvoorbeeld NMa 15 februari 2001, nr. 2039 en 2040 (*EuroNet Internet BV/KPN Telecom BV*).

<sup>259</sup> Met geadresseerde wordt bedoeld: 'degene voor wie een beschikking in het bijzonder rechten of verplichtingen in het leven roept, dan wel teniet doet gaan'. Zie Van Buuren 1978, p. 75.

<sup>260</sup> Ook een persoon die als enige belang heeft, doch die zich op dit punt niet onderscheidt van anderen, kan niet worden beschouwd als iemand met een rechtstreeks betrokken belang. PG Awb I, p. 148.

<sup>261</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraken van ABRvS 3 juli 1998, AB 1998/332; ABRvS 6 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI0789; en CbB van 15 januari 2003, AB 2003/ 93, m.nt. J.H. Veen, ECLI:NL:CBB:2003:AF4118. Deze rechtspraak vindt ook steun in de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1:2 lid 1 Awb (vgl. PG Awb I, p. 148).

voorwaarde dat voldoende causaal verband moet bestaan tussen de gevolgen van het besluit en het geraakt worden door dat besluit in een persoonlijk belang.<sup>262</sup>

#### 4.3.1.2 Concurrenten en afnemers

Concurrenten van de mededingingsovertreders kunnen belanghebbenden zijn bij besluiten die concurrerende marktpartijen betreffen. In het mededingingsrecht kunnen dat zowel directe concurrenten als ook potentiële concurrenten zijn.<sup>263</sup> De CBb heeft de regel verwoord dat niet alle concurrenten automatisch belanghebbenden zijn.<sup>264</sup> Zo geldt bijvoorbeeld de eis dat sprake moet zijn van een verband tussen het besluit en de betreffende onderneming. In de zaak *Sep* oordeelde het CBb dat een potentiële afnemer, die gedupeerd was door een leveringsweigering, een belanghebbende was in het beroep van de onderneming aan wie de boete was opgelegd. Volgens het CBb had de onderneming Norsk Hydro een procesbelang 'gezien haar voornemen in een civielrechtelijke procedure schadevergoeding van appellante te vorderen wegens het niet tot stand komen van de door haar beoogde transportovereenkomst'.<sup>265</sup>

#### 4.3.1.3 Consumenten

Naast concurrenten kunnen consumenten (c.q. eindgebruikers) belang hebben bij de uitkomst van een procedure bij de ACM of bij de (daaropvolgende) rechterlijke procedure. Voor consumenten geldt echter dat zij geen beroep kunnen instellen tegen een besluit van de ACM en niet als klager kunnen optreden omdat zij geen belanghebbenden zijn.<sup>266</sup> De reden hiervoor is dat consumenten een onvoldoende onderscheidend belang hebben.<sup>267</sup> Als consumenten van eindproducten deel uitmaken van een onbepaalde groep vragers in de markt, dan is de relatie met de aanbieder immers niet eenduidig aan te wijzen. Het gevolg is dat geen sprake is van een individualiseerbaar persoonlijk belang. Zo heeft een postbushouder als consument-contractpartij (die een postbus huurt) geen onderscheidend belang bij de verhoging van de vergoeding voor de postbus.<sup>268</sup> Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor klanten van de

<sup>262</sup> In de zaak *Tandprothesespecialisten/zorgverzekeraars* werd geoordeeld dat de klager niet als belanghebbende kon worden beschouwd aangezien de klager zelf geen erkende tandprotheticus was. Zie Besluit NMa van 18 juni 1998, nr. 10.

<sup>263</sup> Gerbrandy 2011, p. 145.

<sup>264</sup> CBb 27 juni 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AI0109.

<sup>265</sup> CBb 28 mei 2004, AB 2004/449, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AP1336. Zie voor de uitspraak in eerste aanleg: Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003/385, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219.

<sup>266</sup> Zie het SER Advies nr. 03/06: Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, hoofdstuk 6.

<sup>267</sup> Zie bijvoorbeeld de volgende zaak waarin een individuele consument niet als belanghebbende werd aangemerkt: CBb 20 februari 2004, AB 2005/166, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AO5968.

<sup>268</sup> Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, ECLI:NL:RBROT:2001:AB6588. Uit deze uitspraak volgt dat een consument bij de mededingingsautoriteit weliswaar een klacht kan indienen, maar laatstgenoemde niet gehouden is deze in behandeling te nemen en wanneer hij zulks wel doet er voor de consument geen rechtsbescherming mogelijk is tegen de afwijzing van de klacht. Zie over deze uitspraak meer De Poorter, *M&M* 2001/ 8. Volgens De Poorter dient een klager die niet-belanghebbende is echter wel in zijn bezwaar te worden ontvangen nu hij belang heeft bij een beslissing waarbij zijn eigen status als belanghebbende wordt beoordeeld. Zie De Poorter 2000.

supermarkt of ondernemingen die bijvoorbeeld te maken krijgen met algemene regelingen van brancheorganisaties. Ook zij hebben over het algemeen geen onderscheidend belang.<sup>269</sup> Daarnaast zal een consument moeten beschikken over een belang dat rechtstreeks betrokken is bij een besluit omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Dit is, strikt genomen, niet het geval aangezien de consument waarschijnlijk niet door de boete of een last onder dwangsom in zijn belang wordt getroffen, maar door de overtreding.<sup>270</sup>

#### 4.3.1.4 *Collectieve belangenbehartigers*

Wel kunnen de collectieve en algemene belangen worden beschermd worden door collectieve belangenbehartigers. Op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb moet in dat geval sprake zijn van een collectief opkomen voor belangen die rechtstreeks worden getroffen door een besluit.<sup>271</sup> Zo werd bijvoorbeeld de Vereniging Vrije Vogel als belanghebbende aangemerkt bij het besluit over haar klacht naar een vermeende inbreuk op het machtsmisbruikverbod door KLM.<sup>272</sup> In de zaak *Platform Makers/NPO en Publieke Omroepen* bevestigde de rechtbank Rotterdam dat een stichting die als doel heeft het versterken van het auteursrecht en het verbeteren van de onderhandelingspositie van muzikmakers ten opzichte van producenten en opdrachtgevers, een belanghebbende was in de zin van artikel 1:2 Awb. De stichting Platform Makers was dan ook ontvankelijk in haar klacht tegen een vermeend machtsmisbruik door de NPO en de publieke omroepen.<sup>273</sup>

Krachtens artikel 93 lid 3 Mw worden consumentenorganisaties geacht belanghebbenden te zijn bij besluiten genomen op grond van de Mw. Een consumentenorganisatie moet daarvoor in de statuten opnemen dat zij het behartigen van de collectieve belangen van consumenten tot doel heeft. Consumentenorganisaties kunnen dus de belangen van consumenten behartigen, zelfs wanneer de individuele leden niet als belanghebbenden zijn te beschouwen.<sup>274</sup> Dat consumentenorganisaties belanghebbenden kunnen zijn, neemt niet weg dat zij tevens over een procesbelang dienen te beschikken (zie paragraaf 4.3.3).

#### 4.3.1.5 *Klagers*

Een klager is als zodanig geen belanghebbende. Een klacht wordt in het mededingingsrecht gezien als een aanvraag voor de toepassing van artikel 56 Mw (het

<sup>269</sup> Zie NMa 26 mei 1998, nr. 377 (*Albert Heijn*) en Rb. Rotterdam 22 december 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV9019. Zie verder Gerbrandy 2011, p. 149.

<sup>270</sup> Zie De Poorter 2000. Volgens De Poorter wordt een consument enkel op directe wijze getroffen door de overtreding indien dat besluit 'naar zijn aard ook daadwerkelijk kan leiden tot een beëindiging van de overtreding.'

<sup>271</sup> Standaarduitspraak hierover is de uitspraak 'milieugroep Venray': ABRvS 11 augustus 1976, *Gst.* 1976/6417. 6 (m.nt. Kan).

<sup>272</sup> Rb. Rotterdam 2 september 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU9056; en CBb 22 maart 2007, *AB* 2008/212 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2007:BA2598.

<sup>273</sup> Rb. Rotterdam 5 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9461.

<sup>274</sup> Van den Tweel 2001, p. 174-179.

opleggen van een boete, last onder dwangsom of een bindende aanwijzing). Er is echter pas sprake van een aanvraag als de klacht is ingediend door een belanghebbende.<sup>275</sup> Het enkele indienen van een klacht bij de NMa maakt iemand dus niet belanghebbende tenzij de klacht afkomstig is van een concurrent<sup>276</sup> en de concurrent zich op bijzondere wijze onderscheidt.<sup>277</sup> De klager die als belanghebbende wordt aangemerkt, heeft beschikking over de procedurele rechten van een aanvrager. Dit houdt in dat een aanvraag slechts kan worden afgewezen nadat de aanvrager daarover is gehoord.<sup>278</sup> Het gevolg van het aanmerken van de klacht als aanvraag is ook dat de klager in vervolgpcedures steeds als belanghebbende moet worden aangemerkt.<sup>279</sup>

In de zaak *Vos* benadrukte het CBb dat de hoedanigheid van Vos als concurrent haar tot belanghebbende maakte, niet het enkele feit dat zij een klacht had ingediend.<sup>280</sup> In deze zaak had Vos de NMa (nu: ACM) verzocht om handhavend op te treden tegen een gedraging van de energiebedrijven die tot een verstoring zou kunnen leiden op de markt waarop elektrotechnische installatiebureaus (zoals Vos) activiteiten ontplooiën. De door Vos gewraakte gedraging bestond uit het, door toepassing van de Regeling voor erkenning en certificering van elektrotechnische installateurs (REI), discrimineren tussen gecertificeerde en niet-gecertificeerde erkende installateurs. Volgens het CBb was het indienen van een klacht niet voldoende om als belanghebbende te worden aangemerkt; daar moest 'nog iets bijkomen'.<sup>281</sup> Het 'bijkomende' lag in deze zaak in de omstandigheid dat de gedraging waarover werd geklaagd invloed had op de concurrentiepositie van de klager.<sup>282</sup>

In een andere zaak ontving de mededingingsautoriteit een klacht van SHIVA over (vermeende) prijsafspraken tussen KLM, SLM en ALM op verschillende vliegverbindingen, alsmede tegen (vermeend) machtsmisbruik door KLM en/of SLM.<sup>283</sup> In deze zaak wees de NMa de klacht af waarbij zij aangaf te twijfelen aan de belanghebbendheid van SHIVA. Het CBb volgde deze beslissing. Volgens het CBb ging het evenwel om een objectief bepaalbaar, voldoende actueel en eigen belang, maar strandde de ontvankelijkheid op het criterium dat het moet gaan om een persoonlijk,

<sup>275</sup> Gerbrandy 2011, p. 157.

<sup>276</sup> Zie ook de uitspraak van het CBb van 17 november 2004, AB 2005/81, m.nt. G.J.M. Cartigny.

<sup>277</sup> Zie bijvoorbeeld besluit NMa 30 november 1998, nr. 130 (*Essers*).

<sup>278</sup> Zie artikelen 4:1, 4:7 en 4:8 Awb. Er kunnen specifieke gronden bestaan om van het horen af te zien (zie bijvoorbeeld artikel 4:11 Awb).

<sup>279</sup> CBb 3 juli 2008, AB 2009/177, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2008:BD6635.

<sup>280</sup> Volgens de CBb was Vos belanghebbende bij de weigering van de NMa om toepassing te geven aan artikel 56 Mw (het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom) omdat Vos concurrent was van de elektronische installateurs en daarmee rechtstreeks betrokken bij de aangevochten gedraging van de energiebedrijven. CBb 21 maart 2006, AB 2006/13, ECLI:NL:CBB:2006:AV6537. Zie ook CBb 17 november 2004, AB 2005/81 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034; CBb 20 februari 2004, AB 2005/166, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AO5968; en CBb 6 juli 2005, AB 2005/397, m.nt. I.C. Vlies, ECLI:NL:CBB:2005:AT9206.

<sup>281</sup> CBb 21 maart 2006, Elektroburo Vos I, AB 2006/314, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2006:AV6537.

<sup>282</sup> Gerbrandy 2011, p. 159.

<sup>283</sup> De vliegverbindingen betroffen Amsterdam-Paramaribo, Amsterdam-Nederlandse Antillen en Nederlandse Antillen-Paramaribo. Zie CBb 20 februari 2004, AB 2005/166 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AO5968.



individueel belang (een belang dat betrokkene onderscheidt van alle anderen die in een vergelijkbare situatie verkeren). Volgens het CBb onderscheidde SHIVA zich niet van welke andere reiziger dan ook. Haar statutaire doel, het behartigen van de sociaal-culturele belangen van de leden, was te algemeen om haar als belanghebbende te kunnen kwalificeren.

#### 4.3.2 *Afgeleid belang*

Sommige actoren, zoals contractspartijen en werknemers,<sup>284</sup> hebben over het algemeen geen rechtstreeks belang, maar een afleid belang. Het is dan ook vaste Awb-jurisprudentie dat iemand die een contractuele relatie heeft met de belanghebbende geen rechtstreeks belang heeft, omdat het belang in de contractuele relatie ontstaat. Zo hebben werknemers, zoals journalisten, geen rechtstreeks belang bij een fusie wanneer het verlenen van een vergunning voor deze fusie tot gevolg heeft dat het dagblad verkocht zal worden.<sup>285</sup>

In een zaak betreffende de B&U-sector bekrachtigde het CBb de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Daarin was beslist dat de voormalige aandeelhouders van een beboete entiteit (niet zijnde de geadresseerden van het boetebesluit) geen belanghebbenden waren. Het feit dat de voormalige aandeelhouders op grond van een contractuele afspraak met de nieuwe aandeelhouder gehouden waren om de aan hun voormalige dochter opgelegde boete te betalen, deed niets aan deze conclusie af. Volgens de CBb hadden de aandeelhouders geen rechtstreeks belang hadden bij het aanvechten van het besluit. Het financieel belang van de voormalige aandeelhouders zou enkel voortvloeien uit een civielrechtelijke rechtsverhouding.<sup>286</sup> Een soortgelijk scenario betrof de vraag of een nieuwe moederonderneming van een door de NMa beboete, en gedurende de inbreukperiode door eerstgenoemde onderneming overgenomen dochteronderneming aanspraak kon maken op een rechtstreeks belang in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. De betreffende inbreuk was alleen toegerekend aan de dochteronderneming, maar de moederonderneming meende in haar belang te zijn getroffen. De reden daarvoor was dat zij financieel zou worden geraakt door de invordering van de boete. Het CBb oordeelde echter dat deze omstandigheid enkel als een afgeleid belang kwalificeerde dat een gevolg was van de overname door de moederonderneming.<sup>287</sup>

Interessant is ook de uitspraak van het CBb over een klacht die was ingediend door een dierenarts die (door een kartel van dierenartsen en een groothandel in diergeneesmiddelen) werd uitgesloten van de levering van bepaalde diergenees-

<sup>284</sup> Gerbrandy 2011, p. 152. Zie ook ABRvS 22 april 1996, AB 1997/39, m.nt. N. Verheij; JB 2000/ 218, m.nt. R.J.N. Schlössels.

<sup>285</sup> Rb. Rotterdam 20 september 2000, M&M 2001/1, m.nt. P.P.J. Van Ginneken, ECLI:NL:RBROT:2000:AA9482.

<sup>286</sup> Zie CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5581.

<sup>287</sup> CBb 10 januari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV1542.



middelen.<sup>288</sup> In eerste instantie had het CBb niet alleen de klagende dierenarts maar ook twee collega's en een groothandel in de gelegenheid gesteld om als partij aan het geding deel te nemen.<sup>289</sup> Uiteindelijk kwam het CBb op deze beslissing terug.<sup>290</sup> Met verwijzing naar de zaak *Carglass*<sup>291</sup> oordeelde het CBb dat de oorspronkelijke klager als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb moest worden aangemerkt. De twee collega's van de dierenarts (c.q. oorspronkelijke klager) hadden geen klacht ingediend en onderscheidde zich volgens het CBb niet van andere dierenartsen die waren uitgesloten van levering. Het enkele feit dat (mede) door hen een civiele procedure was aangespannen, onderscheidde hen niet op rechtens relevante wijze waardoor zij niet als belanghebbenden konden worden aangemerkt. Ook de groothandel had geen rechtstreeks belang aangezien hij in de gelegenheid was gesteld om het tegen hem gericht besluit aan te vechten en 'beschikte aldus over een zelfstandige door hem aan te wenden rechtsgang om zijn belangen in deze te behartigen'.<sup>292</sup>

#### 4.3.3 *Procesbelang*

Naast het zijn van belanghebbende is het van belang dat sprake is van procesbelang. Het vereiste van *procesbelang* wordt als ongeschreven regel door de rechter toegepast en houdt in dat met het beroep ook daadwerkelijk iets moet kunnen worden bereikt. Een procesbelang is aangenomen wanneer een oordeel van de bestuursrechter relevant kan zijn voor een nog te starten civiele schadevergoedingsactie.<sup>293</sup> Het procesbelang ontbreekt echter wanneer het beroep niet is gericht op het besluit als zodanig, maar op de overwegingen waarop het besluit rust.<sup>294</sup> In de zaak *De Tongelreep & Meiveld* oordeelde de NMa (nu: ACM) bijvoorbeeld dat het schildersbedrijf Liebrechts Schilderwerken N.V., hoewel het onderdeel uitmaakte van het oorspronkelijke onderzoek, maar aan wie de NMa geen boete had opgelegd, niet-ontvankelijk was in het bezwaar tegen het besluit vanwege het gebrek aan een procesbelang.<sup>295</sup>

<sup>288</sup> CBb 3 juli 2008, AB 2009/177, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2008:BD6635.

<sup>289</sup> Op grond van artikel 8:26 Awb.

<sup>290</sup> Artikel 10 lid 5 Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 regelt dat het CBb van een beslissing om een derde als partij aan het geding deel te laten nemen op elk moment in de procedure kan terugkomen.

<sup>291</sup> CBb 17 november 2004, AB 2005/81, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.

<sup>292</sup> Volgens Cartigny is deze ontwikkeling opmerkelijk: 'niet alleen omdat het College kennelijk achteraf van mening is dat het in dit opzicht aanvankelijk te royaal is geweest maar ook omdat deze terughoudendheid enigszins in contrast staat met de overigens in de jurisprudentie te constateren tendens om de teugels van het belanghebbende-begrip enigszins te laten vieren'. Cartigny verwijst naar De Poorter & Visser 2008, p. 7.

<sup>293</sup> Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219. Er is geen procesbelang indien de schadevergoedingsactie niet kan slagen, zie Rb. Rotterdam 18 juni 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AI0095.

<sup>294</sup> Zie o.a. Rb. Rotterdam 4 december 2001, ECLI:NL:RBROT:2001:AD9026; Rb. Rotterdam 6 februari 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AR5218; Rb. Leeuwarden 25 februari 2002, ECLI:NL:RBLER:2002:AD9641. Zie verder Rb. Rotterdam 11 maart 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5745; CBb 5 december 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD6693; en CBb 17 november 2004, AB 2005, 81 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.

<sup>295</sup> NMa 3 februari 2010, nr. 6492 (*De Tongelreep*).

#### 4.3.4 De overtreders van mededingingsprocedures

Een bijzondere groep belanghebbenden zijn de daadwerkelijke overtreders van het mededingingsrecht. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.<sup>296</sup> De overtreder is in de meeste zaken de onderneming zelf. Naast de onderneming kan de ACM ook de opdrachtgever en de feitelijk leidinggevende beboeten voor het overtreden van het kartelverbod en het machtsmisbruikverbod.<sup>297</sup> Hiervoor is in de Awb een bepaling opgenomen die artikel 51 Sr van overeenkomstige toepassing verklaart. Deze bepaling luidt als volgt:<sup>298</sup>

*‘Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken: (1) tegen die rechtspersoon, dan wel; (2) tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel (3) tegen de onder 1 en 2 genoemden tezamen.’<sup>299</sup>*

Deze bepaling illustreert dat het begrip ‘leidinggeven’ accessoir is aangezien de aansprakelijkheid wegens leidinggeven afhangt van de vraag of een rechtspersoon een overtreding heeft begaan. Voor de vraag wie als ‘leidinggevende’ of ‘opdrachtgever’ kan worden aangemerkt, dient aansluiting gezocht te worden bij de in het strafrecht ontwikkelde jurisprudentie over artikel 51 Sr.<sup>300</sup> Het meest bekende arrest is van de Hoge Raad in de zaak *Slavenburg II*. De belangrijkste overweging uit dat arrest is:

*‘Van feitelijke leidinggeven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.’<sup>301</sup>*

Uit deze overweging zijn twee voorwaarden te distilleren. Ten eerste moet het gaan om het nalaten van het nemen van maatregelen ter voorkoming van verboden gedragingen en ten tweede moet de desbetreffende persoon bewust de aanmerkelijke kans

<sup>296</sup> Artikel 5:1 lid 2 Awb. Van een medepleger is sprake bij een ‘bewuste en nauwe samenwerking’ met de overtredende persoon, waarbij de medepleger deelneemt aan de overtreding (*Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 79-80).

<sup>297</sup> Dit geldt zowel voor overtredingen van de artikelen 6 en 24 Mw en de artikelen 101 en 102 VWEU. Zie artikel 89 Mw.

<sup>298</sup> Artikel 5:1 lid 3 Awb.

<sup>299</sup> Op grond van artikel 56 lid 1 Mw kan de ACM leidinggevers voor inbreuken op de artikelen 6 en 24 Mw en de artikelen 101 en 102 VWEU een bestuurlijke boete, een last onder dwangsom en een bindende aanwijzing tot naleving van de wet opleggen.

<sup>300</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30071, 3, p. 9 (MvT).

<sup>301</sup> HR 16 december 1986, NJ 1987/321. Zie over deze uitspraak en de toepassing van de begrippen leidinggevers en opdrachtgevers: Slotboom 2013, p. 106-116; en Mollen & Klein, p. 82-92.

aanvaarden dat deze verboden gedragingen zich zullen voordoen. Op grond van deze twee voorwaarden heeft de ACM in verschillende kartelzaken aan feitelijk leidinggevendens boetes opgelegd, namelijk in de zaken *Natuurazijn*,<sup>302</sup> *Kanaalweg*,<sup>303</sup> *Limburgse bouwzaken*,<sup>304</sup> *Landelijke Huisartsen Vereniging*<sup>305</sup> en *Taxivervoer Rijnmond/IJsselsteden*.<sup>306</sup> Dat de ACM aan feitelijk leidinggevendens boetes kan opleggen, betekent ook dat feitelijk leidinggevendens, net zoals de onderneming zelf, kunnen meewerken aan het onderzoek van de ACM (in het kader van een clementieprocedure) om daarmee een boetekorting of zelfs een volledige boete-immuniteit veilig te stellen.<sup>307</sup>

#### 4.4 Praktijk

Over de praktijk van het huidige handhavingssysteem is nog niet veel bekend aangezien de afgelopen jaren voornamelijk in het teken stonden van het samenvoegen van de verschillende toezichthouders tot de ACM en de stroomlijning van de verschillende wetten. De bestuursvoorzitter van de ACM, Chris Fontein, heeft laten weten dat de ACM heeft gekozen voor een toezichtstijl waarbij het effect van het optreden centraal staat. In elke zaak zal de ACM zichzelf de vraag stellen welk type interventie naar verwachting het gewenste effect heeft op het gedrag van partijen.<sup>308</sup> In sommige gevallen zal dan ook een ‘wenkbrauwengesprek’ voldoende zijn.<sup>309</sup>

Wel is duidelijk dat de zorgen over de procedurele legitimiteit van het handhavingssysteem met de oprichting van de ACM niet zijn weggenomen. De vraag blijft bestaan of de ACM als bestuursorgaan bestraffend mag optreden en zo ja of de verschillende handhavingssystemen voldoen aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt. Er wordt wederom gesproken van de criminalisering van het mededingingsrecht. Hiermee wordt dit keer niet direct de introductie van de strafrechtelijke handhaving bedoeld, maar de ontwikkeling waar de ACM steeds hogere boetes kan opleggen en gebruik kan maken van – strafrechtelijk getinte – opsporingsbevoegdheden zoals de doorzoeking van woningen. Verder bestaat er discussie over de onafhankelijkheid van de ACM ten opzichte van de overheid en marktpartijen, en worden met de ‘informelere’ vormen van handhaven nieuwe vragen opgeworpen over het niveau van te verlenen rechtsbescherming. Ook het heikele punt van de effectiviteit van de bestuurlijke boete is niet van tafel. In een tweetal externe onderzoeken is geconstateerd

<sup>302</sup> ACM 25 juni 2015, nr. 14.0705.27 (*Natuurazijn*).

<sup>303</sup> ACM 24 mei 2013, nr. 7401 (*Kanaalweg*).

<sup>304</sup> NMa 29 oktober 2010, nr. 6494 en 6836 (*Limburgse bouwzaken*).

<sup>305</sup> NMa 30 december 2011, nr. 6888 (*LHV*). Het CBb heeft echter geoordeeld dat LHV niet is aan te merken als een overtreder. Zie CBb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200.

<sup>306</sup> ACM 20 november 2012, nr. 7130 en 7131 (*Taxivervoer IJsselsteden/Rijnmond*).

<sup>307</sup> Beleidsregel van de minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Beleidsregel clementie), artikel 10 sub b.

<sup>308</sup> Zie bijvoorbeeld Fontein & Janssen 2014.

<sup>309</sup> Zie het interview met Chris Fontein in de NRC: Van der Heijden & Houtekamer, *NRC Handelsblad* 11 april 2015.

dat het sanctie-instrumentarium niet (of niet langer) toereikend is.<sup>310</sup> In een wetsvoorstel wordt dan ook een verhoging van de boetemaxima voorgelegd van € 900.000 en voor kartelovertreden, als dat hoger is, 10 procent van de omzet vermenigvuldigd met de duur van een overtreding (met een maximum van vier jaar). Daarnaast leidt recidive in alle gevallen tot verdubbeling van de absolute en relatieve boetemaxima.<sup>311</sup> Het gesignaleerde handhavingstekort, dat samenhangt met de vaststelling dat mededingingsboetes een strafrechtelijk karakter hebben, biedt dan ook nog steeds ruimte voor discussie over (het gebrek aan) rechtsbescherming in het publieke handhavingssysteem van het mededingingsrecht.

## 5 CONCLUSIE

De effectiviteit en de procedurele legitimiteit van mededingingshandhaving is sinds de invoering van mededingingswetgeving in Nederland onderwerp van discussie. Het mededingingsrecht is in Nederland aan verschillende handavingsstadia blootgesteld. Met de inwerkingtreding van de WEM en vervolgens de Mw was zowel een criminaliseringsontwikkeling als een decriminaliseringsontwikkeling. Verschillende argumenten hebben ertoe geleid dat de Mw op dit moment geheel bestuursrechtelijk gehandhaafd wordt. Gesteld wordt dat: het bestuur een deskundigheid bezit waarmee effectiever gehandhaafd kan worden, de ernst van inbreuken op de mededingingswetgeving geen inzet van het strafrecht vergen en een bestuurlijke boete snel, eenvoudig en met relatief weinig kosten opgelegd kan worden. Daarnaast is met de ontwikkeling naar een bestuursrechtelijk te handhaven verbodssysteem aansluiting gevonden bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht. De SER, de Commissie Economische Mededinging en de Raad van State stemden echter niet onvoorwaardelijk in met de overstap naar de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De kritiek uit de adviezen, en ook uit de literatuur, kwam er voornamelijk op neer dat de procedure waarin een bestuursorgaan een bestuurlijke boete oplegt (hetgeen gezien werd als een 'straf') niet dezelfde waarborgen zou kennen als de strafrechtelijke procedure.<sup>312</sup> Door bestuursrechtelijke handhaving zou gebroken worden met het uitgangspunt dat bestraffing alleen voorbehouden is aan de onafhankelijke rechter.<sup>313</sup>

Een paar jaar na de invoering van de Mw stond wederom de vormgeving van het handhavingssysteem ter discussie. Er was zelfs tijdelijk sprake van een mogelijke (her-) introductie van strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Interessant is de bevinding dat in elk handavingss stadium dezelfde geluiden hoorbaar zijn. Zo is in

<sup>310</sup> SiRM & Pels Rijcken, *Boete-inkomsten van ACM*, 3 juli 2013; en SiRM, *Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt*, 6 februari 2014.

<sup>311</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34190, 3 (MvT).

<sup>312</sup> Ham 1994, p. 506; Van den Oosterkamp 1995, p. 346-347; Mok 1996, p. 160-161; Slotboom 1996, p. 294-295; en Biesheuvel, Mok & Sevenster 1996, p. 117-120.

<sup>313</sup> Verhey & Verheij 2005, p. 257.

elke handhavingsstadium de vraag gesteld of het sanctie-instrumentarium effectief genoeg is voor het optreden tegen mededingingsovertredingen. Daarnaast, en dat is wellicht de belangrijkste bevinding, werden in elk handhavingsstadium vraagtekens geplaatst bij het niveau van rechtsbescherming dat in het 'nieuwe' handhavingsstelsel van het mededingingsrecht geboden zou worden. Gesteld werd (en wordt) dat bestuurlijke boetes punitieve sancties zijn die gelijkgesteld kunnen worden met zogeheten strafrechtelijke vervolgingen. Voor het strafrechtelijk vervolgen van mededingingsinbreuken geldt dat de handhavende instantie zich dient te conformeren aan het niveau van rechtsbescherming dat volgt uit artikel 6 EVRM. Dit zou tot op heden niet het geval zijn. Zo zou een bestuursorgaan enkel strafrechtelijk mogen vervolgen wanneer sprake is van voldoende procedurele waarborgen tijdens de onderzoeksfase en de beslisfase van de procedure. In de volgende twee hoofdstukken zal gekeken worden in hoeverre de 'strafrechtelijke' rechtswaarborgen inderdaad van toepassing zijn op de mededingingsprocedures en zo ja voor welke rechtswaarborgen dit het geval is. Tezamen met dit hoofdstuk vormen deze hoofdstukken de theoretische grondslag voor de daaropvolgende casestudies.

### 3 De fundamentele procesrechten

#### 1 INLEIDING

De verschillende handhavingsstadia van het mededingingsrecht in Nederland zijn in het vorige hoofdstuk besproken. Een groot deel van dat hoofdstuk betrof een bespreking van het huidige publieke handhavingssysteem. Deze bespreking is een pijler voor het onderzoek naar de verenigbaarheid van het publieke handhavingssysteem van het mededingingsrecht met fundamentele procesrechten. De fundamentele procesrechten vormen de tweede pijler. Het derde en vierde hoofdstuk van het proefschrift gaan over deze fundamentele procesrechten. In dit derde hoofdstuk zal worden besproken welke bronnen van fundamentele procesrechten van toepassing kunnen zijn op Nederlandse mededingingsprocedures, en onder welke voorwaarden.

Als het in Nederland gaat om fundamentele procesrechten, zoals het recht op een eerlijk proces, dan wordt logischerwijze gedacht aan het EVRM en het EHRM. Nederland is immers verdragspartij bij het EVRM en de bepalingen werken rechtstreeks door in onze nationale rechtsorde.<sup>1</sup> Verschillende fundamentele procesrechten zijn ook in de Europese rechtsorde opgenomen. Aan het begin van het Europese project ontbraken echter expliciete mensenrechtenstandaarden.<sup>2</sup> Het recht op een eerlijk proces is dan ook in eerste instantie ontwikkeld in het kader van de jurisprudentie van het HvJ EU over algemene beginselen.<sup>3</sup> Bepaalde grondrechten, zoals het verdedigingsbeginsel, behoren tot deze algemene rechtsbeginselen waarvan de Unierechter de eerbiediging verzekert.<sup>4</sup> Bij de invulling van deze algemene rechtsbeginselen laten de Unierechters zich leiden door de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale mensenrechtenverdragen waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Aan het EVRM komt in dit opzicht een bijzondere betekenis toe.<sup>5</sup> Naast deze algemene beginselen was er behoefte aan een document, een catalogus, waarin de grondrechten duidelijk werden vastgelegd. In 1999 besloot de top in Keulen een Handvest van de grondrechten op te stellen met als motief 'het zichtbaar gestalte geven aan de uitzonderlijke betekenis van de grondrechten en hun belang voor de burgers van de Unie.' Het Handvest is bindend sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon en staat dus binnen de Europese rechtsorde op gelijke hoogte

---

<sup>1</sup> Artikelen 93 en 94 Gw.

<sup>2</sup> Weiler 1986, p. 1111.

<sup>3</sup> Zie hierover De Witte 2011. Zie tevens over de grondrechtenbescherming in de EU: Lawson 1999.

<sup>4</sup> Artikel 6 lid 3 VEU.

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld Advies HvJ EG 28 maart 1996, 2/94, *Jur.* 1996, p. I-1759, par. 33; HvJ EG 29 mei 1997, C-299/95, *Jur.* 1997, p. I-2629 (*Kremzow*), par. 14; HvJ EG 21 september 1989, 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989, p. 2859 (*Hoechst t. Commissie*), par. 13; HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (*Roquette Frères*), par. 23 en 24; GvEA EG zaak 20 februari 2001, T-112/98, *Jur.* 2001, p. II-729 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*), par. 60; en HvJ EG 15 mei 1984, 22/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston*), par. 18.

met het VEU en het VWEU. Elementen van het verdedigingsbeginsel zijn nu tevens verankerd in artikel 48 lid 2 Handvest (de ‘strafrechtelijke’ verdedigingsrechten) en artikel 47 lid 2 Handvest (het recht op een eerlijk proces).

Zowel het EVRM als het Handvest kunnen dus relevant zijn in nationale mededingingsprocedures voor de handhaving door de ACM. Dit hoofdstuk besteedt aan beide bronnen aandacht. Paragraaf 2 gaat over het EVRM en dan vooral over het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM (hoewel ook andere EVRM-bepalingen aan bod komen). Paragraaf 3 gaat over de Uniegrondrechten. Voor zowel de algemene rechtsbeginselen als de Handvestbepalingen zal in deze paragraaf tevens aandacht worden besteed aan de toepassing van deze grondrechten in nationale procedures. Paragraaf 4 staat in het teken van de rechten van verdediging in het Nederlandse bestuursrecht. In de laatste paragraaf zullen de bevindingen worden samengevat en zal een overzicht worden gegeven van de voor de Nederlandse mededingingsprocedures belangrijkste fundamentele procesrechten (paragraaf 5).

## 2 HET EVRM

### 2.1 Inleiding

Veruit de meest uit het oog springende bepaling over het recht op een eerlijk proces is artikel 6 EVRM:

*‘1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.*

*2. Eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden, totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.*

*3. Eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:*

- a. onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;*
- b. te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;*
- c. zichzelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen;*



*d. de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;*  
*e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.'*

Artikel 6 EVRM regelt het recht op een eerlijk proces voor de rechter. In artikel 6 lid 1 EVRM wordt gesproken van het 'recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak'.<sup>6</sup> Deze wellicht sobere beschrijving van het recht op een eerlijk proces wordt ruimschoots gecompenseerd door de talrijke uitspraken van het EHRM over deze bepaling.<sup>7</sup> Uit deze jurisprudentie volgt dat artikel 6 EVRM, naast institutionele waarborgen,<sup>8</sup> ook eisen stelt aan het verloop van de procedure voor de rechter.

Artikel 6 EVRM is weliswaar de meest belangrijke bepaling, maar niet de enige bepaling uit het EVRM die in dit onderzoek besproken zal worden. In het EVRM zijn ook andere rechten en vrijheden opgenomen die op enigerwijze in mededingingsprocedures een rol kunnen spelen. Denk bijvoorbeeld aan het recht op eerbiediging van privéleven (artikel 8 EVRM), het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel (artikel 13), het recht op bescherming van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol) en het *ne bis in idem* (artikel 4 Protocol 7). Deze bepalingen zullen in de hiernavolgende hoofdstukken zijdelings aan bod komen. In deze paragraaf draait het geheel om artikel 6 EVRM. In de volgende deelparagraaf zullen de impliciete en expliciete rechten besproken worden die volgen uit artikel 6 EVRM (deelparagraaf 2.2). Vervolgens zal stil worden gestaan bij twee kernbegrippen die inherent aan het recht op een eerlijk proces zijn verbonden: het recht op een procedure op tegenspraak (deelparagraaf 2.3) en het recht op gelijkheid der wapenen, ook aangeduid als het beginsel van '*equality of arms*' (deelparagraaf 2.4).

## 2.2 De expliciete en impliciete rechten van artikel 6 EVRM

Artikel 6 EVRM omvat zowel expliciete eisen als eisen die in het artikel worden 'ingelezen', de zogeheten impliciete eisen. De expliciete eisen die in artikel 6 lid 1 EVRM zijn opgenomen betreffen het recht op een eerlijke en openbare behandeling van een zaak, binnen een redelijk termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. De term eerlijk ('*fair*') fungeert echter als een vangnet en omvat ook rechten en beginselen

<sup>6</sup> Het belang van deze bepaling voor een democratische samenleving is door het EHRM regelmatig benadrukt: 'The right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting Article 6 (1) of the Convention restrictively'. Zie bijvoorbeeld EHRM 17 januari 1970, *Series A*, 11 (*Delcourt t. België*), par. 25.

<sup>7</sup> Vande Lanotte & Haek 2005, p. 451. Een groot deel van de zaken waarin het EHRM een schending heeft geconcludeerd betrof een schending van artikel 6 EVRM. Zie voor de statistieken van het EHRM de website ([www.echr.coe.int/Document/Facts\\_Figures\\_2013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Document/Facts_Figures_2013_ENG.pdf)).

<sup>8</sup> Het EHRM heeft deze verplichting als volgt verwoord: 'Article 6§1 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet each of its requirements'. Zie EHRM 27 februari 1992, *Series A*, 231 (*Tusa t. Italië*), par. 17.



die niet expliciet in de tekst van artikel 6 EVRM voorkomen.<sup>9</sup> Teneinde de effectiviteit van sommige expliciete rechten in bepaalde gevallen te garanderen, heeft het Straatsburgse Hof het immers noodzakelijk geacht om bijkomende ‘impliciete’ rechten te lezen in de bestaande verdragsbepalingen.<sup>10</sup> De impliciete rechten die bijvoorbeeld uit artikel 6 EVRM volgen, zijn het recht op toegang tot de rechter,<sup>11</sup> het recht op tenuitvoerlegging van een gerechtelijke uitspraak,<sup>12</sup> het recht op openbaarmaking van relevante bewijsstukken<sup>13</sup> en de motiveringsplicht.<sup>14</sup> Deze vereisten van een eerlijk proces zijn niet van toepassing op elk geschil. De vereisten van artikel 6 EVRM gelden zowel voor strafvervolgingen als procedures over burgerlijke rechten en verplichtingen (‘civiele procedures’). De ruime interpretatie van strafrechtelijke vervolging heeft echter tot gevolg dat ook lichte sancties onder het volledige bereik van artikel 6 EVRM kunnen vallen.<sup>15</sup> Hiermee heeft het EHRM willen voorkomen dat staten zich, bijvoorbeeld door het overhevelen van sancties van het strafrecht naar het bestuursrecht, zouden kunnen onttrekken aan de vereisten van artikel 6 EVRM.<sup>16</sup>

Zoals in de volgende hoofdstukken zal blijken, zijn de concrete eisen die het EVRM stelt aan strafprocedures echter niet dezelfde als de eisen die gelden voor civiele procedures. De invulling van de voorwaarden voor een eerlijk proces kan verschillen naar gelang het type procedure:

*‘The requirements inherent in the concept of “fair hearing” are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge. This is borne out by the absence of detailed provisions such as paragraphs 2 and 3 of Article 6 (art. 6-2, art. 6-3) applying to cases of the former category. Thus, although these provisions have a certain relevance outside the strict confines of criminal law [...] the Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases.’<sup>17</sup>*

Naast artikel 6 lid 1 EVRM bevat artikel 6 in de leden 2 en 3 specifieke rechten die alleen van toepassing zijn voor procedures waarin sprake is van een strafrechtelijke vervolging. Zo kan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld de onschuld-

<sup>9</sup> Peçi e.a 2016 par. A.

<sup>10</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 90.

<sup>11</sup> Zie EHRM 21 februari 1975, *Series A*, 18 (*Golder t. UK*).

<sup>12</sup> Zie EHRM 19 maart 1997, 18357/91, NJ 1998/434 (*Hornsby t. Griekenland*).

<sup>13</sup> Zie EHRM 16 februari 2000, 28901/95, EHRC 2000, m.nt. T. Spronken (*Rowe & Davis t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>14</sup> Zie EHRM 9 december 1994, *Series A*, 303 (*Ruiz Torija t. Spanje*).

<sup>15</sup> Zie hierover verder hoofdstuk 3.

<sup>16</sup> Barkhuysen 2004, p. 62.

<sup>17</sup> EHRM 27 oktober 1993, *Series A*, 274 (*Dombo Beheer B.V. t. Nederland*), par. 32. Zie *mutatis mutandis*, EHRM 10 februari 1983, *Series A*, 58 (*Albert & Le Compte t. België*), par. 39; en EHRM 23 oktober 1996, 21920/93 (*Levages Prestations Services t. Frankrijk*), par. 46.

presumptie invoeren<sup>18</sup> en heeft eenieder het recht (i) op de hoogte te worden gesteld van de tegen hem ingebracht beschuldiging,<sup>19</sup> (ii) te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging,<sup>20</sup> (iii) op rechtsbijstand,<sup>21</sup> (iv) getuigen te ondervragen,<sup>22</sup> en (v) zich te doen bijstaan door een tolk.<sup>23</sup> Bij de beoordeling of de verdedigingsrechten van artikel 6 lid 3 EVRM zijn geschonden, verwijst het EHRM naar artikel 6 lid 1 EVRM (als zijnde specifieke aspecten van artikel 6 lid 1 EVRM), artikel 6 lid 3 EVRM of naar beide bepalingen.<sup>24</sup>

Het recht op een eerlijk proces is, behoudens het recht op een openbare terechtzitting, een zogeheten absoluut en niet-*notstands*fest recht. Een absoluut recht is een verdragsrecht dat in principe niet onderworpen is aan beperkingen. Een specifieke nationale instantie geeft inhoud aan deze bepaling en het EHRM bakent de exacte reikwijdte en inhoud van deze rechten af. Het feit dat het een niet-*notstands*fest absoluut recht betreft, betekent dat het recht alleen in geval van oorlog of enige andere algemene noodtoestand tijdelijk of voorlopig opgeschort kan worden door de overheid.<sup>25</sup> Het recht op een openbare terechtzitting is echter een relatief recht dat, in tegenstelling tot absolute rechten, in principe onderworpen kan worden aan beperkingen of inmeningen.<sup>26</sup>

## 2.3 Het recht op een procedure op tegenspraak

Uit rechtspraak van het Straatsburgse Hof zijn twee kernbegrippen te distilleren die regelmatig in verband worden gebracht met het recht op een eerlijk proces. Men zou kunnen zeggen dat deze begrippen, naast de hiervoor genoemde impliciete rechten, expliciete eisen van artikel 6 EVRM betreffen. Ten eerste geldt de eis dat iedereen recht heeft op een procedure op tegenspraak (*'adversarial procedure'*). Ten tweede dient gedurende de procedure sprake te zijn van een eerlijk evenwicht tussen de procespartijen (*'equality of arms'*<sup>27</sup>). Het Straatsburgse Hof behandelt de specifieke rechten die uit artikel 6 EVRM voortvloeien, zoals het recht op inzage in het procesdossier onder het recht op een procedure op tegenspraak, het beginsel van

<sup>18</sup> Artikel 6 lid 2 EVRM. In deze bepaling zijn ook impliciete rechten opgenomen, namelijk het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te beschuldigen. Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, 19187/91, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>19</sup> Artikel 6 lid 3 sub a EVRM.

<sup>20</sup> Artikel 6 lid 3 sub b EVRM.

<sup>21</sup> Artikel 6 lid 3 sub c EVRM.

<sup>22</sup> Artikel 6 lid 3 sub d EVRM.

<sup>23</sup> Artikel 6 lid 3 sub e EVRM.

<sup>24</sup> Goss 2014, p. 73.

<sup>25</sup> Een *notstands*fest absoluut recht kan daarentegen onder geen enkel beding worden opgeschort. Voorbeelden van een dergelijk recht zijn het verbod van terugwerkende kracht van de strafwetgeving (artikel 7 EVRM) en het verbod om iemand strafrechtelijk te vervolgen voor een inbreuk waarvoor hij reeds is veroordeeld of vrijgesproken (artikel 5 van het Zevende Protocol bij het EVRM).

<sup>26</sup> Zie over dit onderscheid meer: Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 90-94.

<sup>27</sup> Het beginsel van *equality of arms* maakt onderdeel uit van het ongeschreven beginsel van behoorlijke rechtspraak, te weten het beginsel van hoor en wederhoor of het verdedigingsbeginsel. Zie De Waard 1987, p. 127.

*equality of arms* of onder het recht op een eerlijk proces. Het is daarom van belang om kort stil te staan bij deze begrippen alvorens, in de casestudies, in te gaan op de specifieke verdedigingsrechten.

Voor strafprocedures en civiele procedures geldt het recht van een procedure op tegenspraak.<sup>28</sup> Het EHRM heeft het recht op een procedure op tegenspraak als volgt verwoord:

*‘The right to adversarial proceedings means in principle the opportunity for the parties to a criminal or civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court’s decision.’<sup>29</sup>*

Het EHRM heeft het recht op een procedure op tegenspraak niet alleen in verband gebracht met de verplichting dat partijen over en weer de beschikking moeten krijgen over relevante documenten (zoals de hiervoor geciteerde zinsnede doet vermoeden), maar heeft bijvoorbeeld ook met betrekking tot het in artikel 6 lid 3 EVRM geregelde recht om getuigen te ondervragen gesteld dat sprake moet zijn van tegenspraak.<sup>30</sup> Ook procedures voor een constitutioneel hof moeten in beginsel op tegenspraak plaatsvinden.<sup>31</sup>

## 2.4 Het beginsel van *equality of arms*

Het beginsel van *equality of arms* houdt in dat partijen over gelijke proceskansen dienen te beschikken. Dat wil zeggen dat partijen gelijke kansen in de procedure moeten krijgen om hun standpunt te bepleiten en over gelijke middelen dienen te beschikken. De standaardformule betreffende het beginsel van *equality of arms* luidt als volgt:

*‘The principle of equality of arms, in the sense of a ‘fair balance’ between the parties, requires that each party should be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.’<sup>32</sup>*

Van belang is dat de partijen op de hoogte zijn van elkaars standpunten en dat deze bestreden kunnen worden. Het beginsel is van toepassing op strafprocedures en civiele

<sup>28</sup> EHRM 20 februari 1996, 15764/89 (*Lobo Machado t. Portugal*), par. 31; en EHRM 20 februari 1996, 19075/91 (*Vermeulen t. België*), par. 33.

<sup>29</sup> EHRM 20 februari 1996, 19075/91 (*Vermeulen t. België*), par. 33. Zie ook EHRM 24 februari 1995, *Series A*, 307 (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*), par. 80; EHRM 23 juni 1993, *Series A*, 262 (*Ruiz-Mateos t. Spanje*), par. 63; EHRM 19 juli 1995, *Series A*, 322 (*Kerojärvi t. Finland*), par. 42; en EHRM 20 februari 1996, 15764/89 (*Lobo Machado t. Portugal*), par. 31.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 6 december 1988, 10588/83, 10589/83, 10590/83 (*Barberà, Messegue en Jabardo t. Spanje*), par. 78.

<sup>31</sup> EHRM 23 juni 1993, *Series A*, 262 (*Ruiz-Mateos t. Spanje*).

<sup>32</sup> EHRM 27 oktober 1993, *Series A* vol. 274 (*Dombo Beheer t. Nederland*), par. 33; EHRM 6 september 2005, 65518/01 (*Salov t. Oekraïne*), par. 87; en EHRM 28 augustus 1991, *Series A*, 211 (*Brandstetter t. Oostenrijk*), par. 66.

procedures.<sup>33</sup> In civiele zaken is het beginsel van equality of arms bijvoorbeeld van betekenis voor het oproepen en ondervragen van getuigen,<sup>34</sup> de vergoeding van proceskosten<sup>35</sup> en de gelijke toegang tot faciliteiten.<sup>36, 37</sup> De betekenis van het beginsel van equality of arms geldt ook voor strafprocedures. Een groot verschil is echter dat in strafprocedures een expliciete verwijzing naar het beginsel soms ontbreekt, omdat bijvoorbeeld het oproepen en ondervragen van getuigen uitdrukkelijk in artikel 6 lid 3 onder d EVRM is geregeld.<sup>38</sup>

## 2.5 Deelconclusie

Het recht op een eerlijk proces is vervat in artikel 6 lid 1 EVRM en omvat zowel expliciete als impliciete procedurele rechten. Behoudens het recht op een openbare hoorzitting zijn deze procedurele rechten zogeheten absolute en voor de verdragsstaten opschortbare verdragsverplichtingen. Artikel 6 leden 2 en 3 EVRM kent specifieke verdedigingsrechten toe aan degene tegen wie een strafrechtelijke vervolging is ingesteld. In de rechtspraak van het EHRM over artikel 6 EVRM zijn schendingen van bepaalde verdedigingsrechten in verband gebracht met twee kernbegrippen van artikel 6 EVRM: het recht op een procedure op tegenspraak en het beginsel van *equality of arms*. Deze twee kernbegrippen zijn van toepassing op zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke procedures en vereisen dat partijen over gelijke proceskansen dienen te beschikken om hun standpunt te bepleiten. Dit is alleen mogelijk wanneer partijen bijvoorbeeld toegang krijgen tot alle op hun zaak betrekking hebbende dossierstukken en aanwezig kunnen zijn bij de getuigenverhoren.

## 3 HET UNIERECHT

### 3.1 Inleiding

Naast het EVRM biedt het Unierecht grondrechtenbescherming, bijvoorbeeld door eisen te stellen aan een eerlijk proces en door het toekennen van verdedigingsrechten. De twee rechtsbronnen waaruit deze procedurele grondrechten kunnen voortvloeien zijn de Unierechtelijke grondrechten die als algemene rechtsbeginselen van toepassing zijn binnen de Europese rechtsorde<sup>39</sup> en de grondrechten die zijn opgenomen in het Handvest. Hoewel veel gespeculeerd is over de betekenis van het Handvest voor de

<sup>33</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 20 februari 1996, 15764/89 (*Lobo Machado t. Portugal*), par. 31; EHRM 20 februari 1996, 19075/91 (*Vermeulen t. België*), par. 33; en EHRM 18 februari 1997, 18990/91 (*Nideröst Huber t. Zwitserland*), par. 28.

<sup>34</sup> EHRM 27 oktober 1993, *Series A* vol. 274 (*Dombo Beheer B.V. t. Nederland*), par. 34-35.

<sup>35</sup> EHRM 6 april 2006, 46917/99 (*Stankiewicz t. Polen*), par. 68-69.

<sup>36</sup> EHRM 24 april 2003, 44962/98 (*Yvon t. Frankrijk*), par. 34-37.

<sup>37</sup> Peçi e.a. 2016, par. A.2.2.

<sup>38</sup> Peçi e.a. 2016, par. A.2.2.

<sup>39</sup> Zie hierover uitgebreid Lenaerts & Vanhamme 1997.

bescherming van grondrechten via de algemene beginselen,<sup>40</sup> wordt aangenomen dat de algemene beginselen, naast de Handvestrechten, een rol blijven spelen.<sup>41</sup> Van een verdergaande of aanvullende bescherming via de route van het ongeschreven recht van de algemene rechtsbeginselen<sup>42</sup> is echter geen sprake.<sup>43</sup>

Voor de handhaving van het mededingingsrecht zijn twee Unierechten van belang: het recht op een behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces. Deelparagraaf 3.2 staat in het teken van het recht op een behoorlijk bestuur. Deze deelparagraaf behandelt de deelrechten die onder het recht op een behoorlijk bestuur vallen. Het recht op een eerlijk proces en de verdedigingsrechten worden uitvoerig besproken in deelparagraaf 3.3. In deze deelparagraaf zullen grofweg vier onderwerpen aan bod komen: de relevante Handvestbepalingen, het verdedigingsbeginsel, het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de toepassing van het Unierecht in nationale geschillen. Vervolgens gaat de volgende deelparagraaf over het moment waarop de Niegrondrechten gedurende een besluitvormingsprocedure van toepassing zijn (deelparagraaf 3.4). Afsluitend volgt een korte samenvatting van de belangrijkste fundamentele Unierechtelijke procesrechten (deelparagraaf 3.5).

## 3.2 Het recht op een behoorlijk bestuur

### 3.2.1 Artikel 41 Handvest

Het recht op een behoorlijk bestuur voorziet in een aantal basisvoorwaarden voor een eerlijk proces gedurende een procedure bij een bestuursorgaan. Voor procedures waarin het Europese bestuur (c.q. de instellingen en organen van de Unie) handelt (c.q. handelen), zijn deze voorwaarden neergelegd in het 'moderne fundamentele recht' op een behoorlijk bestuur van artikel 41 Handvest:<sup>44</sup>

*'1. Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.*

*2. Dit recht behelst met name:*

- a) het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen;*
- b) het recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim;*
- c) de plicht van de betrokken diensten, hun beslissingen met redenen te omkleden.'*

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld Douglas-Scott 2011, p. 645-682; en Hofmann & Mihaescu 2011.

<sup>41</sup> Gerards 2012.

<sup>42</sup> Artikel 6 lid 1 en 3 VEU.

<sup>43</sup> Luxemburgse rechters hebben aangegeven dat de rechtszekerheid in het geding kan komen wanneer de reikwijdte van het Handvest en de grondrechten als algemene rechtsbeginselen van het Unierecht van elkaar zouden verschillen. Zie bijvoorbeeld Lenaerts 2012, p. 375-423.

<sup>44</sup> Zie over deze bepaling bijvoorbeeld: Schwarze 2012; Nieto-Garrido & Delgado 2007, p. 25-37; Galetta 2007, p. 57-81; Wakefield 2007; en Nehl, 2009, p. 322 e.v.

De toelichting bij artikel 41 van het Handvest specificceert dat het recht op behoorlijk bestuur is gebaseerd op het bestaan van de Unie als een rechtsgemeenschap waarvan de kenmerken zijn ontwikkeld door de jurisprudentie. In deze jurisprudentie is het recht op een behoorlijk bestuur erkend als algemeen rechtsbeginsel.<sup>45</sup> Artikel 41 Handvest is een zogeheten ‘*umbrella*’-bepaling waaronder verschillende subjectieve rechten op een behoorlijk bestuur vallen.<sup>46</sup> Met artikel 41 Handvest is het recht op een behoorlijk bestuur gepromoveerd tot een ‘general category under which may be subsumed a whole set of subjective rights intended to limit arbitrary administrative conducts in the Union’.<sup>47</sup>

In artikel 41 Handvest zijn de volgende rechten op een behoorlijk bestuurlijk opgenomen: het recht om gehoord te worden,<sup>48</sup> het recht op inzage in het dossier<sup>49</sup> en het recht op een gemotiveerde beslissing.<sup>50</sup> Daarnaast kunnen andere rechten onder artikel 41 Handvest vallen die niet expliciet in de bepaling worden genoemd, zoals de ‘*due diligence*’-verplichting.<sup>51</sup> De twee rechten die wel expliciet in artikel 41 Handvest worden genoemd, het recht om gehoord te worden en het recht op inzage in het dossier, zijn nauw met elkaar verbonden. Het recht om gehoord te worden (en een standpunt naar voren te brengen) stelt immers weinig voor wanneer geen toegang wordt verleend tot het dossier. In de toelichting bij artikel 41 Handvest worden vijf arresten genoemd die betrekking hebben op het recht om gehoord te worden of het recht op toegang tot het dossier. Deze arresten zijn: *Heylens*, *Orkem*, *TU München*, *Lisrestal* en *Nölle*. Interessant is dat in geen van deze zaken het recht om gehoord te worden of het recht op toegang tot het dossier direct werd gelinkt aan het recht op een behoorlijk bestuur. In twee van de vijf arresten (*Nölle* en *Heylens*) werd wel (direct of indirect) verwezen naar het recht op een behoorlijk bestuur, maar stond een ander deelaspect van het recht op een behoorlijk bestuur centraal.<sup>52</sup> In twee andere zaken

<sup>45</sup> In de toelichting wordt verwezen naar de volgende jurisprudentie: HvJ EG 31 maart 1992, C-255/90 P, *Jur.* 1992, p. I-2253 (*Burban*); GvEA EG 18 september 1995, T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*); GvEA EG 9 juli 1999, T-231/97, *Jur.* 1999, p. II-2403 (*New Europe Consulting e.a.*). De formulering van dit recht in de eerste twee leden vloeit voort uit de volgende jurisprudentie: HvJ EG 15 oktober 1987, 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*); HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 2383 (*Orkem*); HvJ EG 21 november 1991, C-269/90, *Jur.* 1991, p. I-5469 (*TU München*); GvEA EG 6 december 1994, T-450/93, *Jur.* 1994, p. II-1177 (*Lisrestal*); en GvEA EG 18 september 1995, T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*).

<sup>46</sup> Kanska 2003, p. 305.

<sup>47</sup> Azoulai 2007, p. 504.

<sup>48</sup> Artikel 41 lid 2 sub a Handvest.

<sup>49</sup> Artikel 41 lid 2 sub b Handvest.

<sup>50</sup> Artikel 41 lid 2 sub c Handvest.

<sup>51</sup> Kristjánsson 2013, p. 241.

<sup>52</sup> In de zaak *Nölle* had de Europese Commissie in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel gehandeld doordat zij de argumenten van partijen in een antidumpingprocedure (over de geschiktheid van het gekozen vergelijkingsland) niet serieus op hun gegrondheid had onderzocht. Zie GvEA EG 18 september 1995, T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*). In de zaak *Heylens* behandelde het Hof het recht op een doeltreffende rechterlijke controle dat meebracht dat partijen op de hoogte gebracht moesten worden van de beweegredenen van een nationale instantie om een verzoek (in deze zaak: het erkennen van een buitenlands diploma van voetbaltrainer) te weigeren. Zie HvJ EG 15 oktober 1987, 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*).

(*Orkem* en *Lisretal*) werden de geschonden rechten behandeld onder het verdedigingsbeginsel in plaats van het beginsel van behoorlijk bestuur (in *Lisretal* draaide het om het recht om gehoord te worden en in *Orkem* om het vermeende onrechtmatige inwinnen van informatie).<sup>53</sup> Enkel in de zaak *TU München* lijkt het Hof het recht om gehoord te worden te behandelen onder het recht op een behoorlijk bestuur. Een expliciete verwijzing naar dat recht ontbreekt echter.<sup>54</sup>

Beperkingen op de in het Handvest erkende vrijheden en rechten,<sup>55</sup> zoals het recht op een behoorlijk bestuur, kunnen alleen worden gesteld indien zij noodzakelijk en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan eisen van de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van anderen. Daarnaast moeten de beperkingen bij wet worden vastgesteld.<sup>56</sup> Het kan hierbij van belang zijn om een onderscheid te maken tussen beperkingen op grond van het algemeen belang (staatsveiligheid, transparantie) en beperkingen op grond van rechten en vrijheden van derden.<sup>57</sup>

### 3.2.2 De toepassing van artikel 41 Handvest op nationaal niveau

In tegenstelling tot de andere bepalingen van het Handvest is artikel 41 Handvest niet gericht tot de lidstaten (wanneer zij handelen binnen de reikwijdte van het Unierecht). Enkel de instellingen, organen en instanties van de Unie zijn gebonden aan artikel 41

<sup>53</sup> GvEA EG 6 december 1994, T-450/93, *Jur.* 1994, p. II-1177 (*Lisretal*); en HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 2383 (*Orkem*). Interessant om te vermelden is dat uit een aantal uitspraken in douanezaken van het Hof Amsterdam blijkt dat artikel 41 EU-Handvest wordt beschouwd als een codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Zie de uitspraken van het Hof Amsterdam 4 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL6952, *NTFR* 2010/702; en Hof Amsterdam 21 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ2794.

<sup>54</sup> Het hof stelde in deze zaak vast dat de naleving van de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter fundamenteel belang zijn wanneer de instellingen van de Unie over een bepaalde beoordelingsvrijheid beschikken. Onder deze waarborgen behoren vooral de verplichting voor de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, het recht van de belanghebbende om zijn standpunt kenbaar te maken en zijn recht op een beschikking die toereikend is gemotiveerd. HvJ EG 21 november 1991, C-269/90, *Jur.* 1991, p. I-5469 (*TU München*), par. 14.

<sup>55</sup> Ingevolge artikel 51 lid 1 Handvest moeten de rechten worden geëerbiedigd en de beginselen worden nageleefd. De toelichting bij het Handvest kwalificeert de volgende bepalingen als 'beginsel': de rechten van ouderen (artikel 25), de rechten van gehandicapten (artikel 26) en milieubescherming (artikel 37).

<sup>56</sup> Artikel 52 lid 1 Handvest. In de zaak *Knauf* bepaalde het HvJ dat zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag een beperking op het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht in strijd zijn met de fundamentele beginselen van legaliteit en de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Zie HvJ EU 1 juli 2010, C-407/08, *Jur.* 2010, p. I-6375 (*Knauf t. Europese Commissie*), par. 91.

<sup>57</sup> De laatste categorie ziet voornamelijk op de botsing van grondrechten. In het geval van een botsing tussen verschillende EU-grondrechten moeten deze met elkaar worden verzoend en moet een juist evenwicht tussen de grondrechten worden verzekerd. In de zaak *Sky Österreich* ging het bijvoorbeeld om de botsing tussen de fundamentele vrijheid van ondernemerschap en het fundamentele recht op bescherming van eigendom. Het Hof komt tot de slotsom dat de beperking van de vrijheid van ondernemerschap gerechtvaardigd is. Het Hof neemt daarbij met name het evenredigheidsbeginsel in acht. Zie HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, *Jur.* 2013 (n.n.g.) (*Sky Österreich GmbH t. Österreichischer Rundfunk (ORF)*).



Handvest.<sup>58</sup> In de literatuur werd hier echter verschillend over gedacht.<sup>59</sup> Ook binnen de lidstaten bestond onduidelijkheid of artikel 41 Handvest wellicht toch gericht is tot de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.<sup>60</sup> Een mogelijke nuancering op de territoriale beperking van artikel 41 Handvest was namelijk te vinden in verschillende uitspraken van het HvJ EU, zoals de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *M*. In de zaak *M*. stond de vraag centraal of de Ierse autoriteiten een asielzoeker uit Rwanda de resultaten van zijn beoordeling vooraf moesten meedelen alvorens een definitieve beslissing te nemen over het verlenen van een vluchtelingenstatus. In deze zaak betrof het HvJ EU wel artikel 41 Handvest bij de beoordeling en kwam het HvJ EU tot de conclusie dat het recht van de asielzoeker om te worden gehoord ten volle toegepast moest worden op de procedure voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming in het kader van de in het gemeenschappelijke Europese asielstelsel vastgestelde voorschriften.<sup>61</sup> In zijn conclusie onder deze zaak stelde advocaat-generaal Bot expliciet dat het recht om te worden gehoord in acht genomen moet worden in elke procedure die kan leiden tot een administratieve of rechterlijke beslissing die de belangen van een persoon ongunstig kan beïnvloeden. Dit recht moet volgens hem niet enkel door de instellingen van de Unie worden erkend, maar aangezien het een algemeen beginsel van het Unierecht betreft, ook door de overheidsinstanties van alle lidstaten wanneer zij beslissingen nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.<sup>62</sup> Ook volgens advocaat-generaal Kokott kan deze uitspraak zo uitgelegd worden dat artikel 41 Handvest bindend is voor de autoriteiten van de lidstaten wanneer zij handelen binnen de reikwijdte van het Unierecht.<sup>63</sup> Ook in latere uitspraken liet het HvJ EU doorschemeren dat de 'vereisten die voortvloeien uit het recht op behoorlijk bestuur' toepassing vinden in nationale bestuursrechtelijke procedures.<sup>64</sup> In de zaak *Y.S.* oordeelde het HvJ EU echter expliciet dat artikel 41 Handvest moet worden gelezen zoals het luidt, namelijk als beperkt in werkingssfeer tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.<sup>65</sup> In de zaak

<sup>58</sup> Zaak HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, *Jur.* 2012 (n.n.g.) (*Cicala*), par. 28.

<sup>59</sup> Kanska 2004, p. 308-309; en Classen 2008, p. 74. Zie, *a contrario*, Bauer 2002, p. 141-142 en Seckelmann 2013, p. 49. Seckelmann is van mening dat, aangezien enerzijds de lidstaten zijn gebonden aan de 'constitutional traditions common to the Member States' (artikel 6 paragraaf 3 VEU) en anderzijds dat artikel 41 Handvest invloed heeft op de ontwikkeling van de constitutionele tradities, de mogelijkheid bestaat dat artikel 41 Handvest van belang kan zijn voor de nationale rechtspraktijk.

<sup>60</sup> De Afdeling heeft op 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3309, daarover een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof. Zie de zaak C-372/12, *Jur.* 2012 (n.n.g.) (*Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel t. M & S*). A-G Sharpston heeft in haar conclusie van 12 december 2013 in de gevoegde zaken C-141/12 (*Y.S. t. Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel*) en C-372/12 (*Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel t. M & S*) deze vraag ontkennend beantwoord. Volgens Sharpston is artikel 41 Handvest enkel gericht tot de instellingen van de Unie. Zie par. 88-89.

<sup>61</sup> HvJ EU 22 november 2012, C-277/11, *Jur.* 2013 (n.n.g.), *JV* 2013/8, m.nt. P. van Reenen, par. 83-89.

<sup>62</sup> Conclusie A-G Bot van 26 april 2012, C-271/11 (n.n.g.) (*M.M.*), par. 32.

<sup>63</sup> Conclusie A-G Kokott van 6 juni 2013, C-276/12 (n.n.g.) (*Sabou*), par. 33.

<sup>64</sup> HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12 (n.n.g.), *EHRC* 2014/163, m.nt. L.J.M. Timmermans-Vermeer (*H.N.*). Zie ook HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 (n.n.g.) (*PPU*) en HvJ EU 3 juli 2014, C-12912 (n.n.g.) (*Kamino*).

<sup>65</sup> HvJ EU 17 juli 2014, C-141/12 (n.n.g.), *EHRC* 2014/248, m.nt. H.R. Kranenborg, *AB* 2014/365, m.nt. M.M.C. van Graafeiland (*Y.S.*).



*Mukarubega* ging het HvJ EU nog een stap verder door te oordelen dat het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur, dat aan artikel 41 Handvest ten grondslag ligt, wel toepasselijk is op het handelen van nationale bestuursorganen.<sup>66</sup> Het recht op een behoorlijk bestuur is dus als algemeen rechtsbeginsel bindend voor de autoriteiten van de lidstaten wanneer zij handelen binnen de reikwijdte van het Unierecht.<sup>67</sup> Hier ziet men dus duidelijk de aanvullende waarde van de algemene rechtsbeginselen ten opzichte van het Handvest. Het feit dat artikel 41 Handvest gericht is tot de instellingen en organen van de Unie neemt echter niet weg dat het HvJ EU voor de invulling van het algemene rechtsbeginsel op een behoorlijk bestuur inspiratie haalt uit de invulling die zij heeft gegeven aan artikel 41 Handvest (en vice versa). Op deze manier wordt voorkomen dat een discrepantie ontstaat tussen het toepassingsbereik van de wel gecodificeerde rechten en de niet-gecodificeerde beginselen.

### 3.3 Het recht op een eerlijk proces

#### 3.3.1 Artikelen 47 en 48 Handvest

Artikel 47 Handvest waarborgt het recht op een eerlijk proces en omvat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht:

*‘Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.*

*Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.*

*Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.’*

Bijzonder aan deze bepaling is dat het recht op toegang tot de rechter, in afwijking van diens equivalente bepaling in het EVRM (artikel 6 EVRM), niet alleen van toepassing is

<sup>66</sup> HvJ EU 5 november 2014, C-166/13 (n.n.g.), EHRC 2015/2, m.nt. J.H. Gerards & M. den Heijer (*Mukarubega*). Zie ook HvJ EU 11 december 2014, C-249/13 (n.n.g.), AB 2015/89, m.nt. M. Reneman (*Khaled Boudjlida*).

<sup>67</sup> Ook volgens A-G Sharpston kan deze uitspraak niet zo uitgelegd worden dat artikel 41 Handvest gericht is tot de lidstaten. Volgens Sharpston is de uitspraak van het Hof in het arrest *M.M.* niet in tegenspraak met het eerder gewezen arrest *Cicala*. Punten 82 tot en met 84 van het arrest *M.M.*, in samenhang gelezen, lijken volgens Sharpston aan te geven dat het Hof ‘zijn redenering toespitste op de inhoud van het recht om gehoord te worden, alsmede op de personen die hierop een beroep kunnen doen; daarbij benadrukte het Hof zowel de ruime werkingssfeer van dat recht als de plaats die het al sinds lange tijd in de rechtsorde van de Unie inneemt.’ Zie conclusie A-G Sharpston van 12 december 2013, C-141/12 (*Y.S. t. Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel*) en C-372/12 (*Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel t. M & S*), par. 90.

op geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen en strafrechtelijke vervolgingen, maar op het hele recht van de Unie.<sup>68</sup> Alhoewel deze bepaling regelmatig door ondernemingen wordt ingeroepen in procedures tegen de Europese Commissie heeft het Hof benadrukt dat het recht op een behoorlijk bestuur (artikel 41 Handvest) en niet artikel 47 Handvest de administratieve procedure voor de Commissie normeert.<sup>69</sup> Artikel 47 Handvest kan echter wel een rol spelen in zaken waarin ondernemingen bijvoorbeeld de toetsingsbevoegdheid van het Gerecht aanvechten.<sup>70</sup>

In het Handvest zijn specifieke fundamentele verdedigingsrechten gecodificeerd in artikel 48 lid 2 Handvest:

*‘2. Aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt de eerbiediging van de rechten van de verdediging gegarandeerd.’*

De bepaling zelf is zeer kort en de toelichting vermeldt enkel dat de verdedigingsrechten van artikel 48 lid 2 Handvest dezelfde strekking hebben als de verdedigingsrechten die zijn opgenomen in artikel 6 leden 2 en 3 EVRM. Het feit dat de bepaling is gericht tot ‘eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld’ maakt dat artikel 48 lid 2 Handvest (conform het EVRM) enkel van toepassing is in zaken waar sprake is van een strafrechtelijke vervolging.<sup>71</sup> Het aantal Europese zaken dat betrekking heeft op artikel 48 lid 2 Handvest is schaars. Een voorbeeld van een mededingingszaak waar artikel 48 Handvest wel een rol speelde, is de zaak *AKZO*. In deze zaak stelde het HvJ EU dat het recht om gehoord te worden, dat deel uitmaakt van de verdedigingsrechten, is neergelegd in de artikelen 41, 47 en 48 Handvest. Het HvJ EU onderstreepte daarbij dat de eerbiediging van de rechten van verdediging een grondbeginsel is van het recht van de Unie dat in artikel 48 lid 2 Handvest is erkend.<sup>72</sup> Met deze uitspraak leek het Hof het verdedigingsrecht van artikel 48 lid 2 Handvest gelijk te stellen met het verdedigings-

<sup>68</sup> Zie de Toelichting bij het Handvest. Zie verder Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 39.

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 juli 2013, C-439/11 P (n.n.g.) (*Ziegler SA t. Commissie*), par. 154. In deze paragraaf wordt verder verwezen naar HvJ EU 25 oktober 2011, C-109/10 P, (n.n.g.) (*Solvay t. Commissie*), par. 53 en HvJ EU 25 oktober 2011, C-110/10 P (n.n.g.) (*Solvay t. Commissie*), par. 48. Voor diens equivalente bepaling in het EVRM, artikel 6 EVRM, heeft het Hof een soortgelijke conclusie getrokken door te stellen dat ondernemingen zich niet direct op artikel 6 EVRM kunnen beroepen, omdat de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM. Gevoegde zaken HvJ EG 29 oktober 2008, 209-215/78, *Jur.* 1982, p. 3125 (*Van Landewyck t. Commissie (FEDETAB)*). Een soortgelijke beredenering volgde het Hof in de zaak *Pioneer*. HvJ EG 7 juni 1983, 100-103/80, *Jur.* 1983 p. 1825 (*Musique Diffusion (Pioneer) i. Commissie*).

<sup>70</sup> Hetgeen geïllustreerd wordt door een reeks van uitspraken waarin het Hof oordeelde over de ‘unlimited jurisdiction’ van het HvJ EU. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 P (n.n.g.) (*Chalkor t. Commissie*); HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P (n.n.g.) (*KME t. Commissie*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (n.n.g.) (*Schilder Holding e.a. t. Commissie*); en HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (n.n.g.) (*Otis e.a.*).

<sup>71</sup> Kowalik-Bánczyk 2012, p. 224.

<sup>72</sup> HvJ EU 14 september 2010, C-550/07 P, *Jur.* 2010, p. I-8301 (*AKZO Nobel*), par. 91-92. Het Hof verwijst verder naar de volgende uitspraken: HvJ EG 2 oktober 2003, C-194/99 P, *Jur.* 2003, p. I-10821 (*Thyssen Stahl t. Commissie*), par. 30; HvJ EG 29 juni 2006, C-289/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5859 (*Showa Denko t. Commissie*), par. 68; en HvJ EG 8 februari 2007, C-3/06 P, *Jur.* 2007, p. I-1331 (*Groupe Danone t. Commissie*), par. 68.

recht als grondbeginsel. Indien dit inderdaad de bedoeling was, dan zou het Hof afstand hebben genomen van de beperkte reikwijdte die artikel 48 lid 2 Handvest voorstaat. Artikel 48 lid 2 Handvest is immers alleen van toepassing op strafzaken, terwijl in deze zaak het Hof de bepaling, indirect, verbindt aan het verdedigingsbeginsel dat geldt voor ‘elke sanctieprocedure’. In de zaak *Melloni* verduidelijkt het Hof echter dat de uitleg van artikel 48 lid 2 Handvest aansluit bij de reikwijdte die aan de in artikel 6 EVRM gewaarborgde verdedigingsrechten wordt gegeven in de jurisprudentie van het EHRM.<sup>73</sup> In tegenstelling tot de zaak *Melloni* (waar het Hof expliciet verwees naar Straatsburgse jurisprudentie<sup>74</sup>) liet het Hof in de zaak *Radu* een behandeling van Straatsburgse jurisprudentie echter achterwege:

*‘In dit verband moet om te beginnen worden vastgesteld dat het in artikel 6 EVRM gewaarborgde en door de verwijzende rechter in zijn vragen vermelde recht om te worden gehoord thans in de artikelen 47 en 48 van het Handvest is neergelegd. Bijgevolg dient naar die bepalingen van het Handvest te worden verwezen.’<sup>75</sup>*

In twee andere zaken over artikel 48 lid 2 Handvest zocht het Hof echter weer aansluiting bij artikel 6 EVRM door expliciet het verdedigingsrecht van artikel 48 lid 2 Handvest gelijk te stellen aan artikel 6 EVRM:

*‘Die Pflicht zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen der Kommission und zur Vorlage von ihr angeforderter vorhandener Schriftstücke kann die tragenden Grundsätze der Wahrung der Verteidigungsrechte in Art. 48 Abs. 2 der Charta der Grundrechte und des Anspruchs auf einen fairen Prozess in Art. 47 der Charta der Grundrechte nicht verletzen, die auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts einen Schutz bieten, der dem durch Art. 6 EMRK gewährten gleichwertig ist [onderstreping EB].’<sup>76</sup>*

Uit deze beperkte jurisprudentie kan men de conclusie trekken dat het HvJ EU voorsnog de verdedigingsrechten van artikel 48 lid 2 Handvest zal interpreteren in het licht van artikel 6 leden 2 en 3 EVRM. Artikel 52 lid 3 Handvest biedt echter wel de mogelijkheid dat de Unie een hoger niveau van rechtsbescherming biedt. Het is dus mogelijk dat het Hof, in de toekomst, de toepassing van deze bepaling niet beperkt tot strafzaken.

<sup>73</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11 (n.n.g.) (*Melloni*), par. 50.

<sup>74</sup> Het Hof verwees naar de volgende zaken: EHRM 14 juni 2001, 20491/92 (*Medenica t. Zwitserland*), par. 56-59; EHRM 1 maart 2006, 56581/00 (*Sejdovic t. Italië*), par. 84, 86 en 98; en EHRM 24 april 2012, 29648/03 (*Haralampiev t. Bulgarije*), par. 32 en 33.

<sup>75</sup> HvJ EU 29 januari 2013, C-396/11 (n.n.g.) (*Radu*), par. 32. Het Hof verwijst ten dien einde naar HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (n.n.g.) (*Otis e.a.*), par. 46-47 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>76</sup> Gerecht EU 14 maart 2014, T-302/11 (n.n.g.) (*Heidelberg Cement AG t. Commissie*), par. 120; en Gerecht EU 14 maart 2014, T-297/11 (n.n.g.) (*Buzzi Unicem SpA t. Commissie*), par. 64.

### 3.3.2 Het verdedigingsbeginsel

Veruit de meeste jurisprudentie van het Hof over het recht op een eerlijk proces, bijvoorbeeld het recht om gehoord te worden en het recht op toegang tot documenten, heeft betrekking op het verdedigingsbeginsel dat als algemeen rechtsbeginsel binnen de Europese rechtsorde van toepassing is.<sup>77</sup> Het verdedigingsbeginsel werd in de zaak *Transocean Marine Paint Association* als volgt omschreven: 'belanghebbenden moeten in staat worden gesteld hun standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee [...] de inbreuk is gestaafd'.<sup>78</sup> In het kader van het recht op hoor en wederhoor omvat het verdedigingsbeginsel het recht om gehoord te worden en het recht op toegang tot documenten. Daarnaast omvat het verdedigingsbeginsel ook het recht om geïnformeerd te worden over feiten of elementen waarop de bestreden handeling of beslissing is gebaseerd. Om het eigen standpunt te bepalen en kenbaar te maken, is het immers noodzakelijk dat alle voor de beslissing relevante informatie ter beschikking staat aan de betrokken partij. Het recht op hoor en wederhoor (c.q. het verdedigingsbeginsel) is echter niet absoluut. Het Hof oordeelde dat de grondrechten, waaronder de eerbieding van de rechten van de verdediging, beperkingen kunnen bevatten. Deze beperkingen moeten werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd. Zo wordt bijvoorbeeld het recht op informatie begrensd door het recht op professionele geheimhouding (zie hierover de casestudie over het inzagerecht).<sup>79</sup> Daarnaast mogen de beperkingen niet een onevenredige en onduldbare ingreep zijn waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.<sup>80</sup>

### 3.3.3 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming

Een laatste beginsel waaruit bepaalde procedurele rechten kunnen voortvloeien is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is in de jurisprudentie van het HvJ EU ontwikkeld van een beginsel dat als zodanig niet werd geëxpliciteerd tot een beginsel dat een zelfstandige betekenis heeft gekregen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming houdt in dat aan het Unierecht ontleende rechten daadwerkelijk moeten kunnen worden ingeroepen voor

<sup>77</sup> Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen beginsel van het Unierecht vormt. Zie bijvoorbeeld de volgende arresten HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, *Jur.* 2000, p. I-1935 (*Krombach*), par. 42; HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*), par. 36; en HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*), par. 9.

<sup>78</sup> HvJ EG 23 oktober 1974, 17/74, *Jur.* 1974, p. 1063 (*Transocean Marine Paint Association t. Commissie*), par. 15. Zie ook o.a. HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland*), par. 66 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

<sup>79</sup> *Tridimas* 2006, p. 388.

<sup>80</sup> HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05, *Jur.* 2006, p. I-5431 (*Dokter e.a.*), par. 75. Zie ook HvJ EG 8 april 1992, C-62/90, *Jur.* 1990, p. I-2575 (*Commissie t. Duitsland*), par. 23; en HvJ EG 17 oktober 1995, C-44/94, *Jur.* 1995, p. I-3115 (*Fishermen's Organisations e.a.*), par. 55.

een nationale rechter en dat deze door hem kunnen worden beschermd. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt vervolgens eisen aan de toegang tot de rechter ter bescherming van de aan het Unierecht ontleende rechten, de in het nationale recht aanwezige remedies en het overige nationale procesrecht waarbinnen de Unierechten ten gelding worden gebracht.<sup>81</sup> De jurisprudentie van het HvJ EU is echter niet geheel duidelijk of deze eisen voortvloeien uit de beginselen van equivalentie en doeltreffendheid (het effectiviteitsbeginsel)<sup>82</sup> of dat deze eisen een voortbrengsel zijn van een zelfstandig beginsel van effectieve rechtsbescherming. In de literatuur wordt dan ook een onderscheid gemaakt tussen het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming en het effectiviteitsbeginsel.<sup>83</sup> Onder het effectiviteitsbeginsel wordt verstaan dat de nationale regel van procesrecht de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende subjectieve rechten niet onmogelijk mag maken. Een andere wijze om de jurisprudentie te systematiseren is mogelijk door een onderscheid te maken tussen de 'toegangscondities' (wie kan beroep instellen en waartegen) die aan de minimumeisen van equivalentie en effectiviteit moeten voldoen, en de 'inhoud' van de remedies die effectief, proportioneel en afschrikwekkend moeten zijn.<sup>84</sup>

### 3.3.4 De toepassing van de artikelen 47 en 48 Handvest op nationaal niveau

#### 3.3.4.1 De algemene rechtsbeginselen

Zoals hiervoor al kort aan de orde kwam volgden de grondrechten in eerste instantie enkel uit de (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Deze waren (en zijn nog steeds) van toepassing wanneer de lidstaten handel(d)en binnen de reikwijdte van het Unierecht. Het verdedigingsbeginsel is op nationaal niveau dus alleen van toepassing wanneer voor de gegeven situatie specifieke materiële bepalingen van het Unierecht gelden waarop het verdedigingsbeginsel kan 'steunen'. Wanneer een aanknopng met het Unierecht ontbreekt, is sprake van een zuiver nationale situatie waarin de algemene beginselen van het Unierecht niet van toepassing zijn.<sup>85</sup> Uit de jurisprudentie over de grondrechten als algemene beginselen van het Unierecht zijn over het algemeen twee lijnen te onderscheiden: de *Warchauf*-lijn en de *ERT*-lijn. Aan de hand van deze jurisprudentie kan worden vastgesteld of sprake is van een aanknopng met het Unierecht.<sup>86</sup>

In de zaak *Warchauf* oordeelde het HvJ EU dat een verordening verenigbaar dient te zijn met de eisen van de bescherming van de fundamentele grondrechten. De

<sup>81</sup> Gerbrandy 2009, p. 27.

<sup>82</sup> Deze twee eisen stellen beperkingen aan het beginsel van procedurele autonomie. Voor wie deze beginselen nog onbekend zijn: zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011.

<sup>83</sup> Jans e.a. 2007, p. 51-54.

<sup>84</sup> Gerbrandy 2009, p. 30.

<sup>85</sup> De algemene beginselen hebben in die zin een accessoir karakter. Zie De Mol 2012, p. 12.

<sup>86</sup> Zie voor een uitvoerige bespreking van deze lijnen: De Mol 2012, p. 12. De Mol vergelijkt de categorisering die Trimidas (Trimidas 2006, p. 37-38), A-G Sharpston (conclusie A-G Sharpston van 22 mei 2008, C-427/06, *Jur.* 2008. p. I-7245 (*Bartsch*)) en Prechal (Prechal 2010, p. 8-11) hebben aangebracht in de jurisprudentie van het Hof.

uitvoering van de verordening dient dan ook zo veel mogelijk in overeenstemming te zijn met deze fundamentele grondrechten. De Warchauf-lijn ziet dus op handelingen waarmee de lidstaten (als vertegenwoordigers c.q. ‘agenten’ van de Unie) het Unierecht uitvoeren.<sup>87</sup> Dit betekent dat de lidstaten aan de algemene rechtsbeginselen moeten voldoen bij het nationaal uitvoeren van verordeningen<sup>88</sup> en het treffen van maatregelen waarmee een richtlijn kan worden omgezet.<sup>89</sup> Ook buiten deze klassieke omzettingshandelingen is de Warchauf-lijn van toepassing. Zo dienen de Unierechtelijke grondrechten geëerbiedigd te worden bij de uitvoering van primair Unierecht<sup>90</sup> of bij de impliciete implementatie van het Unierecht.<sup>91</sup>

Bij de ERT-lijn draait het om situaties waarin lidstaten zich op een Unierechtelijke rechtvaardigingsgrond beroepen om van de vier vrijheden af te wijken, en zodoende het Unierecht toe te passen.<sup>92</sup> Het kan bijvoorbeeld gaan om een beperking op het vrije verkeer van goederen uit het oogpunt van de bescherming van de volksgezondheid.<sup>93</sup> In de zaak *ERT* oordeelde het HvJ EU dat het beroep op een, door het Unierecht geboden, grond ter rechtvaardiging voor een belemmering van een verdragsvrijheid moet worden uitgelegd in het licht van onder meer de Uniegrondrechten. In deze situatie handelt de lidstaat binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en moet de rechter de verenigbaarheid van deze handelingen met de fundamentele rechten beoordelen.

### 3.3.4.2 *Het Handvest*

In artikel 51 lid 1 Handvest staat dat de bepalingen van het Handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie [...] en tot de lidstaten ‘uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’.<sup>94</sup> Deze bepaling impliceert dat het Handvest alleen van toepassing is wanneer het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. De toelichting bij artikel 51 Handvest gaat echter verder en stelt dat het Handvest geldt voor de lidstaten wanneer deze optreden binnen het toepassingsgebied van het

<sup>87</sup> HvJ EG 13 juli 1989, 5/88, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Warchauf*). Zie ook een meer recente uitspraak HvJ EU 22 oktober 2013, C-267/12 (n.n.g.) (*Sabou*), par. 27.

<sup>88</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG van 13 april 2000, C-292/97, *Jur.* 2000, p. I-2737 (*Karlsson*).

<sup>89</sup> Zie voor de omzetting en uitvoering van een richtlijn (en de toepassing van nationaal recht dat is aangenomen ter uitvoering daarvan): HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Jur.* 2005, p. I-3565 (*Berlusconi*).

<sup>90</sup> HvJ EG van 12 september 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman en Sevinger*), par. 56-61.

<sup>91</sup> Bot verwijst bijvoorbeeld naar maatregelen die na de eigenlijke omzetting de reeds vastgestelde nationale regels aanvullen of wijzigen en nationale bestuurlijke handelingen die zijn gebaseerd op klassieke omzettingswetgeving. Zie De Mol, 2012, p. 24-25.

<sup>92</sup> HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*ERT*). Zie voor een vervolging van deze uitspraak: HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (n.n.g.) (*Pfleger*).

<sup>93</sup> Volgens Fierstra bestaat ook nog een deelcategorie, een *ERT-bis*-categorie, bestaande uit situaties waarin lidstaten zich beroepen op grondrechten om verdragsvrijheden te beperken en deze worden gehanteerd als rechtvaardigingsgrond. Fierstra 2013, p. 201. Zie voor dergelijke situaties HvJ EG 12 juni 2004, C-112/00, *Jur.* 2004, p. I-5659 (*Schmidberger*); HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-10779 (*Viking*) en HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jur.* 2007, p. I-11767 (*Laval*).

<sup>94</sup> Zie voor een overzicht van rechtspraak over artikel 51 Handvest: Ward 2014; en Morijn, Pahladsingh & Palm 2015, p. 124-132.



Unierecht. Het Hof volgt deze bredere toepassing van het Handvest. Een belangrijk arrest over het toepassingsbereik van het Handvest is de zaak *Akerberg Fransson*.<sup>95</sup> Deze zaak betrof de oplegging van belastingboetes en vervolgens strafrechtelijke vervolging voor belastingfraude in Zweden. De vraag die aan het HvJ EU werd voorgelegd was of het *ne bis in idem*-beginsel van artikel 50 Handvest op het geschil van toepassing was. Volgens bepaalde lidstaten was dit niet het geval aangezien geen sprake was van een tenuitvoerlegging van het Unierecht: het ging strikt genomen niet om de omzetting van een richtlijn, want de lidstaten hadden juist een zekere discretionaire ruimte ten aanzien van de sanctiëring van belastingfraude. Het HvJ EU koos echter voor een ruimere opvatting en achtte het Handvest wel van toepassing nu met de betreffende sanctiemaatregelen uitvoering werd gegeven aan de door Unierecht aan de lidstaten opgelegde verplichting om gedragingen (die de financiële belangen van de Unie kunnen schaden) zoals belastingfraude effectief te bestraffen. Het HvJ EU sprak in de zaak *Akerberg Fransson* over nationale regelingen die worden 'beheerst' door het Unierecht en die 'binnen het kader van het Unierecht vallen'.<sup>96</sup> In deze gevallen zal het Handvest van toepassing zijn.<sup>97</sup> Met deze overwegingen heeft het HvJ EU bevestigd dat de lijn die gold ten aanzien van grondrechten als algemene rechtsbeginselen van het Unierecht ook geldt ten aanzien van het Handvest. Het blijft evenwel onduidelijk wanneer een verband met het Unierecht aanwezig is – dit zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden.<sup>98</sup> De onduidelijkheid over het precieze nationale toepassingsbereik van Uniegrondrechten blijft dan ook vooralsnog bestaan, maar is slechts van de 'kapstok van algemene beginselen naar de kapstok van het Handvest verhangen'.<sup>99</sup>

Vervolgens is het de vraag wat de buitengrenzen zijn van het Handvest, dus wanneer het Handvest niet van toepassing is. Ten eerste is dat het geval wanneer sprake is van zuiver interne situaties waarop geen EU-regelgeving van toepassing is.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-617/00 (n.n.g.) (*Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson*), AB 2013/131 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2013/58, m.nt. J.M. Veenbrink & H.C.F.J.A. de Waele. Deze keuze voor continuïteit tussen de pre- en post-Lissabonrechtspraak houdt in dat het toepassingsgebied van de algemene rechtsbeginselen en het Handvest niet uiteenloopt. Zie Fierstra 2013, p. 199.

<sup>96</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-617/00 (n.n.g.) (*Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson*), AB 2013/131 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2013/58, m.nt. J.M. Veenbrink & H.C.F.J.A. de Waele, par. 19. Eerdere zaken die binnen deze categorie kunnen vallen zijn: HvJ EG 18 december 1997, C-286/94, C-340/95, C-401/95 en C-47/96, Jur. 1997, p. I-7281 (*Garage Molenheide*); en HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02, Jur. 2004, p. I-3025 (*Karner*).

<sup>97</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-617/00 (n.n.g.) (*Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson*), AB 2013/131 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2013/58, m.nt. J.M. Veenbrink & H.C.F.J.A. de Waele, par. 21.

<sup>98</sup> Wat volgens Fierstra een duidelijk beeld bemoeilijkt, is dat het Hof vaak niet duidelijk motiveert waarom Europees recht van toepassing zou zijn. Volgens Fierstra laten de meeste arresten die ingaan op de interpretatie van het begrip 'toepassingsgebied van het recht van de Unie' (en die leiden tot een negatieve uitkomst) geen conclusies toe over de vraag wanneer van een bevestigend antwoord sprake zou zijn geweest. Zie Fierstra 2013, p. 201.

<sup>99</sup> Morijn 2013.

<sup>100</sup> HvJ EG 18 december 1997, C-309/96, Jur. 1997, p. I-7505 (*Annibaldi*). Zo werd in de zaak *Annibaldi* geoordeeld dat de weigering van een vergunning voor de aanleg van een boomgaard buiten het bereik van het Unierecht viel, omdat de uitvoering niet volgde uit een Europeesrechtelijke verplichting.

Een uitzondering op deze regel geldt wanneer in het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk wordt verwezen naar de inhoud van Unierechtelijke voorschriften teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van de interne situatie en de door het Unierecht beheerste situatie.<sup>101</sup> Wanneer wel EU-regelgeving van toepassing is, dan is het onvoldoende dat deze regeling in meer algemene zin raakvlakken heeft met de nationale handeling.<sup>102</sup> Van belang is dat de EU-regelgeving in kwestie ertoe strekt materiële rechten te verlenen. Het Handvest is dus niet van toepassing door het enkele bezit van het EU-burgerschap<sup>103</sup> of door het hypothetische vooruitzicht van de uitoefening van het recht van vrij verkeer.<sup>104</sup> Uit deze jurisprudentie volgt dat het HvJ EU buiten de klassieke categorieën (Unierecht wordt uitgevoerd of Unierecht wordt beperkt) niet snel aanneemt dat het Handvest van toepassing is tenzij het nationale recht zelf rechtstreeks en onvoorwaardelijk naar de inhoud van Unierechtelijke bepalingen verwijst.<sup>105</sup>

### 3.4 Het moment van toepassing van de Uniegrondrechten

#### 3.4.1 De onderzoeksfase

Wanneer de Unierechtelijke grondrechten van toepassing zijn op een nationaal geschil, dan is het de vraag op welk moment van de procedure deze Unierechtelijke grondrechten gelden. In principe zijn de verdedigingsrechten van het Unierecht niet van toepassing op de fase waarin een bestuursorgaan een onderzoek verricht (en dus nog geen overtreding heeft vastgesteld). In de zaak *Hoechst* heeft het HvJ EU echter later doorschermen dat de verdedigingsrechten ook in die fase kunnen gelden. Volgens het HvJ EU moet worden vermeden dat de rechten van de verdediging:

*‘onherstelbare schade lijden in het kader van een voorafgaand onderzoek, met name bij verificaties, daar deze beslissend kunnen zijn voor de totstandkoming van het bewijs van onrechtmatigheid van gedragingen van ondernemingen waarvoor deze aansprakelijk zijn.’<sup>106</sup>*

Volgens het HvJ EU gelden bepaalde verdedigingsrechten daarom reeds voor de procedure die tot oplegging van een sanctie leidt, dus tijdens het vooronderzoek. Te dien einde heeft het HvJ EU een onderscheid aangebracht tussen rechten van de verdediging die aan de orde komen in de procedure op tegenspraak (dus na de

<sup>101</sup> HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, *Jur.* 2011, p. I-14139 (*Cicala*); en HvJ EU 7 november 2012, C-313/12 (n.n.g.) (*Giuseppe Romeo*).

<sup>102</sup> HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, *Jur.* 2011, p. I-8263 (*Gueye & Sanchez*).

<sup>103</sup> HvJ EU 15 november 2011, C-256/11, *Jur.* 2011, p. 11315 (*Dereci*).

<sup>104</sup> HvJ EU 8 november 2012, C-40/11 (n.n.g.) (*Iida*).

<sup>105</sup> Zie Barkhuysen & Bos 2014, p. 100.

<sup>106</sup> HvJ EG 21 september 1989, 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989, p. I-2859 (*Hoechst*), par. 15.



mededeling van de punten van bezwaar<sup>107</sup>) en rechten van verdediging die reeds in het vooronderzoek van toepassing zijn (dus voor de mededeling van de punten van bezwaar).<sup>108</sup> De reden voor een dergelijk onderscheid is dat, indien een betrokkene bij iedere aparte onderzoeksmaatregel van een autoriteit het recht had om bijvoorbeeld vooraf te worden gehoord, dit de voorbereiding van een gefundeerde beslissing zal hinderen en de bescherming van de betrokkene niet merkbaar zal verbeteren.<sup>109</sup> Het is echter niet uitgesloten dat bepaalde onderzoeksmaatregelen op zichzelf zo belastend zijn dat de bescherming van de betrokkene ook in dat opzicht verdedigingsrechten toekomt, bijvoorbeeld bij het getuigenverhoor.<sup>110</sup> Er moet immers worden vermeden dat de verdedigingsrechten onherstelbare schade lijden doordat bepaalde onderzoeksmaatregelen beslissend zijn voor de totstandkoming van het bewijs.<sup>111</sup> Tot op heden heeft het Hof echter alleen voor het recht op rechtsbijstand en het recht op eerbieding van het vertrouwelijke karakter van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt geoordeeld dat deze in het voorafgaande onderzoek geëerbiedigd moeten worden.<sup>112</sup>

### 3.4.2 De besluitvormingsfase

Het verdedigingsbeginsel en artikel 41 Handvest zijn, zoals de deelparagraaf hiervoor reeds illustreert, in ieder geval wel van toepassing op de besluitvormingsprocedure. Daarmee wordt iedere procedure bedoeld die tot een bezwarend besluit kan leiden.<sup>113</sup> In de zaak *Hoffmann La Roche* leek het Hof de werkingssfeer van het verdedigingsbeginsel te beperken door deze van toepassing te verklaren op sanctieprocedures:

*‘Eerbieding van de rechten der verdediging in iedere procedure die tot de oplegging van sancties, met name geldboeten of dwangsommen, kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat zelfs in een administratieve procedure moet worden in acht genomen.[...].’<sup>114</sup>*

<sup>107</sup> De Commissie stuurt aan vermeende mededingingsovertreders punten van bezwaar waarin de eerste bevindingen zijn opgenomen. Aan de hand van de punten van bezwaar kunnen de betreffende ondernemingen schriftelijke en mondelinge zienswijzen naar voren brengen.

<sup>108</sup> HvJ EG 14 juli 1972, 57/69, *Jur.* 1972, p. 57/69 (*ACNA t. Commissie*), par. 12-14; en HvJ EG 26 juni 1980, 136/79, *Jur.* 1980, p. 2033 (*National Panasonic t. Commissie*), par. 21.

<sup>109</sup> Conclusie A-G Kokott van 6 juni 2013, C-276/12, (n.n.g.) (*Sabou*), par. 57.

<sup>110</sup> HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12 (n.n.g.) (*Sabou*), par. 45.

<sup>111</sup> HvJ EU 26 november 2014, T-272/12 (n.n.g.) (*Energetický a průmyslový holding e.a. t. Europese Commissie*), par. 67.

<sup>112</sup> HvJ EG 21 september 1989, 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989, p. I-2859 (*Hoechst*), par. 16; en HvJ EG 18 mei 1982, 155/79, *Jur.* 1982, p. 1575 (*AM & S*).

<sup>113</sup> Zie vooral HvJ EG 23 oktober 1974, 17/74, *Jur.* 1974, p. 1063 (*Transocean Marine Paint Association t. Commissie*), par. 15; HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, *Jur.* 2000, p. I-1935 (*Krombach*), par. 42; en HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*), par. 36.

<sup>114</sup> HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*), par. 9. Zie ook HvJ EG 9 november 1983, 322/82, *Jur.* 1983, p. 3461 (*Michelin*), par. 7.

Op grond van deze uitspraak is de (onjuiste) conclusie getrokken dat het verdedigingsbeginsel alleen geldt voor zaken waarin de maatregel bestaat uit het opleggen van een (punitieve) sanctie.<sup>115</sup> Deze restrictieve toepassing van het verdedigingsbeginsel is echter niet gevolgd in latere rechtspraak van de Unierechters. Een verklaring voor de, in deze zaak, restrictieve uitleg van het verdedigingsbeginsel kan gelegen zijn in het onderwerp van de procedure. Deze zaak betrof een inbreuk op het mededingingsrecht; een dergelijke inbreuk heeft sanctionering (in de vorm van een boete) tot gevolg. In latere zaken heeft het HvJ EU de reikwijdte van het verdedigingsbeginsel echter verder uitgebreid zodat het thans niet alleen geldt voor procedures waarin een sanctie wordt opgelegd, maar voor iedere procedure die leidt tot een bezwarende handeling voor een belanghebbende.<sup>116</sup> De term 'bezwarende handeling' houdt elke handeling in die nadelig is voor een private partij, of tenminste, een *restitutio* oplegt aan een dergelijke partij.<sup>117</sup> Dit betekent dat het verdedigingsbeginsel geldt voor handavingsprocedures, waarbij het niet uitmaakt of zij leiden tot een bestraffende sanctie of alleen tot een herstelsanctie.<sup>118</sup> Het moet gaan om procedures die leiden tot een situatie waarin een persoon aanmerkelijk in zijn belang wordt getroffen. In dergelijke procedures moet de betreffende persoon in staat worden gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken over de elementen waarop het bestuursorgaan het besluit wil baseren.<sup>119</sup> De nationale bestuurlijke besluitvormingsprocedures worden dan ook genormeerd door het verdedigingsbeginsel als algemeen beginsel van Unierecht indien daarin een bezwarende handeling centraal staat die binnen het raakvlak van het Unierecht valt.<sup>120</sup>

### 3.4.3 De rechterlijke fase

De toepassing van de verdedigingsrechten strekt zich ook uit tot alle opvolgende rechterlijke procedures. In de zaak *Hoffmann la Roche* benadrukte het HvJ EU dat het verdedigingsbeginsel (in deze zaak ging het om het recht om gehoord te worden) 'must be respected in all proceedings, even those of an administrative nature'.<sup>121</sup> Door de nadruk op 'all proceedings' te leggen heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat het

<sup>115</sup> Nehl 1999, p. 71.

<sup>116</sup> HvJ EG 10 juli 1986, 40/85, *Jur.* 1986, p. 2321 (*België t. Commissie*), par. 28; en HvJ EG 10 juli 1986, 234/84, *Jur.* 1986, p. 2263 (*België t. Commissie*), par. 28. Zie verder HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373, par. 21; HvJ EG 29 juni 1994, C-135/92, *Jur.* 1994, p. I-2885 (*Fiskano*), par. 39; en HvJ EG 12 februari 1992, C-48/90 en C-66/90, *Jur.* 1992, p. I-565 (*Nederland e. a. t. Commissie*), par. 44.

<sup>117</sup> Lenaerts & Vanhamme 1997, p. 535.

<sup>118</sup> Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 226.

<sup>119</sup> Wenders 2010, p. 134. Zie verder de volgende jurisprudentie: HvJ EG 9 juni 2005, C-287/02, *Jur.* 2005, p. I-5093 (*Spanje t. Commissie*), par. 37 (en aldaar aangehaalde jurisprudentie); HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*), par. 37; HvJ EG 1 oktober 2009, C-141/08 P, *Jur.* 2009, p. I-9147 (*Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware t. Raad*), par. 83; HvJ EU 21 december 2011, C-27/09 P, *Jur.* 2011, p. I-13427 (*Frankrijk t. People's Mojahedin Organization of Iran*), par. 64-65; en HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373 (*Commissie t. Lisrestal*), par. 21.

<sup>120</sup> Tridimas 2006, p. 415.

<sup>121</sup> HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*), par. 9.

verdedigingsbeginsel te allen tijde gerespecteerd moet worden.<sup>122</sup> De verdedigingsrechten zijn voor de rechterlijke procedure dan ook gecodificeerd in de artikelen 47 en 48 Handvest.

### 3.5 Deelconclusie

De fundamentele procesrechten die voortvloeien uit het Unierecht hebben zich de afgelopen decennia enorm ontwikkeld. Als algemeen rechtsbeginsel zijn de verdedigingsrechten van toepassing verklaard op alle procedures waarin sprake is van een voor de betreffende persoon bezwarende maatregel. Daarnaast zijn elementen van het verdedigingsbeginsel gecodificeerd in het Handvest. Voor administratieve procedures zijn deze verdedigingsrechten terug te vinden in artikel 41 Handvest dat het recht op een behoorlijk bestuur regelt. Deze bepaling is echter alleen van toepassing in procedures tegen de instellingen van de Unie. Naast artikel 41 Handvest vereist artikel 4 lid 2 Handvest een eerlijk proces en zijn in artikel 48 lid 2 Handvest verschillende verdedigingsrechten opgenomen voor degene tegen wie een strafvervolgning is ingesteld. Zowel het verdedigingsbeginsel als deze Handvestbepalingen zijn van toepassing op nationale procedures met een Uniedimensie. Hoewel het verdedigingsbeginsel in theorie aanvullende bescherming kan bieden, hebben Luxemburgse rechters erop gewezen dat omwille van de rechtszekerheid geen licht dient te zitten tussen de reikwijdte van het Handvest en andere bronnen.<sup>123</sup>

## 4 HET NATIONALE RECHT

### 4.1 Inleiding

Het EVRM heeft in het Nederlandse bestuursprocesrecht een belangrijke plaats ingenomen. Regelmatig bezien de wetgever en rechter of het EVRM vereist tot aanpassing van de Awb of de daarop gebaseerde jurisprudentie. Vooral in de vierde tranche van de Awb komen de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM aan de orde bij het onderdeel over bestuurlijke boeten.<sup>124</sup> Niet alleen Nederlandse wetgeving moet EVRM-proof zijn, maar ook een bestuursorgaan zoals de ACM moet het EVRM respecteren.<sup>125</sup> Daarnaast heeft de rechter, ook wanneer partijen geen beroep op het EVRM doen, de verplichting om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen,<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Zie bijvoorbeeld ook HvJ EG 7 juni 1983, 100/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique Diffusion Française t. Commissie*), par. 10; GvEA EG 10 maart 1992, T-11/89, *Jur.* 1992, p. II-757 (*Shell t. Commissie*), par. 39; en HvJ EG 16 maart 2000, C-395/96 P en C-396/96 P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (*Compagnie maritime belge t. Commissie*), par. 142.

<sup>123</sup> Lenaerts 2012, p. 375-423; en Rosas 2012, p. 1269-1288.

<sup>124</sup> Zie voor de rol die het EVRM heeft gespeeld als correctiemechanisme voor het Awb: Barkhuysen & Van Emmerik 2010, p. 557-587.

<sup>125</sup> Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 116.

<sup>126</sup> Artikel 8:69 lid 2 Awb.

bijvoorbeeld met het EVRM.<sup>127</sup> Hiervoor is echter benadrukt dat niet alleen het EVRM van belang is voor het Nederlandse bestuursrecht en de bestuurspraktijk, maar ook de eisen die voortvloeien uit de Uniegrondrechten. Met het EVRM en de Uniegrondrechten is het pakket aan mogelijke rechten op een eerlijk proces niet compleet. Een laatste bron van fundamentele rechten op een eerlijk proces is immers het nationale recht. In paragraaf 4.2 zal worden besproken in hoeverre rechten op een eerlijk proces zijn opgenomen in de nationale wetgeving. In deze paragraaf zal, naast een bespreking van de verdedigingsrechten in het bestuursprocesrecht (deelparagrafen 4.2.1 en 4.2.2), het onderscheid tussen ‘zware’ en ‘lichte’ boeteprocedures geanalyseerd worden (deelparagraaf 4.2.3). Deze analyse is noodzakelijk voor de casestudies in deel twee van dit proefschrift aangezien de toepassing van de verdedigingsrechten in boeteprocedures afhangt van de aard van de procedure – voor ‘lichte’ boeteprocedures gelden in principe minder verdedigingsrechten dan voor ‘zware’ boeteprocedures. In de derde deelparagraaf (deelparagraaf 4.3) zal kort stil worden gestaan bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uit deze beginselen kunnen immers ook procedurele eisen voortvloeien. De daaropvolgende paragrafen zullen in het teken staan van de toepassing van de Unierechtelijke grondrechten in nationale procedures (deelparagraaf 4.4) en de verhouding tussen het Handvest en de nationale grondrechten (deelparagraaf 4.5). De laatste paragraaf zal de bevindingen kort samenvatten (deelparagraaf 4.6).

## 4.2 De (fundamentele) procesrechten in de Awb

### 4.2.1 Geen grondrechten voor een eerlijk proces

In Nederland heeft het recht op een eerlijk proces (en de daarin vervatte verdedigingsrechten) geen grondwettelijke status<sup>128</sup>, ondanks de meerwaarde die een grondwettelijk recht op een eerlijk proces zou bieden.<sup>129</sup> Ook in het Nederlandse bestuursrecht is het verdedigingsbeginsel als zodanig niet gecodificeerd;<sup>130</sup> het Nederlandse bestuursrecht heeft het verdedigingsbeginsel dan ook niet algemeen

<sup>127</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 januari 2013, AB 2013/198, m.nt. R. Ortlep, ECLI:NL:RVS:2013:BY8254.

<sup>128</sup> Het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter wordt wellicht in de Grondwet opgenomen. Dit schreef de minister van BZK op 6 juni 2013 in een brief aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I*, 31 570, G).

<sup>129</sup> Volgens het proefschrift van B.J.G. Leeuw kan het opnemen van een recht op een eerlijk proces bijvoorbeeld bijdragen aan het op een betere wijze realiseren van het recht op een eerlijk proces in het nationale strafproces. Daarnaast kan de meerwaarde bestaan in het creëren van een betere doorwerking van het EVRM binnen de nationale strafrechtsorde. Zie Leeuw 2013.

<sup>130</sup> Nederland staat hier vrijwel alleen. Zie voor een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van het beginsel in de lidstaten de conclusie van A-G Warner van 19 september 1974 in *Jur.* 1974, 17/74, p. 1088-1089 (*Transocean Marine Paint t. Commissie*). Naast Nederland bestond het verdedigingsbeginsel ook niet in het Italiaanse bestuursrecht. In de literatuur is reeds verscheidende malen gepleit voor opname van een met artikel 6 EVRM vergelijkbaar grondrecht in de Grondwet. Zie bijvoorbeeld Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009.

aanvaard als afzonderlijk beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>131</sup> In de literatuur is echter geopperd dat vanuit Europese optiek regulering van het beginsel in de Awb de voorkeur zou verdienen.<sup>132</sup>

Wel zijn elementen van het recht op een eerlijk proces opgenomen in de Awb en specifieke wetgeving.<sup>133</sup> Het verdedigingsbeginsel is dan ook als een beginsel onomstreden.<sup>134</sup> Het verdedigingsbeginsel is voornamelijk in rechtspraak tot ontwikkeling gekomen.<sup>135</sup> Deelaspecten van het verdedigingsbeginsel, zoals het recht om gehoord te worden, zijn overigens wel gecodificeerd in de Awb.<sup>136</sup> De specifieke eisen die uit de Awb voortvloeien zijn vaak op artikel 6 EVRM gebaseerd.<sup>137</sup> Deze eisen zijn echter niet altijd te herkennen als verdedigingsrechten, maar zijn soms geformuleerd als een zorgvuldigheidsplicht die op het bestuursorgaan ligt.<sup>138</sup>

#### 4.2.2 De deelaspecten van het verdedigingsbeginsel

In het bestuursrecht wordt het verdedigingsbeginsel beschouwd als de kern van normen die gelden voor een behoorlijke procedure. Het beginsel wordt ook wel gelijkgesteld met het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>139</sup> De kern van het beginsel van hoor en wederhoor wordt gevormd door het recht om het eigen standpunt naar behoren naar voren te brengen (c.q. om informatie te verschaffen) en het recht om op de hoogte te zijn van de standpunten van de andere partijen en daarop te kunnen reageren (c.q. om informatie te ontvangen).<sup>140</sup> De rechten om informatie te verschaffen en te ontvangen zijn nauw met elkaar verbonden. Het horen van belanghebbenden en hun de gelegenheid bieden om hun standpunt naar voren te brengen, is immers alleen zinvol wanneer zij over de relevante stukken beschikken en zij ter ondersteuning van

<sup>131</sup> Wenders 2010, p. 304.

<sup>132</sup> Widdershoven e.a. 2007, p. 84-85.

<sup>133</sup> Wanneer de Mw (als *lex specialis*) niet voorziet in bepaalde verdedigingsrechten, dan kan teruggegrepen worden op de Awb (als zijnde een *lex generalis*).

<sup>134</sup> Wenders 2010, p. 90; Widdershoven e.a. 2007, p. 78.

<sup>135</sup> Zie Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, 2011, hoofdstuk 7; Addink 1999; en Nicolai 1990.

<sup>136</sup> Gerards stelt echter de vraag of niet meer rechtsbeginselen in de Awb gecodificeerd moeten worden: Gerards 2010, p. 787-807.

<sup>137</sup> Rapport Cie Evaluatie Awb III, p. 53.

<sup>138</sup> Zoals bijvoorbeeld de hoorplicht in de primaire besluitvorming. Het horen op grond van artikel 4:8 Awb geschiedt echter niet (primair) met het oog op de rechten van verdediging van betrokkene, maar staat vooral in dienst van een goede en zorgvuldige voorbereiding van het besluit door een zo adequaat mogelijke feitenverzameling. Het gevolg is dat het horen in de primaire fase nauwelijks procedurele waarborgen bevat, bijvoorbeeld omtrent het verstrekken van de nodige informatie door het bestuursorgaan of het verlenen van voldoende tijd voor de voorbereiding van de verdediging. Zie hierover meer Widdershoven e.a. 2007, p.82 en de casestudie over het hoorrecht.

<sup>139</sup> Wenders 2010, p. 90.

<sup>140</sup> Wenders 2010, p. 93.

hun standpunt stukken aan het bestuur kunnen overleggen.<sup>141</sup> Het inzagerecht is daarmee een concrete uitwerking van het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>142</sup>

De gelijkstelling van het verdedigingsbeginsel met het beginsel van hoor en wederhoor gaat echter maar gedeeltelijk op.<sup>143</sup> Het verdedigingsbeginsel bevat namelijk ook andere deelaspecten, zoals het recht op voldoende gelegenheid voor de voorbereiding van het eigen standpunt, gelijke processuele mogelijkheden voor partijen,<sup>144</sup> het recht op rechtsbijstand, het recht op bescherming van de correspondentie tussen advocaat en cliënt, het recht op geheimhouding van zakengeheimen en andere vertrouwelijke stukken, en het recht om zichzelf niet te incrimineren (en het daaraan verbonden zwijgrecht).<sup>145</sup> Een aantal van deze deelaspecten is terug te vinden in de Awb waarin is geregeld hoe en wanneer partijen welke informatie dienen te ontvangen, hoe en wanneer partijen mondeling en/of schriftelijke zienswijzen naar voren kunnen brengen, en hoe het recht op een hoorzitting of het horen van getuigen en deskundigen is geregeld. Deze specifieke 'inrichtingseisen' zullen in de betreffende casestudies uitvoerig worden behandeld.

#### 4.2.3 De verdedigingsrechten in 'zware' en 'lichte' boeteprocedures

In de vierde tranche van de Awb wordt voor de toepassing van verschillende verdedigingsrechten (zoals het recht om gehoord te worden) een onderscheid gemaakt tussen zogeheten 'zware' en 'lichte' boeteprocedures. Dit onderscheid is echter niet vergelijkbaar met het onderscheid dat in artikel 6 EVRM wordt gemaakt tussen '*civil rights and obligations*' en '*criminal charges*' (zie hierover het volgende hoofdstuk).<sup>146</sup> Het onderscheid in de Awb bestaat uit bestuurlijke boetes onder en boven de € 340. Voor boetes boven de € 340 voorziet de Awb in een zwaardere procedure. De Nederlandse

<sup>141</sup> Wenders 2010, p. 268.

<sup>142</sup> Wenders 2010, p. 280. In de literatuur zijn de meningen verdeeld of een zelfstandig recht op inzage bestaat indien een belanghebbende niet is gehoord. Koenraad & Sanders zijn voor een dergelijk zelfstandig inzagerecht, terwijl De Waard een algemeen inzagerecht in stukken voor personen die niet gehoord zullen worden minder vanzelfsprekend vindt. Zie Koenraad & Sanders 2006, p. 74; en De Waard 1987, p. 292.

<sup>143</sup> Zie bijvoorbeeld Gerbrandy die van mening is dat de terminologie 'recht om gehoord te worden' (of hoorrechten) vaak wordt gebruikt als equivalent van 'rechten van verdediging' of 'rechten van verweer', terwijl volgens haar de rechten onderdeel uitmaken van het bredere begrip. Als breed concept omvat het recht van verdediging in ieder geval het recht om te worden gehoord, het recht om tijdig op de hoogte te worden gesteld van de beschuldiging en de inhoud daarvan, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht, de cautieplicht, en de toetsing van een bestuurlijke boete in twee instanties. Gerbrandy 2011, p. 105.

<sup>144</sup> Het is vaste rechtspraak dat het beginsel van '*equality of arms*' niet ziet op de bestuurlijke besluitvorming. Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 juli 2006, JB 2006/268, m.nt. D.W.M. Wenders, AB 2008/144, m.nt. A.M.L. Jansen.

<sup>145</sup> De eerste twee genoemde deelaspecten worden genoemd door De Waard en Wenders. Zie De Waard 1987, p. 246-303; en Wenders 2010, p. 91. De overige deelaspecten zijn opgesomd door Widdershoven e.a. 2007, p. 80.

<sup>146</sup> Conform de uitspraak van het EHRM in EHRM 23 november 2006, 73053/01, AB 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen (*Jussila t. Finland*).

wetgever heeft hiermee een onderscheid gemaakt in de mate van gelding van de rechtswaarborgen naargelang de hoogte van de sanctie.

De zware procedure houdt in dat de betrokkene steeds moet worden gehoord en van de overtreding een rapport moet worden gemaakt. Daarnaast geldt voor de zware boeteprocedure het vereiste van de zogenoemde functiescheiding (tussen onderzoek en besluitvorming) en een langere verjaringstermijn (vijf jaar in plaats van twee jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden).<sup>147</sup> Uit de memorie van toelichting bij de Awb volgt dat het antwoord op de vraag of het een lichte of zware boete betreft afhangt van de context waarin deze wordt opgelegd. De grens van € 340 is oorspronkelijk ontleend aan de maximale boete die op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften kan worden opgelegd. Bij wettelijk voorschrift kan echter een andere financiële grens voor de toepasselijkheid van de lichte procedure worden gegeven, zoals bijvoorbeeld bij het markttoezicht waar de grens van wat als een lichte boete wordt ervaren aanzienlijk hoger zal liggen dan € 340.<sup>148</sup> Ofschoon in de memorie van toelichting expliciet het markttoezicht wordt genoemd als gebied waar de grens hoogstwaarschijnlijk hoger moet liggen, is in de Mw (voor de van toepassing zijnde rechtswaarborgen) geen specifiek onderscheid gemaakt tussen lichte en zware boetes.<sup>149</sup> Op basis hiervan geldt de grens van € 340 ook voor bestuurlijke boetes die bij schendingen van de Mw worden opgelegd. Vanuit een puur theoretisch perspectief bekeken, zijn de ondernemingen die op basis van de clementieprocedure boete-immuniteit hebben gekregen dus van de zware boeteprocedure uitgezonderd. Strikt genomen hebben deze ondernemingen immers geen recht op het zwaardere rechtswaarborgenregime, zoals bijvoorbeeld het recht dat betrokkene steeds moet worden gehoord, omdat de boete minder dan € 340 bedraagt. In de praktijk wordt echter gekozen om het zwaardere rechtswaarborgenregime ook te laten gelden voor situaties waar geen boete is opgelegd.

### 4.3 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur

#### 4.3.1 De toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Naast bepaalde rechten op een eerlijk proces die in de Awb zijn opgenomen, wordt het handelen van bestuursorganen genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn echter niet op elke bestuurshandeling van toepassing. Het van toepassing zijn van deze beginselen hangt af van de aard van de handeling: feitelijke handeling, rechtshandeling, besluit of beschikking. Voor wat betreft besluiten en beschikkingen geldt dat alle in de Awb

<sup>147</sup> Artikel 5:53 Awb.

<sup>148</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 121-122 (MvT).

<sup>149</sup> Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het fiscaal recht waarin de lichte boeteprocedure van toepassing is verklaard voor procedures waarin verzuimboetes (van ten hoogste € 4920) kunnen worden opgelegd. Zie artikel 67pa Algemene wet inzake rijksbelastingen. Zie verder voor een overzicht van de specifieke, afwijkende grenzen voor de toepassing van de lichte en zware boeteprocedure: Jansen 2012.



gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.<sup>150</sup> Dit betekent dat de ACM bij het nemen van een beschikking zich rekenschap dient te geven dat de beschikking in overeenstemming is met de deze beginselen.

Er bestaan twee soorten beginselen van behoorlijk bestuur: materiële beginselen en formele beginselen. De materiële beginselen zeggen iets over de inhoud van een besluit, terwijl de formele beginselen iets zeggen over de wijze waarop een besluit tot stand moet worden gebracht (de besluitvormingsprocedure) of over de formele eisen waaraan een besluit moet voldoen.<sup>151</sup> De meest voorkomende algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verbod van *détournement de pouvoir*, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>152</sup> Een aantal van deze beginselen is gecodificeerd in de Awb, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel<sup>153</sup> en het evenredigheidsbeginsel.<sup>154</sup> Het zijn zogeheten kapstokbepalingen: het is aan de rechtspraak overgelaten om invulling te geven aan deze beginselen.<sup>155</sup> Het gelijkheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zijn echter niet gecodificeerd in de Awb.<sup>156</sup>

#### 4.3.2 Het zorgvuldigheidsbeginsel

Een voor de casestudies relevant beginsel betreft het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Het zorgvuldigheidsbeginsel, dat in vage termen in de Awb is opgenomen,<sup>157</sup> vereist onder meer dat het bestuursorgaan (voordat een besluit wordt genomen) de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Hiertoe heeft het een zelfstandige onderzoeksplicht.<sup>158</sup> Het artikel heeft dus betrekking op het (formeel aspect van het) inwinnen van informatie.<sup>159</sup>

<sup>150</sup> Artikel 3:1 Awb.

<sup>151</sup> Schlössels 2013, p. 187.

<sup>152</sup> Zie voor een uitvoerige bespreking van deze beginselen: Nicolai 1990. Verder verschijnt regelmatig in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht een kroniek over de beginselen van behoorlijk bestuur.

<sup>153</sup> Artikel 3:2 Awb.

<sup>154</sup> Artikel 3:4 Awb.

<sup>155</sup> Nicolai 2009, p. 36.

<sup>156</sup> Het gelijkheidsbeginsel is niet neergelegd in de Awb omdat dit voor een belangrijk deel al tot uitdrukking komt in artikel 1 Gw (discriminatieverbod). De problematiek van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel was volgens de ontwerpers van de Awb te complex om in wettelijke bepalingen te gieten.

<sup>157</sup> De reden om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, in vage normen te codificeren is gelegen in het feit dat een gedetailleerde uitwerking van de beginselen tot verstarring zou kunnen leiden, aldus de wetgever. 'Het nadeel van de vaagheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft immers als keerzijde het voordeel van de flexibiliteit. Door hun open karakter kunnen de beginselen worden toegesneden op de concrete situatie, hetgeen voorkomt dat eisen worden gesteld die in het concrete geval geen functie hebben. [...]. Anderzijds ligt er ook een belangrijke taak voor de rechter. Het is immers vooral in de jurisprudentie dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur concreter inhoud krijgen.' *Kamerstukken II 1998/99, 26360, 1, p. 24.*

<sup>158</sup> Artikel 3:2 Awb.

<sup>159</sup> Van Ballegooij 2008, p. 90.



Bij het opleggen van sancties rust dan ook op het bestuursorgaan de plicht voldoende overtuigend bewijs te leveren van een overtreding. Slaagt het bestuursorgaan daar niet in, dan is het sanctiebesluit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>160</sup> In de rechtspraak zijn dan ook verschillende onderzoeksplichten geformuleerd. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval wordt van een bestuursorgaan verwacht dat het in meer of mindere mate ambtshalve activiteiten ontplooit om ontbrekende feiten vast te stellen.<sup>161</sup> Zo kan op een bestuursorgaan, op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, de plicht rusten om belanghebbenden te horen alvorens een besluit te nemen. Met betrekking tot punitieve procedures geldt bovendien de eis dat aan de bewijsvoering van de overtreding hoge eisen worden gesteld.<sup>162</sup> Daarnaast moet het bestuursorgaan de belangen van de belanghebbenden zorgvuldig behandelen. Concreet kan dit betekenen dat het bestuursorgaan, zoals de ACM, de wederpartij voldoende moet informeren over de gevolgen van een bepaalde procedure (zoals de clementie- of schikkingsprocedure) en haar bovendien gelegenheid moet geven daarover juridisch advies in te winnen.<sup>163</sup> Voor beschikkingen is, in aanvulling op deze algemene zorgvuldigheidsplicht, een nader uitgewerkte regeling geboden voor het horen van belangen in de voorbereidingsfase.<sup>164</sup> Op grond van deze bepalingen is de ACM verplicht om, indien zij meer inlichtingen dient te verkrijgen, de belanghebbenden te horen alvorens een besluit te nemen.<sup>165</sup>

#### 4.4 De toepassing van Uniegrondrechten in Nederlandse mededingingsprocedures

In paragraaf 3 van dit hoofdstuk zijn de Uniegrondrechten genoemd die van toepassing kunnen zijn op nationale zaken. Daarvoor is vereist dat het nationale geschil een ‘aanknoping’ heeft met het Unierecht. Uit rechtspraak van het Hof volgt dat een dergelijke aanknoping kan worden aangenomen wanneer een nationale procedure bijvoorbeeld uitvoering geeft aan primair of secundair recht. Voor mededingingsprocedures in Nederland kan de aanwezigheid van een aanknopingspunt, in de literatuur ook wel aangeduid als *trigger rule*,<sup>166</sup> afhangen van de vraag of alleen het nationale mededingingsrecht wordt toegepast (bijvoorbeeld het kartelverbod van artikel 6 Mw) of ook het Europese mededingingsrecht (dus het equivalente kartelverbod: artikel 101 VWEU). De ACM is verplicht het Europees mededingingsrecht parallel aan het nationaal mededingingsrecht toe te passen wanneer sprake is van

<sup>160</sup> Daarnaast moet het bestuursorgaan de belangen van eventuele derden-belanghebbenden bij de besluitvorming afwegen. Gaat het om een verzoek tot handhaving door een derde-belanghebbende dan kan, wanneer deze feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit de overtreding zou voortvloeien, op het bestuursorgaan de last drukken zorgvuldig onderzoek naar die feiten en omstandigheden te doen. Van Ballegooij 2008, p. 91.

<sup>161</sup> Van Ballegooij 2008, p. 92.

<sup>162</sup> Rb. Rotterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7123.

<sup>163</sup> De Graaf 2004, p. 39.

<sup>164</sup> Artikel 4:7 en 4:8 Awb. Zie hierover meer de casestudie over het hoorrecht.

<sup>165</sup> Zie ook Van Angeren & Polak 200, p. 146.

<sup>166</sup> Veenbrink 2015, p. 116-125.

een effect op de tussenstaatse handel. Wanneer het Europees mededingingsrecht wordt toegepast, kan een aanknoping met het Unierecht worden vastgesteld en zijn de Uniegrondrechten van toepassing.<sup>167</sup> In een dergelijke situatie is immers in het kader van het Unierecht uitvoering gegeven aan Verordening 1/2003.<sup>168</sup> Gezien de ruime interpretatie van het begrip ‘tussenstaatse handel’<sup>169</sup> past de ACM in de meeste zaken ook het Europees mededingingsrecht toe waardoor ook de Uniegrondrechten worden geactiveerd.

Een beroep op de Uniegrondrechten kan echter ook slagen wanneer sprake is van een zuiver interne situatie, dus wanneer alleen het nationale mededingingsrecht wordt toegepast. Ten eerste is het mogelijk dat de ACM vrijwillig overgaat tot het toepassen van de Uniegrondrechten.<sup>170</sup> Ook voor wat op het eerste gezicht zuiver nationale zaken betreft, is het echter niet uitgesloten dat de rechtspraak van het Hof zodanig evolueert dat het Handvest ook van toepassing is vanwege het feit dat de betreffende nationale wetgeving (in dit geval de Mw) regelmatig verwijst naar specifieke Europeesrechtelijke bepalingen (zoals de bepalingen uit Verordening 1/2003).<sup>171</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 58a Mw waarin staat dat de ACM een structurele maatregel als bedoeld in artikel 7 van Verordening 1/2003 kan opleggen. In de zaak *Cicala* oordeelde het Hof immers dat de betreffende zaak een zuiver intern geschil betrof (ondanks dat de specifieke Siciliaanse wetgeving verwees naar Unierechtelijke beginselen), maar het sloot niet uit dat wanneer de lokale wetgeving had verwezen naar specifieke Uniewetgeving er wel sprake geweest zou kunnen zijn van een Uniedimensie.<sup>172</sup> Het volgen van deze jurisprudentielijn impliceert dat het Handvest ook van toepassing is op puur nationale mededingingsgeschillen. Ondersteuning voor deze conclusie kan gevonden worden in de zaak *FNV Kunsten* van het Hof. Hoewel het in deze zaak draaide om de bevoegdheid van het Hof om een prejudiciële vraag te beantwoorden, en niet om de toepassing van het Handvest, gaf het Hof interessante overwegingen over de verhouding tussen het Europees en het nationaal mededingingsrecht. Volgens het Hof geeft artikel 6 lid 1 Mw de wezenlijke inhoud van artikel 101 lid 1 VWEU weer en heeft de Nederlandse wetgever het Nederlandse mededingingsrecht uitdrukkelijk willen harmoniseren met het Europese mededingingsrecht. Hoewel de prejudiciële vraag

<sup>167</sup> Zie ook Nehl 2014, p. 1290.

<sup>168</sup> Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1/1, (‘Verordening 1/2003’) artikel 3 lid 1.

<sup>169</sup> Whish 2008, p. 144.

<sup>170</sup> Zie over de vrijwillige adoptie van Unierechtelijke beginselen: Jans e.a 2002, p. 27 en 237. Volgens de auteurs bestaat geen twijfel over de toepasselijkheid van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel in zaken waarin nationale organen uitvoering geven aan het Europese mededingingsrecht.

<sup>171</sup> De volgende bepalingen in de Mw verwijzen naar Verordening 1/2003: artikel 58a (het opleggen van een structurele maatregel in de zin van artikel 7 van Verordening 1/2003), artikel 89a (het krachtens artikel 29 lid 2 Verordening 1/2003 verleende bevoegdheid tot het buiten toepassing verklaren van de groepsvrijstelling), artikel 89d, lid 1 (het uitvoeren van een inspectie als bedoeld in artikel 21 lid 1 Verordening 1/2003) en artikel 89, lid 2 (het toetsen van een machtiging door de rechter-commissaris in de zin van artikel 21 lid 3 Verordening 1/2003).

<sup>172</sup> HvJ EU 21 december 2011, C-482/10 (n.n.g.) (*Cicala t. Regione Siciliana*), par. 25.

alleen artikel 6 Mw betrof, en niet artikel 101 VWEU, achtte het Hof zich bevoegd om de gestelde vragen te beantwoorden nu artikel 6 Mw op een wijze uitgelegd moet worden die strookt met de uitlegging van artikel 101 VWEU.<sup>173</sup>

#### 4.5 De verhouding tussen Uniegrondrechten en nationale grondrechten

De deelparagraaf hiervoor illustreert dat de Uniegrondrechten van toepassing zijn in de meeste procedures waar de ACM een bezwarende maatregel oplegt. Deze procedures worden vaak beheerst door zowel de Uniegrondrechten als het EVRM. Indien de procedure echter een zuiver interne situatie betreft, dan staat in een nationale procedure alleen een beroep open op het EVRM en, in landen waar het recht op een eerlijk proces een grondrecht is, op de nationale grondrechtencatalogus.<sup>174</sup> Het is echter nog lang niet uitgekristalliseerd wat de verhoudingen zijn tussen de Uniegrondrechten enerzijds en de nationale grondrechten en het EVRM anderzijds. Voor wat betreft de verhouding tussen het Handvest en het EVRM is het uitgangspunt dat – wanneer sprake is van corresponderende rechten, dus wanneer een bepaling uit het Handvest is gebaseerd op het EVRM – het beschermingsniveau van de Handvestbepaling in ieder geval gelijk is aan het beschermingsniveau van het EVRM. Het HvJ EU moet bij de toepassing van een bepaling van het Handvest die correspondeert met een bepaling van het EVRM niet enkel de tekst van het EVRM in acht nemen, maar ook de concretisering van de inhoud en de reikwijdte van het daarin gegarandeerde recht door de rechtspraak van het EHRM.<sup>175</sup> Het Handvest kan echter ook meer bescherming bieden dan diens equivalente bepaling in het EVRM.<sup>176</sup> De jurisprudentie illustreert dat het HvJ EU het EVRM niet direct zal toetsen, maar indirect via een corresponderende bepaling uit het Handvest of door de betreffende bepaling aan te merken als algemeen rechtsbeginsel in de rechtsorde van de Unie. Het HvJ EU gebruikt hiervoor de formulering dat het ‘EVRM, zolang de Unie daarbij geen partij is, geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument is.’<sup>177</sup>

De nationale rechter bevindt zich in een wezenlijk andere positie dan de Unierechter. Deze kan niet, in tegenstelling tot het HvJ EU, uitsluitend overgaan tot een toetsing aan de Handvestbepaling wanneer een beroep is gedaan op de corresponderende EVRM-bepaling. Voor situaties waarin zowel het EVRM als het Unierecht in een nationale procedure van toepassing zijn, heeft het EHRM bepaald dat het optreden van een lidstaat ter uitvoering van een Unieverplichting in beginsel gerechtvaardigd wordt geacht zolang de Unie de eerbieding van de grondrechten garandeert op een wijze die equivalent is met de inhoudelijke en procedurele grondrechtenbescherming

<sup>173</sup> HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (n.n.g.) (*FNV Kunsten Informatie en Media t. Nederland*).

<sup>174</sup> HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (n.n.g.) (*Dereci*), par. 72.

<sup>175</sup> Toelichting bij artikel 52 lid 3 Handvest. Zie verder HvJ EU 22 december 2010, C-279/09 (n.n.g.) (*DEB t. Duitsland*), par. 35 en HvJ EU 5 oktober 2010, C-400/10 PPU (n.n.g.), (*McB*), par. 53. Zie ook Conclusie A-G Trstenjak van 22 september 2011, C-411/10 (n.n.g.) (*N.S.*), par. 144.

<sup>176</sup> Artikel 52 lid 3 Handvest.

<sup>177</sup> HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 (n.n.g.) (*Schindler*).

van het EVRM. Dit vermoeden van equivalente bescherming kan worden weerlegd als uit de omstandigheden van een zaak blijkt dat de bescherming kennelijk tekortschiet.<sup>178</sup> Ten aanzien van de verhouding tussen nationale fundamentele rechten en Uniegrondrechten heeft het HvJ EU in de zaak *Melloni* uitspraak gedaan over de reikwijdte van artikel 53 Handvest. Deze bepaling geeft het beschermingsniveau van de rechten en beginselen uit het Handvest weer. In de zaak *Melloni* oordeelde het HvJ EU dat de lidstaten nog steeds nationale fundamentele rechten mogen beschermen, mits 'daardoor het beschermingsniveau van het Handvest zoals door het HvJ EU uitgelegd, en de voorrang, eenheid en werking<sup>179</sup> van het Unierecht niet in het gedrang komen'.<sup>180</sup> De drie randvoorwaarden, voorrang, eenheid en doeltreffendheid, kunnen dus een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten onmogelijk maken. Het HvJ EU heeft aangegeven hiermee te willen vermijden 'dat een bescherming van de grondrechten zou kunnen variëren naar gelang het betrokken nationale recht'.<sup>181</sup> Deze beperking lijkt niet alleen te gelden voor nationale grondrechten, maar ook – zoals blijkt het uit advies van het HvJ EU over de toetreding van de Unie tot het EVRM – voor het EVRM zelf.<sup>182</sup> Het ontwerp voor de toetredingsverdrag regelde namelijk niets met betrekking tot de mogelijkheid in het EVRM om een hogere bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau te bieden dan het Handvest. Daarnaast geldt dat een hogere bescherming van nationale fundamentele rechten alleen mogelijk is wanneer (i) de lidstaat voor de tenuitvoerlegging van het Unierecht een beoordelingsmarge heeft, en (ii) er geen consensus bestaat over het betreffende fundamentele recht.<sup>183</sup> De hogere bescherming van fundamentele rechten (of andere nationale grondrechten) door het EVRM zal echter mogelijk stuiten op de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht.

#### 4.6 Deelconclusie

Nederland kent geen grondrecht op een eerlijk proces. In de Awb zijn wel specifieke verdedigingsrechten opgenomen die zijn geïnspireerd op artikel 6 EVRM. Sommige van deze verdedigingsrechten zijn echter alleen van toepassing in zware boeteprocedures, tenzij specifieke wetgeving anders bepaalt. Of specifieke wetgeving, zoals de mededingingswetgeving, meer verdedigingsrechten toekent dan de Awb zal moeten blijken uit de te verrichten casestudies. Naast de verdedigingsrechten schrijft

<sup>178</sup> EHRM 30 juni 2005, 45036/98 (*Bosphorus t. Ierland*).

<sup>179</sup> I.e. doeltreffendheid. Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-617/00 (n.n.g.) (*Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson*), AB 2013/131 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2013/58, par. 3; en m.nt. J.M. Veenbrink & H.C.F.J.A. de Waele, par. 7.

<sup>180</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11 (n.n.g.) (*Melloni*).

<sup>181</sup> HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13 (n.n.g.) (*Siragusa*), par. 32.

<sup>182</sup> In het advies refereert het Hof ook aan deze jurisprudentie. Zie HvJ EU 18 december 2014, 2/13 (n.n.g.) (*Advies Toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*), par. 187-190.

<sup>183</sup> Zie de aangehaalde jurisprudentie van Veenbrink in: Veenbrink 2015, p. 118-120.

de Awb algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel.

Behalve de Awb zijn eisen op een eerlijk proces te vinden in het EVRM en het Unierecht. In tegenstelling tot het EVRM (dat direct doorwerkt in de nationale rechtsorde) zijn de Uniegrondrechten alleen van toepassing wanneer de nationale procedure ‘aanknoopt’ bij het Unierecht. In het mededingingsrecht is dit het geval wanneer de ACM naast het nationale ook het Europese mededingingsrecht toepast. De Uniegrondrechten kunnen eventueel een hoger beschermingsniveau bieden dan de nationale grondrechten (i.e. het EVRM). Het omgekeerde is niet altijd mogelijk: de nationale fundamentele rechten mogen alleen een hogere bescherming bieden wanneer de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht niet aangetast worden.

## 5 CONCLUSIE

De voor nationale mededingingsprocedures relevante rechten op een eerlijk proces vloeien voort uit verschillende bronnen die – min of meer – met elkaar in interactie zijn. De voor Nederlandse mededingingsprocedures meest relevante rechtsbron (aangezien deze onverkort van toepassing is) is het EVRM. Artikel 6 lid 1 EVRM schrijft het recht op een eerlijk proces voor. In deze bepaling zijn verschillende expliciete en impliciete procedurele rechten opgenomen. Twee belangrijke impliciete rechten die binnen het kader van het recht op eerlijk proces vallen, zijn het recht op een procedure op tegenspraak en het recht op gelijkheid van wapenen. Deze twee impliciete rechten behartigen verschillende aspecten van de rechten van verdediging. Zo vereist het recht van een procedure op tegenspraak dat alle partijen de beschikking krijgen over elkaars standpunten en schriftelijke stukken. Deze eisen gelden voor zowel procedures betreffende civielrechtelijke rechten en verplichtingen, als procedures betreffende strafrechtelijke vervolgingen. Met betrekking tot strafrechtelijke vervolgingen zijn deze eisen echter minder zichtbaar omdat voor deze procedures reeds specifieke verdedigingsrechten zijn opgenomen in artikel 6 leden 2 en 3 EVRM.

Naast het EVRM spelen de Uniegrondrechten (het Handvest en de daarin gecodificeerde grondrechten die als algemene beginselen gelden in de Europese rechtsorde) een belangrijke rol. Uit het Unierecht volgen twee relevante, procedurele grondrechten: het recht op een behoorlijk bestuur (artikel 41 Handvest) en het recht op een eerlijk proces (artikelen 47 en 48 Handvest). Het Hof heeft aangegeven dat het recht op een behoorlijk bestuur van toepassing is op het handelen van het bestuursorgaan. Deze bepaling geldt echter alleen voor de instellingen van de Unie en is dus niet gericht tot de lidstaten. Voor Nederlandse mededingingsprocedures is dus in principe geen gecodificeerd Uniegrondrecht beschikbaar, maar volgen de eisen op een eerlijk proces uit het verdedigingsbeginsel dat als grondrecht van toepassing kan zijn in nationale administratieve procedures. Vereist is dan wel dat de administratieve procedure een persoon aanmerkelijk in zijn belang treft. Is dat het geval, dan moet de betreffende persoon in staat worden gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken en hij dient toegang te krijgen tot de stukken waarop de bezwarende

maatregel wordt gestaafd. Een andere drempel is dat de nationale procedure een ‘aanknoping’ met het Unierecht moet hebben. De jurisprudentie over de toepassing van de Uniegrondrechten is volop in ontwikkeling. Vooralsnog lijken de Uniegrondrechten in ieder geval van toepassing te zijn wanneer in een nationale procedure ook het Europese mededingingsrecht wordt toegepast.

Een lastiger situatie ontstaat wanneer de Uniegrondrechten en het EVRM conflicteren. Doordat de EU nog geen partij is bij het EVRM, en daarmee ook niet onderworpen aan de rechtsmacht van het EHRM, ontstaat het gevaar van het uiteenlopen van het Straatsburgse en Luxemburgse beschermingsniveau.<sup>184</sup> Mede om deze reden is de toetreding van de EU tot het EVRM met het Verdrag van Lissabon mogelijk gemaakt.<sup>185</sup> Het uiteenlopen van het Straatsburgse en Luxemburgse beschermingsniveau zou in principe geen probleem moeten opleveren zolang dit tot een hoger niveau van bescherming van fundamentele rechten leidt. Zo moet het Handvest het beschermingsniveau van het EVRM eerbiedigen, maar mag het een hoger beschermingsniveau verschaffen. Op nationaal niveau kan een fundamenteel recht (bijvoorbeeld voortvloeiend uit het EVRM) ook een hoger beschermingsniveau bieden, mits de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht niet in het geding komen. Een voorbeeld van een bepaling waar het Handvest meer bescherming biedt, is het recht op een eerlijk proces zoals verwoordt in artikel 47 lid 2 Handvest. In tegenstelling tot artikel 6 lid 1 EVRM geldt deze bepaling ook buiten ‘civielrechtelijke’ en ‘strafrechtelijke’ procedures. Voor wat betreft andere procedurele grondrechten maakt het Handvest, in lijn met het EVRM, wel duidelijk een onderscheid tussen strafrechtelijke vervolgingen enerzijds en andere procedures anderzijds. Een voorbeeld is artikel 48 lid 2 Handvest dat specifieke verdedigingsrechten toekent aan degene tegen wie een vervolging is ingesteld. Voor dit onderzoek is het dan ook van een hoger belang om te bepalen wanneer in Nederlandse mededingingsprocedures sprake is van een strafrechtelijke vervolging, waarvoor een hoger niveau van rechtsbescherming geldt, dan het vaststellen van geschillen over burgerlijke rechten en plichten. Het volgende hoofdstuk zal dan ook volledig in het teken staan van deze verschillende categorieën van rechtsbescherming.

<sup>184</sup> Dit is met name problematisch wanneer het beschermingsniveau in Luxemburg lager is dan het beschermingsniveau in Straatsburg. De lidstaten van de EU zijn immers ook partij bij het EVRM en dienen dus ook het EVRM-beschermingsniveau te verzekeren. Daardoor kan een conflict van verplichtingen ontstaan. Zie Bulterman & Lawson 2003, p. 137-159.

<sup>185</sup> Artikel 6 lid 2 VEU en Veertiende Protocol aangehecht aan het EVRM. Zie hierover meer: Callewaert 2010, p. 101-107; Kuijer 2010, p. 932-947.





## 4 De reikwijdte van de fundamentele rechten

### 1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk zijn alle grondrechten van het EVRM en het Unierecht besproken die mogelijk van belang kunnen zijn bij de handhaving van het mededingingsrecht. Geconcludeerd werd dat met betrekking tot een aantal grondrechten er twee categorieën procedures zijn waarvoor verschillende niveaus van rechtswaarborgen gelden. De eerste categorie betreft procedures waarbij het draait om de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (*civil rights & obligations*). Deze procedures betreffen de rechten op een eerlijk proces die volgen uit artikel 6 lid 1 EVRM. In tegenstelling tot het EVRM kent het Handvest de categorie burgerlijke rechten en verplichtingen niet. Dit betekent dat de rechten die in artikel 47 tweede paragraaf Handvest zijn opgenomen, en die de rechten van artikel 6 lid 1 EVRM reflecteren, gelden voor alle geschillen die binnen de reikwijdte van het Handvest vallen. De tweede categorie betreft procedures waar sprake is van een strafrechtelijke vervolging (*criminal charges*). Zowel voor het EVRM als voor het Unierecht geldt dat sommige procedurele rechten alleen gelden voor deze procedures. Een voorbeeld is de verdedigingsrechten die volgen uit artikel 6 leden 2 en 3 EVRM en artikel 48 Handvest.<sup>1</sup>

Of extra (strafrechtelijke) waarborgen van toepassing zijn in mededingingszaken hangt af van verschillende factoren. In dit hoofdstuk zal voor elke procedure worden nagegaan of sprake is van een strafvervolging of een burgerlijk(e) recht of plicht. Getracht wordt een kader te schetsen waarin duidelijk is aan welk niveau van rechtsbescherming een onderneming (of individu) is onderworpen wanneer de ACM een bepaalde handhavingsprocedure volgt. Een eerste stap hiertoe is een bespreking van de jurisprudentie van het EHRM over burgerlijke rechten en plichten en over strafrechtelijke vervolgingen (paragraaf 2). Deze paragraaf staat volledig in het teken van de interpretatie die het EHRM aan deze procedures heeft gegeven. Voor wat betreft het begrip strafvervolging in het Handvest is aansluiting bij deze interpretatie mogelijk aangezien de Unierechters deze jurisprudentie expliciet in hun rechtspraak hebben overgenomen. Zoals zal blijken is deze jurisprudentie echter niet toegesneden op bijzondere procedures (procedures die buiten het klassieke strafrecht en het civiele recht vallen). De behandeling van deze jurisprudentie is dan ook slechts een eerste stap voor het vaststellen van het niveau van rechtsbescherming dat geboden moet worden in verschillende mededingingsprocedures.<sup>2</sup> Een tweede stap is het analyseren van EHRM-uitspraken waarin sprake is van een bijzondere toepassing van artikel 6 EVRM

---

<sup>1</sup> In het EVRM zijn de volgende bepalingen alleen van toepassing op strafvervolgingen: artikel 6 lid 2 en 3 EVRM en artikel 7 EVRM. In het Handvest gaat het om de volgende bepalingen: artikel 4 Protocol 7 bij het EVRM, artikel 48 Handvest, artikel 49 Handvest en artikel 50 Handvest. Zie verder ook het vorige hoofdstuk.

<sup>2</sup> Volgens Olcer zijn de dagen dat eenvoudigweg aan de Engel-criteria kon worden getoetst voorbij. Zie Olcer 2014c, p. 268.



(paragraaf 3), bijvoorbeeld doordat (i) binnen strafprocedures sprake kan zijn van een gedifferentieerd rechtsbeschermingsniveau of (ii) artikel 6 EVRM een betekenis krijgt via de band van materiële EVRM-rechten. In deze paragraaf zal de jurisprudentie van de Unierechters behandeld worden wanneer blijkt dat er overlap bestaat met deze EHRM-uitspraken of wanneer het Unierecht expliciet afwijkt van de lijn die het EHRM heeft ingezet. Vervolgens zal voor verschillende handhavingsprocedures in het mededingingsrecht het gewenste rechtsbeschermingsniveau worden weergegeven (paragraaf 4). In mededingingszaken kunnen verschillende vormen van handhaving (i.e. sancties) onderwerp van het geding zijn. De procedures die in deze paragraaf aan bod komen zijn de procedures waarin de ACM bevoegd is tot (i) het opleggen van een bestuurlijke boete, (ii) het verlenen van boete-immuniteit en -vermindering, (iii) het accepteren van (informele) toezeggingen, en (iv) het opleggen van een last onder dwangsom of zelfstandige last. Hoewel getracht wordt zo veel mogelijk procedures schematisch in een kader te plaatsen, zijn er zeker procedures te bedenken die niet in deze categorieën vallen. De veelheid aan procedures, de samenlopen tussen bestuurlijke, strafrechtelijke en civielrechtelijke procedures en de aanwezigheid van verschillende procesactoren bemoeilijken het schematisch plaatsen van de verschillende procedures in een kader waarbinnen duidelijk wordt welk beschermingsniveau van artikel 6 EVRM geldt.<sup>3</sup> Het schema fungeert dan ook als een handleiding waarvan in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken. Tot slot beantwoordt de conclusie de vraag welk rechtsbeschermingsniveau en welke rechtswaarborgen in principe van toepassing zijn op de verschillende handhavingsprocedures in het mededingingsrecht (paragraaf 5).

## 2 HET ONDERSCHIED TUSSEN PROCEDURES INZAKE BURGERLIJKE RECHTEN/PLICHTEN EN STRAFVERVOLGINGEN

### 2.1 Inleiding

In deze paragraaf komt het onderscheid tussen procedures inzake burgerlijke rechten en plichten en strafvervolgingen aan bod. Aan de hand van rechtspraak van het EHRM worden criteria vastgesteld op grond waarvan tot een strafvervolging of een conflict over een burgerlijk(e) recht of plicht kan worden geconcludeerd. De relevantie van het onderscheid tussen procedures inzake burgerlijke rechten en plichten en strafvervolgingen zit in de toepasbaarheid van fundamentele procesrechten. Voor zaken betreffende de aantasting van burgerlijke rechten en plichten geldt dat alleen een beroep mogelijk is op de fundamentele procesrechten die zijn opgenomen in artikel 6 lid 1 EVRM (en eventueel artikel 47 Handvest). Met betrekking tot strafvervolgingen geldt dat ook de fundamentele procesrechten van artikel 6 leden 2 en 3 EVRM en artikel 48 van toepassing zijn.

---

<sup>3</sup> Zie Ölçer 2014a.

Deze paragraaf geeft – gezien de casuïstieke rechtspraak van het EHRM – geen uitputtende opsomming van alle mogelijke procedures die onder artikel 6 EVRM kunnen vallen. Belangrijker is de beoordeling welke criteria of kenmerken van de overtreding en de sanctie (meestal) doorslaggevend zijn voor de vaststelling dat een procedure onder een van de categorieën van artikel 6 EVRM valt. In deelparagraaf 2.2 gaat het om de werkingssfeer van burgerlijke rechten en plichten waarvoor de rechtsbescherming geldt die is neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM. Hierop volgt een bespreking van de jurisprudentie van het EHRM over de vaststelling van strafrechtelijke vervolgingen die ook is overgenomen door de Unierechters (paragraaf 2.3). In deze paragraaf zal ook uitvoerig worden stilgestaan bij de voor mededingingsprocedures relevante vraag wanneer sprake is van het begin en einde van een strafvervolging. Deze paragraaf sluit af met een korte weergave van de reikwijdte van artikel 6 EVRM (deelparagraaf 2.4).

## 2.2 De werkingssfeer van burgerlijke rechten en plichten

### 2.2.1 *De autonome interpretatie van burgerlijke rechten en plichten*

Een eerste categorie procedures die onder de paraplu van artikel 6 lid 1 EVRM valt, zijn zaken betreffende burgerlijke rechten en plichten. In tegenstelling tot deze bepaling is de equivalente bepaling in het Handvest (artikel 47 tweede paragraaf) niet beperkt tot burgerlijke rechten en plichten. De relevantie van de hierna te bespreken jurisprudentie is daarmee beperkt tot nationale procedures waarin geen sprake is van een link met het Unierecht (waardoor het Handvest van toepassing is).

Volgens rechtspraak van het EHRM moet de uitdrukking burgerlijk(e) recht en plicht autonoom worden geïnterpreteerd; irrelevant is de vraag of bepaalde rechten of plichten naar nationaal recht een civielrechtelijk karakter hebben.<sup>4</sup> Met de zinsnede burgerlijke rechten en plichten, en met name het woord burgerlijk, heeft het EHRM een onderscheid willen maken tussen het privaatrecht en publiekrecht, waarbij burgerlijke rechten en plichten privaatrechtelijke rechten en plichten zijn die in principe de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM genieten.<sup>5</sup> In dit verband heeft het EHRM vastgesteld dat:

*‘The wording of Article 6, paragraph 1, [...] covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. [...] The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence.’<sup>6</sup>*

<sup>4</sup> EHRM 28 juli 1978, *Series A* vol. 27 (*König t. Duitsland*), par. 88.

<sup>5</sup> EHRM 28 juli 1978, *Series A* vol. 27 (*König t. Duitsland*), par. 95.

<sup>6</sup> EHRM 16 juli 1971, *Series A* vol. 13 (*Ringeisen t. Oostenrijk*), par. 94.

Op grond van deze vaststelling vallen geschillen over rechten en plichten tussen private personen *inter se* binnen de reikwijdte van artikel 6 lid 1 EVRM. Het is echter de vraag of dit ook het geval is voor betwistingen tussen een natuurlijke personen of rechtspersoon en de overheid. In principe vallen dergelijke betwistingen ook onder artikel 6 lid 1 EVRM wanneer de overheid onderworpen is aan het privaatrecht (overeenkomsten, overheidsondernemingen).<sup>7</sup> Een belangrijke factor voor zaken waar het een geding tussen een natuurlijk persoon of rechtspersoon en de overheid betreft, is of het betreffende recht of de betreffende plicht van financiële aard is of financiële gevolgen met zich meebrengt,<sup>8</sup> bijvoorbeeld ten aanzien van de eigendomsrechten van een natuurlijk persoon of rechtspersoon.<sup>9</sup> Zo vallen handelingen van de staat die financiële consequenties hebben voor een natuurlijk persoon of rechtspersoon binnen de reikwijdte van artikel 6 lid 1 EVRM, tenzij de overheid handelt in een van de gebieden die onderdeel zijn van de 'hardcore of public authority prerogatives',<sup>10</sup> zoals op het terrein van de Belastingdienst. Op grond hiervan kunnen onder burgerlijke rechten en plichten vrijwel alle civielrechtelijke en bestuursrechtelijke geschillen worden geschaard,<sup>11</sup> zoals bijvoorbeeld vorderingen tot vergoeding van schade op grond van een onrechtmatige overheidsdaad,<sup>12</sup> overheidshandelingen die een impact hebben op iemands recht op bedrijfsuitoefening<sup>13</sup> en overheidshandelingen die bepalend zijn voor eigendomsrechten.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Vande Lanotte & Haec 2004, p. 388.

<sup>8</sup> EHRM 26 maart 1992, *Series A* vol. 234 (*Editions Periscope t. Frankrijk*), par. 40; en EHRM 9 december 1994, *Series A* vol. 301 (*Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis t. Griekenland*). Zie, *inter alia*, EHRM 16 juli 1971, *Series A* vol. 13 (*Ringeisen t. Oostenrijk*), par. 94; en EHRM 28 juli 1978, *Series A* vol. 27 (*König t. Duitsland*), par. 90.

<sup>9</sup> EHRM 23 september 1982, 7151/75 en 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

<sup>10</sup> EHRM 12 juli 2001, 44759/98 (*Ferrazzini t. Italië*). Deze zaak betrof de verplichting om belasting te betalen. Alhoewel het ging om een 'financieel' geschil oordeelde het EHRM dat de 'public nature of the relationship between the taxpayer and the tax authority' beslissend was. Andere voorbeelden van 'hardcore public authority prerogatives' zijn politieke rechten en plichten, de uitlevering van vreemdelingen en geschillen betreffende dienstbetrekkingen bij de overheid. Zie Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 214-219.

<sup>11</sup> Zie hierover meer Viering 1994a.

<sup>12</sup> EHRM 25 november 1993, *Series A* vol. 279 (*Zander t. Zweden*).

<sup>13</sup> EHRM 7 juli 1989, *Series A* vol. 159 (*Tre Traktören Aktiebolag t. Zweden*); EHRM 28 mei 2002, 35605/97 (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 oktober 1987, *Series A* vol. 125 (*Pudas t. Zweden*); EHRM 23 oktober 1985, *Series A* vol. 97 (*Bentham t. Nederland*); EHRM 28 juli 1978, *Series A* vol. 27 (*König t. Duitsland*); en EHRM 19 maart 1997, 18357/91 (*Hornsby t. Griekenland*). Dus in principe, als, bijvoorbeeld, het verlenen, weigeren of intrekken van een bestuursrechtelijke vergunning van substantiële invloed is op iemands bedrijfsvoering, de mogelijkheid tot bedrijfsuitoefening of op concurrentieverhoudingen, dan is de rechtsbeschermingsprocedure tegen een daarop betrekking hebbende beschikking een zaak van het vaststellen van iemands burgerlijke rechten en verplichtingen. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 438.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 18 december 1984, *Series A* vol. 88 (*Sporrong and Lönnroth t. Zweden*); EHRM 28 maart 2000, 38042/97 (*Zanatta t. Frankrijk*); EHRM 22 februari 1984, 12954/97 (*Raimondo t. Italië*); en EHRM 23 april 1987, *Series A* vol. 117 (*Poiss t. Oostenrijk*).

### 2.2.2 De aanwezigheid van een conflict

Voor alle burgerlijke zaken die mogelijk binnen het bereik van artikel 6 EVRM vallen, geldt dat sprake moet zijn van een concreet<sup>15</sup> conflict tussen de natuurlijke persoon of rechtspersoon en de staat,<sup>16</sup> waarbij het conflict een duidelijk en rechtstreeks verband vertoont met een recht of plicht.<sup>17</sup> Met de zinsnede rechten en plichten gaat het volgens het EHRM om alle naar nationaal recht erkende of verdedigbare rechten en plichten.<sup>18</sup> Volgens het EHRM hoeft het conflict niet direct betrekking te hebben op de aanwezigheid van een recht of plicht, maar ook ‘to its scope or the manner in which it may be exercised’. Het onderwerp van het conflict mag zowel rechtsvragen als juridische vragen betreffen.<sup>19</sup> Wanneer inderdaad sprake is van een conflict, dan is het noodzakelijk dat de burgerlijke rechten en plichten zijn vastgesteld (*‘determined’*) door de beslissing waarop artikel 6 lid 1 EVRM van toepassing is. Dit is het geval wanneer de uitkomst van een beslissing rechtstreeks bepalend is voor de betreffende burgerlijke rechten en plichten; ‘a tenuous connection or remote consequences do not suffice’.<sup>20</sup> In bijvoorbeeld de zaak *Fayed* oordeelde het EHRM dat een onderzoek naar een mogelijke overname van Harrods door Fayed geen beslissing betrof die bepalend was voor een burgerlijk recht.<sup>21</sup>

### 2.2.3 Het begin en einde van de werkingssfeer

De werking van artikel 6 lid 1 EVRM begint op het moment dat burgerlijke rechten en plichten worden vastgesteld.<sup>22</sup> Van oudsher werden voorlopige voorzieningen niet gezien als procedures die burgerlijke rechten en plichten vaststelden, waardoor deze procedures niet de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM konden genieten.<sup>23</sup> In de zaak *Micallef* heeft het EHRM deze rechtspraak herzien en besloten dat artikel 6 EVRM – onder omstandigheden – ook op voorlopige voorzieningenprocedures van toepassing kan zijn. Hiervoor is bepalend of het gaat om een geschil over rechten die zowel in de

<sup>15</sup> Uitgesloten zijn hypothetische conflicten. Het moet dus gaan om een conflict van een ‘genuine and of a serious nature’. Zie EHRM 23 oktober 1985, *Series A* vol. 97 (*Bentham t. Nederland*), par. 32.

<sup>16</sup> Dit volgt uit het gebruik van het woord ‘contestation’ in de Franse versie van artikel 6 EVRM. Zie Harris, O’Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 214-215.

<sup>17</sup> Volgens Vande Lanotte & Haecck kan het conflict, indien het conflict handelt over een recht, ‘zowel slaan op het bestaan ervan als op de omvang of de modaliteiten van uitoefening ervan. Het conflict kan verder betrekking hebben op de feitelijke grondslag, de materialiteit van de feitelijke gegevens of de juridische kwalificatie ervan, of op punten van recht, zoals de (grond)wettigheid van de betwiste rechtshandeling, de interpretatie of de rechtsgevolgen van een toepasselijke regeling of van een overeenkomst.’ Zie Vande Lanotte & Haecck 2004, p. 391.

<sup>18</sup> Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130.

<sup>19</sup> EHRM 23 juni 1981, *Series A* vol. 43 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), par. 51; en EHRM 10 februari 1983, *Series A* vol. 58 (*Albert en Le Compte t. België*), par. 29.

<sup>20</sup> EHRM 23 juni 1981, *Series A* vol. 43 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), par. 47.

<sup>21</sup> EHRM 21 september 1994, *Series A* vol. 294 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*), par. 61.

<sup>22</sup> EHRM 16 juli 1971, *Series A* vol. 13 (*Ringeisen t. Oostenrijk*).

<sup>23</sup> EHRM 16 januari 2003, 62763/00 (*Verlagsgruppe News GMBH t. Oostenrijk*); en EHRM 8 juli 2004, 44734/98 (*Libert t. België*).

bodemprocedure als in de voorlopige voorzieningenprocedure als burgerlijk kunnen worden gekwalificeerd. Verder is voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM relevant of, gelet op de aard, het voorwerp en het doel van de voorlopige voorziening, de voorlopige voorziening feitelijk burgerlijke rechten en plichten vaststelt.<sup>24</sup>

Artikel 6 lid 1 EVRM geldt vervolgens voor alle opvolgende juridische procedures waarin burgerlijke rechten en plichten worden vastgesteld of die een voortvloeisel zijn van een opportuniteitsbeslissing. In bijvoorbeeld de zaak *Robins* oordeelde het EHRM dat de procedure waarin werd bepaald in hoeverre een partij in een civiel geding aansprakelijk was voor de proceskosten, gezien moest worden als gevolg van het hoofdgeding waardoor ook voor deze procedure de regel bestond dat de zaak moest worden beslist binnen een redelijk termijn.<sup>25</sup> Hetzelfde geldt voor procedures die de uitvoering van een uitspraak betreffen – ook deze procedures vormen een integraal onderdeel van de procedure waarvoor de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM gelden.<sup>26</sup>

## 2.3 De werkingssfeer van strafrechtelijke vervolgingen

### 2.3.1 De Engel-criteria

Artikel 6 lid 1 EVRM is niet alleen van toepassing op procedures waarin sprake is van een conflict over burgerlijke rechten en plichten, maar richt zich ook op strafvervolgingen. Bovendien zijn artikel 6 leden 2 en 3 EVRM en artikel 48 Handvest alleen van toepassing op strafvervolgingen. Het is dan van belang om vast te stellen wanneer sprake is van een strafvervolgning. Voor deze vaststelling heeft het EHRM in de zaak *Engel* drie criteria ontwikkeld. Deze drie criteria zijn ook voor het HvJ EU leidend bij het vaststellen van een strafrechtelijke vervolging.<sup>27</sup> Gezien de (vrijwillige) adoptie van het HvJ EU van deze Engel-jurisprudentie zal in deze deelparagraaf enkel de rechtspraak van het EHRM aan bod komen.

Van belang is dat het EHRM het begrip ‘strafrechtelijk’ autonoom heeft uitgelegd. Dit om te voorkomen dat de bij het EVRM aangesloten staten de (extra) waarborgen van artikel 6 leden 2 en 3 EVRM zouden omzeilen door de introductie van allerlei vormen van niet-strafrechtelijke afdoening van overtredingen.<sup>28</sup> Volgens deze autonome uitleg zijn de volgende zogeheten Engel-criteria relevant:

- (i) de kwalificatie van de sanctie naar nationaal recht;
- (ii) de aard van de overtreding; en
- (iii) de aard en zwaarte van de sanctie.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, AB 2010/75, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Micallef t. Malta*). Zie ook EHRM 29 maart 2011, 50084/06 (*RBTF t. België*).

<sup>25</sup> EHRM 23 september 1997, 22410/93 (*Robins t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>26</sup> EHRM 19 maart 1997, 18357/91 (*Hornsby t. Griekenland*), par. 40.

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, nng (*Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*); HvJ EU 5 juni 2012, C-489/10 (n.n.g.) (*Bonda*); HvJ EG 8 juli 1999, C-199/92 P, Jur. 1999, p. I-4287, par. 150; en HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, Jur. 2009, p. I-12073 (*Spector Photo Group NB e.a. t. CBFA*), par. 42.

<sup>28</sup> EHRM 21 februari 1984, *Series A* vol. 73, NJ 1988/937 m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk*), par. 49-50.

<sup>29</sup> EHRM 8 juni 1976, *Series A* vol. 22, NJ 1978/223 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 82-83.

In de volgende alinea's worden deze drie criteria besproken. Daarbij dienen twee punten opgemerkt te worden. Ten eerste is in de rechtspraak van het EHRM het onderscheid tussen het tweede en derde criterium niet altijd even scherp. Teneinde de aard van de overtreding te kunnen vaststellen, gaat het EHRM soms in op de aard en het doel van de sanctie. In het vervolg zal bij de bespreking van de tweede voorwaarde, de aard van de overtreding, alleen gekeken worden naar de vraag tot wie de overtreding zich richt<sup>30</sup> en zal het doel van de sanctie besproken worden onder de derde voorwaarde.<sup>31</sup> Ten tweede is van belang dat de drie criteria alternatief en niet cumulatief moeten worden behandeld. Zo is een analyse van de aard en zwaarte van de sanctie onnodig wanneer op basis van het tweede criterium, de aard van de overtreding, het strafrechtelijk karakter kan worden vastgesteld.<sup>32</sup> Volgens het EHRM in de zaak *Garyfallou AEBE* is een cumulatieve benadering wel mogelijk als de oplegging van een sanctie op basis van het tweede of derde criterium afzonderlijk niet als strafrechtelijk kan worden gekwalificeerd.<sup>33</sup>

### 2.3.1.1 De kwalificatie naar nationaal recht

De eerste voorwaarde – de kwalificatie van de sanctie volgens nationaal recht – is volgens het EHRM niet het beslissende criterium. Volgens het EHRM heeft deze voorwaarde enkel een '*relative value*'; in een aantal zaken kwam het EHRM tot de conclusie dat sprake was van een strafvervolgging terwijl de sanctie conform nationaal recht werd gekwalificeerd als een administratieve sanctie.<sup>34</sup> De leidraad hier is dat indien het nationale recht een procedure als strafrechtelijk kwalificeert, de procedure in elk geval onder artikel 6 EVRM valt.<sup>35</sup> Waar de nationale kwalificatie echter niet tot een dergelijke oordeel leidt, past het EHRM de autonome interpretatie van strafvervolgingen toe zoals uitgewerkt in de zaak *Engel*. Daarbij overheerst de autonome

<sup>30</sup> Viering 1994a, p. 151.

<sup>31</sup> Zie een vergelijkbare benadering Albers 2002, p. 85, 90, en 95.

<sup>32</sup> EHRM 21 februari 1984, *Series A* vol. 73, NJ 1988/937 m. nt. E.A. Alkema (*Öztürk*), par. 54; EHRM 25 augustus 1987, *Series A* vol. 123, NJ 1988/938 m. nt. E.A. Alkema (*Lutz*), par. 55.

<sup>33</sup> EHRM 24 september 1997, 93/1996/712/909, JB 1997/281, m. nt. A.W. Heringa (*Garyfallou AEBE*), par. 33. Zie ook de volgende uitspraken EHRM 23 juli 2002, 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag an Vulic t. Zweden*), par. 78; EHRM 9 oktober 2003, 39665/98 en 40086/98 (*Ezeh en Connors t. Verenigd Koninkrijk*), par. 86; EHRM 30 mei 2006, 38184/03 (*Matyjek t. Polen*), par. 47. Met de uitspraak in de zaak *Garyfallou AEBE* legde het EHRM haar eerdere *Bendenoun*-uitspraak uit (EHRM 24 februari 1994, *Series A* vol. 284) waarin het wel een cumulatieve aanpak van de drie Engel-criteria leek te verdedigen. Zie voor een overzicht van de discussie over het alternatieve dan wel cumulatieve karakter van het tweede en derde criterium (naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bendenoun*): Viering 1994b, p. 1061-1063; Hartmann & Van Russen Groen 1994, p. 1520-1526; Wattel 1994, p. 1527-1529; en Van Dijk 1994, p. 1526-1527.

<sup>34</sup> EHRM 8 juni 1976, *Series A* vol. 22, NJ 1978/223 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 81; EHRM 21 februari 1984, *Series A* vol. 73, NJ 1988/937 m. nt. E.A. Alkema (*Öztürk*), par. 49; EHRM 9 oktober 2003, nr. 39665/98 en 40086/98 (*Ezeh en Connors t. Verenigd Koninkrijk*), par. 83 en 100; en EHRM 16 december 1997, 25420/94 (*Tejedor Garcia t. Spanje*), par. 27.

<sup>35</sup> EHRM 21 oktober 1997, 120/1996/732/938 (*Pierre-Bloch*), par. 60. Uitzondering is de uitspraak in de zaak *Escoubet t. België* waarin de tijdelijke intrekking van een rijbewijs wegens het rijden onder invloed door het EHRM niet werd aangemerkt als een criminal charge, ook al was deze intrekking geregeld in een bijzondere strafwet. EHRM 28 oktober 1999, 26790/95, EHRC 1996/6 m.nt. K. Albers (*Escoubet t. België*).



interpretatie van de terminologie uit het EVRM (uitgewerkt in criteria 2 en 3) boven de nationale kwalificatie (zoals voorzien in criterium 1).<sup>36</sup> Zou aan het eerste criterium een zelfstandige betekenis gegeven worden, dan zouden nationale staten immers zelf sancties kunnen uitsluiten van de bescherming van artikel 6 EVRM.<sup>37</sup>

### 2.3.1.2 *De aard van de overtreding*

Voor wat betreft de aard van de overtreding gaat het vooral om de vraag tot wie de norm (die geschonden is) is gericht: tot het publiek in het algemeen of tot een specifieke groep met een speciale status? Het criterium wordt daarom ook wel het normadressaatcriterium genoemd. Volgens het EHRM zijn procedures over normen die gericht zijn tot een bepaalde groep van geadresseerden over het algemeen geen strafvervolgingen.<sup>38</sup> Gedacht kan worden aan tuchtrechtelijke normen voor bepaalde beroepsgroepen, zoals artsen en advocaten. Is de te overtreden norm gericht tot alle burgers, dan is dat een belangrijke aanwijzing dat wel sprake is van een strafvervolging.<sup>39</sup> Illustratief is de zaak *Öztürk* waarin het EHRM bepaalde dat een bestuurlijke boete als strafvervolging kon worden gekwalificeerd omdat de te sanctioneren regels gericht waren:<sup>40</sup>

*‘not towards a given group possessing a special status – in the manner, for example, of disciplinary law –, but towards all citizens in their capacity as road-users.’*

Er zijn echter verschillende normen die alleen van toepassing zijn op een specifieke doelgroep (zoals normen die betrekking hebben op minderjarigen, ouders, ambtenaren, etc.) en die toch gekwalificeerd kunnen worden als strafvervolgingen.<sup>41</sup> Het onderscheidend criterium is dan ook niet alleen het aantal geadresseerden, maar ook de speciale status van de deelnemers van een specifieke groep, eventueel in combinatie met het doel dat de norm beoogt te beschermen.<sup>42</sup>

### 2.3.1.3 *De aard en zwaarte van de sanctie*

Het in de rechtspraak van het EHRM belangrijkste criterium om te bepalen of een sanctie als strafvervolging moet worden aangemerkt, is de aard van de sanctie.<sup>43</sup> Een bestuurlijke boete is bijvoorbeeld een strafrechtelijke sanctie omdat de bestuurlijke

<sup>36</sup> Albers 2002, p. 89.

<sup>37</sup> Beumer & Van de Heyning 2012, p. 10-15.

<sup>38</sup> Albers 2002, p. 90-91.

<sup>39</sup> EHRM 22 mei 1990, *Series A*. vol. 177 (*Weber t. Zwitserland*), par. 33; en EHRM 24 februari 1994, *Series A* vol. 284 (*Bendenoun t. Frankrijk*), par. 47.

<sup>40</sup> EHRM 21 februari 1984, *Series A* vol. 73, NJ 1988/937 m.nt. Alkema (*Öztürk t. Duitsland*), par. 453. Zie ook EHRM 23 juli 2002, 34619/97 (*Janosevic t. Zweden*) waarin een fiscale boete onder meer als strafvervolging werd gekwalificeerd omdat de overtreden norm gericht was tot alle burgers: ‘liable to pay taxes in Zweden and not towards a given group with a special status’.

<sup>41</sup> Albers 2002, p. 92. Denk bijvoorbeeld aan gedetineerden: EHRM 28 juni 1984, *Series A*. vol. 90 (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>42</sup> Van Dijk e.a. 2006 p. 544.

<sup>43</sup> Zie bijvoorbeeld Feteris 2000; en Albers 2002, p. 119.

boete een punitief en afschrikwekkend karakter heeft.<sup>44</sup> Of andere sancties punitief van aard zijn, hangt af van de vraag of de sanctie is opgelegd met als hoofddoel bestraffing in de zin van leedtoevoeging.<sup>45</sup> Een sanctie heeft een leedtoevoegend karakter wanneer de sanctie niet is gericht op het ongedaan maken van een onrechtmatige, dan wel het herstellen van een rechtmatige situatie, maar verdergaat dan de te vergoeden schade of uitgaat boven hetgeen verschuldigd is op grond van een reeds bestaande onderliggende betalingsverplichting.<sup>46</sup> Een belangrijk doel van leedtoevoeging is daarmee de generale en speciale preventie.<sup>47</sup> Over hoe moet worden vastgesteld of een sanctie een punitief karakter heeft, biedt de rechtspraak van het EHRM minder duidelijke aanwijzingen.<sup>48</sup> Veelal volstaat het EHRM met de niet nader gemotiveerde stelling dat de sanctie in kwestie een dergelijk doel beoogt.<sup>49</sup>

Het tweede element van het derde Engel-criterium, de zwaarte van de sanctie, is maar zelden doorslaggevend. Wanneer een sanctie naar zijn aard strafrechtelijk is, doet de geringe zwaarte ervan aan deze conclusie niets af.<sup>50</sup> Zoals blijkt uit de zaak *Öztürk* kan ook een lichte straf (een bestuurlijke boete van 60 Deutsche Mark) een strafvervolgning zijn. Het EHRM overwoog in *Öztürk* het volgende:

*'Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 of the Convention, criminal in nature. [...] As the contravention committed by Mr. Öztürk was criminal for the purpose of Article 6 of the Convention, there is no need to examine it also in the light of the final criterion stated above [...]. The relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character.'*<sup>51</sup>

Leidraad bij het vaststellen van de zwaarte van de sanctie is de maximale straf die een persoon opgelegd kan krijgen wanneer deze persoon de norm overtreedt (ongeacht of die straf eerder is opgelegd).<sup>52</sup> Onduidelijk is hoe zwaar een sanctie moet zijn om als strafrechtelijk te kunnen gelden: wat is een 'lichte' of een 'zware' boete? Het criterium zwaarte van de sanctie alleen biedt dus in het algemeen weinig houvast, maar kan wel een signaal zijn dat sprake is van een punitieve sanctie.<sup>53</sup>

<sup>44</sup> Houdijker heeft een voorstel gedaan om voor de invulling van het begrip punitief aansluiting te zoeken bij het begrip strafvervolgning en pleit voor het gelijkstellen van beide begrippen. Zie Den Houdijker 2006. In de literatuur is echter ook gepleit voor het lostrekken van de begrippen punitieve sancties en strafvervolgningen. Zie bijvoorbeeld: Blomberg 2004, p. 187-188.

<sup>45</sup> Zie de oratie van Duk 1973, p. 19.

<sup>46</sup> Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 85. Het moet dus gaan om sancties die verder strekken dan een illegale situatie in overeenstemming brengen met het recht. Zie: Bröring 2005, p. 42.

<sup>47</sup> Feteris 1993, p. 18; Riphagen 1994, p. 22, en Albers 2002, p. 97.

<sup>48</sup> Riphagen 1994, p. 20.

<sup>49</sup> Barkhuysen & Van Emmerik 2009, p. 109.

<sup>50</sup> EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila t. Finland*), par. 31.

<sup>51</sup> EHRM 21 februari 1984, *Series A* vol. 73, NJ 1988/937 m. nt. Alkema (*Öztürk t. Duitsland*), par. 53-54.

<sup>52</sup> EHRM 22 mei 1990, *Series A* vol. 177 (*Weber t. Zwitserland*), par. 34; EHRM 9 oktober 2003, 39665/98 en 40086/98 (*Ezeh en Connors t. Verenigd Koninkrijk*), par. 120; en EHRM 27 augustus 1991, *Series A* vol. 210 (*Demicoli t. Malta*), par. 34.

<sup>53</sup> Albers 2002, p. 109; en Michiels & De Waard 2007, p. 16.



Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat vrijheidsberovende sancties hoe dan ook een strafrechtelijk karakter hebben.<sup>54</sup> In tegenstelling tot vrijheidsberovende maatregelen is het minder vanzelfsprekend dat met het opleggen van financiële sancties een strafvervolgning gemoeid is. In de zaak *Weber* vond het EHRM een boete van 500 Zwitserse franken en de mogelijkheid dat deze boete kon worden omgezet in een gevangenisstraf echter voldoende om een strafvervolgning te kunnen afleiden.<sup>55</sup> Onbepaald is in hoeverre de mogelijkheid van een gevangenisstraf beslissend was voor het EHRM om tot deze conclusie te komen.<sup>56</sup> Naast de mogelijkheid om de boete om te zetten in een vrijheidsberovende maatregel heeft het EHRM het punitieve karakter van de boete en de aard van de overtreding meegenomen in zijn analyse inzake de aanwezigheid van een strafvervolgning.<sup>57</sup> In de zaak *Dubus* kon door de Franse Bankcommissie een boete worden opgelegd voor een bedrag dat gelijkstond aan het minimale kapitaal van de onderneming. Daarnaast kon de onderneming uit het register worden verwijderd. Volgens het EHRM had de sanctie significante (financiële) gevolgen voor de onderneming waardoor de kwalificatie van de sanctie als strafrechtelijk was gelegitimeerd.<sup>58</sup>

In de zaak *Bendenoun*, met betrekking tot door de Franse belastingdienst opgelegde belastingverhogingen, oordeelde het EHRM dat ook sprake was van een strafvervolgning. Het EHRM nam daarvoor een aantal factoren in beschouwing, zoals het feit dat de belastingregeling van toepassing was op alle burgers en de verhoging een zeer substantieel karakter had. Deze factoren waren op zichzelf niet beslissend voor de conclusie dat sprake was van een strafvervolgning, 'but taken together and cumulatively they made the "charge" in issue a "criminal" one'.<sup>59</sup> In de zaak *Morel* kwam het EHRM echter tot een andere slotsom en oordeelde het dat een belastingverhoging van 10 procent relatief noch absoluut van aanzienlijke omvang was

<sup>54</sup> EHRM 29 september 1999, 37475/97 en 39036/97 (*Smith & Ford t. Verenigd Koninkrijk*) par. 19; EHRM 6 februari 2001, 31145/96 en 35580/97 (*Wilkinson en Allen t. Verenigd Koninkrijk*), par. 19; en EHRM 5 juni 2001, 35685/97 (*Mills t. Verenigd Koninkrijk*), par. 20.

<sup>55</sup> EHRM 22 mei 1990, *Series A* vol. 177 (*Weber t. Zwitserland*), par. 34. Zie voor een vrijwel identieke de overweging in de zaak EHRM 27 augustus 1991, *Series A* vol. 210 (*Demicoli t. Malta*), par. 34.

<sup>56</sup> Viering 1994, p. 174. In de zaak *Ravnsborg* kwam het EHRM namelijk tot een andersluidend oordeel: een boete van 1.000 Zweedse kronen (en de mogelijkheid om de boete om te zetten in een gevangenisstraf van minimaal twee weken) werd niet gezien als een strafvervolgning. Ook de zaken *Schmautzer* (een administratieve boete van 200 Oostenrijkse shilling en een gevangenisstraf van maximaal 24 uur in geval van niet-betaling was wel een strafvervolgning) en *Putz* (een maximale boete van 20.000 Oostenrijkse shilling die omgezet kon worden in een gevangenisstraf van 10 dagen was niet een strafvervolgning) brachten geen duidelijkheid in de Straatsburgse jurisprudentie. Zie: EHRM 23 maart 1994, 14220/88 (*Ravnsborg t. Zweden*), par. 35; EHRM 23 oktober 1995, 15523/89 (*Schmautzer t. Oostenrijk*), par. 28; en EHRM 22 februari 1996, 57/1994/504/586 (*Putz t. Oostenrijk*), par. 37.

<sup>57</sup> EHRM 14 november 2000, nr. 27783/95 (*T. t. Oostenrijk*), par. 64-67.

<sup>58</sup> EHRM 11 juni 2009, 5242/04 (*Dubus Sa t. Frankrijk*), par. 37.

<sup>59</sup> EHRM 24 februari 1994, *Series A* vol. 284 (*Bendenoun t. Frankrijk*), par. 47. Zie ook EHRM 29 augustus 2007, 71/1996/690/882 (*A.P., M.P. en T.P. t. Zwitserland*), par. 40. Ook in een Zweedse belastingzaak overwoog het EHRM dat de verhogingen als hoofddoel hadden het uitoefenen van druk op belastingplichtigen om aan hun verplichtingen te voldoen en het niet nakomen van de verplichtingen te straffen, en aldus zowel afschrikwekkend als bestraffend waren. Zie EHRM 23 juli 2002, 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag an Vulic t. Zweden*), par. 77-82.

en dat daarom geen sprake was van een strafvervolgning.<sup>60</sup> Deze zaak lijkt de uitzondering die de regel bevestigt, aangezien het EHRM in de latere zaak *Jussila* wederom concludeerde dat ook een lichte (op leedtoevoeging gerichte) bestuurlijke boete, in deze zaak een door de Finse belastingautoriteiten opgelegde verhoging van 10 procent, een strafvervolgning inhield. In deze zaak analyseerde het EHRM zijn eerdere uitspraken (waaronder *Morel*) en verduidelijkte dat:

*'No established or authoritative basis has therefore emerged in the case-law for holding that the minor nature of the penalty, in taxation proceedings or otherwise, may be decisive in removing an offence, otherwise criminal by nature, from the scope of article 6.'*<sup>61</sup>

### 2.3.2 Het begin en einde van de werkingssfeer

Hiervoor zijn de drie Engel-criteria besproken. Op basis van deze criteria kan uitspraak gedaan worden over het strafrechtelijke karakter van de sanctie. Daarnaast is de vraag relevant wanneer sprake is van een vervolging; artikel 6 leden 2 en 3 EVRM is immers van toepassing wanneer een persoon wordt vervolgd voor een overtreding van een strafrechtelijke norm. Volgens het EHRM is sprake van een vervolging wanneer een officiële kennisgeving van een bevoegde instantie is gegeven aan een persoon waarin de persoon wordt beschuldigd van het begaan van een strafrechtelijke overtreding.<sup>62</sup> Het EHRM heeft naast de officiële bekendmaking ook andere maatregelen aangenomen als het begin van een strafvervolgning. Voor de categorie 'andere maatregelen' is van belang of de instantie naar aanleiding van een overtreding handelingen heeft verricht die de positie van de betrokkene wezenlijk beïnvloeden,<sup>63</sup> zoals bijvoorbeeld de arrestatie van een verdachte of de aanvang van een (gerechtelijk) vooronderzoek.<sup>64</sup> Artikel 6 EVRM is echter niet van toepassing op de uitoefening van opsporingsbevoegdheden zoals het interviewen van een verdachte. In de zaak *Escoubet* stelde het EHRM het volgende:

*'Article 6 of the Convention is not applicable unless there is a "criminal charge" against a particular person [...]. The procedural safeguards laid down in Article 6 do not, as a rule, apply to the various preliminary measures which may be taken as part of a criminal investigation before bringing a "criminal charge", such as the arrest or interviewing of a suspect [...], measures which may, however, be governed by other provisions of the Convention, in particular Articles 3 and 5 [...].'*<sup>65</sup>

<sup>60</sup> EHRM 3 juni 2003, 54559/00 (*Morel t. Frankrijk*).

<sup>61</sup> EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila t. Finland*), par. 35.

<sup>62</sup> EHRM 27 februari 1980, *Series A* vol. 35 (*Deweert t. België*), par. 46; EHRM 15 juli 1982, 8130/78 (*Eckle t. Duitsland*), par. 73; en EHRM 10 december 1982, *Series A* vol. 56 (*Foti e.a. t. Italië*), par. 52.

<sup>63</sup> EHRM 21 december 2000, 36887/97 (*Quinn t. Ierland*), par. 41.

<sup>64</sup> EHRM 15 juli 1982, 8130/78 (*Eckle t. Duitsland*), par. 74.

<sup>65</sup> EHRM 28 oktober 1999, 26790/95, EHRC 1996/6 m.nt. K. Albers (*Escoubet t. België*), par. 34.

De zaak *Saunders* illustreert echter dat dit niet in de weg staat dat gebeurtenissen of feiten die hebben plaatsgevonden voordat sprake is van een vervolging aanleiding kunnen geven tot de conclusie dat één van de waarborgen uit artikel 6 EVRM is geschonden en dat daarmee geen sprake is geweest van een eerlijk proces.<sup>66</sup>

In principe is het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM beperkt tot het moment waarop de veroordeling definitief is geworden.<sup>67</sup> Zolang de veroordeling in eerste aanleg niet definitief is, blijft de verdachte aanspraak maken op zijn procesrechten.<sup>68</sup> Artikel 6 EVRM is niet meer van toepassing wanneer de procedure is beëindigd. De bescherming van artikel 6 EVRM geldt niet voor een persoon die definitief veroordeeld is voor een overtreding.<sup>69</sup> Zo strekt artikel 6 EVRM zich niet uit tot procedures betreffende de ‘execution of a sentence’, zoals bijvoorbeeld een procedure die betrekking heeft op de voorwaarden waarop amnestie is verleend.<sup>70</sup>

## 2.4 Deelconclusie

Met betrekking tot bepaalde, voor het onderzoek relevante fundamentele procesrechten is de kwalificatie van de sanctie als conflict over een burgerlijk(e) recht of plicht of als strafvervolgung doorslaggevend voor de toepassing van deze procesrechten. Vooral de kwalificatie van een procedure als strafvervolgung heeft belangrijke gevolgen voor de rechtspositie van een ‘verdachte’ nu met de strafvervolgung een (ten opzichte van artikel 6 lid 1 EVRM) uitgebreid rechtsbeschermingspakket wordt binnengehaald. Door het EHRM wordt het begrip strafvervolgung autonoom uitgelegd aan de hand van verschillende criteria. Deze criteria worden tevens door het HvJ EU gebruikt voor de vaststelling van een strafvervolgung. De jurisprudentie van het EHRM illustreert dat maar weinig procedures niet binnen het bereik van artikel 6 EVRM vallen. Procedures die niet de directe bescherming van artikel 6 EVRM genieten, kunnen (zoals de paragraaf hierna zal illustreren) op indirecte wijze toch onderworpen worden aan de rechtsbescherming van artikel 6 EVRM. Bovendien geldt dat deze procedures hoe dan ook onder de bescherming kunnen vallen van artikel 47 tweede paragraaf Handvest (de equivalente bepaling van artikel 6 lid 1 EVRM), nu deze bepaling niet beperkt is tot bepaalde procedures.

<sup>66</sup> EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*), par. 74-76.

<sup>67</sup> EHRM 15 juli 1982, 8130/78 (*Eckle t. Duitsland*), par. 77; en EHRM 12 juni 2003, 48015/99 (*Easterbrook t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>68</sup> EHRM 28 juni 1978, *Series A* vol. 27 (*König t. Duitsland*), par. 98. De bescherming geldt ook in cassatie. EHRM 17 januari 1970, *Series A* vol. 11 (*Delcourt t. België*), par. 25: ‘Thus, a criminal charge is not really “determined” as long as the verdict of acquittal or conviction has not become final. Criminal proceedings form an entity and must, in the ordinary way terminate in an enforceable decision. Proceedings in cassation are one special stage of the criminal proceedings and their consequences may provide decisive for the accused. It would therefore be hard to imagine that proceedings in cassation fall outside the scope of Article 6.’

<sup>69</sup> Harris e.a. 2009, p. 210

<sup>70</sup> EHRM 13 mei 2003, 59290/00 (*Montcornet de Caumont t. Frankrijk*). Zie ook EHRM 11 maart 1995, 10733/84 (*Asociación de Aviadores de la República t. Spanje*) & EHRM 22 februari 1995, 20872/92 (*A.B. t. Zwitserland*).

### 3 DE BIJZONDERE TOEPASSING VAN ARTIKEL 6 EVRM

#### 3.1 Inleiding

In de paragraaf hiervoor zijn criteria besproken waarmee kan worden vastgesteld of een sanctie direct onder het bereik van artikel 6 EVRM valt. De impact van het besluit, bijvoorbeeld ten aanzien van de onvoorwaardelijkheid van de gevolgen van het besluit, is echter niet relevant. In de literatuur is deze indeling tussen strafsancities en herstelsancities bekritiseerd omdat deze voor een deel is afgedwongen door het feit dat het EHRM van oudsher geen rekening heeft gehouden met het bestuursrecht.<sup>71</sup> In de literatuur is dan ook geopperd dat de ingrijpendheid van de sanctie een (andere) parameter zou moeten zijn voor het van toepassing verklaren van artikel 6 EVRM op een procedure.<sup>72</sup> Zo zouden sancties die nu nog aan de kant van het herstel worden getrokken, maar waarvan de impact van de sanctie wel degelijk groot is, wel de nodige rechtsbescherming kunnen genieten (zoals een intensieve rechterlijke toetsing).

In deze paragraaf zullen uitspraken van het EHRM worden besproken waarin het EHRM werd geconfronteerd met procedures die slechts gedeeltelijk of helemaal niet onder artikel 6 EVRM geschaard konden worden. Deelparagraaf 3.2 gaat over bijzondere procedures, dus procedures die wel binnen het bereik vallen van artikel 6 EVRM (strafvervolgingen en burgerlijke rechten en plichten), maar waarvan het beschermingsniveau afwijkt. Het betreft hier een bespreking van de *Jussila*-uitspraak waarin het EHRM een onderscheid heeft gemaakt tussen verschillende soorten strafvervolgingen: ‘hardcore’ en ‘lichte’ strafvervolgingen. De tweede deelparagraaf (deelparagraaf 3.3) staat in het teken van procedures die niet onder artikel 6 EVRM vallen, maar die – op grond van materiële EVRM-rechten (artikelen 8 en 10 EVRM en artikel 1 Protocol 1 EVRM) – wel bepaalde procedurele waarborgen genieten. Deelparagraaf 3.4, de deelconclusie, behandelt de vraag of deze jurisprudentie van toegevoegde waarde is ten opzichte van de ‘klassieke’ jurisprudentie van het EHRM over strafvervolgingen en burgerlijke rechten en plichten.

#### 3.2 De aanwezigheid van bijzondere procedures

##### 3.2.1 De verschillende vormen van strafvervolging

###### 3.2.1.1 Hardcore versus softcore strafvervolging

Een categorie ‘bijzondere’ procedures die relevant is voor dit onderzoek zijn procedures die vallen binnen de periferie van het strafrecht. In deelparagraaf 2.2.1 is de autonome interpretatie van het begrip strafrechtelijke vervolging besproken en het gevolg dat rechtsgebieden die geen deel uitmaken van het klassieke strafrecht, zoals bepaalde administratieve procedures, onder de bescherming van artikel 6 EVRM zijn geplaatst. Deze evolutie, waarbij het EHRM de term strafrechtelijke vervolging erg

<sup>71</sup> Zie bijvoorbeeld Albers e.a. 2015.

<sup>72</sup> Zie bijvoorbeeld Barkhuysen 2014.

breed interpreteert, heeft veel zaken naar het EHRM gezogen die de *founding fathers* waarschijnlijk niet in gedachten hadden om berecht te zien te Straatsburg. Voor lidstaten is deze brede definitie van strafvervolgingen van groot belang aangezien het EHRM strengere procedurele voorwaarden oplegt aan procedures met een strafrechtelijk karakter. In de zaak *Adolf* oordeelde het EHRM immers dat de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn op strafrechtelijke vervolgingen, ongeacht of het een ‘criminal charge of a serious nature or of a less serious nature’ betreft.<sup>73</sup>

Verschillende oplossingen zijn voorgedragen om de brede interpretatie van het begrip strafrechtelijke vervolging en de daarmee gepaarde toestroom van zaken naar het EHRM in te dammen. Zo is reeds voorgesteld de ontvankelijkheidscriteria te verscherpen waardoor de drempel van toegang tot het EHRM wordt verhoogd<sup>74</sup> of om het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM te verkleinen.<sup>75</sup> Een andere oplossing gaat uit van een ruim toepassingsgebied van artikel 6 EVRM, maar past genuanceerd de daarin besloten liggende waarborgen toe, al naar gelang de kenmerken van de sanctie, de procedure, het rechtsgebied, enzovoort.<sup>76</sup> Het EHRM lijkt in de zaak *Jussila* gekozen te hebben voor de laatste oplossing. In de zaak *Jussila* temperde het EHRM de gevolgen van de kwalificatie van sancties als strafvervolgingen door een onderscheid in te voeren tussen zaken die behoren tot de harde kern van het strafrecht en de zaken die vallen onder de periferie van het strafrecht (hierna ook wel aangeduid als het ‘Jussila-onderscheid’):<sup>77</sup>

*‘Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (Öztürk v. Germany), prison disciplinary proceedings (Campbell and Fell v. the United Kingdom, judgment of 28 June 1984, Series A, no. 80), customs law (Salabiaku v. France, judgment of 7 October 1988, Series A no 141-A), competition law (Société Stenuit v. France, judgment of 27 February 1992, Series A no. 232-A) and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (Guisset v. France, no. 33933/96, ECHR 2000-IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal*

<sup>73</sup> In de zaak *Adolf* besloot het EHRM dat ‘non-punishable or unpunished criminal offences do exist and article 6 of the convention does not distinguish between them and other criminal offences; it applies whenever a person is “charged” with any criminal offence’. EHRM 26 maart 1982, 8269/78 (*Adolf t. Oostenrijk*), par. 33.

<sup>74</sup> Alkema 1990, p. 339-354.

<sup>75</sup> Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 78.

<sup>76</sup> Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 78.

<sup>77</sup> Deze categorisering van strafrechtelijke overtredingen heeft geen juridische basis in artikel 6 EVRM. Zie de *partly dissenting opinion* van de rechters Loucaides, Zupančič and Spielmann in de zaak EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila t. Finland*).

*law; consequently, the criminal-law guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body: a contrario, Findlay v. the United Kingdom, cited above).<sup>78</sup>*

Volgens het EHRM zijn verschillende waarborgen van artikel 6 EVRM, zoals het houden van een hoorzitting, niet in al hun striktheid van toepassing op de rechtsgebieden die in de periferie van het strafrecht vallen.<sup>79</sup> Als voorbeelden van rechtsgebieden die in de periferie van het strafrecht vallen, noemt het EHRM het mededingingsrecht naast het belastingrecht, bestuurlijke (verkeers)boeten, het penitentiair recht en het douanerecht. In de ogen van het EHRM gaat het hier om rechtsgebieden die niet hetzelfde stigma hebben als het klassieke strafrecht. In *Jussila* lijkt het EHRM de differentiatie tussen rechtsgebieden die binnen de kern en de periferie van het strafrecht vallen niet alleen afhankelijk te stellen van het stigma van het rechtsgebied, maar ook van de hoogte van de sanctie (gesproken wordt over 'lichte' bestuurlijke boetes). De scheidslijn tussen deze twee rechtsgebieden is echter dun en kan leiden tot betwistbare beslissingen.<sup>80</sup> In hun *partly dissenting opinion* in de zaak *Jussila* vragen de rechters Loucaides, Zupančič en Spielmann zich terecht af hoe men in de toekomst onderscheid dient te maken: 'where does one draw the line?' Wanneer is een sanctie zwaar genoeg om binnen de harde kern van het strafrecht te kunnen vallen waardoor vervolgens de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn op deze procedure? Het antwoord op deze vraag zal waarschijnlijk per zaak verschillen: in de ene zaak zal de sanctie wel degelijk zwaar en stigmatiserend zijn en in de andere zaak is dat wellicht helemaal niet het geval.

### 3.2.1.2 Gedifferentieerde rechtsbescherming

Wanneer vervolgens duidelijk is dat een zaak binnen de periferie van het strafrecht valt, is het de vraag welke rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM niet in al hun striktheid van toepassing zijn op de betreffende procedure. In *Jussila* lijkt het EHRM deze beslissing bij de verdragsstaten neer te leggen door te stellen dat het aan de nationale autoriteiten op grond van 'demands of efficiency and economy' is of zij over willen gaan tot een openbare hoorzitting.<sup>81</sup> In een latere zaak, *Kammerer*, citeerde het EHRM de zaak *Jussila* en gaf aan dat de gedifferentieerde toepassing van artikel 6 EVRM niet gelimiteerd is tot een openbare hoorzitting, maar dat het zich ook uitstrekt tot andere procedurele rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM, zoals de aanwezigheid van de gedaagde tijdens de hoorzitting.<sup>82</sup> In dezelfde zaak preciseerde het EHRM dat

<sup>78</sup> EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila t. Finland*), par. 43.

<sup>79</sup> In de literatuur is bepleit dat de waarborgen van artikel 6 EVRM onverkort dienen te gelden zowel voor zware als voor lichte bestraffende bestuurlijke sancties. Zie: Hartmann & Van Russen Groen 1994; Van Dijk 1994, p. 1526-1527; en Feteris 1994, p. 276.

<sup>80</sup> Zie bijvoorbeeld Slater, Thomas & Waelbroeck 2009, p. 115; en Beumer & Van de Heyning 2012, p. 1.

<sup>81</sup> EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila t. Finland*), par. 42.

<sup>82</sup> EHRM 12 mei 2010, 32435/06 (*Kammerer t. Oostenrijk*), par. 27.



de gedifferentieerde toepassing van artikel 6 EVRM betrekking heeft op de ‘*criminal head guarantees*’ van artikel 6 EVRM. Met deze zinsnede lijkt het EHRM de gedifferentieerde benadering van toepassing te willen verklaren op alle strafrechtelijke rechtswaarborgen die zijn opgenomen in artikel 6 leden 2 en 3 EVRM. Dat het in *Jussila* het recht op een openbare hoorzitting betrof, dat is neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM, en niet een strafrechtelijke rechtswaarborg, doet aan deze conclusie niet af. Het recht op een openbare hoorzitting is immers een relatief recht, in tegenstelling tot het recht op een eerlijk proces dat een absoluut en niet-*notstands*fest recht betreft. Een relatief recht kan dan ook onderworpen worden aan beperkingen zoals de beperking die het EHRM introduceerde in de zaak *Jussila*. Een absoluut en niet-*notstands*fest recht kan daarentegen alleen (tijdelijk) opgeschort worden in het geval van oorlog of een andere algemene noodtoestand. Zo is een beperking op het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter met volledige rechtsmacht niet mogelijk. In 1975 stelde het EHRM reeds in het arrest *Golder* dat alle procedurele voorwaarden in artikel 6 EVRM zonder betekenis zijn wanneer geen sprake is van een effectieve toegang tot de rechter.<sup>83</sup> Toegang tot de rechter met volledige rechtsmacht behoort dus tot de essentie van het recht op een eerlijke procedure zoals voorzien in artikel 6 EVRM. Voor het EHRM is de aard van een procedure dan ook onbelangrijk voor de definitie van volledige rechtsmacht. In de zaak *Menarini* (over de toegang tot een rechter met volledige rechtsmacht) verwees het EHRM bijvoorbeeld niet naar een zaak met een strafrechtelijk karakter, maar naar een zaak van civiele aard.<sup>84</sup> De uitspraak van het EHRM in de zaak *Sigma*, een zaak die net zoals de zaak *Menarini* over de rechterlijke toetsing ging, lijkt deze redenering te verdedigen. In deze zaak refereerde de verzoeker aan de bevindingen van het EHRM in de zaak *Jussila* en bepleitte dat de boetes die waren opgelegd door de Cypriotische mediaregulator strafrechtelijk van karakter waren. Volgens het EHRM was het echter ‘not necessary to determine whether the fines were of a criminal nature as art 6, para 1, ECHR covers both civil and criminal matters.’<sup>85</sup>

### 3.2.2 ‘Exotische’ procedures

In tegenstelling tot de zaak *Jussila*, waar sprake was van een gedifferentieerd niveau van rechtsbescherming binnen bepaalde procedures, is het ook mogelijk dat het rechtsbeschermingsniveau van een bepaalde procedure doorgetrokken wordt naar een met deze procedure verwante procedure. Het gaat hier om zeer bijzondere (‘exotische’) procedures die niet allemaal direct relevant hoeven te zijn voor het onderzoek, maar waarvan een vermelding – teneinde een compleet beeld te kunnen schetsen – wel nodig wordt geacht. De eerste categorie exotische procedures (de gemengde procedures) komt voor een deel terug in zowel Luxemburgse als Straatsburgse jurisprudentie. De

<sup>83</sup> EHRM 21 februari 1975, 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>84</sup> EHRM 27 september 2011, 43409/08 (*Menarini t. Italië*). Verwezen wordt naar EHRM 13 februari 2003, 49636/99 (*Chevol t. Frankrijk*), par. 49.

<sup>85</sup> EHRM 21 juli 2011, 32181/04 en 35122/05 (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*), par. 126.



andere categorieën exotische procedures zijn alleen in het kader van de EHRM-jurisprudentie over artikel 6 EVRM ontwikkeld.

### 3.2.2.1 *Gemengde procedures*

Een eerste voorbeeld zijn procedures waarin sprake is van een strafvervolgning die wel, en een bestuurlijke procedure die niet onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt. In dit scenario kunnen problemen ontstaan wanneer een betrokkene gedurende de strafvervolgning geen medewerking aan de opsporende autoriteit hoeft te verlenen terwijl dit in de bestuurlijke procedure (soms onder dwang) wel het geval is. Het is dan ook de vraag of de informatie die is verkregen in de bestuurlijke procedure gebruikt kan worden als bewijs in een strafvervolgning. Met andere woorden: kan de bescherming die een betrokkene tijdens de strafvervolgning geniet, doorgetrokken worden naar de bestuurlijke procedure? Dit is mogelijk. De zaken *Funke*, *Marttinen*, *Chambaz*, *J.N.* en *Saunders* illustreren immers dat onder dwang verkregen (wilsafhankelijke) informatie tijdens de bestuurlijke procedure niet gebruikt mag worden voor een strafvervolgning. Deze regel geldt eveneens voor bewijs dat wordt gebruikt in dezelfde bestuursrechtelijke procedure die uitmondt in een strafrechtelijke vervolging.<sup>86</sup> Ook de Unierechters hebben deze jurisprudentie overgenomen en bepaald dat de rechtsbescherming die gedurende de strafvervolgning geboden moet worden ook (onder omstandigheden) zijn schaduw (achteruit) op de bestuurlijke voorfase werpt.<sup>87</sup>

### 3.2.2.2 *Ontnemingsprocedures*

Een tweede categorie exotische procedures zijn ontnemingsprocedures. Het EHRM kwalificeert deze procedures als strafvervolgning in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM. Een voorbeeld is de zaak *Philips* betreffende een Britse ontnemingsprocedure volgend op een veroordeling voor een drugsdelict. Volgens het EHRM ging het bij deze ontnemingsprocedure niet om de vaststelling van schuld, maar om hoeveel wederrechtelijk verkregen voordeel ontnomen diende te worden. Hoewel deze ontnemingsmaatregel als ‘*penalty*’ kwalificeerde, was het onschuldvermoeden van artikel 6 lid 2 EVRM niet van toepassing.<sup>88</sup> Het is verder interessant te vermelden dat het EHRM in verschillende zaken de ontnemingsmaatregel niet onder artikel 6 EVRM

<sup>86</sup> EHRM 25 februari 1993, 10828.84, BNB 1993/350, NJ 1993/485 (*Funke t. Frankrijk*); EHRM 3 mei 2001, 31827/96, BNB 2002/26, NJ 2003/354 (*J.B. t. Zwitserland*); EHRM 17 december 1996, 19187/91, BNB 1997/254, NJ 1997/699 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 april 2009, 19235/03, FED 2009/69 (*Marttinen t. Finland*); en EHRM 5 april 2012, 11663/04, EHRC 2012/135, m.nt. R.E.C.M. Niessen, FED 2012/77, m.nt. E. Thomas (*Chambaz t. Zwitserland*).

<sup>87</sup> HvJ EG 29 juni 2006, C-301/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5915 (*SGL Carbon*), par. 405; GvEA EG 13 juli 2001, T-138/07, *Jur.* 2011, p. II-4819 (*Schindler t. Commissie*), par. 105; en HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (*Roquette Frères SA t. Commissie*), par. 52.

<sup>88</sup> EHRM 5 juli 2001, EHRC 2001/56, m.nt. T. v. Kampen & F.P. Ölçer (*Philips t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Borgers 2001.

heeft geschaard, maar onder de procedurele bescherming van het recht op eigendom (artikel 1 Protocol 1).<sup>89</sup>

### 3.2.2.3 'Concomitant' procedures

Een derde categorie bijzondere procedures zijn *concomitant procedures*: (schadevergoedings)procedures die volgen op een strafvervolgning of een vrijspraak, zoals procedures aangaande de verplichting van een verdachte om proces- en vervolgingskosten te dragen, schadeclaims voor compensatie van zijn kosten of schadevergoeding voor voorlopige hechtenis. In specifieke gevallen strekt de bescherming volgens het EHRM dan ook uit tot procedures die niet direct verbonden zijn aan de strafvervolgning, maar die wel beschouwd kunnen worden als het uitvloeisel of bijverschijnsel daarvan. Deze procedures worden door het EHRM gekwalificeerd als 'a consequence and the concomitant of the criminal proceedings'.<sup>90</sup>

*'Moreover, the scope of Article 6 § 2 is not limited to criminal proceedings that are pending (see Allenet de Ribemont v. France, judgment of 10 February 1995, Series A no. 308, p. 16, § 35). In certain instances, the Court has also found the provision applicable to judicial decisions taken after the discontinuation of such proceedings [...]. Those judgments concerned proceedings relating to such matters as an accused's obligation to bear court costs and prosecution expenses, a claim for reimbursement of his (or his heirs') necessary costs, or compensation for detention on remand, matters which were found to constitute a consequence and the concomitant of the criminal proceedings.'*<sup>91</sup>

Het citaat illustreert dat artikel 6 EVRM ook van toepassing kan zijn op verschillende civiel-strafrechtelijk gemengde schadevergoedingsprocedures volgend op een strafrechtelijk vonnis.<sup>92</sup> In deze zaken heeft het EHRM bepaald dat artikel 6 lid 2 EVRM (het onschuldvermoeden) zich ook kan uitstrekken tot verschillende administratieve procedures die gelijktijdig met de strafvervolgning of na de strafvervolgning (of vrijspraak) zijn ingesteld indien de geschilpunten in de administratieve procedure voortvloeien uit en samenhangen met de strafrechtelijke procedure.<sup>93</sup>

Een soortgelijke situatie doet zich voor wanneer een schadevergoedingsprocedure bestaat uit twee fasen: een eerste fase waarin de onrechtmatige daad wordt vastgesteld (bijvoorbeeld in een strafprocedure) en een tweede fase waarin de hoogte van de schade wordt bepaald (in een civiele procedure). In deze situatie is het burgerlijke recht

<sup>89</sup> EHRM 24 oktober 1986, *Series A* vol. 108 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 februari 1994, *Series A* vol. 281 (*Raimondo t. Italië*); en EHRM 5 mei 1995, *Series A* vol. 316 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>90</sup> EHRM 11 februari 2003, 34964/97 (*Ringvold t. Noorwegen*); en EHRM 27 september 2001, 23272/07 (*Hrdalo t. Kroatië*).

<sup>91</sup> EHRM 11 februari 2003, 34964/97, 30287/96, 29327/95 en 56568/00 (*Ringvold, Hammern, O. en Y. t. Noorwegen*), par. 36.

<sup>92</sup> Ölcer 2008, p. 93.

<sup>93</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 11 februari 2013, 56568/00 (56568/00 (*Y. t. Noorwegen*); EHRM 27 september 2007, 35522/04 (*Vassilios Stavropoulos t. Griekenland*); EHRM 25 september 2008, 42123/06 (*Paraponiaris t. Griekland*); EHRM 12 april 2011, nr. 34388/05 (*Çelik (Bozkurt) t. Turkije*); en EHRM 18 januari 2011, 45482/06 (*Bok t. Nederland*).

niet vastgesteld zolang het exacte schadebedrag niet vastligt.<sup>94</sup> Dit betekent dat artikel 6 lid 1 EVRM zich uitstrekt tot de procedure waarin de schade wordt beoordeeld.

### 3.3 De procedurele rechten via de band van materiële EVRM-rechten

Een andere mogelijkheid waardoor artikel 6 EVRM toch van toepassing kan zijn in een procedure is de situatie waarin het waarborgen van bepaalde procedurele rechten een vereiste is op grond van bepaalde materiële EVRM-rechten. In deze paragraaf zullen drie materiële EVRM-rechten de revue passeren die, direct of indirect, impact kunnen hebben op de uitkomsten van de casestudies in deel II van dit proefschrift. Ook hier geldt dat deze jurisprudentie vooralsnog alleen zijn neerslag vindt in de jurisprudentie van het EHRM.

#### 3.3.1 Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM beschermt het recht op een privé-, familie- en gezinsleven. Bij de beoordeling van geschillen over artikel 8 EVRM heeft het EHRM expliciet gesteld dat uit artikel 8 EVRM bepaalde procedurele eisen kunnen voortvloeien.<sup>95</sup> Het gaat hier om de aanwezigheid van enerzijds bepaalde procedurele waarborgen en anderzijds een juridische procedure waarin een aantastende overheidsmaatregel aangevochten kan worden. Hoewel uit de tekst van artikel 8 EVRM geen expliciete procedurele rechten volgen, verplicht het EHRM dus wel dat de procedure – die leidt tot een inmenging in iemands privéleven – eerlijk is verlopen.<sup>96</sup> Welke procedurele rechten van toepassing zijn, hangt af van de omstandigheden van het geval en de aard van de zaak. Bij het EHRM speelden bijvoorbeeld zaken die gingen over de vraag of ouders gehoord moesten worden voorafgaand aan het nemen van kinderschermingsmaatregelen zoals een uithuisplaatsing. Het EHRM heeft deze vraag bevestigend beantwoord: ouders moeten inzage krijgen in de informatie op basis waarvan de autoriteit een beschermingsmaatregel treft zodat zij effectief kunnen participeren (bijvoorbeeld door gehoord te worden) in het besluitvormingsproces.<sup>97</sup> Een ander voorbeeld betreft zaken waarin sprake is van een situatie die gevaar kan opleveren voor lijf, goed of gezondheid.<sup>98</sup> In de zaak *McGinley & McEgan* benadrukte het EHRM dat uit artikel 8 EVRM de verplichting voortvloeit dat ‘an effective and accessible procedure be established which enables such persons to seek all relevant and appropriate information’.<sup>99</sup> Behalve dat het EHRM (zoals in deze zaak) een actieve informatie-

<sup>94</sup> EHRM 23 maart 1994, *Series A*, 286 (*Silvia Pontes t. Portugal*), par. 30; en EHRM 1 juli 1997, 26433/95 (*Torri t. Italië*), par. 19.

<sup>95</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 21 september 2006, EHRC 2006/129 (*Moser t. Oostenrijk*).

<sup>96</sup> EHRM 24 februari 1995, NJ 1995/596, m.nt. J. de Boer (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>97</sup> EHRM 17 december 2002, ECHR 2003/17 (*Venema t. Nederland*); EHRM 14 januari 2003, 27751/95 (*K.A. t. Finland*); EHRM 20 december 2001, 32899/96 (*Buckberger t. Oostenrijk*).

<sup>98</sup> EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>99</sup> EHRM 9 juni 1998, 0/1997/794/995-996 (*McGinley & McEgan t. Verenigd Koninkrijk*).

verplichting afleidt uit artikel 8 EVRM, stelt het EHRM ook eisen aan het onderzoek naar de effecten van een besluit op het milieu of de gezondheid van personen.<sup>100</sup>

Een bijzondere categorie zaken betreft zaken waarin het EHRM procedurele eisen stelt aan het besluit van het bestuursorgaan. Het gaat hier om zaken waarin sprake is van een inspectie en doorzoeking van een woning of van het af luisteren van telefoongesprekken. Aan dergelijke inmengingen op het privéleven stelt het EHRM procedurele eisen, zoals een beperkte duur van bijvoorbeeld een huiszoekingsbevel, een beperking van het aantal personen die bevoegd zijn en de mogelijkheid om dergelijke besluiten voor te leggen aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter.<sup>101</sup>

### 3.3.2 Artikel 1 Protocol 1

Een andere bepaling waaruit, op grond van jurisprudentie van het EHRM, bepaalde procedurele eisen kunnen voortvloeien, is het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM (hierna: artikel 1 EP). Het EHRM heeft in verschillende zaken het vereiste geformuleerd dat elke overheidsmaatregel die het eigendomsrecht aantast op effectieve wijze aangevochten moet kunnen worden.<sup>102</sup> Om te kunnen vaststellen of nationaal recht voorziet in een mogelijkheid om een schending van het eigendomsrecht te kunnen aanvechten, verlangt het EHRM dat een uitvoerig onderzoek moet plaatsvinden naar de aanwezige procedures. Het EHRM kijkt vervolgens niet alleen naar de aanwezigheid van een adequate rechtsgang, maar ook naar de aanwezigheid van ‘*elemental rules of procedure*’.<sup>103</sup> Het EHRM acht het niet alleen belangrijk dat iemand het besluit effectief moet kunnen aanvechten, maar vergt ook bepaalde waarborgen ten aanzien van het besluitvormingsproces zelf zoals de mogelijkheid om gehoord te worden<sup>104</sup> of te worden geïnformeerd over de mogelijke eigendomsinmenging.<sup>105</sup> Voorbeelden zijn zaken waarin vergunningen worden ingetrokken waardoor een onderneming zijn activiteiten niet meer kan voortzetten. In de zaken *Megadot.com* (over de vergunning van een internetonderneming)<sup>106</sup> en *Capital Bank AD t. Bulgarije* (over de vergunning van een bank)<sup>107</sup> oordeelde het EHRM dat de intrekkingen van de betreffende vergunningen niet voldeed aan de procedurele vereisten die artikel 1 EP bevat zoals de omstandigheid dat Megadat.com niet was gehoord en Capital Bank niet de mogelijkheid had gekregen om het besluit voor te leggen aan een rechter. Deze

<sup>100</sup> EHRM 8 juli 2003, EHRC 2003, 71 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>101</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (*Niemietz t. Duitsland*); en EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*).

<sup>102</sup> EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*). Zie verder EHRM 31 juli 2008, 72034/01 (*Družstevni Záložna Pria e.a. t. Tsjechie*); en EHRM 9 oktober 2008, 38238/04 (*Forminster Enterprises Limited t. Tsjechië*).

<sup>103</sup> EHRM 15 juni 2006, 57785/00 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*).

<sup>104</sup> EHRM 15 juni 2006, 57785/00 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*).

<sup>105</sup> EHRM 16 november 2004, nr. 41673/98 (*Bruncrona t. Finland*), par. 85-87; EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*); en EHRM 15 november 2005, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) t. Verenigd Koninkrijk*), par. 73.

<sup>106</sup> EHRM 8 april 2008, 21151/04, EHRC 2008, 75 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

<sup>107</sup> EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

jurisprudentie illustreert dat het EHRM een verbinding heeft willen maken tussen artikel 1 EP en de procedurele regels van artikel 6 EVRM.<sup>108</sup> Dit betekent ook dat uit de jurisprudentie geen extra procedurele eisen op grond van artikel 1 EP zijn te distilleren die artikel 6 EVRM zelf niet biedt.

### 3.3.3 Artikel 10 EVRM

Een laatste bepaling is artikel 10 EVRM over het recht op vrijheid van meningsuiting. In tegenstelling tot de vorige bepalingen, artikel 8 EVRM en artikel 1 EP, gaat het hier niet zozeer om het vereiste dat een 'effectieve rechtsgang' aanwezig moet zijn (hetgeen de aanwezigheid van bepaalde procedurele rechten kan verlangen), maar gaat het om een bepaling die slechts één bepaalde procedurele waarborg garandeert. Artikel 10 EVRM omvat namelijk, zoals het EHRM in de zaak *Sdruženi Jihočeské Matky* voor het eerst heeft erkend, een recht op toegang tot (overheids)informatie.<sup>109</sup> Het EHRM heeft in deze jurisprudentie artikel 10 EVRM verbonden aan het recht op een publiek debat en het daaraan verbonden recht op informatie. Voor de toepasselijkheid van artikel 10 EVRM is het cruciaal wie de om informatie verzoekende persoon of instantie is en met welk doel de betreffende informatie wordt verzocht. Voor wat betreft de vraag wie de informatie verzoekt, heeft het EHRM bepaald dat aan journalisten en non-gouvernementele organisaties die de informatie verstrekken aan het publiek, en daarmee een rol als 'public watchdog' innemen, specifieke bescherming toekomt.<sup>110</sup> Ook onderzoekers, zoals bijvoorbeeld een historicus (zie de zaak *Kenedi*), kunnen toegang krijgen tot bepaalde overheidsinformatie aangezien de toegang tot bepaalde informatie een essentieel element kan vormen van 'the exercise of the applicants right to freedom of expression'.<sup>111</sup> Voor wat betreft het doel van de informatieaanvraag is van belang dat de informatieaanvraag de aanvrager niet persoonlijk raakt, maar het publieke debat moet garanderen en daarmee de democratie bevordert.<sup>112</sup> Het recht op toegang tot overheidsinformatie is krachtens artikel 10 EVRM dus beperkt tot journalisten en

<sup>108</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 9 december 1994, NJ 1996/374 (*Holy monasteries t. Griekenland*); EHRM 3 april 2008, 773/03 (*Regent Company t. Oekraïne*); en EHRM 18 december 2007, 3738/02 (*Marini t. Albanië*).

<sup>109</sup> EHRM 10 juli 2006, nr. 19101/03 (*Sdruženi Jihočeské Matky t. Tsjechië*). Zie over dit arrest Voorhoof 2006, p. 290-294. Zie verder Hins & Voorhoof 2007, p. 114-126.

<sup>110</sup> Zie voor de special bescherming die de pers onder artikel 10 EVRM geniet: EHRM 14 april 2009, nr. 37374/05, EHRC 2009/74, m.nt. W. Hins (*Társaság a Szabadságjogokért t. Hongarije*). Voor wat de bescherming van non-gouvernementele organisatie onder artikel 10 EVRM: EHRM 25 juni 2013, nr. 48135/06, EHRC 2013/235, m.nt. C.B. Modderman & R. Nehmelman (*Youth Initiative for Human Rights t. Servië*). Dit onderscheid tussen twee categorieën rechtssubjecten is bekritiseerd, omdat burgers wellicht ook, aan de hand van (overheids)informatie, zaken van publiek belang willen aankaarten. Zie de *dissenting opinion* van Wotsjyczek en de noot van Modderman onder de zaak EHRM 17 februari 2015, nr. 6987/07, EHRC 2015/99, m.nt. C.B. Modderman (*Guseva t. Bulgarije*).

<sup>111</sup> EHRM 26 mei 2009, nr. 31475/05 (*Kenedi t. Hongarije*).

<sup>112</sup> Het EHRM heeft het vereiste dat de moet zien op 'matters of public interest' zeer ruim uitgelegd. Zie bijvoorbeeld EHRM 19 juli 2011, nr. 23954/10 (*Uj t. Hongarije*), para 21. Zie verder over deze zaken Adamski 2012, p. 547-551. Zie over deze jurisprudentielijn: Hins 2013, p. 151-159.

vergelijkbare personen die een publiek debat willen aanzwengelen.<sup>113</sup> Op grond van artikel 10 EVRM kan een overheid dus niet worden verplicht om op eigen initiatief bepaalde documenten publiek te maken. Het is wel mogelijk dat op grond van artikel 10 EVRM wel, en op basis van de nationale openbaarheidsregelingen geen toegang wordt verleend tot overheidsinformatie. Een voorbeeld is de zaak *Youth Initiative for Human Rights* waarin een informatieverzoek van de organisatie, op grond van de Servische wet over openbaarheid van bestuur, door de Servische geheime dienst werd afgewezen omdat de informatie staatsgeheimen zou bevatten. Hoewel de nationale informatiecommissaris, en vervolgens het gerechtshof, het informatieverzoek in een later stadium honoreerde, weigerde de geheime dienst inzage te verlenen omdat de gevraagde informatie niet voorhanden was. Deze weigering leverde volgens het EHRM een schending op van artikel 10 EVRM en voldeed niet aan de rechtvaardigingscriteria van artikel 10 lid 2 EVRM.<sup>114</sup>

### 3.4 Deelconclusie

Deze paragraaf illustreerde de verschillende wijzen waarop artikel 6 EVRM een weg kan vinden in procedures die niet direct zijn te kwalificeren als een strafvervolgning of als een vaststelling van burgerlijke rechten en plichten. Ten eerste is het mogelijk dat binnen de categorie strafvervolgingen sprake is van een strafvervolgning die buiten de harde kern van het strafrecht valt en waarop de strafrechtelijke waarborgen van artikel 6 EVRM niet volledig van toepassing hoeven te zijn. Dit onderscheid tussen ‘hardcore’ en ‘softcore’ strafvervolgingen is ontwikkeld door het EHRM en heeft daarna navolging gekregen in jurisprudentie van het Luxemburgse Hof. Ten tweede kan het procedurele rechtsbeschermingsniveau afhankelijk zijn van een eerdere, verwante procedure. Als laatste geldt dat artikel 6 EVRM via de band van materiële EVRM-rechten een rol kan spelen. De toegevoegde waarde van deze jurisprudentie zit hem in de mogelijkheid dat artikel 6 EVRM ook van toepassing kan zijn in zaken die, kijkend bijvoorbeeld naar de aard van de sanctie, in eerste instantie buiten het bereik van artikel 6 EVRM zouden vallen. In deze zaken is het mogelijk dat bepaalde procedurele rechten aanwezig moeten zijn wanneer sprake is van een inmenging op een materieel EVRM-recht zoals het eigendomsrecht. De (toegevoegde) waarde van deze jurisprudentie is in principe beperkt tot puur nationale geschillen aangezien artikel 47 tweede paragraaf Handvest voor elke procedure, ook procedures die in eerste instantie buiten het bereik van artikel 6 EVRM vallen, verlangt dat sprake is van een eerlijke behandeling van de zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Artikel 48 Handvest is echter wel weer alleen van toepassing op strafvervolgingen.

<sup>113</sup> EHRM 25 juni 2013, nr. 48135/06, EHRC 2013/235, m.nt. C.B. Modderman & R. Nehmelman (*Youth Initiative for Human Rights t. Servië*).

<sup>114</sup> EHRM 25 juni 2013, nr. 48135/06, EHRC 2013/235, m.nt. C.B. Modderman & R. Nehmelman (*Youth Initiative for Human Rights t. Servië*).



## 4 HET RECHTSBESCHERMINGSNIVEAU IN MEDEDINGINGSPROCEDURES

## 4.1 Inleiding

Of artikel 6 EVRM en/of sommige fundamentele procesrechten van het Handvest van toepassing zijn, hangt voor een groot deel af van de vraag of sprake is van een strafvervolgning of een dispuut over burgerlijke rechten en plichten. Zowel binnen de notie strafvervolgning (i.e. het onderscheid tussen de harde kern van het strafrecht en de periferie van het strafrecht) als buiten de notie strafvervolgning (i.e. op grond van materiële EVRM-bepalingen) is echter verdere differentiatie mogelijk. De verschillende niveaus van rechtsbescherming die voortvloeien uit deze rijke jurisprudentie van het EHRM zullen in deze paragraaf worden toegepast op de verschillende mededingingsprocedures. De eerste procedure die wordt besproken, is de klassieke boeteprocedure (deelparagraaf 4.2) en als tweede de clementieprocedure (deelparagraaf 4.3). De twee deelparagrafen die hierop volgen, hebben betrekking op de toezeggingsprocedure (deelparagraaf 4.4) en de overige handhavingsprocedures (last onder dwangsom en de zelfstandige last).

## 4.2 De ‘klassieke’ boeteprocedure

## 4.2.1 De toepassing van de Engel-criteria

In deze deelparagraaf worden de ‘klassieke’ boeteprocedures – boeteprocedures waar geen sprake is van een clementieaanvraag – getoetst aan de Engel-criteria en wordt gekeken in hoeverre deze procedures de bescherming van artikel 6 EVRM genieten.

## 4.2.1.1 De kwalificatie van de sanctie naar nationaal recht

Het eerste criterium is de kwalificatie van de sanctie naar nationaal recht. Volgens Europees recht zijn de door de Commissie opgelegde boetes geen strafvervolgingen. In Verordening 1/2003 staat immers expliciet dat de boetebeschikkingen geen strafrechtelijk karakter hebben.<sup>115</sup> Verordening 1/2003 sluit echter niet uit dat op nationaal niveau wel strafrechtelijke sancties worden opgelegd voor inbreuken op het mededingingsrecht. De nationale mededingingsautoriteiten zijn immers bevoegd tot toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU en kunnen vervolgens geldboetes, dwangsommen of ‘overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties’ opleggen.<sup>116</sup> Ook artikel 12 lid 3 van Verordening 1/2003 erkent dat lidstaten strafrechtelijke sancties kunnen gelasten: ‘in dit laatste geval mogen de verstrekte gegevens door de ontvangende autoriteit niet gebruikt worden om gevangenisstraffen op te leggen.’

<sup>115</sup> Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1/1 (‘Verordening 1/2003’), artikel 23 lid 5.

<sup>116</sup> Verordening 1/2003 artikel 5.



In de praktijk passen verschillende lidstaten, zoals het Verenigd Koninkrijk, een handhavingssysteem met strafrechtelijke sancties toe voor inbreuken op het mededingingsrecht.<sup>117</sup> Nederland behoort niet tot de lidstaten die het mededingingsrecht (naast bestuursrechtelijk en civielrechtelijk) strafrechtelijk handhaven. De kwalificatie van de sanctie naar nationaal recht is dan ook niet-strafrechtelijk.

#### 4.2.1.2 *De aard van de overtreding*

Deze kwalificatie van de bestuurlijke boete als niet-strafrechtelijk is niet bepalend voor het vaststellen van een strafvervolgning. De kwalificatie dat de boetebeschikkingen van de ACM geen strafrechtelijk karakter hebben, doet dus niets af aan de mogelijkheid dat er wel degelijk sprake kan zijn van een strafvervolgning.<sup>118</sup> Vervolgens moet namelijk gekeken worden naar het tweede criterium: de aard van de overtreding. Een boete kan mogelijk als strafvervolgning worden aangemerkt wanneer de boete ziet op de naleving van algemeen geldende normen. In het mededingingsrecht zijn de geldende normen (zoals de artikelen 101 en 102 VWEU) gericht tot alle ondernemingen en niet tot een bepaalde beroepsgroep met een speciale status. Daarnaast dient het mededingingsrecht een algemeen belang: het mededingingsrecht beschermt niet uitsluitend de belangen van de concurrenten of consumenten, maar is bedoeld om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.<sup>119</sup> Op basis van het tweede Engel-criterium is de conclusie gerechtvaardigd dat boetes voor inbreuken op het mededingingsrecht strafrechtelijk zijn in het licht van artikel 6 EVRM en artikel 48 Handvest.

#### 4.2.1.3 *De aard en zwaarte van de sanctie*

Het laatste criterium betreft de aard en zwaarte van de sancties. Op basis van het nationaalrechtelijk oogmerk criterium wordt een bestuurlijke boete in Nederland aangemerkt als een punitieve sanctie,<sup>120</sup> en vervolgens ook als een strafvervolgning.<sup>121</sup> De bestuurlijke boete is immers een bestraffende sanctie waarbij een bestuursorgaan wegens een overtreding de onvoorwaardelijke verplichting aan de overtreder oplegt om een geldbedrag te betalen.<sup>122</sup> Ook voor bestuurlijke boetes die de ACM oplegt geldt

<sup>117</sup> Zie over de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht bijvoorbeeld Whelan 2014.

<sup>118</sup> Wils 2010, p. 5.

<sup>119</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *Jur.* 2009, p. I-4529 (*T-Mobile*), par. 38.

<sup>120</sup> Aangenomen mag worden dat de bestuurlijke boete een sanctie is met een punitief karakter. Zie: ABRvS 10 februari 1997, AB 1997/427 m.nt. N. Verheij, ECLI:NL:RVS:1997:ZB7279; en ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003/176, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RVS:2002:AE6240.

<sup>121</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 maart 1999, AB 1999/229, m. nt. B.P. Vermeulen, ECLI:NL:RVS:1999:AN5980; HR 22 juni 1988, NJ 1988/955, m.nt. Th. W. van Veen, ECLI:NL:HR:1988:ZC3854; en HR 10 november 1992, NJ 1993/181, m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1992:ZC9134. Bestuurlijke boetes worden ook wel meteen onder de paraplu van artikel 6 EVRM geplaatst: CBb 29 april 2004, JOR 2004/173, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol, ECLI:NL:CBb:2004:AO9910; en HR 19 juni 1985, NJ 1986/104, m.nt. E.A. Alkema, ECLI:NL:HR:1985:AC8934. Ook in de memorie van toelichting bij de Awb heeft de wetgever geconcludeerd dat het opleggen van een bestuurlijke boete in (zo goed als) alle gevallen een strafvervolgning oplevert. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 123 (MvT).

<sup>122</sup> Artikel 5:40 lid 1 Awb.

dat deze zijn gericht op het bestraffen en het afschrikken van de betreffende ondernemingen(en) en andere marktdeelnemers.<sup>123</sup>

Ook volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU hebben boetes voor mededingingsinbreuken het doel onwettige handelingen van de betrokken ondernemingen te bestraffen en ondernemingen ervan te weerhouden om in de toekomst de mededingingsregels te schenden.<sup>124</sup> Het Gerecht van de EU heeft in de zaak over een kartel in de luchtvracht voor het eerst expliciet geoordeeld dat de boetes die de Commissie kan opleggen voor mededingingsbreuken een strafrechtelijk karakter hebben.<sup>125</sup>

*'It must be added that, notwithstanding Article 23(5) of Regulation No 1/2003, which states that decisions imposing fines for infringements of the competition rules are not of a criminal law nature, the infringement of Article 101(1) TFEU, of Article 53 of the EEA Agreement and of Article 8 of the Swiss Agreement involves engaging in conduct which is generally regarded as underhand, to the detriment of the public at large, and which entails a clear stigma and a potential fine, for the undertakings responsible, of up to 10% of annual turnover, which is undoubtedly severe (see the Opinion of Advocate General Sharpston in KME Germany and Others v Commission, C-272/09 P, ECR, EU:C:2011:63, paragraph 64). Given the nature of the infringements in question and the nature and degree of severity of the ensuing penalties (see judgment of 27 March 2014 in Saint-Gobain Glass France and Others v Commission, T-56/09 and T-73/09, ECR, EU:T:2014:160, paragraph 78 and the case-law cited), those penalties pertain to criminal matters for the purpose of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (onderstreping EB), signed in Rome on 4 November 1950 ('the ECHR'), as can be seen, inter alia, from the judgment of the European Court of Human Rights in A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy (no. 43509/08, §§ 39 to 44, 27 September 2011).'<sup>126</sup>*

De vaststelling dat de boeteoplegging in mededingingsprocedures een strafvervolgning is, volgde op mededingingsjurisprudentie waar het HvJ EU reeds eerder verwees naar de zaak *Menarini* waarin het EHRM de boetes die werden opgelegd in Italiaanse mededingingsprocedures gelijkstelde met een strafvervolgning (zie deelparagraaf 4.2.2).<sup>127</sup> Hoewel sprake is van strafvervolgingen heeft het HvJ EU bepaald dat de

<sup>123</sup> In een zaak over de mogelijke fiscale aftrekbaarheid van boetes besloot de HR dat de boete die is opgelegd op grond van artikel 56 lid 1 aanhef en letter c van de Mw als zodanig is gericht op bestraffing van de persoon aan wie een in die bepaling vermelde overtreding kan worden toegerekend. HR 7 januari 2011, BNB 2011/62, m. nt. A.O. Lubbers, ECLI:NL:PHR:2011:BL0214.

<sup>124</sup> HvJ EG 29 juni 2006, C-289/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5859 (*Show Denko KK t. Commissie*), par. 19; HvJ EG 7 juni 1983, 100/80- 103/80, *Jur.* 1984, p. 1825 (*Musique diffusion française*), par. 105; en HvJ EG 11 juni 2009, C-429/07, *Jur.* 2009, p. I-4833 (*Inspecteur van de Belastingdienst t. X BV*), par. 33-35.

<sup>125</sup> Zie reeds eerder de de conclusie van A-G Sharpston van 10 februari 2011 in C-272/09 P, *Jur.* 2011, p. I-12789 (*KME*).

<sup>126</sup> Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 16 december 2015, T-46/1, n.n.g. (*Deutsche Lufthansa e.a. t. Commissie*), par. 34.

<sup>127</sup> HvJ EU 10 juli 2014, C-295/12 P (n.n.g.) (*Telefónica SA t. Commissie*); en HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (n.n.g.) (*Schindler e.a. t. Commissie*).

boeteprocedure van de Europese Commissie – die volgens het Hof geen gerecht in de zin van artikel 6 EVRM is<sup>128</sup> – voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM.<sup>129</sup>

#### 4.2.2 De zaak Menarini

In de zaak *Menarini* ging het EHRM expliciet in op de vraag of sprake is van een strafvervolging wanneer een mededingingsautoriteit, ter sanctionering van een inbreuk, een boete oplegt.<sup>130</sup> In deze zaak klaagde de onderneming Menarini over de procedure waarin de Italiaanse mededingingsautoriteit een boete van 6 miljoen euro oplegde voor illegale prijsafspraken in de markt van diabetesdiagnostiek. Volgens Menarini was de procedure waarin AGCM het kartel onderzocht en een boetebesluit nam, waarna de bestuursrechter het boetebesluit beperkt toetste, in strijd met artikel 6 EVRM. De Italiaanse overheid vroeg het EHRM echter de klacht ontvankelijk *ratione materiae* te verklaren. Italië stelde dat de (inmiddels oude) procedure voor de AGCM administratief en niet strafrechtelijk van aard was en daardoor niet onder artikel 6 EVRM viel. Wat betreft het eerste Engel-criterium stemde het EHRM in met de Italiaanse vaststelling dat de procedure voor de AGCM naar Italiaans recht niet leidt tot strafrechtelijke sancties. In de beoordeling van het tweede criterium stelde het EHRM vast dat de procedure niet enkel de belangen van particulieren of de overheid voor ogen heeft, maar ook de bescherming van het algemeen belang (vrije mededinging). Wat betreft de sanctie voor een mededingingsinbreuk oordeelde het EHRM dat deze zowel een repressief doel heeft, namelijk het bestraffen van de verstoring van de markt, als een preventief doel, namelijk het afschrikken van andere ondernemingen om gelijksoortig gedrag te vertonen. Deze vaststelling wordt volgens het EHRM versterkt door de hoogte van de boete. Verwijzend naar eerdere uitspraken waarin het EHRM besloot dat het sanctierecht van administratieve overheden in uitvoering van hun economische en financiële bevoegdheden onder artikel 6 EVRM viel,<sup>131</sup> concludeerde het EHRM dat op basis van het doel van de overtreding en de aard van de sanctie wel degelijk sprake was van een strafvervolging.<sup>132</sup> Met deze uitspraak volgde het EHRM het oordeel van de Commissie voor de mensenrechten die reeds in de zaak *Stenuit* besliste dat boetes voor mededingingsovertredingen strafrechtelijk waren op basis van

<sup>128</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78-215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*Landewyck e.a. t. Commissie*); en HvJ EG 7 juni 1983, 100/80-103/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique Diffusion française e.a. t. Commissie*).

<sup>129</sup> Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07, *Jur.* 2011, p. II-4819 (*Schindler e.a. t. Commissie*).

<sup>130</sup> Reeds eerder, in de zaak *Fortum*, oordeelde het EHRM over mogelijke schendingen van artikel 6 lid 1 en 3 EVRM door de Finse mededingingsautoriteit. Het EHRM ging in deze zaak niet expliciet in op de vraag of sprake was van een strafvervolging aangezien Finland in deze zaak de volledige toepassing van artikel 6 EVRM op mededingingsprocedures niet betwistte. Zie: EHRM 15 juli 2003, 32559/96 (*Fortum t. Finland*).

<sup>131</sup> Het EHRM verwijst in dit arrest o.a. EHRM 11 juni 2009, 5242/04 (*Dubus Sa t. Frankrijk*); en EHRM 3 december 2002, 53892/00 (*Lilly t. Frankrijk*).

<sup>132</sup> EHRM 27 september 2011, 43409/08 (*Menarini t. Italië*).

de hoge boete (€ 762.000) die was opgelegd in combinatie met het doel van de overtreding en de aard van de sanctie (punitief).<sup>133</sup>

#### 4.2.3 Het Jussila-onderscheid in mededingingsprocedures

Na de vaststelling dat bestuurlijke boetes voor mededingingsovertredingen gelijkgesteld kunnen worden met strafvervolgingen speelt de vraag of sprake is van een sanctie die valt binnen de periferie van het strafrecht of de harde kern van het strafrecht. Op grond van twee factoren (de zwaarte van de sanctie en het stigma dat kleeft aan een mededingingsovertreding) wordt het mededingingsrecht in de zaak *Jussila* immers expliciet genoemd als rechtsgebied dat binnen de periferie van het strafrecht valt. Het Gerecht besloot in de zaken *Schindler* en *Sasol* impliciet dat mededingingsprocedures niet tot de harde kern van het strafrecht behoren.<sup>134</sup> Voor het Gerecht was doorslaggevend dat in mededingingsprocedures – conform artikel 23, lid 5, verordening 1/2003 – het ‘strafrechtelijk’ karakter ontbreekt.<sup>135</sup> Bijzonder is dat het Gerecht één van de criteria uit de zaak *Engel*, met name de kwalificatie volgens nationaal recht, toepaste teneinde tot deze conclusie te komen.

De conclusie van het EHRM en het Gerecht dat het mededingingsrecht niet behoort tot het ‘traditionele’ strafrecht, en daardoor geen volledige rechtsbescherming geniet, is echter discutabel.<sup>136</sup> Ten eerste is met betrekking tot de stigmatisering van

<sup>133</sup> EHRM 27 februari 1992, *Series A* vol. 232 (*Stenuit t. Frankrijk*). In tegenstelling tot de zaken *Menarini* en *Stenuit* oordeelde het EHRM in zaak *Nestle* dat de Russische mededingingsprocedure, omwille van het specifieke doel van de Russische mededingingswetgeving, geen strafrechtelijk karakter had. De maatregelen die konden worden opgelegd waren in het Russische mededingingsrecht geen sancties als zodanig, maar bevelen die, in combinatie met de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, bedoeld waren om schade financieel te compenseren en dus geen repressief en afschrikwekkend doel hadden. Daarnaast gold de betrokken antimonopolieregeling enkel voor betrekkingen waardoor de mededinging op grondstoffenmarkten werd beïnvloed. Daarmee had de Russische mededingingsregelgeving een beperkte werkingssfeer. Zie: EHRM 3 juni 2004, 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 en 69058/01 (*Neste St. Petersburg e.a. t. Rusland*).

<sup>134</sup> Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07, *Jur.* 2011, p. II-4819 (*Schindler*); en Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08 (n.n.g.) (*Sasol*). Zie ook de uitspraak van het Gerecht EU in de zaak *AC Treuhand* waarin wel gesproken wordt over ‘het strafrecht in strikte zin’ zonder daarbij te verwijzen naar het onderscheid tussen de harde kern en periferie van het strafrecht of naar de zaak *Jussila*: ‘Vervolgens moet worden opgemerkt dat de krachtens verordening nr. 17 voor de Commissie gevoerde procedure louter administratief is [...] en dat bijgevolg de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, en meer bepaald het beginsel nulla poena (nullum crimen, nulla poena sine lege) zoals dit in het communautaire mededingingsrecht van toepassing is [...] niet noodzakelijkerwijs dezelfde strekking hebben als wanneer zij toepassing vinden in een situatie waarop het strafrecht in strikte zin van toepassing is.’ Zie GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, *Jur.* 2008, p. II-1501 (*AC Treuhand t. Europese Commissie*), par. 113.

<sup>135</sup> Gerecht 13 juli 2011, T-138/07, *Jur.* 2011, p. II-4819 (*Schindler*) par. 53. Zie ook de conclusie van A-G Shaprston van 10 februari 2011 in C-272/09 P, *Jur.* 2011, p. I-12789 (*KME*), par. 65-67: ‘Indien de boeteprocedure waarom het in deze zaak gaat, dus tot de sfeer van het strafrecht in de zin van het EVRM (en het Handvest) moet worden gerekend, [...] dat het hier – om de formulering uit het arrest *Jussila* te gebruiken – niet gaat om de harde kern van het strafrecht, zodat de voor strafrechtelijke procedures geldende waarborgen niet noodzakelijkerwijs geheel naar de letter te behoeven aangepast’; en de conclusie van A-G Kokott van 14 april 2011 in C-109/10 P, *Jur.* 2011, p. I-10319 (*Solvay*), par. 256.

<sup>136</sup> Zie bijvoorbeeld Bronckers & Vallery 2011, p. 535; en Forrester 2011a, p. 201-202. Zie voor een voorstander van de huidige kwalificatie van mededingingsrecht als ‘softcore’ strafrecht: Editorial

mededingingsovertredingen een tendens waar te nemen dat mededingingsovertredingen in toenemende mate worden gepresenteerd als een ‘extremely serious form of attack on society, carrying grave consequences’.<sup>137</sup> Zo speelt de Europese Commissie een actieve rol in de stigmatisering van mededingingsovertredingen door deze overtredingen gelijk te stellen aan diefstal.<sup>138</sup> Het Gerecht van de EU omschreef de boetes die waren opgelegd aan de luchtvaartmaatschappijen die afspraken hadden gemaakt op de markt voor luchtvracht als volgt:

*‘[de boetes] which is generally regarded as underhand, to the detriment of the public at large, and which entails a clear stigma and a potential fine, for the undertakings responsible, of up to 10% of annual turnover, which is undoubtedly severe.’<sup>139</sup>*

Ten tweede zijn de boetes die mededingingsautoriteiten opleggen hoger dan andere boetes die het EHRM kwalificeerde als strafrechtelijk.<sup>140</sup> Kijkend naar de potentiële zwaarte van de sanctie voor mededingingsovertredingen kan zowel in relatieve (wanneer de boete wordt vergeleken met de opgelegde boetes binnen andere rechtsgebieden) als in absolute termen gesproken worden van zware sancties. De potentiële sanctie die de ACM kan opleggen is immers € 450.000 of, indien dat meer is, 10 procent van de totale jaaromzet.<sup>141</sup> Zo bestempelde het EHRM boetes van € 762.000,<sup>142</sup> € 231.122<sup>143</sup> en € 151.000<sup>144</sup> als ‘very substantial’ of ‘heavy’, terwijl de ACM en de Europese Commissie boetes oplegden die de grens van één miljoen euro, en zelfs van één miljard euro<sup>145</sup> ruim overschreden. Ondanks deze argumenten is het EHRM nog niet afgeweken van het standpunt dat het mededingingsrecht tot de periferie van het strafrecht behoort. Dit in tegenstelling tot het EFTA Gerecht dat in de zaak *Norger Poste* een andere richting koos door te concluderen dat het mededingingsrecht wel tot de harde kern van het strafrecht behoort:

*‘Having regard to the nature and the severity of the charge at hand, the present case cannot be considered to concern a criminal charge of minor weight. The amount of the charge in this case is substantial and, moreover, the stigma attached to being held accountable for an abuse of a dominant position is not negligible. Thus, while the form of administrative review provided under Article 36 SCA may influence, with regard to several aspects, the way in which the*

---

Comments 2011, p. 1409: ‘Compared to traditional criminal sanctions, EU antitrust fines have a narrower focus since they are primarily designed to counteract economic incentives to engage in anti-competitive conduct by outweighing expected profits from such behavior.’

<sup>137</sup> Slater, Thomas & Waelbroeck 2008, p. 11.

<sup>138</sup> Zie bijvoorbeeld de speech van Neelie Kroes: Kroes 2009.

<sup>139</sup> Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 16 december 2015, T-46/1, n.n.g. (*Deutsche Lufthansa e.a. t. Commissie*).

<sup>140</sup> Slater, Thomas & Waelbroeck 2008, p. 10; Forrester 2009, p. 818; Riley 2007, p. 167-178; Bronckers & Vallery 2011, p. 539-542; en Barkhuysen & Van Emmerik 2007 par. 6.

<sup>141</sup> Artikel 57 Mw.

<sup>142</sup> EHRM 27 februari 1992, *Series A* vol. 232 (*Stenuit t. Frankrijk*).

<sup>143</sup> EHRM 5 januari 2010, 13102/04 (*Impar t. Litouwen*).

<sup>144</sup> EHRM 24 februari 1994, *Series A* vol. 284 (*Bendenoun t. Frankrijk*).

<sup>145</sup> Beschikking van de Commissie van 13 mei 2009, COMP/C-3/37.990 (*Intel*).

*guarantees provided by the criminal head of Article 6 ECHR are applied, this cannot detract from the necessity to respect these guarantees in substance.*<sup>146</sup>

Ook in de hiervoor besproken uitspraak in het luchtvrachtkartel lijkt het Gerecht, door expliciet de woorden van het EHRM te gebruiken om tot een hardcore strafvervolgning te concluderen (het stigmatiserend effect en de zwaarte van de sanctie), niet uit te sluiten dat het in mededingingsprocedures wel gaat om zaken die binnen de harde kern van het strafrecht vallen. Deze zaak, en de uitspraak van het EFTA Gerecht, illustreren dat per zaak gekeken moet worden of (i) sprake is van een ‘*criminal charge of minor weight*’ of van een strafvervolgning die substantieel is, en (ii) welk niveau van rechtsbescherming vervolgens geboden dient te worden. Deze suggestie wijkt af van de gangbare discussie waarin de vraag wordt gesteld of het mededingingsrecht in concreto hardcore is of niet. Het antwoord hierop is niet in het algemeen te geven. Per zaak dient gekeken te worden of, gezien de zwaarte van de sanctie en de stigmatiserende effecten, alle waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn. Deze benadering vindt bevestiging in de zaak *Grande Stevens* waar in een administratieve procedure, juist vanwege de zwaarte van de sanctie en de daarmee gepaard gaande stigmatiserende effecten, volgens het EHRM wel sprake was van een hardcore strafvervolgning.<sup>147</sup> Wanneer dit niet het geval is, dan is, voor wat betreft boeteprocedures, nog steeds sprake van een strafvervolgning, maar kan een milder rechtsbeschermingsregime ook voldoende zijn.

#### 4.2.4 *Het begin en einde van de charge in de klassieke boeteprocedure*

Als laatste is het van belang om – voor de situaties waarin een bestuurlijke boete is gekwalificeerd als strafrechtelijk – duidelijkheid te verkrijgen over wanneer sprake is van een vervolging. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het aanvangsmoment van de strafvervolgning kan blijken uit een officiële kennisgeving. In de Awb is het gebruik van een officiële kennisgeving, in de vorm van een rapport, voorgeschreven bij het opleggen van zware boeten (> € 340).<sup>148</sup> In mededingingsprocedures vangt de vervolging, en dus de bescherming van artikel 6 EVRM, dus (in ieder geval) aan op het moment dat een rapport is verstuurd naar de betrokken partijen.

De waarborgen die van toepassing zijn op strafvervolgingen kunnen echter ook al gelden vóór de officiële kennisgeving (het rapport). In bepaalde situaties kan de vervolging immers de vorm aannemen van andere maatregelen die een beschuldiging impliceren en die eveneens de positie van de verdachte wezenlijk beïnvloeden. De

<sup>146</sup> EFTA 18 April 2012, E-15/10 (*Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*), par. 90. Zie voor een bespreking van deze zaak: Temple Lang 2012, p. 464-480.

<sup>147</sup> Zie over deze uitspraak het hoofdstuk over het hoorrecht (deelparagraaf 2.3.1).

<sup>148</sup> Een zware boete is volgens artikel 5:53 Awb een boete van meer dan € 340. De Awb eist dat de officiële kennisgeving, in de vorm van een rapport, het volgende vermeldt: de naam van de overtreder, de overtreding en het overtreden voorschrift en zo nodig een aanduiding van de plaats en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd. Zie artikel 5:48 lid 2 Awb.



wetgever heeft daarom, tot op zekere hoogte, aansluiting gezocht bij het strafrecht<sup>149</sup> door te bepalen dat de waarborgen van artikel 6 EVRM (zoals het zwijgrecht) ook van toepassing zijn op een persoon die met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord.<sup>150</sup> Verder heeft het CBb in een van de bouwfraudezaken in de betonsector, waarin een onderneming het feitencomplex voorafgaand (op 3 mei 2006) aan het rapport (20 december 2006) van de ACM had ontvangen, geoordeeld dat de bescherming van artikel 6 EVRM ook kan aanvangen op het moment waarop een dergelijk feitencomplex door de onderneming wordt ontvangen.<sup>151</sup> Ook ten tijde van een huisbezoek kan reeds sprake zijn van een vervolging wanneer gedurende het huisbezoek een verdenking van een overtreding en de mogelijkheid van boeteplegging is genoemd.<sup>152</sup> Op het moment van een informatieverzoek is geen sprake van een strafvervolging,<sup>153</sup> tenzij uit het informatieverzoek expliciet volgt dat een verdenking bestaat van een overtreding en er expliciet de mogelijkheid van beboeting wordt genoemd.<sup>154</sup> Na het opstellen van het rapport en het horen, beslist de ACM bij besluit omtrent het opleggen van een boete. Tegen een boetebesluit staat beroep open bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het CBb. Gedurende deze rechtsgang, tot de uitspraak in hoger beroep bij het CBb, kan beroep gedaan worden op de rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM.

### 4.3 De clementieprocedure

#### 4.3.1 De toepassing van de Engel-criteria

Naast het opleggen van een bestuurlijke boete kan de ACM – in het kader van de clementieprocedure – besluiten om geen (of ‘slechts’ een gedeelte van een) geldboete op te leggen. In principe gaat het hier gewoon om een klassieke boeteprocedure waarop het rechtswaarborgenpakket van artikel 6 EVRM (en eventueel artikel 48 Handvest) van toepassing is. Het staat immers gedurende de besluitvormingsfase niet vast dat de betrokken onderneming of de feitelijke leidinggevende daadwerkelijk de toegezegde clementiekorting of immuniteit zal verkrijgen. De toezegging heeft daarmee een voorwaardelijk karakter; de toezegging (en daarmee de boetevrijstelling of -vermindering) vervalt wanneer de onderneming niet (langer) aan de gestelde voorwaarden voldoet. Illustratief is de zaak *Deltafina* waarin de Europese Commissie een toezegging introk omdat de onderneming *Deltafina* niet voldeed aan de gestelde voorwaarden door tijdens een bespreking de concurrenten op te hoogte te brengen van

<sup>149</sup> Op grond van artikel 27 Sv wordt iemand reeds als verdachte aangemerkt als te diens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit. Zie voor argumenten om geheel aansluiting te zoeken bij artikel 27 Sv: Hartmann & Rogier 2004, p. 1877-1882.

<sup>150</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 95-97 (MvT).

<sup>151</sup> Zie CBb 25 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ5977. Zie hierover meer: Vinken & Van Joolingen 2011, p. 216-223.

<sup>152</sup> CBb 10 april 2014, AB 2014/313, m.nt. R. Stijnen, ECLI:NL:CBB:2014:116.

<sup>153</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10173, par. 9.19.

<sup>154</sup> CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116.



het ingediende clementieverzoek alvorens de Commissie een onderzoek kon starten naar het betreffende kartel.<sup>155</sup> Tussen de klassieke boeteprocEDURE en een clementieprocedure zitten evenwel twee verschillen die belangrijke consequenties kunnen hebben voor het niveau van rechtsbescherming dat van toepassing is in een clementieprocedure.

Ten eerste lenen clementieprocedures zich (meer dan de klassieke boeteprocEDURES) voor het behalen van proceseconomische voordelen. De clementieverzoekers hebben immers hun bijdrage aan het kartel opgebiecht en vervolgens al het materiaal overlegt dat het bestaan van het kartel kan bewijzen. Het EHRM heeft in *Jussila* dan ook bepaald dat nationale autoriteiten kunnen besluiten dat de strafrechtelijke waarborgen (en een hoorzitting), op grond van proceseconomische overwegingen, niet volledig van toepassing hoeven te zijn. Vermeldenswaardig is dat de Commissie voor schikkingsprocedures (waar tevens een boetekorting wordt verleend) reeds een soort van 'waiver' voor procedurele waarborgen heeft geïntroduceerd. Met het oog op de procedurele voordelen die in een dergelijke procedure behaald kunnen worden, mogen partijen niet om een hoorzitting of toegang tot het dossier verzoeken zodra hun verklaringen met het oog op een schikking zijn weergegeven in de mededeling van punten van bezwaar.<sup>156</sup>

Ten tweede valt het strafrechtelijk karakter van de sanctie weg wanneer de ACM definitief besluit boete-immuniteit te verlenen aan een onderneming.<sup>157</sup> Dat moment doet zich echter pas voor aan het eind van de besluitvormingsprocedure. Het besluit om geen boete op te leggen heeft daarmee geen strafrechtelijk karakter (meer), maar kan eventueel worden gekwalificeerd als een aantasting van een burgerlijk recht waarvoor de in artikel 6 lid 1 EVRM opgenomen rechtswaarborgen gelden. De beslissing van het bestuursorgaan dat wel een schending van het mededingingsrecht heeft plaatsgevonden, maar geen boete wordt opgelegd, levert immers (met het oog op eventuele private schadevergoedingsacties) financiële verplichtingen op voor de van boete vrijgestelde onderneming.<sup>158</sup> Het is dan ook mogelijk dat een succesvolle clementieverzoeker (met een private schadevergoedingsactie in het vooruitzicht) beroep instelt tegen een besluit van de ACM wanneer het besluit de feiten, zoals de duur en omvang van het kartel, incorrect weergeeft. Interessant is de zaak *Masco* waarin een onderneming (die clementie had verkregen) in hoger beroep gedeeltelijke nietigverklaring verzocht van de beschikking van de Commissie omwille van het feit

<sup>155</sup> Het Gerecht EU keurde de praktijk van de Commissie goed. Zie Gerecht EU 9 september 2011, T-12/06, *Jur.* 2011, p. II-5639 (*Deltafina t. Commissie*).

<sup>156</sup> Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7 en 23 van Verordening 1/2003 van de Raad in kartelzaken, *PbEU* 2008, C 167/01, par. 28.

<sup>157</sup> In ABRvS 1 november 1999, *JB* 1999/301 werd de vermindering van schadeloosstelling (100%) die werd toegekend in verband met het ruimen van varkens niet aangemerkt als een strafvervolgning in de zin van artikel 6 EVRM.

<sup>158</sup> Zie voor de kwalificatie van het recht op schadevergoeding als burgerlijk recht/plicht: EHRM 26 maart 1992, 11760/85 (*Editions Periscope t. Frankrijk*), par. 40; en EHRM 9 december 1994, 13427/87 (*Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland*), par. 40.

dat de Commissie volgens de onderneming onterecht het gedrag van de inbreukmakers op het mededingingsrecht kwalificeerde als één enkele complexe inbreuk betreffende drie verschillende productgroepen (terwijl Masco zelf in één productgroep geheel niet actief was).<sup>159</sup>

#### 4.3.2 *Het begin en einde van de charge in de clementieprocedure*

In principe is in mededingingsprocedures sprake van een vervolging wanneer het boeterapport wordt toegezonden aan de betrokken partijen. In een clementieprocedure wordt de positie van een onderneming echter reeds op het moment van indiening van het clementieverzoek wezenlijk beïnvloed. Vanaf dat moment erkent de onderneming zijn deelname aan het kartel, overlegt de clementieverzoeker informatie die de ACM kan gebruiken (ook tegen de clementieverzoeker) voor het onderzoek of voor het vaststellen van een inbreuk en riskeert de clementieverzoeker daarmee een strafrechtelijke sanctie (bestuurlijke boete) wanneer niet wordt voldaan aan de clementievoorwaarden. Het startpunt is daarmee, in tegenstelling tot de klassieke clementieprocedure, het moment waarop de onderneming zijn deelname aan een kartel opbiecht bij de ACM. De vervolging eindigt wanneer de veroordeling definitief is. Normaal gesproken is een vervolging definitief wanneer een rechter in laatste aanleg zich over de zaak heeft gebogen. Voor ondernemingen die boete-immuniteit hebben verkregen geldt echter dat, na de beslissing van de mededingingsautoriteit, geen sprake meer is van een strafvervolging (zie deelparagraaf 4.3.1).

### 4.4 De toezeggingsprocedure

#### 4.4.1 *De toepassing van de Engel-criteria*

De toepassing van de Engel-criteria, en het kwalificeren van de procedure als een strafvervolging, hangt in toezeggingsprocedures af van de vraag wanneer de toezegging door de onderneming wordt gedaan. Het moment dat een onderneming een aanvraag indient voor het bindend verklaren van een toezegging kan immers plaatsvinden voordat het rapport wordt vastgesteld en nadat het rapport is bekendgemaakt.<sup>160</sup> In het tweede geval – dus nadat het rapport is toegezonden – is in de fase tussen het rapport en de toezeggingsaanvraag sprake van een strafvervolging aangezien in die fase een mogelijke bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Wanneer echter een toezeggingstraject wordt ingegaan, dan wordt duidelijk dat bij het bindend verklaren van een toezegging geen sprake is van een sanctie met een punitief karakter: het doel van een toezegging is immers het herstellen van een mededingingsstoornis.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Zie Gerecht EU 16 september 2013, T-378/10 (n.n.g.) (*Masco e.a. t. Commissie*).

<sup>160</sup> Artikel 49a lid 1 Mw.

<sup>161</sup> Volgens Frese is het toezeggingsbesluit net als de last onder dwangsom niet meer dan een overredingsmiddel, met het verschil dat geen (dreigende) overtreding dient te worden vastgesteld. Zie Frese 2007, p. 40-41.

Gezien het puur reparatoire karakter van remedies vallen procedures waarin toezeggingen worden gedaan buiten het bereik van de rechtswaarborgen die gelden voor strafvervolgingen. Deze conclusie sluit echter niet uit dat wel sprake is van het vaststellen van een conflict over burgerlijke rechten en plichten.<sup>162</sup> Voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 EVRM is echter het bestaan van een geschil tussen de verschillende partijen, in dit geval de ACM en de onderneming. In een toezeggingsprocedure is echter minder snel sprake van een geschil. Tussen het moment van de vrijwillige aanvraag en het moment waarop duidelijk wordt of de toezeggingsaanvraag wordt ingewilligd (voor het nemen van een sanctiebesluit<sup>163</sup>) probeert de onderneming door het toezeggen van structurele maatregelen de (vermoedelijke) mededingingsinbreuk c.q. geschil te voorkomen. In deze fase van de toezeggingsprocedure zijn de rechtswaarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM in principe niet van toepassing.

#### 4.4.2 De procedurele rechten via artikel 1 EP EVRM

Deze conclusie sluit niet uit dat in de toezeggingsprocedure wel, via de band van materiële EVRM-rechten, bepaalde procedurele waarborgen van toepassing kunnen zijn. Een toezegging kan immers tot gevolg hebben dat de eigendomsrechten van een onderneming worden aangetast. Met eigendom wordt in de Straatsburgse jurisprudentie immers niet alleen fysieke goederen bedoeld, maar ook niet-fysieke goederen, zoals aandelen, patenten, goodwill en bedrijfsvergunningen.<sup>164</sup> Ook de legitieme verwachting om een effectief genot van eigendomsrechten te verwezenlijken, kan, onder omstandigheden, een eigendomsrecht zijn.<sup>165</sup> Een eigendomsinmenging moet echter vergezeld gaan van procedurele waarborgen (zie hierover deelparagraaf 3.3.3). Een bestudering van een aantal toezeggingsbesluiten van de ACM illustreert dat het niet altijd duidelijk is of in toezeggingzaken eigendomsrechten werden geschaad. In de zaak *Buma/Stemra* bestond de toezegging erin dat Buma/Stemra meer keuzes zou bieden aan componisten en tekstschrijvers voor het beheer van hun auteursrechten op muziek.<sup>166</sup> In de zaak *mobiele operators* zag de toezegging erop toe dat geen uitingen werden gedaan in het publieke domein over toekomstige prijzen en andere commerciële voorwaarden voor mobiele communicatiediensten in Nederland.<sup>167</sup> Een zaak waar een inmenging op een eigendomsrecht wellicht sneller op de loer lag, is de zaak *Kunstveilingen* waarin kunsthandelaren aangaven zich te zullen onthouden van afspraken over het biedgedrag en van de betaling van vergoedingen voor het bieden

<sup>162</sup> Bij toezeggingen die bijvoorbeeld bestaat uit het afstoten van een bedrijfsonderdeel ligt deze conclusie redelijk voor de hand.

<sup>163</sup> Bij een toezeggingsbesluit besluit de raad tevens geen onderzoek te starten, een reeds ingesteld onderzoek niet langer voort te zetten, geen rapport op te maken of af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom. Zie artikel 49a lid 3 Mw.

<sup>164</sup> Jacobs & White 2006, p. 350.

<sup>165</sup> EHRM 11 juni 2009, 35298/04 (*Trgo t. Kroatië*).

<sup>166</sup> ACM 3 juni 2014 (*Buma/Stemra*).

<sup>167</sup> ACM 7 januari 2014 (*Mobiele operators*).

namens andere kunsthandelaren.<sup>168</sup> Ook in de zaak waarin een aantal verzekeraars in poolverband een beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor notarissen had aangeboden, en waar de toezegging bestond uit het beëindigen van de verzekeringspool of uit het terugbrengen van het marktaandeel tot maximaal 20 procent, kan men bepleiten dat de toezegging een inmenging op het eigendom van de verzekeraars (namelijk de beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor notarissen) tot gevolg had.<sup>169</sup> In die zaken waarin inderdaad een schending van de eigendomsrechten kan worden vastgesteld, geldt dat (hoewel de zaak zelf niet direct binnen het bereik van artikel 6 EVRM valt) bepaalde procedurele rechten gewaarborgd moeten worden (zoals het recht om gehoord te worden).

#### 4.4.3 *Het begin en einde van de charge in de toezeggingsprocedure*

In toezeggingsprocedure is de vraag of sprake is van een strafvervolgning afhankelijk van het moment waarop een toezeggingstraject wordt ingegaan. Is dat na het opmaken en verzenden van een boeterapport, dan geniet de betrokken onderneming de bescherming van artikel 6 EVRM. De strafvervolgning, en de daarmee gepaarde rechtsbescherming, valt echter weg wanneer toezeggingsonderhandelingen aanvangen tussen de ACM en de betrokken partijen. Mocht de ACM de toezegging niet honoreren of intrekken,<sup>170</sup> waardoor de betrokken onderneming alsnog een boete opgelegd kan krijgen, dan is het complete pakket van rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM wel van toepassing.<sup>171</sup> Dit betekent dat een onderneming, wanneer de toezegging is gedaan voordat de ACM een rapport uitbracht, alsnog de mogelijkheid moet krijgen om gehoord te worden of eventuele getuigen op te roepen (zie hierover de casestudies in het tweede deel van dit proefschrift).

### 4.5 De overige besluitvormingsprocedures

#### 4.5.1 *De last onder dwangsom*

De last onder dwangsom bestaat uit een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, zoals bijvoorbeeld de verplichting om de abonnementsbeëindiging

<sup>168</sup> NMa 25 februari, 7533 (*Kunstveilingen*).

<sup>169</sup> NMa 30 december 2010, 5998 (*Verzekeringspools*).

<sup>170</sup> Zie voor de gronden voor het (her)openen van het onderzoek en het intrekken of wijzigen van toezeggingsbesluiten artikel 49c Mw.

<sup>171</sup> Ingewilligde aanvragen leiden tot toezeggingsbesluiten waartegen voor belanghebbenden rechtsbescherming (hoger beroep) krachtens artikel 8:1 Awb openstaat. Waarschijnlijk zal bij een volledig ingewilligde aanvraag het procesbelang voor de aanvrager ontbreken. Het instellen van bezwaar en hoger beroep is echter in dergelijke gevallen summier mogelijk. Tegen de afgewezen aanvraag is helemaal geen bezwaar of beroep mogelijk en tegen intrekking- of wijzigingsbesluiten staan alleen bezwaar en beroep open voor zaken die vallen binnen de reikwijdte van artikel 49c lid 1 sub a Mw (wanneer een wezenlijke verandering is opgetreden in de feiten waarop het besluit berust). Zie artikel 8:5 Awb jo. artikel 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak.

kosteloos te maken,<sup>172</sup> de verplichting om de regelingen met betrekking tot het geven van kwantumkortingen en testerskortingen te beëindigen,<sup>173</sup> en de verplichting om te staken met het stelselmatig onderbieden van prijzen en het geven van een laagste prijsgarantie.<sup>174</sup> Het is omstreden dat dergelijke herstelsancties strafvervolgingen zijn.<sup>175</sup> Op basis van het eerste Engel-criterium, de kwalificatie naar nationaal recht, geldt voor de last onder dwangsom dat deze geen strafrechtelijk karakter heeft. Alhoewel de aard van de overtreding (het tweede Engel-criterium) gericht is tot het algemeen publiek, en op basis daarvan mogelijk wel sprake kan zijn van een strafvervolging, geldt dat de aard en zwaarte van de sanctie (het derde, doorslaggevende Engel-criterium) niet strafrechtelijk is. De aard van de last onder dwangsom is het ongedaan maken van de overtreding of het voorkomen van verdere overtredingen, dan wel van een herhaling van de overtreding.<sup>176</sup> Het doel dat met een last onder dwangsom wordt beoogd, is dus onmiskenbaar reparatoir.<sup>177</sup> Ook op basis van het tweede subcriterium, de zwaarte van de sanctie, is met de oplegging van de last onder dwangsom geen strafvervolging gemoeid.<sup>178</sup> Zoals gezegd acht het EHRM de te riskeren sanctie maatgevend. Volgens artikel 5:32 lid 4 Awb moet het bedrag van de dwangsom in redelijke verhouding staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom. Ook voor het bepalen van de zwaarte van de sanctie is het reparatoire doel maatgevend,<sup>179</sup> mits het bedrag van de last onder dwangsom niet hoger is dan nodig voor het herstel.<sup>180</sup>

Alhoewel de last onder dwangsom geen strafvervolging is, kan het wel – gezien het karakter van de mogelijk op te leggen lasten – de vaststelling van burgerlijke verplichtingen inhouden. Wanneer de uitkomst van de beslissing tot het opleggen van een last onder dwangsom bepalend is voor de burgerlijke rechten of plichten van een onderneming, hetgeen bij herstelsancties het geval is,<sup>181</sup> en wanneer een conflict bestaat

<sup>172</sup> OPTA 31 augustus 2011, 11.0188.34 (KPN).

<sup>173</sup> NMa 31 december 2003, 3353/78 (CR DELTA).

<sup>174</sup> NMa 11 augustus 2003, 3125/55 (NHA t. LOI).

<sup>175</sup> Barkhuysen & Van Emmerik 2009, p. 112.

<sup>176</sup> Artikel 5:2 lid 2 Awb jo. artikel 5:31 lid d, Awb.

<sup>177</sup> Zie ABRvS 19 september 1996, AB 1996/215, m.nt. P.J.J. van Buuren. In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld. Verschillende auteurs menen dat de invorderingsfase punitieve elementen bevat of dat de invorderingsfase *an sich* punitief is. Zie bijvoorbeeld Addink & Sluijs 1992, p. 41; Van Buuren 1992, p. 1347; en Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 89-90.

<sup>178</sup> Zie *a contrario* Brouwer 1999, p. 10. Volgens Brouwer is de last onder dwangsom in het kader van de Mededingingswet gebaseerd op zodanig open en nader in te vullen verbodsnormen en kan het zodanig ingrijpen in de bedrijfsvoering van een onderneming, dat het vermeende reparatoire karakter van de dwangsom nauwelijks meer een aanvaardbaar argument is.

<sup>179</sup> In het geval een bestuursorgaan het bedrag van de dwangsom veel hoger vaststelt dan nodig is voor een 'prikkel tot naleving', dan zou eventueel wel gesproken kunnen worden van een strafvervolging. De meningen hierover zijn echter sterk verdeeld. Zie Blomberg 2004, p. 162; en, voor een tegenovergestelde mening, Albers 2002, p. 46 en Albers 2001, p. 1161-1162.

<sup>180</sup> ABRvS 13 maart 2001, JB 2001/95, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

<sup>181</sup> Michiels & Muller 2006, p. 89.

tussen de onderneming en de mededingingsautoriteit over deze beslissing, dan geniet de onderneming de bescherming die wordt geboden door artikel 6 lid 1 EVRM.<sup>182</sup>

#### 4.5.2 *De zelfstandige last*

De bespreking van de eerste twee Engel-criteria in de vorige deelparagraaf over de last onder dwangsom kan analoog worden toegepast op de zelfstandige last. In deelparagraaf 4.2.5.2 van het eerste hoofdstuk is de zelfstandige last (waaronder de bindende aanwijzing valt) besproken. Met de last onder dwangsom heeft de zelfstandige last gemeen dat deze vooral preventief is<sup>183</sup> en dat het een instrument is dat voor de handhaving van wettelijke voorschriften kan worden gezet. Men zou kunnen stellen dat de zelfstandige last een last is zonder dwangsom. Het derde criterium, de aard en zwaarte van de sanctie, is voor de zelfstandige last echter moeilijk in te vullen. Het oogmerk van een zelfstandige last is de naleving van een wettelijk voorschrift en biedt – in tegenstelling tot de last onder dwangsom – meer mogelijkheden dan het enkele afdwingen van herstel doordat het ruimte voor nadere invulling van de wettelijke bepaling biedt.<sup>184</sup> Met het opleggen van een zelfstandige last concretiseert de mededingingsautoriteit immers nader welke verplichtingen voor de burger uit de overtreden norm voortvloeien; de mededingingsautoriteit dwingt de naleving van die verplichtingen niet daadwerkelijk af.<sup>185</sup> Het is daarom onduidelijk wat de (potentiële zwaarte van de) sanctie inhoudt. De Awb schrijft zelf voor dat de zelfstandige last geen bestuurlijke sanctie is;<sup>186</sup> enkel de overtreding van de zelfstandige last kan leiden tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.<sup>187</sup> Met de zelfstandige last worden ruim geformuleerde wettelijke normen nader geconcretiseerd en kunnen gedetailleerde en concrete gedragsvoorschriften worden gegeven. Het instrument lijkt daarom in ieder geval geen punitief karakter te hebben.

Wel kan in het geval van een conflict over de zelfstandige last (tussen de betreffende onderneming en de ACM), conform de last onder dwangsom, sprake zijn van de vaststelling van een burgerlijk recht of burgerlijke plicht en kan een recht bestaan op de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM. In een aantal besluiten van de toenmalige mededingingsautoriteit, de NMa, zijn voorbeelden te vinden van zaken waarin, op grond van artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet, een dwingende aanwijzing was opgelegd. De bindende aanwijzing in deze zaken bestond bijvoorbeeld uit het verlenen van een bevoegdheid aan een onderneming om als netbeheerder op te treden op bepaalde bedrijfsterreinen, de verplichting om een systeemdienstentarium te betalen aan

<sup>182</sup> Zie ook Jansen 1999, p. 155.

<sup>183</sup> In artikel 5:2 lid 2 Awb is bepaald dat de enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen geen bestuurlijke sanctie is in de zin van de Awb.

<sup>184</sup> Van Leeuwen 2006, p. 100-118.

<sup>185</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT).

<sup>186</sup> Artikel 5:2 lid 2 Awb.

<sup>187</sup> Artikel 12m lid 1 sub b Instellingswet.

een onderneming, en het aanpassen van de OV-netten in Amsterdam.<sup>188</sup> Dergelijke bindende aanwijzingen stellen direct de burgerlijke rechten of plichten van een onderneming vast, omdat zij direct invloed hebben op de bedrijfsuitoefening van een onderneming (bestaande uit bijvoorbeeld een uitbreiding van de bedrijfsuitoefening door het verlenen van een exclusieve bevoegdheid tot het aanleggen en beheren van netten). Mocht een conflict bestaan over deze bindende aanwijzingen, dan zullen de rechtswaarborgen voor burgerlijke rechten en plichten in acht genomen moeten worden. Of deze rechtswaarborgen zich ook uitstrekken tot bindende gedragslijnen is voorsnog (gezien het gebrek aan precedents) niet geheel duidelijk, maar het is niet uitgesloten dat dit wel het geval is wanneer de bindende gedragslijn een daadwerkelijke invloed heeft op de bedrijfsuitoefening van een onderneming.<sup>189</sup>

#### 4.6 Deelconclusie

Verschillende procedures vragen om verschillende niveaus van rechtsbescherming. Deze paragraaf laat zien dat, afhankelijk van de aard en de zwaarte van de sanctie, sprake kan zijn een ander niveau van rechtsbescherming in bijvoorbeeld een toezeggingsprocedure dan in een boeteprocEDURE. In de klassieke boeteprocEDURE is duidelijk sprake van een strafvervolgning waardoor het volledige rechtsbeschermingspakket van artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 48 Handvest van toepassing is. Voor de clementieprocedure geldt hetzelfde al kan hier, in individuele zaken, een – in de lijn van het *Jussila*-arrest – mildere toepassing van de rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM volstaan. In toezeggingsprocedures en procedures die leiden tot een lastoplegging (last onder dwangsom en zelfstandige last) geldt dat deze geen rechtswaarborgen genieten respectievelijk de rechtswaarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM (en eventueel artikel 47 Handvest). Met betrekking tot toezeggingsprocedures is het mogelijk dat, gezien de eventuele inmenging van de toezegging op de eigendomsrechten, wel bepaalde procedurele waarborgen geëerbiedigd dienen te worden.

### 5 CONCLUSIE

Dit hoofdstuk gaat over de vraag in hoeverre de procedures bij de ACM dienen te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 48 EVRM. In artikel 6 lid 1 EVRM zijn verschillende minimumeisen op een eerlijk proces opgenomen die gelden voor strafvervolgingen en burgerlijke rechten en plichten. In het Handvest is een vergelijkbare regeling opgenomen in artikel 47 Handvest met als belangrijk verschil dat artikel 47 Handvest van toepassing is op alle procedures. Concreet betekent dit dat een

<sup>188</sup> NMa 5 maart 2008, 102898/10 (*Bindende aanwijzing Essent en NRE*); NMa 11 augustus 2008, 102755/13 (*Delta Netwerkbedrijf B.V.*); NMa 21 augustus 2009, 103258\_2/24 (*NRE Netwerk B.V.*); NMa 16 juli 2010, 102941/69 (*Liander N.V.*); en NMa 4 maart 2010, 103351\_1/26 (*Dow Benelux B.V.*).

<sup>189</sup> Het is te bezien of het instrument bedoeld is om ondernemingen en personen inzicht te geven in de uitleg van de wet of om de ACM in staat te stellen in spoedeisende gevallen adequaat op te treden.



ationale mededingingsprocedure met een ‘link’ met het Unierecht te allen tijde dient te voldoen aan de minimumeisen van een eerlijk proces. Mocht een dergelijke link ontbreken, dan zijn de minimumwaarborgen voor een eerlijk proces van artikel 6 lid 1 EVRM van toepassing op de mededingingsprocedures die overwegend een herstelkarakter hebben (i.e. de last onder dwangsom of de zelfstandige last).

Naast deze minimumeisen kennen het EVRM (artikel 6 leden 2 en 3) en het Handvest (artikel 48 Handvest) een uitgebreid rechtsbeschermingspakket toe aan degene tegen wie een strafvervolgning is ingesteld. Voor de onderneming of de feitelijke leidinggevende die geconfronteerd wordt met een onderzoek van de ACM is het dan ook van groot belang om te weten of sprake is van een strafvervolgning of niet. Het EHRM maakt duidelijk dat pas van een vervolging gesproken kan worden nadat bekend wordt dat de ACM een onderzoek heeft ingesteld en dat de ACM de betreffende partij verdenkt van mededingingsbeperkende gedragingen. Over het algemeen wordt een onderneming of een feitelijke leidinggevende hiervan op de hoogte gesteld door middel van een rapport. Ook wanneer een clementieverzoek wordt ingediend, geldt dat sprake is van een strafvervolgning en is het volledige rechtsbeschermingspakket van toepassing. In individuele zaken kan van bepaalde rechtswaarborgen worden afgezien (het medium rechtsbeschermingsniveau). Bepaalde rechtswaarborgen, zoals de onschuldpresumptie, worden al per definitie buiten spel gezet op het moment dat een onderneming of feitelijk leidinggevende het clementietraject ingaat. Voor andere rechtswaarborgen, zoals de verplichte hoorzitting, kan de vraag worden gesteld of deze – gezien wellicht de weinige juridische en feitelijke vragen die nog spelen – nog noodzakelijk is voor het effectueren van de verdedigingsrechten en voor het waarborgen van de zorgvuldige besluitvorming. De zwaarte en het stigma van de straf kunnen immers een minder strikte toepassing van rechtsbescherming rechtvaardigen. Voor deze situaties heeft het EHRM in de zaak *Jussila* voorzien in een mogelijkheid om, op grond van proceseconomische redenen, niet alle rechtswaarborgen ‘within its full stringency’ van toepassing te laten zijn. De beslissing om bepaalde procedurele rechten niet te bieden (i.e. een hoorzitting of bijvoorbeeld een getuigenverhoor) moet per zaak worden genomen. In de zaak *Grande Stevens* werd een hoorzitting bijvoorbeeld wel noodzakelijk geacht (gezien het stigmatiserend effect van de sanctie en daarmee het ‘hardcore’ karakter van de strafvervolgning). Het medium rechtsbeschermingsniveau ziet echter niet op de rechterlijke toetsing van mededingingszaken. De zaken *Sigma*, *Menarini* alsook *Grande Stevens* laten immers zien dat een volledige rechterlijke toetsing van alle aangevoerde middelen te allen tijde geboden moet worden. Voor wat betreft de rechterlijke toetsing geldt dus dat geen onderscheid gemaakt hoeft te worden tussen enerzijds burgerlijke rechten/plichten en strafvervolgingen (*Sigma*) en hardcore en softcore strafvervolgingen (*Menarini* en *Grande Stevens*). Dat in deze zaken de uitspraak *Jussila* niet expliciet werd genoemd, doet niks af aan de conclusie dat bepaalde mededingingszaken binnen de periferie van het strafrecht vallen – deze zaken brengen daar geen verandering in.<sup>190</sup>

<sup>190</sup> Meer hierover in het volgende hoofdstuk over rechterlijke toetsing.

Wanneer door het rapport duidelijk wordt dat de mogelijke mededingingsbelemmeringen weggenomen kunnen worden door het bindend verklaren van een toezegging, dan zijn in principe noch de minimumwaarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM noch de strafrechtelijke procedurele waarborgen van toepassing. Hier zijn echter wel drie kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste, hoewel het bij toezeggingen duidelijk niet gaat om het opleggen van een punitieve sanctie, kunnen de minimumwaarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM wel van toepassing zijn wanneer tussen de ACM en de onderneming een conflict ontstaat over de toezegging. Ten tweede, wanneer de toezegging een eigendomsinmenging tot gevolg heeft, kunnen bepaalde procedurele waarborgen – via de band van artikel 1 EP – wel degelijk een rol spelen. Ten derde is de toepassing van het volledige rechtsbeschermingspakket verplicht op het moment dat blijkt dat de toezeggingsonderhandelingen niet succesvol zullen zijn.

Schematisch komt een dergelijke gedifferentieerd niveau van rechtsbescherming, bestaande uit een volledig rechtsbeschermingspakket (artikel 6 EVRM en artikelen 47 en 48 Handvest), een afwijkend mediumrechtsbeschermingspakket (*Jussila*) en een minimumrechtsbeschermingspakket (artikel 6 lid 1 EVRM, eventueel via de band van materiële EVRM-rechten), er als volgt uit te zien:

|                                 | <b>Procedure ACM</b>                                                                                                          | <b>Hogerberoepsprocedures</b>                                                                                                 |
|---------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>1) Boeteprocedure</b>        | Volledig:<br>Artikel 6 EVRM, artikelen 47 en 48 Handvest                                                                      | Volledig:<br>Artikel 6 EVRM, artikelen 47 en 48 Handvest                                                                      |
| <b>2) Clementieprocedure</b>    |                                                                                                                               |                                                                                                                               |
| <i>Boete-immuniteit</i>         | Medium:<br>Artikel 6 EVRM, artikelen 47 en 48 Handvest, maar eventueel beperking strafrechtelijke procesrechten + hoorzitting | Minimum:<br>Artikel 6 lid 1 EVRM (en eventueel artikel 47 Handvest), tenzij onbesproken geschilpunten                         |
| <i>Boetevermindering</i>        | Medium:<br>Artikel 6 EVRM, artikelen 47 en 48 Handvest, maar eventueel beperking strafrechtelijke procesrechten + hoorzitting | Medium:<br>Artikel 6 EVRM, artikelen 47 en 48 Handvest, maar eventueel beperking strafrechtelijke procesrechten + hoorzitting |
| <b>3) Toezeggingsprocedures</b> | Geen, tenzij artikel 1 EP                                                                                                     | Minimum:<br>Artikel 6 lid 1 EVRM (en eventueel artikel 47 Handvest)                                                           |
| <b>4) Overige procedures</b>    |                                                                                                                               |                                                                                                                               |
| <i>Last onder dwangsom</i>      | Minimum:<br>Artikel 6 lid 1 EVRM (en eventueel artikel 47 Handvest)                                                           | Minimum:<br>Artikel 6 lid 1 EVRM (en eventueel artikel 47 Handvest)                                                           |

|                          | <b>Procedure ACM</b>                                                      | <b>Hogerberoepsprocedures</b>                                             |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| <i>Zelfstandige last</i> | Minimum:<br>Artikel 6 lid 1 EVRM (en<br>eventueel artikel 47<br>Handvest) | Minimum:<br>Artikel 6 lid 1 EVRM (en<br>eventueel artikel 47<br>Handvest) |

Dit schema is richtinggevend voor de casestudies in het tweede deel. Voor elke procedure zal worden vastgesteld of het betreffende procedurele recht, in het licht van het EVRM en het Unierecht, voldoende wordt gewaarborgd en of een beperking gerechtvaardigd is.

## 5 Het alles-in-één-hand-handhavingssstelsel

### 1 INLEIDING

Voordat aan de hand van de drie casestudies gekeken wordt hoe de verschillende mededingingsprocedures zich verhouden tot bepaalde fundamentele procesrechten wordt in dit hoofdstuk de kritiek besproken op het alles-in-één-hand-handhavingssstelsel van mededingingsautoriteiten. De drie casestudies die op dit hoofdstuk volgen, bouwen voort op de conclusies in dit hoofdstuk.

Het alles-in-één-hand-handhavingssstelsel kenmerkt zich door de verschillende petten die een mededingingsautoriteit op kan hebben, namelijk de pet van onderzoeker, aanklager en beslisser. Het debat heeft betrekking op de vraag of fundamentele rechten (artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest) zich verzetten tegen de praktijk waarin een administratief orgaan een bestuurlijke boete oplegt. Een bestuurlijke boete is immers een vorm van strafrechtelijke vervolging en verlangt in beginsel meer rechtsbescherming dan een herstelsanctie.

Dit hoofdstuk raakt daarmee de kern van het *'due process'*-debat.<sup>1</sup> Gezien de strafrechtelijke kwalificatie van boetes voor overtredingen van de mededingingswetgeving zijn sommige auteurs van mening dat deze boetes door een gerecht opgelegd moeten worden.<sup>2</sup> Andere auteurs vinden dat een bestuursorgaan wel een bestuurlijke boete moet kunnen opleggen, mits de beslissing van het bestuursorgaan getoetst kan worden door een gerecht met volledige rechtsmacht.<sup>3</sup> In dit hoofdstuk wordt gekeken in hoeverre een alles-in-één-hand-havingssstelsel van een bestuursorgaan zoals de ACM in overeenstemming is met het EVRM en het Unierecht. Allereerst wordt de jurisprudentie van het EHRM uitvoerig besproken (paragraaf 2). Deze bespreking bestaat grofweg uit twee delen. In het eerste deel wordt gekeken naar de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen van artikel 6 EVRM. In dit deel zal geen compleet overzicht gegeven worden van de rijke Straatsburgse jurisprudentie, maar passeren die uitspraken de revue die relevant kunnen zijn voor de beantwoording van de vraag of – en wanneer – een bestuursorgaan gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Voor het geval dat deze gelijkstelling niet opgaat, zal in het tweede deel een analyse volgen van de jurisprudentie over de rechterlijke toetsing van beslissingen van het bestuursorgaan door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht met volledige rechtsmacht. De daaropvolgende paragraaf over het Unierecht volgt een soortgelijke opbouw. Ook in deze paragraaf worden enerzijds de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen

---

<sup>1</sup> Waelbroeck & Fosselaard 1994, p. 111-142; en Wils 1996, p. 329-354.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld Hofstetter 2009; Schwarze, Bechtold & Bosch 2008; Slater, Thomas & Waelbroeck 2008; Andreangeli e.a. 2010; Forrester 2009, p. 817-843; Waelbroeck & Fosselaard 1995, p. 111-142; en Forrester 2011b.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld Hauger & Palzer 2013, p. 4; Wils 2010, p. 5 (zie ook: Wils 2014, p. 5-26); Castillo de la Torre 2011; en Lenaerts 2013.

besproken en anderzijds de rechterlijke toetsing van Europese boetebesluiten (paragraaf 3). De bespreking van Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie zal worden gevolgd door een uitvoerige analyse van de verenigbaarheid van het Nederlandse handhavingssysteem van het mededingingsrecht met artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest (paragraaf 4). Leidend voor deze analyse zijn de vragen of de ACM onafhankelijk en onpartijdig is en in hoeverre de rechterlijke toetsing van de besluiten van de ACM verenigbaar is met de eisen die volgen uit Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie. Deze analyse zal worden afgesloten met de conclusie of, en zo ja in welke mate, het huidige alles-in-één-hand-handhavingssysteem toelaatbaar is en onder welke voorwaarden (paragraaf 5).

## 2 HET EVRM

### 2.1 Inleiding

Of een bestuursorgaan een punitieve sanctie mag opleggen (of met andere woorden: strafrechtelijk mag vervolgen) hangt af van verschillende, complexe factoren zoals zal blijken uit deze paragraaf. Straatsburgse jurisprudentie sluit niet uit dat een bestuursorgaan een punitieve sanctie, zoals een bestuurlijke boete, mag opleggen – zelfs wanneer deze een *'large one'* of *'very substantial'* is.<sup>4</sup> De *'prior intervention'* van administratieve organen is niet per definitie in strijd met artikel 6 EVRM.<sup>5</sup> Wel geldt de eis dat de administratieve procedure moet vallen binnen een van de twee institutionele modellen die het EHRM voorschrijft. Het eerste model houdt in dat het bestuursorgaan voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM en dus gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Artikel 2 van Protocol 7 bij het EVRM vereist evenwel dat de beslissing van het bestuursorgaan kan worden getoetst door een hoger gerecht.<sup>6</sup> Het eerste model wordt besproken in deelparagraaf 2.2.

<sup>4</sup> EHRM 24 februari 1994, NJ 1994/496, m.nt. E.A. Alkema, par. 46 en 47; EHRM 23 juli 2002, 34619/97 (*Janosevic t. Zweden*), par 81. Sommige auteurs zijn echter van mening dat het opleggen van een punitieve sanctie door een bestuursorgaan alleen mogelijk is ten aanzien van *'minor infringements'*. Deze mening strookt echter niet met jurisprudentie van het EHRM. Zie bijvoorbeeld Andreangeli e.a. 2010.

<sup>5</sup> EHRM 23 juni 1981, *Series A* vol. 43 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), par. 51.

<sup>6</sup> Artikel 2 van protocol 7 schrijft het volgende voor: 'Eenieder die door een gerecht is veroordeeld wegens een strafbaar feit, heeft het recht zijn schuldigverklaring of veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hogere gerecht. De uitoefening van dit recht, met inbegrip van de gronden waarop het kan worden uitgeoefend, wordt bij de wet geregeld.' Aangezien het begrip 'strafbaar feit' van deze bepaling gelijkgesteld kan worden met het begrip 'strafrechtelijke vervolging' van artikel 6 EVRM, kan deze bepaling ook van toepassing zijn op administratieve procedures waar sprake is van een strafrechtelijke vervolging. Zie Van Dijk e.a. 2006, p. 972. Verschillende auteurs bepleiten echter dat deze bepaling, gezien de verwijzing naar de veroordeling door een 'gerecht', niet geldt ten aanzien van beslissingen van *'non-judicial organs'*. Zie bijvoorbeeld Ovey & White 2006, p. 216-217. Deze toetsing kan beperkt zijn tot een toetsing van de hoogte van de opgelegde boete (ervan uitgaande dat een toetsing van de inbreuk en de opgelegde boete los van elkaar gezien kunnen worden). De bepaling spreekt immers over de toetsing van de 'schuldverklaring of veroordeling'. Wanneer de inbreuk reeds is opgebiecht, dan kan de toetsing

Conform het tweede model voldoet het administratieve orgaan niet aan deze eisen, maar is de beslissing onderhevig aan een volledige toetsing door een rechterlijke instantie die wel voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM.<sup>7</sup> Een bestuurlijke boete kan volgens het tweede model worden opgelegd door een bestuursorgaan dat zowel onderzoeks- als boetebevoegdheden bezit,<sup>8</sup> mits een onafhankelijk en onpartijdig gerecht de bevoegdheid heeft om deze beslissing te vernietigen op feitelijke en juridische gronden.<sup>9</sup> Het EHRM hanteert dus een ‘*composite approach*’ teneinde te kunnen beoordelen of de nationale (rechts)praktijk voldoet aan artikel 6 EVRM: zowel de administratieve als de rechterlijke fase zijn bepalend voor het vaststellen van de (on)verenigbaarheid van de procedure met artikel 6 EVRM.<sup>10</sup> Het tweede model komt aan bod in deelparagraaf 2.3. Deelparagraaf 2.4 sluit af met een aantal concluderende opmerkingen over de eisen die het EHRM stelt aan de sanctionering door een bestuursorgaan.

## 2.2 De onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen

### 2.2.1 Een ‘gerecht’ dat bij de wet is ingesteld

Het eerste model dat de oplegging van een strafrechtelijke sanctie door een bestuursorgaan toelaatbaar acht, is het model waar het bestuursorgaan gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Het hoeft echter niet noodzakelijk om een ‘klassiek’ gerecht te gaan, maar het kan ook ‘ein justizförmiger, unabhängiger und unparteiischer Spruchkörper sein, der über Streitfragen auf der

---

zich wellicht beperken tot de straftoemeting. Zie ‘Explanatory Report on Protocol No 7 to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms’, ETS/117, par. 17.

<sup>7</sup> EHRM 10 februari 1983, *Series A* vol. 58 (*Albert en Le Compte t. België*), par. 29.

<sup>8</sup> Deze regel geldt dus voor administratieve zaken en niet voor zaken die door ‘courts of the classic kind’ dienen te worden beslecht. Wanneer een procedure op grond van nationaal recht en het EVRM gekwalificeerd kan worden als civiel of strafrechtelijk, en deze vaststelling wordt gemaakt door een orgaan dat gezien kan worden als een ‘proper court in both the formal and the substantive meaning of the term’, dan is artikel 6 EVRM reeds in de eerste fase van de procedure van toepassing. Zie EHRM 26 oktober 1984, *Series A* vol. 86 (*De Cubber t. België*), par. 32. Zo dienen instanties die (in eerste aanleg) oordelen over zaken die zowel naar verdragsrecht als naar nationaal recht onder het strafrecht vallen, onverkort aan de eisen van artikel 6 EVRM te voldoen. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1997, 22107/93 (*Findlay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 79. Deze regel geldt eveneens voor de situatie waar een rechter of andere magistraat de voorlopige hechtenis van iemand beveelt in de zin van artikel 5 lid 3 EVRM. Als de rechter in deze situatie niet onafhankelijk of onpartijdig is, kan dit niet worden rechtgezet in hoger beroep. Zie bijvoorbeeld EHRM 14 juni 2011, 36921/07, EHRC 2011/131 (*Mirowski Garlicki t. Polen*), par. 115.

<sup>9</sup> EHRM 23 oktober 1995, *Series A* vol. 328 (*Gradinger t. Oostenrijk*), par. 44; EHRM 23 oktober 1995, *Series A* vol. 328 (*Schmautzer t. Oostenrijk*), par. 25-26; EHRM 24 februari 1994, NJ 1994/496, m.nt. E.A. Alkema (*Bendenoun t. Frankrijk*), par. 46; EHRM 20 mei 2007, 25774/05 (*Bistrovic t. Kroatië*), par. 51; EHRM 26 april 1995, *Series A* vol. 312 (*Fischer t. Oostenrijk*), par. 28; EHRM 23 oktober 1995, *Series A* vol. 328 (*Umlauf t. Oostenrijk*), par. 37-39; EHRM 13 februari 2003, 49636/99, EHRC 2003/34, m.nt. A.W. Heringa, AB 2004/52, m.nt. B.W.N. de Waard (*Chevrol t. Frankrijk*), par. 77; en EHRM 4 maart 2004, 47650/99 (*Silvester’s Horeca Service t. België*), par. 25.

<sup>10</sup> Boyle 1984, p. 100.

Grundlage des Rechts und in einem gesetzlich vorgesehenem Verfahren mit rechtsstaatlichen Garantien entscheidet'.<sup>11</sup> Het EHRM heeft dan ook erkend dat bestuursorganen 'within the concept of a tribunal in the substantive sense of this expression' kunnen komen.<sup>12</sup> Artikel 6 EVRM eist daarnaast dat het gerecht (of dus het bestuursorgaan) bij de wet is ingesteld. Deze eis omvat niet alleen de institutionele instelling, maar ook de specifieke samenstelling van het bestuursorgaan.<sup>13</sup> Deze institutionele inrichtingseisen hoeven niet bij formele wet geregeld te zijn, maar kunnen ook voortvloeien uit gedelegeerde wetgeving. Van belang is dat de wet in ieder geval het 'organisatorische raamwerk' vastlegt.<sup>14</sup> Wanneer een dergelijke raamwerk aanwezig is, dan heeft het bestuursorgaan in principe de bevoegdheid om te voorzien in een zaak die onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM valt.

Vervolgens is het van belang dat het bestuursorgaan de eigenschappen bezit die kenmerkend zijn voor een rechter, en die door artikel 6 EVRM worden voorgeschreven, zoals onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het onderscheid tussen (objectieve) onpartijdigheid en onafhankelijkheid is niet scherp en ook in de jurisprudentie van het EHRM is een vervaging van het onderscheid waarneembaar. Over het algemeen is de onafhankelijkheid in het geding wanneer twijfels bestaan over de positie van het bestuursorgaan ten opzichte van andere overheids machten. Bij de onpartijdigheid kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de persoon die in de zaak beslist en zijn optreden in relatie tot de procespartijen of het onderwerp van de zaak.<sup>15</sup> Het probleem bij bestuursorganen is dat deze – in vergelijking tot klassieke gerechten – minder snel voldoen aan deze eisen van artikel 6 EVRM. Een struikelblok is vooral de eis dat het bestuursorgaan onafhankelijk moet zijn.<sup>16</sup>

### 2.2.2 De onafhankelijkheid van het bestuursorgaan

De onafhankelijkheidseis van artikel 6 EVRM houdt in dat het gerecht niet afhankelijk mag zijn van de uitvoerende macht, de wetgevende macht of de partijen in het geding.<sup>17</sup> Deze onafhankelijkheid wordt bepaald aan de hand van verschillende factoren, zoals de wijze van benoeming, de duur van de benoeming, de arbeidsvoorwaarden, de aanwezigheid van garanties tegen druk van buitenaf en een onafhankelijk voorkomen.<sup>18</sup> Deze verschillende karakteristieken kunnen onder drie verschillende categorieën worden geschaard. De eerste categorie is speciaal gericht op

<sup>11</sup> Meyer-Ladewig 2003, p. 103.

<sup>12</sup> EHRM 22 oktober 1984 8790/79 (*Sramek t. Oostenrijk*), par. 46.

<sup>13</sup> EHRM 12 oktober 1978, 7050/75 (*Zand t. Oostenrijk*), par. 68-69. Zie ook EHRM 1 oktober 1982, 8692/79, *Series A* vol. 53 (*Piersack t. België*), par. 33.

<sup>14</sup> Peçi e.a. 2016, par. C.5.4.2.

<sup>15</sup> Van der Eijnden 2011, p. 67.

<sup>16</sup> Andreangeli 2008, p. 52.

<sup>17</sup> EHRM 16 juli 1971, *Series A* vol. 13 (*Ringelsen t. Oostenrijk*), par. 95.

<sup>18</sup> EHRM 22 juni 1989, *Series A* vol. 155 (*Langborger t. Zweden*), par. 32; EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 37; en EHRM 28 juni 1984, *Series A* vol. 80 (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*), par. 78.



het bestuursorgaan en betreft de eis dat degenen die over een zaak beslissen gescheiden zijn van degenen die de zaak opsporen. De tweede categorie heeft betrekking op de aanwezigheid van garanties die het mogelijk maken dat het gerecht onafhankelijk (van de uitvoerende en wetgevende macht) handelt. De derde categorie betreft het ontbreken van een schijn van afhankelijkheid.<sup>19</sup>

#### 2.2.2.1 De interne functiescheiding

De Straatsburgse jurisprudentie heeft voornamelijk betrekking op de onafhankelijke besluitvorming van de rechter. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan echter een belangrijke eis gedistilleerd worden die specifiek gericht is op bestuursorganen. Deze eis impliceert dat degenen van het bestuursorgaan die de beslissing nemen, verschillen en functioneel afgescheiden zijn van degenen die het onderzoek hebben verricht. Er moet dus sprake zijn van een interne scheiding tussen de ambtenaren die het onderzoek uitvoeren en de ambtenaren die uiteindelijk over de zaak beslissen.<sup>20</sup> Het volstaat wanneer binnen het bestuursorgaan voldoende waarborgen zijn geïmplementeerd die garanderen dat het beslissende orgaan afgescheiden is van het opsporende orgaan zodat een gelegitimeerd vertrouwen bestaat ten aanzien van diens onafhankelijkheid.<sup>21</sup> Voor het mededingingsrecht is de zaak *Dubus* interessant. Daarin werd geoordeeld dat een procedure, ingesteld door de Franse commissie voor het bankwezen, een gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid vertoonde omdat door deze commissie de indruk werd gewekt dat de door haar uitgeoefende vervolgings-, onderzoeks- en beslissingsfuncties gecumuleerd werden. Het EHRM zag *an sich* geen probleem in het feit dat de onderzoeksfunctie en de rechtsprekende functie toekwamen aan dezelfde instelling, maar wees vooral op de onduidelijkheid en onnauwkeurigheid van de teksten die de procedures bij deze commissie regelden. Het EHRM was, mede door de onduidelijke regelgeving, niet overtuigd dat er een effectieve scheiding bestond tussen de rol van deze commissie in het onderzoek en die in de procedure die leidde tot een strafvervolging.<sup>22</sup>

Een andere relevante zaak is de zaak *Grande Stevens*. In deze zaak stond de partijdigheid van de Italiaanse toezichthouder Consob centraal die boetes had opgelegd wegens marktmanipulaties. Een van de klachten betrof de schending van het recht op een eerlijk proces; de klagers waren niet gehoord door de Consob en de Consob was geen onpartijdig en onafhankelijk gerecht dat voldeed aan de eisen van artikel 6 EVRM.<sup>23</sup> Over de schending van de onafhankelijkheids- en onpartijdigheids-eisen stelt het EHRM dat de Consob wel onafhankelijk is, maar dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de objectieve onpartijdigheid van de Consob. Het EHRM

<sup>19</sup> Van Dijk e.a. 2006, p. 614.

<sup>20</sup> EHRM 11 juni 2009, 5242/04 (*Dubus t. Frankrijk*); EHRM 25 februari 1997, 22107/93 (*Findlay t. Verenigd Koninkrijk*); en EHRM 24 oktober 2006, 40426/98 (*Martin t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>21</sup> Nazzini 2012, p. 989.

<sup>22</sup> EHRM 11 juni 2009, 5242/04 (*Dubus t. Frankrijk*).

<sup>23</sup> In de casestudie over het recht om gehoord te worden, zal de eerste klacht over de schending van het hoorrecht uitvoerig aan bod komen.

merkte op dat de regelgeving voorziet in een scheiding tussen het onderzoeksteam van de Consob (de *ufficio Insider Trading*) en het team dat beslist over de zaak en de boete oplegt (de *ufficio sanzioni amministrative*). De uiteindelijke beslissing ligt echter in handen van de commissie die bestaat uit de voorzitter en vier leden die door de president van de Italiaanse republiek worden benoemd. Hoewel verschillende gescheiden teams zich over de zaak bogen, stelde het EHRM vast dat deze allemaal tot één en dezelfde administratieve autoriteit behoorden en onder de supervisie van dezelfde voorzitter vielen. Volgens het EHRM waren deze opvolgende opsporende en beslissende functies binnen één orgaan niet in overeenstemming met artikel 6 lid 1 EVRM:

*'In the Court's opinion, this amounts to the consecutive exercise of investigative and judicial functions within one body: in criminal matters such a combination of functions is not compatible with the requirements of impartiality set out in Article 6, § 1 of the Convention.'*<sup>24</sup>

De rechters Karakaş en Pinto de Albuquerque bevestigen in hun 'partly concurring and partly dissenting opinion' onder de zaak *Grande Stevens* dat de Consob inderdaad geen partijdig orgaan is, maar geven zelfs nog extra redenen waarom in hun ogen Consob ver van een onpartijdig orgaan is. Zij noemen bijvoorbeeld de omstandigheden dat de voorzitter van de Consob direct betrokken kan zijn bij de uitoefening van belangrijke onderzoeksbevoegdheden, en het feit dat de Consob zeer ingrijpende onderzoeksbevoegdheden heeft, zoals de bevoegdheid tot inbeslagname van goederen.<sup>25</sup>

#### 2.2.2.2 De onafhankelijke besluitvorming

De tweede categorie onafhankelijkheidseisen bestaat uit eisen die zien op de aanwezigheid van garanties dat de rechter, of het bestuursorgaan, onafhankelijk kan opereren. Naast de interne functiescheiding vereist het EHRM dat het beslissende orgaan geen aanwijzingen mag aannemen die de uitkomst van de zaak kunnen beïnvloeden.<sup>26</sup> Dit betekent dat een rechter of een bestuursorgaan niet afhankelijk mag zijn van de uitvoerende macht en dus ook geen instructies over zijn functioneren mag aannemen.<sup>27</sup> Zo mag een beslissing van een bestuursorgaan alleen gewijzigd worden door de rechterlijke macht.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> EHRM 4 maart 2014, 18640/10 (*Grande Stevens t. Italië*), par. 132-137. Het EHRM verwijst vervolgens naar de volgende uitspraken: EHRM 1 oktober 1982, *Series A*, 53 (*Piersack t. België*), par. 30-32; en EHRM 26 oktober 1984, *Series A*, 86 (*Cubber t. België*), par. 24-30.

<sup>25</sup> EHRM 4 maart 2014, 18640/10 (*Grande Stevens t. Italië*), separate opinion van rechters Karakaş en Pinto de Albuquerque, par. 5.

<sup>26</sup> EHRM 23 april 1987, *Series A* vol. 117 (*Ettl e.a. t. Oostenrijk*), par. 38; en EHRM 22 oktober 1984, *Series A*, 84 (*Sramek t. Duitsland*), par. 41.

<sup>27</sup> EHRM 5 januari 2009, 22330/05, EHRC 2009/57 m.nt. M.F.J.M. de Werd (*Olujic t. Kroatië*), par. 40; EHRM 23 april 1987, *Series A* vol. 117 (*Ettl e.a. t. Oostenrijk*), par. 35-39. Zie ook EHRM 9 februari 2012, 42856/06 (*Kinsky t. Tjechië*) en EHRM 6 oktober 2011, 23465/03 (*Agrokompleks t. Oekraïne*).

<sup>28</sup> EHRM 25 februari 1997, 22107/93 (*Findlay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 77.

De onafhankelijkheid ziet ook toe op de verhouding tussen de rechter of het bestuursorgaan enerzijds en de wetgevende macht anderzijds. Het EHRM heeft zich in meerdere zaken uitgelaten over de vraag of de uitvaardiging van nieuwe wetgeving met terugwerkende kracht in overeenstemming is met artikel 6. Volgens het EHRM handelt een staat in strijd met artikel 6 EVRM wanneer deze staat algemene wetgeving uitvaardigt met het oogmerk de uitkomst van een lopend rechterlijk geschil te beïnvloeden zonder dat daarvoor een dwingend algemeen belang bestaat.<sup>29</sup> Ook een wet die feitelijk gericht is op een specifiek geval levert een schending op van artikel 6 EVRM.<sup>30</sup>

Verwant aan deze onafhankelijkheid zijn die eisen die het EHRM stelt aan de benoeming van de leden van het orgaan. De benoeming kan door elke staatsmacht plaatsvinden, mits het orgaan vervolgens onafhankelijk kan opereren.<sup>31</sup> De benoeming van leden van het bestuursorgaan door een minister brengt de onafhankelijkheid dus niet per definitie in gevaar.<sup>32</sup> In de zaak *Lauko* had de wijze van benoeming tot gevolg dat het EHRM een schending van artikel 6 EVRM concludeerde. In deze zaak hadden ambtenaren (werkzaam bij lokale of regionale kantoren van een bepaalde overheidsdienst) te oordelen over het opleggen van lichte boetes. Het feit dat deze ambtenaren onder een normaal ambtenarenrechtelijk regime waren aangesteld, en het feit dat sprake was van een hiërarchische ondergeschiktheid aan de regering, maakte dat sprake was van een schending van artikel 6 EVRM.<sup>33</sup>

### 2.2.2.3 De schijn van onafhankelijkheid

Als laatste is van belang dat elke schijn van afhankelijkheid wordt weggenomen. In de zaak *Bryan* werd de inspecteur die moest beslissen over de sloop van een aantal gebouwen geacht onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Gedurende de procedure kon de 'Secretary of State' echter bepalen dat een bepaalde inspecteur zich niet meer kon buigen over het beroep van een klager. Deze bevoegdheid van de uitvoerende macht, waarbij eigen beleidsoverwegingen konden meespelen, is voldoende 'to deprive the

<sup>29</sup> EHRM 28 oktober 1999, 24846/94, 34165/96 en 34173/96, EHRC 1999/5 m.nt. H. Janssen (*Zielinski, Pradal & Gonzalez e.a. t. Frankrijk*); en EHRM 9 december 1994, NJ 1996/592 m.nt. E.J. Dommering (*Greek Refineries Stran & Stratis Andreadis t. Griekenland*); en EHRM 7 november 2000, 39374/98, EHRC 2000/93 m.nt. H.L. Janssen (*Anagnostopoulos e.a. t. Griekenland*). In deze zaken kwam de wetgever met wetgeving die relevant was voor een dispuut waarin de staat zelf partij was.

<sup>30</sup> EHRM 9 december 1994, NJ 1996/592 m.nt. E.J. Dommering (*Greek Refineries Stran & Stratis Andreadis t. Griekenland*) par. 47-50.

<sup>31</sup> EHRM 28 juni 1984, *Series A* vol. 80 (*Campbell & Fell t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 29 april 1988, *Series A* vol. 132 (*Belilos t. Zwitserland*); en EHRM 8 juli 1986, *Series A* vol. 102 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Het EHRM heeft niet, in absolute termen, bepaald hoe lang een rechter (bestuursorgaan) minimaal moet zijn benoemd om te voldoen aan de eis van onafhankelijkheid. Uit diverse zaken blijkt dat een benoemingstermijn van drie jaar voldoende is. Zie Peçi e.a. 2016, par. C.5.2.2.

<sup>32</sup> In diverse zaken heeft het EHRM bevestigd dat het enkele feit dat een rechter is benoemd door de uitvoerende macht geen afbreuk doet aan zijn onafhankelijkheid. Zie o.a. EHRM 30 november 2010, 23614/08, EHRC 2011/22 m.nt. J.H. Gerards (*Henryk Urban & Ryszard Urban t. Polen*), par. 49; EHRM 2 juni 2005, 38240/02 (*Zolotas t. Griekenland*), par. 24; EHRM 29 april 1988, *Series A* vol. 132 (*Belilos t. Zwitserland*), par. 66; en EHRM 8 juli 1986, *Series A* vol. 102 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 202.

<sup>33</sup> EHRM 2 september 1998, 26138/95 (*Lauko t. Slowakije*).

inspector of the requisite appearance of independence'. Dat van deze bevoegdheid in de praktijk nimmer gebruikt werd gemaakt, deed voor het EHRM niet af aan de conclusie dat de schijn bestond dat de inspecteur afhankelijk van de uitvoerende macht had gehandeld.<sup>34</sup>

### 2.2.3 De onpartijdigheid van het bestuursorgaan

Naast de eis van onafhankelijkheid geldt de eis dat het bestuursorgaan onpartijdig dient te handelen. Met betrekking tot de onpartijdigheidseisen maakt het Straatsburgse Hof een onderscheid tussen de subjectieve en objectieve test. De subjectieve test omvat de vraag of persoonlijke overwegingen voor de rechter hebben meegespeeld bij de beslissing in een aan hem toevertrouwde zaak. Met andere woorden: is de rechter vooringenomen jegens de klager of het onderwerp van de zaak? De objectieve test betreft de vraag of het beslissende orgaan voldoende garanties heeft geboden om de schijn van partijdigheid weg te nemen.<sup>35</sup> De bewijslast inzake een schending van de subjectieve en objectieve onpartijdigheid is zwaar.<sup>36</sup> Het enkel stellen dat sprake is van partijdigheid omdat de zaak in het nadeel van de klager is beslecht, is vanzelfsprekend niet voldoende.<sup>37</sup> Bij de toepassing van de subjectieve test heeft het EHRM meerdere malen geoordeeld dat de persoonlijke onpartijdigheid van een rechter in principe aanwezig is, tenzij bewijs dat vermoeden doet weerleggen.<sup>38</sup>

Op grond van de subjectieve en objectieve test heeft het EHRM in verschillende zaken een schending van artikel 6 EVRM geconcludeerd omdat de administratieve of rechterlijke procedure de nodige onpartijdigheid ontbeerde. Zo leidde de betrokkenheid van een persoon in verschillende fases van een geding vaak tot discussies over partijdigheid.<sup>39</sup> Ook ten aanzien van de financiële administratie van het bestuursorgaan

<sup>34</sup> EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 38. Zie ook EHRM 22 oktober 1984, *Series A*, 84 (*Sramek t. Duitsland*), par. 42. In de zaak *Sramek*, was sprake van rechterlijke ondergeschiktheid aan de uitvoerende macht. De rapporteur in deze zaak was namelijk hiërarchisch de mindere van de lokale transactieofficier. Zijn meerdere kon hem weliswaar niet dwingen de zaak op een bepaalde manier te behandelen, maar de schijn van afhankelijkheid was daar.

<sup>35</sup> EHRM 22 juni 1989, *Series A* vol. 155 (*Langborger t. Zweden*), par. 32; EHRM 1 oktober 1982, *Series A* vol. 53 (*Piersack t. België*), par. 30; en EHRM 16 december 2003, 57067/00, *ECHR* 2003-XII (*Grievies t. Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

<sup>36</sup> EHRM 10 juni 1996, 22399/93, *ECHR* 1996-III (*Pullar t. Verenigd Koninkrijk*), par. 32.

<sup>37</sup> EHRM 29 mei 1986, *Series A* vol. 100 (*Deumeland t. Duitsland*).

<sup>38</sup> EHRM 24 mei 1989, *Series A* vol.154 (*Hauschildt t. Denemarken*), par. 47.

<sup>39</sup> In de zaak *Piersack* was de voorzitter van het Belgische Hof van Assisen als lid van het Openbaar Ministerie bij de zaak betrokken geweest. Zie EHRM 1 oktober 1982, *Series A* vol. 53 (*Piersack t. België*), par. 30. Het feit dat een rechter meermaals tegenover dezelfde partij zitting heeft, in verschillende en niet-samenhangende gedingen, leverde in principe geen schending van artikel 6 EVRM op. Zie bijvoorbeeld EHRM 19 juni 2012, 17767/08 (*Khoniakina t. Georgië*); EHRM 22 november 2011, 18544/08 (*Central Mediterranean Development Corporation Ltd. t. Malta*); en EHRM 26 april 2011, 31351/06 (*Steulet t. Zwitserland*). In de zaak *Procola* hadden verschillende leden van de Luxemburgse Raad van State te oordelen over een eis tot vernietiging van een regeringsbesluit waarover zij ook een advies hadden gegeven aan de uitvoerende macht. Dit leverde een schending van artikel 6 EVRM op. EHRM 28 september 1995, 14570/89 (*Procola t. Luxemburg*), par. 44-45. Zie voor een bespreking van dit arrest: Uzman, 2008, p. 332-342; en Lawson 2003, p. 1114-1118. In de zaak *Kleyn* herhaalde het EHRM het

heeft het EHRM geoordeeld dat mogelijk sprake kan zijn van een partijdige besluitvorming. Interessant in deze context is de zaak *Sigma* waar het bestuursorgaan, de CRTA, zowel het onderzoek verrichtte als de boete oplegde. In deze zaak werd de CRTA partijdig geacht omdat de boetes die het inde werden aangemerkt als eigen inkomsten. De inkomsten werden vervolgens gebruikt voor salarisbetalingen. Volgens het EHRM deed deze praktijk het gerechtvaardigde vermoeden rijzen dat het CRTA de noodzakelijke structurele onpartijdigheid ontbeerde om te voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM gezien het directe en persoonlijke belang bij de boete-inkomsten.<sup>40</sup>

#### 2.2.4 Voorlopige bevindingen

Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat een bestuursorgaan gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, mits het bestuursorgaan bij de wet is ingesteld en voldoet aan de eisen die het EHRM stelt aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het bestuursorgaan. Een belangrijke eis die het EHRM in deze context noemt, is de eis dat het bestuursorgaan moet voorzien in een duidelijke scheiding tussen het orgaan dat de zaak opspoort en onderzoekt, en het orgaan dat uiteindelijk over de zaak beslist. Het EHRM heeft deze eis zowel onder de notie onafhankelijkheid behandelt als onder de notie onpartijdigheid. De interne functiescheiding geldt, conform de uitspraken van het EHRM in de zaken *Dubus* en *Grande Stevens*, vooralsnog alleen voor zaken waarin de opgelegde sanctie is gekwalificeerd als een strafvervolgning. De externe onafhankelijkheidseisen zijn niet beperkt tot strafvervolgingen en zijn dus in principe van toepassing op zowel strafvervolgingen als procedures betreffende civiele rechten en plichten.

### 2.3 De rechterlijke toetsing

#### 2.3.1 Een volledige toetsing of 'voldoende' toetsing?

Wanneer een bestuursorgaan zelf de boete oplegt, en niet voldoet aan de hiervoor besproken onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen van artikel 6 EVRM, dan verlangt de Straatsburgse jurisprudentie dat een onafhankelijk en onpartijdig gerecht met volledige rechtsmacht de beslissing van het bestuursorgaan kan toetsen.<sup>41</sup> Dit betekent niet dat het gerecht de bevoegdheid moet hebben om zelf in de zaak te

---

principe dat het opeenvolgend uitoefenen van een adviserende en rechterlijke functie binnen de Raad van State in bepaalde omstandigheden aanleiding kan geven tot twijfels omtrent de objectieve onpartijdigheid. In deze zaak werd geen schending geconcludeerd, omdat geen sprake was van dezelfde zaken. Zie EHRM 6 mei 2003, AB 2003/211, m.nt. L.F.M. Verwey & B.W.N. de Waard, JB 2003, 119, m.nt. A.W. Heringa (*Kleyn t. Nederland*), par. 196-202.

<sup>40</sup> Zie EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*).

<sup>41</sup> Zo werd in de zaak *Grande Stevens*, na de conclusie dat de Consob geen onpartijdig gerecht was, niet direct de conclusie getrokken dat sprake was van een schending, maar ging het EHRM over tot het analyseren of de klagers wel toegang hadden tot een rechter met volledige rechtsmacht. EHRM 4 maart 2014, 8640/10 (*Grande Stevens t. Italië*), par. 138 e.v.

voorzien. Bij een eventuele vernietiging van de beslissing van het bestuursorgaan kan de rechter zelf in de zaak voorzien of de zaak terugwijzen voor een hernieuwde beoordeling door het bestuursorgaan of een ander orgaan.<sup>42</sup> De juridische gevolgen van een dergelijke vernietiging moeten dan op voorhand duidelijk in te schatten zijn.<sup>43</sup>

Volledige rechtsmacht betekent dat de rechter de bevoegdheid moet hebben om te oordelen over alle feitelijke en juridische vragen die relevant zijn in het kader van het geding dat bij hem aanhangig is gemaakt.<sup>44</sup> Het EHRM heeft deze eis als volgt verwoord:

*‘to examine all aspects of the matters before them and to quash, on questions of facts (including the assessment of evidence) and law, the administrative decision if they “disagree with the findings” of the administrative authority’.*<sup>45</sup>

De rechtsmacht mag zich dus niet beperken tot een wettigheidstoets,<sup>46</sup> maar moet zich uitstrekken tot alle mogelijke beroepsgronden, zoals gronden die betrekking hebben op de proportionaliteit van de boete en de zwaarte van de overtreding. Wat telt is de daadwerkelijke rechterlijke toetsing en niet de abstracte juridische kwalificatie van volledige rechtsmacht onder een bepaalde jurisdictie.<sup>47</sup>

Met betrekking tot zaken waarin sprake is van een bepaalde mate van bestuurlijke beoordelingsvrijheid volstaat het wanneer de (gespecialiseerde) feitenvaststelling voldoende is getoetst (in de jurisprudentie aangeduid als *sufficient review*).<sup>48</sup> Het EHRM erkent dus dat de rechterlijke toetsing in gespecialiseerde bestuurlijke zaken beperkt kan worden en dat het de aard van de rechterlijke procedure is om de voorafgaande (bestuurlijke) procedure te toetsen in plaats van zelf, op grond van nieuwe feitenvaststellingen, een beslissing te nemen.<sup>49</sup> Deze beperktere vorm van rechterlijke

<sup>42</sup> EHRM 7 november 2000, 35606/9, EHRC 2000/92, m.nt. A.W. Heringa (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 58. Indien het besluit wordt vernietigd vanwege partijdigheid van het bestuur, dan vereist het concept van volledige rechtsmacht dat de rechter niet alleen kan vernietigen maar ook kan verwijzen voor afdoening door een onpartijdig orgaan.

<sup>43</sup> EHRM 9 januari 2013, 21722/11 (*Oleksandr Volkov t. Oekraïne*), par. 125.

<sup>44</sup> EHRM 27 september 2011, 43509/08 (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*), EHRC 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen; AB 2012/9, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 59.

<sup>45</sup> EHRM 23 juli 2002, 34619/97 (*Janosevic t. Zweden*), par. 81 EHRM 24 februari 1994, NJ 1994/496, m.nt. E.A. Alkema, par. 46; en EHRM 23 oktober 1995, *Series A* vol. 328 (*Umlauf t. Oostenrijk*), par. 37-39.

<sup>46</sup> EHRM 29 april 1988, *Series A* vol. 132 (*Belilos t. Zwitserland*), par. 70-73.

<sup>47</sup> EHRM 27 september 2011, 43509/08 (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*), EHRC 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen; AB 2012/9, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

<sup>48</sup> EHRM 21 september 1993, 12235/86 (*Zumtobel t. Oostenrijk*), par. 31-32; EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 42; EHRM 23 november 1999, 26507/95 (*Müller t. Oostenrijk*), par. 37; en EHRM 27 oktober 2009, 42509/05 (*Crompton t. Verenigd Koninkrijk*), par. 71.

<sup>49</sup> Zie EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*). Jansen stelt dat ‘full jurisdiction’ een toetsing door de rechter aan zowel de rechtsvragen als de feitenvaststelling door het bestuur impliceert. Het EHRM accepteert echter ook een tamelijke beperkte rechterlijke toetsing aan de feiten (onder een aantal voorwaarden die vooral schuilen in procedurele garanties). Volgens Jansen suggereert het woordje ‘full’ echter iets wat het EHRM dus niet verlangt.



toetsing kan zowel in strafrechtelijke als civiele procedures plaatsvinden.<sup>50</sup> In de zaak *Sigma* heeft het EHRM expliciet geoordeeld dat het onderscheid tussen civiele procedures en strafprocedures niet beslissend is voor de beoordeling van de rechterlijke toetsing onder artikel 6 EVRM. In beide procedures gelden immers de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM en dient er sprake te zijn van een rechterlijke toetsing van de beroepsgronden.<sup>51</sup> Wel kan de indringendheid van de toetsing verschillen. In de zaak *Steininger* oordeelde het EHRM bijvoorbeeld dat de rechtsmacht ten aanzien van eenzelfde nationale rechtbank (in deze zaak ging het om het Oostenrijkse grondwettelijk hof, het Verfassungsgerichtshof) in burgerlijke zaken voldoende kan zijn, terwijl dit niet het geval hoeft te zijn voor strafzaken.<sup>52</sup>

### 2.3.2 De voorwaarden voor voldoende rechterlijke toetsing

Aan de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door het bestuur (zoals een mededingingsautoriteit) en de daaropvolgende toetsing van deze uitoefening door een onafhankelijke en onpartijdige rechter zijn evenwel voorwaarden verbonden. Voor een beperktere rechterlijke toetsing moet immers een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan.

Ten eerste kan deze rechtvaardigheidsgrond bestaan in de aard van het materiële rechtsgebied en het daaraan verbonden gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling.<sup>53</sup> Deze gespecialiseerde feitenvaststelling kan vervolgens een bepaalde mate van bestuurlijke vrijheid rechtvaardigen (voorwaarde I). Deze bestuurlijke feitenvaststelling moet echter wel in een met voldoende waarborgen omklede gespecialiseerde administratieve voorprocedure hebben plaatsgevonden (voorwaarde II). Als laatste geldt dat de beperkingen van rechterlijke controle niet zo ver mogen gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Feitelijk dient een betrokkene de mogelijkheid te krijgen om de bestuurlijke beslissing te laten toetsen door een onafhankelijke en onpartijdige rechter (voorwaarde III).

Wanneer de procedure niet aan deze voorwaarden voor voldoende toetsing voldoet, dient de rechterlijke instantie een geheel nieuwe beslissing te nemen en dus zelf de feiten vast te stellen zodat geen sprake (meer) is van enige terughoudendheid

<sup>50</sup> Zie hierover meer: Sanchez Graells 2014. Volgens Schuurmans kan de jurisprudentie over de beperkingen in de rechterlijke controle niet toegepast worden op strafprocedures. In dat geval lijkt artikel 6 lid 3 EVRM zich ertegen te verzetten dat de rechter de feitenvaststelling marginaal toetst. Schuurmans verwijst ter verdediging naar de uitspraak van het EHRM in zaak *T.*: EHRM 14 november 2000, EHRC 2000, 94, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*T. t. Oostenrijk*). Zie Schuurmans 2005, p. 288-290. De zaak *T.* betrof echter niet de vraag of sprake was van voldoende rechterlijke toetsing, maar of de verdachte voldoende in kennis was gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging.

<sup>51</sup> EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen, NJ 2012/40, m.nt. E.J. Dommering (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*), par. 126. Zie ook Nazzini, CML Rev. 2012/49, p. 986.

<sup>52</sup> EHRM 17 april 2012, 21539/07 (*Steininger t. Oostenrijk*), par. 48.

<sup>53</sup> EHRM 7 november 2000, 35606/9, EHRC 2000/92, m.nt. A.W. Heringa (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 32; EHRM 14 november 2006, 60860/00 (*Tsfayo t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46; en EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen, NJ 2012/40, m.nt. E.J. Dommering (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*), par. 153.



ten opzichte van het bestuursorgaan. Wanneer de rechterlijke instantie niet in staat is om de feiten vast te stellen en zelf in de zaak te voorzien (bijvoorbeeld vanwege het specialistische karakter van de zaak) zal het bestuursorgaan institutioneel zo ingericht moeten worden dat het voldoet aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen van artikel 6 EVRM.

### 2.3.2.1 *Het onderwerp van de bestreden beslissing*

De eerste voorwaarde voor een voldoende toetsing is het onderwerp van de bestreden beslissing. Het EHRM vereist dat het onderwerp van het besluit een specifieke kwestie betreft waarvoor professionele deskundigheid of ervaring nodig is. Het EHRM heeft deze voorwaarde als volgt verwoord:

*'In this regard particular emphasis has been placed on the respect which must be accorded to decisions taken by those authorities on grounds of expediency, which often involve specialised areas of law.'*

Het EHRM erkent dus dat een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid voor een administratieve autoriteit noodzakelijk kan zijn in zaken die specialistische kennis vereisen. In verschillende zaken heeft het EHRM bevestigd dat sprake was van een dergelijk specialistisch rechtsgebied of onderwerp. Deze zaken betroffen:

- het schrappen van een advocate van de lijst van personen die gekwalificeerd zijn om op te treden als faillissementscurator (nu de advocate niet voortvarend zou zijn opgetreden in een procedure betreffende het faillissement van een staatsonderneming);<sup>54</sup>
- het beoordelen van een mogelijke bodemverontreiniging die ernstig gevaar voor de volksgezondheid of het milieu kon opleveren;<sup>55</sup>
- het bevelen tot afbraak van illegale gebouwen;<sup>56</sup>
- het beschermen van het milieu;<sup>57</sup>
- het reguleren van de gokindustrie (bijvoorbeeld door het intrekken van bepaalde certificaten die noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van managementtaken binnen de gokindustrie);<sup>58</sup>
- het houden van toezicht op de uitzending van televisie- en radioprogramma's.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> EHRM 12 november 2013, 36181/05 (*Galina Kostova t. Bulgarije*).

<sup>55</sup> EHRM 17 december 1996, 20641/92, JB 1997/43, m.nt. A.W. Heringa (*Terra Woningen t. Nederland*).

<sup>56</sup> EHRM 21 september 1993, 12235/86 (*Zumtobel t. Oostenrijk*), par. 32; EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 47; en EHRM 25 september 1996, 20348/92 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 75. Zie over 'deferential' review in dergelijke zaken: Poustie, *European Human Rights Law Review* 2001/6, p. 657-676.

<sup>57</sup> EHRM 28 juli 2005, 33538/96 (*Alatulkila t. Finland*), par. 52.

<sup>58</sup> EHRM 7 november 2000, 35606/9, EHRC 2000/92, m.nt. A.W. Heringa (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 32. Zie bijvoorbeeld ook de zaak X waar het de vraag betrof of een persoon geschikt was om managementtaken te verrichten binnen een verzekeringsmaatschappij (EHRM 19 januari 1998, 28530/95 (*X t. Verenigd Koninkrijk*)).

<sup>59</sup> EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen, NJ 2012/40, m.nt. E.J. Dommering (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*), par. 160.

### 2.3.2.2 De procedurele garanties in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure

De tweede voorwaarde voor de toelaatbaarheid van een voldoende rechterlijke toetsing is de aanwezigheid van procedurele garanties in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure:

*'Where the facts have already been established by the administrative authority in the course of a quasi-judicial procedure satisfying many of the requirements laid down by Article 6 § 1 [nadruk EB], [...] the scope of the review conducted by the appellate court will be held to be sufficient to comply with Article 6 § 1.'*<sup>60</sup>

De administratieve procedure moet dus als het ware semirechterlijk van aard zijn. Welke procedurele garanties dat precies zijn, is niet geheel duidelijk en zal afhangen van de specifieke omstandigheden van een bepaalde zaak. Een bespreking van de verschillende uitspraken over voldoende toetsing kan echter wel een handvat bieden.

De eerste relevante zaak is de zaak *Sigma*. In deze zaak legde de CRTA (het Cypriotische commissariaat voor de media) boetes op aan Sigma wegens schendingen van de Cypriotische mediawet. In deze administratieve procedure waren volgens het EHRM voldoende procedurele garanties aanwezig. Zo ontving Sigma precieze informatie over de vermoedelijke overtreding, kon Sigma zijn bezwaren, ook ten aanzien van de opgelegde boete, mondeling en/of schriftelijk overleggen en werd het besluit pas genomen na een hoorzitting. Daarnaast diende de CRTA zijn beslissing te motiveren. Dat het mogelijk schortte aan de onpartijdigheid van de CRTA deed aan deze conclusie niet af aangezien zulks kon worden hersteld door een toetsing van de boeteoplegging door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

In de zaak *Kingsley*, betreffende de intrekking van certificaten die noodzakelijk waren voor het uitvoeren van managementtaken in een casino, was de beslissing genomen na een semirechterlijke procedure waarin de klager gedurende een acht dagen durende hoorzitting was gehoord en de mogelijkheid had gekregen om bewijs te leveren. Tijdens de hoorzitting was de klager bijgestaan door een senior raadsman. Verder kreeg de klager voldoende mogelijkheden om de verschillende beschuldigingen te weerleggen en te reageren op de wijze waarop de procedure zou moeten plaatsvinden (waarbij eventuele procedurele klachten in een procedure bij het gerecht aangevochten konden worden). Ook in deze zaak bood de procedure voldoende waarborgen.<sup>61</sup>

In lijn met deze uitspraak is de zaak *Galina* waarin de regulering van de professie van faillissementscuratoren centraal stond. Ook in deze zaak wees het EHRM op de procedurele waarborgen die klaagster had voordat de minister de beslissing nam om

<sup>60</sup> EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44-47. Zie ook EHRM 18 maart 1997, 21497/93, NJ 1998/278, m.nt. H.J. Sniijders, JB 1997/112, m.nt. A.W. Heringa (*Mantovanelli t. Frankrijk*).

<sup>61</sup> EHRM 7 november 2000, 35606/97, EHRC 2000/92, m.nt. A.W. Heringa (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 26.

haar van de lijst van faillissementscuratoren te schrappen. Deze procedurele waarborgen bestonden in mogelijkheden om zienswijzen naar voren te brengen en bewijs aan te leveren nadat de klaagster reeds schriftelijk op de hoogte was gesteld van de beschuldigingen.<sup>62</sup>

Een andere zaak die regelmatig in verband wordt gebracht met het leerstuk van voldoende rechterlijke toetsing is de zaak *Bryan*. Deze zaak betrof een handhavingsbesluit op grond waarvan de klager twee huizen moest slopen en bouw materiaal moest verwijderen. In deze zaak was een beperkte rechterlijke toetsing van de feitenvaststelling geoorloofd aangezien de procedure voor het bestuursorgaan van voldoende procedurele garanties was voorzien, zoals de mogelijkheid om gehoord te worden.<sup>63</sup> Verder benadrukte het EHRM het onbetwiste semirechterlijke karakter van de procedure zoals de onpartijdige, onafhankelijke, open en eerlijke besluitvorming.<sup>64</sup>

In twee andere zaken, *Menarini* en *Grande Stevens*, werd de aanwezigheid van procedurele waarborgen (in tegenstelling tot de hiervoor besproken zaken) impliciet gelinkt aan de rechterlijke toetsing. In deze zaken hing de verenigbaarheid van de voldoende rechterlijke toetsing op basis van artikel 6 EVRM in feite af van de aanwezigheid van bepaalde procedurele waarborgen. In de zaak *Menarini* betrof het de onafhankelijkheid van de Italiaanse mededingingsautoriteit en in *Grande Stevens* werden de waarborgen tegen partijdigheid en de afwezigheid van een openbare hoorzitting meegewogen bij de beoordeling van een mogelijke inbreuk op artikel 6 EVRM. De kritiek op deze zaken betreft het gebrek aan een expliciete vermelding dat bijvoorbeeld de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het bestuursorgaan procedurele vereisten zijn voor zaken waarin een bestuursorgaan in de zaak beslist en de rechter, met betrekking tot de niet-aangevochten onderdelen van het besluit, de bevindingen van het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt.<sup>65</sup> Het gebrek aan deze expliciete vermelding doet geen afbreuk aan de conclusie in de zaak *Jussila* dat bepaalde procedures binnen de periferie van het strafrecht vallen, waaronder bepaalde mededingingszaken. In de zaken *Menarini* en *Grande Stevens* was echter een vermelding van deze jurisprudentielijn niet nodig aangezien de rechterlijke toetsing te allen tijde vol dient te zijn, ongeacht de aard van de procedure (zie de conclusie onder hoofdstuk 4).

### 2.3.2.3 De toetsing van de aangevoerde middelen

De laatste voorwaarde voor een voldoende rechterlijke toetsing betreft de eis dat de rechterlijke instantie alle beroepsgronden moet kunnen beoordelen; een weigering om

<sup>62</sup> EHRM 12 november 2013, 36181/05 (*Galina Kostova t. Bulgarije*), par. 8 en 63.

<sup>63</sup> Alhoewel de procedurele waarborgen in de zaak *Zumtobel* niet expliciet werden benoemd om de uitgeoefende rechterlijke toetsing te beoordelen, volgt ook uit deze zaak dat de klager de mogelijkheid heeft zich te verdedigen tijdens een hoorzitting voor het 'Amt der Landesregierung'. De klager werd tijdens de hoorzitting bijgestaan door zijn advocaat. EHRM 21 september 1993, 12235/86 (*Zumtobel t. Oostenrijk*).

<sup>64</sup> EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46.

<sup>65</sup> Zie Bernatt 2015, p. 27; en Nazzini 2012, p. 985.

bepaalde beroepsgronden in aanmerking te nemen, is niet geoorloofd.<sup>66</sup> Er moet dus een debat mogelijk zijn over de juistheid van de feitenvaststelling en het daaraan verbonden oordeel wanneer deze feitenvaststelling wordt aangevochten.<sup>67</sup> De rechter mag zich ten aanzien van deze gronden niet onbevoegd verklaren of bepaalde beroepsgronden compleet negeren,<sup>68</sup> maar moet alle aangevoerde middelen van juridische of feitelijke aard beoordelen.<sup>69</sup> Verder mag de beperkte rechterlijke toetsing niet zo ver gaan dat de rechter zich geheel verlaat op de bevindingen van het bestuur.<sup>70</sup> Dit zou betekenen dat een betrokkene in feite geen recht op toegang tot een rechter zou hebben.<sup>71</sup> Wanneer de rechter, gezien het technische karakter van de zaak, geen weloverwogen beslissing kan nemen, dan kan deze lacune in de rechterlijke toetsing bijvoorbeeld gecompenseerd worden door het aanwijzen van technische experts of door het toevoegen van gespecialiseerde rechters in de kamer die over de zaak beslist.<sup>72</sup>

Zoals gezegd hoeft deze toetsing niet altijd een volle toetsing te impliceren – een voldoende toetsing kan volstaan. De eis van een voldoende toetsing is door het EHRM benadrukt in de zaak *Sigma*. In deze zaak klaagde Sigma dat het Cypriotische

<sup>66</sup> EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen, NJ 2012/40, m.nt. E.J. Dommering (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*), par. 154; EHRM 22 november 1995, Series A vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44-45 en 47; en EHRM 27 oktober 2009, 42509/05 (*Crompton t. Verenigd Koninkrijk*), par. 71-73 en 77.

<sup>67</sup> EHRM 17 december 1996, 20641/92, JB 1997/43 m.nt. A.W. Heringa (*Terra Woningen t. Nederland*); en EHRM 13 februari 2003, 49636/99, EHRC 2003/34, m.nt. A.W. Heringa, AB 2004/52, m.nt. B.W.N. de Waard (*Chevol t. Frankrijk*). Zie voor een bevestiging van deze voorwaarde de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, 'The judicial review of administrative acts', Rec (2004)20. In de toelichting bij deze aanbeveling wordt hierover het volgende gezegd: 'However, Article 6 of the ECHR apparently does not preclude a system whereby the court must rely on the facts ascertained by the administrative authority. In that case it is nonetheless vital that the procedure before the administrative authority should offer guarantees concerning the decision-making process and also that the court should be able to ascertain, firstly, that the administration's findings of fact were based on sufficiently sound evidence and, secondly, that the administrative act did not result from a conclusion which no administrative authority, acting rightly, would have drawn from the facts.' Zie verder Barkhuysen e.a. 2007, p. 105; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 51.

<sup>68</sup> EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen, NJ 2012/40, m.nt. E.J. Dommering (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*), par. 156-157; EHRM 21 september 1993, 12235/86 (*Zumtobel t. Oostenrijk*), par. 32; EHRM 26 april 1995, Series A vol. 312 (*Fischer t. Oostenrijk*), par. 34; EHRM 22 november 1995, Series A vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 47. Zie, *inter alia*, EHRM 28 juni 1990, Series A vol. 179 (*Obermeier t. Oostenrijk*), par. 69-70; EHRM 17 december 1996, ECHR 1996/VI (*Terra Woningen BV t. Nederland*), par. 52-55; EHRM 28 april 2005, 43578/98 (*I.d. t. Bulgarije*), par. 50-55; EHRM 14 november 2006, 60860/00 (*Tsfayo t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46-49; en EHRM 31 juli 2008, 72034/01 (*Družstevní záložna Pria e.a. t. Tsjechië*), par. 112-115.

<sup>69</sup> EHRM 31 juli 2008, 72034/01 (*Družstevní záložna Pria e.a. t. Tsjechië*).

<sup>70</sup> EHRM 17 december 1996, 20641/92, JB 1997/43, m.nt. A.W. Heringa (*Terra Woningen t. Nederland*); en EHRM 13 februari 2003, AB 2004/52, m.nt. B.W.N. de Waard (*Chevol t. Frankrijk*). Zie ook Van Emmerik & Saris 2014 en Kuipers 1996, p. 77-112.

<sup>71</sup> Beumer & Van de Heyning 2012, p. 10-15. Volgens de auteurs is dit misschien de reden waarom het EHRM in de zaak *Menarini* (een mededingingszaak over de toelaatbaarheid van een alles-in-één-hand-systeem) niet verwees naar de zaak *Jussila* waarin het EHRM een onderscheid maakte tussen zaken die binnen de harde kern en zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen. In beide gevallen, aldus de auteurs, dienen de aangevoerde gronden getoetst te worden door de rechter. Deze toetsing mag zich niet beperken tot een marginale wettigheidstoetsing.

<sup>72</sup> EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), par. 113.

hooggerechtshof onvoldoende bevoegdheid bezat om de noodzakelijkheid en evenredigheid van de boetes te onderzoeken. In deze zaak liet Sigma echter na aan te geven welke aspecten het Cypriotische hooggerechtshof niet had onderzocht. Het EHRM concludeerde dan ook dat het niet zijn taak was om *in abstracto* aan te geven of de rechterlijke toetsing voldoende geweest zou zijn. Wel gaf het EHRM een aantal aspecten aan die relevant waren voor de invulling van een voldoende rechterlijke toetsing. Ten eerste benadrukte het EHRM het feit dat het hooggerechtshof de bevoegdheid had om besluiten van de CRTA te vernietigen op een aantal gronden, zoals een verkeerde interpretatie van de feiten of juridische vraagstukken. Volgens het EHRM was het geoorloofd dat het hooggerechtshof zijn beslissing niet in de plaats kon stellen van het besluit van de CRTA, maar ook dat het hooggerechtshof een beperkte bevoegdheid had om over de feiten te oordelen. Deze beperkte toetsingsbevoegdheid was gerechtvaardigd gezien de aanwezige discretionaire bevoegdheden die aan het bestuursorgaan waren toegekend. Deze beperking op de toetsingsbevoegdheid is echter relatief, aangezien het EHRM nog steeds van het hooggerechtshof verlangde dat het de ‘*central issues*’ kon beoordelen die de benadeelde eventueel naar voren zou brengen, zoals de evenredigheid en de noodzaak van de boete.<sup>73</sup>

Tot een soortgelijke conclusie kwam het EHRM in de zaak *Menarini*. In deze zaak klaagde de onderneming Menarini over de procedure waarin de Italiaanse mededingingsautoriteit (hierna: AGCM) een boete van € 6 miljoen oplegde voor illegale prijsafspraken in de markt voor diabetesdiagnostiek. Volgens Menarini was de procedure waarin de bestuursrechter het boetebesluit van de AGCM beperkt toetste in strijd met artikel 6 EVRM. Ondanks de erkenning van een discretionaire bevoegdheidsverdeling, stelde het EHRM echter geen schending vast. In deze zaak voorzag de Italiaanse administratieve procedure in een beroepsmogelijkheid tegen de beslissing van de AGCM bij de TAR – een rechtscollège waarover het EHRM reeds oordeelde dat het voldeed aan de EHRM-vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Vervolgens onderzocht het EHRM of de TAR, en in tweede instantie de Italiaanse raad van state, voldeden aan het vereiste van rechterlijke controle met volledige rechtsmacht. Het EHRM constateerde dat verschillende administratieve rechtscollèges zich bogen over de feitelijke en juridische vragen die waren opgeworpen door de verzoekers. Zo onderzocht de TAR het bewijsmateriaal waarop de AGCM de beslissing baseerde. Het EHRM verwees daarbij naar het arrest waarin de Italiaanse raad van state stelde dat de TAR mag controleren of de AGCM op rechtmatige wijze zijn bevoegdheden heeft uitgeoefend. Als gevolg daarvan was de bevoegdheid van de TAR niet beperkt tot een wettigheidstoets, maar kon deze ook de concrete omstandigheden van de zaak onderzoeken zoals de gegrondheid en proportionaliteit van de keuzes en beoordelingen van de AGCM. Bovendien merkte het EHRM op dat

<sup>73</sup> De door het EHRM geformuleerde notie van *central issue* is echter door Jansen bekritiseerd. Volgens Jansen is het geheel onduidelijk wanneer iets de status van *central issue* verdient. De ondergrens is volgens hem wel eens bereikt, bijvoorbeeld in het geval dat de nationale rechter zich gebonden achtte aan de eerdere bevindingen van het bestuursorgaan waar die doorslaggevend waren voor de uitkomst van de zaak. EHRM 21 juli 2011, ECHR 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*).

de TAR en de Italiaanse raad van state de bevoegdheden hadden om de geschiktheid en proportionaliteit van de boete te herzien. Omwille van deze redenen concludeerde het EHRM niet tot een schending van artikel 6 EVRM aangezien de beslissing van de AGCM onderworpen werd aan een controle door een rechter met volledige rechtsmacht.<sup>74</sup> De toetsing betrof dus niet alleen het besluit zelf, maar ook het bewijs dat het besluit ondersteunde.<sup>75</sup>

### 2.3.3 Voorlopige bevindingen

Een besluit van een bestuursorgaan dat niet voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM dient volledig getoetst te worden. Wanneer het bestuur bepaalde discretionaire bevoegdheden bezit, voldoet een meer beperkte rechterlijke toetsing. Deze beperktere toetsing mag niet tot het gevolg hebben dat de bestuursrechter afziet van een beoordeling van de aangevoerde middelen door de procespartijen. Verder moet het onderwerp van de zaak een terughoudende rechterlijke toetsing rechtvaardigen en moet de bestuurlijke besluitvormingsprocedure voorzien in voldoende procedurele garanties. Of aan deze voorwaarden is voldaan, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval (ook wel '*contextual-functionalist approach*' genoemd).<sup>76</sup> Wanneer deze voorwaarden zijn vervuld, valt een vermeende te beperkte rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling buiten de gevarenzone van artikel 6 EVRM.<sup>77</sup>

## 2.4 Deelconclusie

Op grond van de jurisprudentie van het EHRM mag een bestuursorgaan, zoals een mededingingsautoriteit, bestraffend handhaven wanneer het bestuursorgaan voldoet aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt of wanneer de beslissing van het bestuursorgaan wordt getoetst door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De interne functiescheiding tussen het onderzoeksteam en het team dat over de zaak beslist is, naast eisen over de externe onafhankelijkheid en onpartijdigheid, van belang voor de beoordeling of een bestuursorgaan onafhankelijk of onpartijdig is. Voldoet het bestuursorgaan niet aan deze eisen, dan hangt de sanctionering van het bestuursorgaan

<sup>74</sup> EHRM 27 september 2011, 43509/08, EHRC 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen; AB 2012/9, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*) par. 63-67. De Portugese rechter Pinto de Albuquerque was het echter niet eens met dit oordeel. In zijn *dissenting opinion* stelde hij dat het EHRM de volledige rechtsmacht op een formele manier beoordeelde. Pinto spreekt van een 'controle simplement formel car il n'a pas touché au noyau dur du raisonnement de la decision administrative de condamnation, à savoir l'évaluation technique des faits imputés'. Volgens Pinto heeft het gebruik van een te beperkte definitie van volledige rechtsmacht tot gevolg dat de bescherming voorzien in artikel 6 EVRM wordt beperkt. Dit zou kunnen leiden tot een 'strafrecht met twee snelheden' waarbij een zwakke toetsing van administratieve beslissingen de rechten van verdediging beperkt, aldus Pinto.

<sup>75</sup> Ottow 2015, p. 128-129.

<sup>76</sup> Nazzini 2012, p. 984.

<sup>77</sup> Zie voor deze vrees naar aanleiding van de evaluatie van de Awb: Barkhuysen e.a. 2007, p. 101-106; en Widdershoven e.a. 2001, p. 37.



af van de rechterlijke toetsing die daarop volgt. De hiervoor besproken jurisprudentie van het EHRM illustreert dat een bepaalde mate van rechterlijke terughoudendheid bij de toetsing van administratieve beslissingen geoorloofd is. Met betrekking tot deze toetsing gelden wel specifieke randvoorwaarden. Een belangrijke randvoorwaarde is dat de bestuurlijke besluitvorming omringd moet zijn met voldoende procedurele garanties, zoals de mogelijkheid voor belanghebbenden om zich te kunnen verweren tegen de beschuldigingen van het bestuursorgaan. Verder blijft de eis gelden dat de rechter in concreto de aangevoerde gronden moet (kunnen) toetsen. Uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat met een marginale toets van de feitenvaststelling de ondergrens van rechtsbescherming bereikt is. De zaken *Terra Woningen*, en later *Chevol*, illustreren dat de rechter zich in geen geval geheel mag verlaten op het oordeel van het bestuur.<sup>78</sup> Wanneer de rechter zich wel zou verlaten op bevindingen van het bestuursorgaan, dan zou de betreffende klager effectief geen toegang meer hebben tot een rechter.<sup>79</sup>

### 3 HET UNIERECHT

#### 3.1 Inleiding

Net zoals in de paragraaf hiervoor gaat het in deze paragraaf om de vraag of het tegen het recht op een eerlijk proces indruist wanneer een bestuursorgaan bestraffende sancties oplegt. Daarbij zal specifiek gekeken worden naar de beperkingen die de Unierechters hebben gesteld aan de (bestraffende) praktijk van de Commissie in mededingingszaken. Uitgangspunt is artikel 47 van het Handvest dat het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht bevat. In het eerste deel zullen de notie ‘gerecht’ (deelparagraaf 3.2.1), alsmede de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen (deelparagraaf 3.2.1) worden besproken die enerzijds volgen uit de jurisprudentie over artikel 47 Handvest en anderzijds die voortvloeien uit jurisprudentie over het nationale toezicht op specifieke (op verschillende sectoren betrekking hebbende) Uniewetgeving. De sectorspecifieke jurisprudentie is niet direct relevant voor de onderzoeksvraag (over de verenigbaarheid van de ACM-praktijk met fundamentele procesrechten), maar is omwille van het belang van deze jurisprudentie voor mededingingstoezicht wel opgenomen. Na een bespreking van de Europese onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen volgt een discussie over de rechterlijke toetsing van beslissingen van een bestuursorgaan. Meer specifiek gaat het in deze deelparagraaf over de rechterlijke toetsing van beslissingen van de Commissie in mededingingszaken (deelparagraaf 3.3). Deze paragraaf zal worden afgesloten met een bespreking of, en zo ja onder welke voorwaarden, de praktijk van de Commissie,

<sup>78</sup> EHRM 13 februari 2003, *AB* 2004, 52 m.nt. B.W.N. de Waard (*Chevol t. Frankrijk*).

<sup>79</sup> In de zaak *Golder* stelde het EHRM dat alle procedurele voorwaarden in artikel 6 EVRM zonder betekenis zijn wanneer geen sprake is van een effectieve toegang tot de rechter. EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975/462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Schuurmans 2005, p. 290.



waarin net zoals bij de ACM de opsporing en sanctionering in de handen ligt van één orgaan, in overeenstemming wordt geacht met het Unierecht.

### 3.2 De onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen

#### 3.2.1 Een rechterlijke instantie

Net zoals in artikel 6 EVRM wordt in artikel 47 tweede paragraaf Handvest gesproken over het recht op een eerlijke behandeling van de zaak door een ‘onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld’. Voor de interpretatie van de term ‘gerecht’ kan – conform de jurisprudentie van het HvJ EU<sup>80</sup> – worden aangesloten bij de term gerecht in het kader van artikel 267 VWEU over de prejudiciële procedure.<sup>81</sup> De nationale kwalificatie is daarbij niet leidend: het Hof geeft criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van een gerecht.<sup>82</sup> Deze criteria zijn de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van rechtsregels, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.<sup>83</sup> De criteria zijn zogeheten minimumcriteria die flexibel door het Hof worden ingevuld en die zijn aangevuld met de eisen dat het gerecht over een lopende zaak moet kunnen oordelen en uitspraak moet kunnen doen in een procedure die leidt tot een rechterlijke beslissing.<sup>84</sup> Verder moet het gerecht bij wet zijn ingesteld. Dit betekent dat het gerecht een rechterlijke functie uitoefent die zijn grondslag heeft in een wet en niet in een overeenkomst tussen verschillende partijen.<sup>85</sup>

In het kader van deze criteria speelde de vraag of de Europese Commissie in mededingingsprocedures als een onafhankelijk en onpartijdig gerecht gezien kan worden. Het antwoord op deze vraag is ontkennend. Reeds in 1980 oordeelde het Hof, zonder verdere motivering, dat de Commissie weliswaar gehouden is aan de procedurele garanties die het Europees recht voorschrijft, maar dat zij niet als een ‘rechterlijke instantie’ in de zin van artikel 6 EVRM kan worden aangemerkt. Het Hof ging echter voorbij aan de stelling van de Commissie dat zij geen rechterlijke instantie is omdat zij niet onafhankelijk is van de uitvoerende macht.<sup>86</sup> In een andere zaak werd door partijen aangevoerd dat de functie van de Commissie als aanklager en rechter in strijd was met artikel 6 EVRM. Volgens het Hof stond dit argument niet ter discussie

<sup>80</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 31 januari 2013, C-175/11 (n.n.g.) (*H.I.D. en B.A. t. Refugee Applications Commissioner*).

<sup>81</sup> Pech 2014, p. 1251.

<sup>82</sup> HvJ EG 30 juni 1966, 61/65, *Jur.* 1996, p. 377 (*Vaassen-Göbbels*); en HvJ EG 13 juli 1993, C-42/92, *Jur.* 1993, p. I-4047 (*Corbiau*).

<sup>83</sup> Zie HvJ EG 17 september 1997, C-54/96, *Jur.* 1997, p. I-4961 (*Dorsch*), par. 23 en aldaar aangehaalde jurisprudentie. Zie ook HvJ EU 19 december 2012, C-363/11 (n.n.g.) (*Antonopoulos*), par. 18.

<sup>84</sup> HvJ EG 12 november 1998, C-134/97, *Jur.* 1998, p. I-7023 (*Victoria Film*), par. 14; HvJ EU 19 april 2012, C-443/09 (n.n.g.) (*Grillo Star*), par. 21.

<sup>85</sup> In het licht van deze eisen is een arbitragegerecht geen gerecht. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 23 maart 1982, 102/81, *Jur.* 1982, p. I-1095 (*‘Nordsee’ Deutsche Hochseefischerei*), par. 10-12.

<sup>86</sup> HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78 t/m 215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*Van Landewyck e.a. t. Commissie*).

nu de Commissie niet gelijk kon worden gesteld met een rechterlijke instantie.<sup>87</sup> Aan de uitoefening van onderzoeks- en straffuncties door de Commissie hebben de Unierechters echter enkel de voorwaarde verbonden dat de beslissingen van de Commissie getoetst moeten kunnen worden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.<sup>88</sup> Deze rechtspraak heeft navolging gekregen in zaken over de vraag of de procedure van de Commissie in overeenstemming dient te zijn met artikel 6 EVRM. In deze zaken bevestigden de Unierechters dat artikel 6 EVRM niet volledig van toepassing is op de Commissie en dat deswege de Commissie zowel de functie van onderzoekend als die van strafoplegend orgaan mag vervullen.<sup>89</sup> In de literatuur is deze rechtspraak veelvuldig bekritiseerd omdat deze praktijk in strijd zou zijn met de interne functiescheidingseis die zou volgen uit artikel 6 EVRM.<sup>90</sup>

### 3.2.2 De onpartijdigheids- en onafhankelijkheidseisen

#### 3.2.2.1 Algemene eisen

In het licht van artikel 47 Handvest is het begrip onafhankelijkheid geïnterpreteerd als een handeling die onlosmakelijk verbonden is met de rechterlijke opdracht en het houdt, volgens vaste rechtspraak, in dat de betrokken instantie de hoedanigheid van derde heeft ten opzichte van de autoriteit die de aangevochten beslissing heeft genomen.<sup>91</sup> In de zaak *Wilson* verduidelijkte het HvJ EU dat het onafhankelijkheids-criterium twee aspecten heeft. Het eerste externe aspect houdt in dat de instantie wordt beschermd tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming in gevaar kan brengen.<sup>92</sup> Het tweede interne aspect sluit volgens het HvJ EU aan bij het begrip onpartijdigheid en heeft betrekking op het houden van gelijke afstand ten opzichte van de partijen bij het geding en hun respectieve belangen. Hiervoor is het nodig dat de objectiviteit in acht wordt genomen en dat elk belang bij de oplossing van het geschil ontbreekt.<sup>93</sup> Het HvJ EU ziet de onpartijdigheid dus als een interne component van de brede notie van onafhankelijkheid.<sup>94</sup> Voor het waarborgen van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn volgens het HvJ EU regels nodig. Deze regels kunnen bijvoorbeeld zien op de samenstelling van de instantie, de benoeming, de ambtstermijn en de gronden voor verschooning, wraking en afzetting

<sup>87</sup> HvJ EG 7 juni 1983, 100/80 t/m 103/80, *Jur.* 1983, p. 1825, par. 6-7 (*SA Musique Diffusion française e.a. t. Commissie*).

<sup>88</sup> Zie de deelparagraaf 3.3.

<sup>89</sup> Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 27 maart 2014, T-56/09 en T-73/09 (n.n.g.) (*Saint-Gobain t. Commissie*), par. 77.

<sup>90</sup> Zie de referenties in voetnoot 134 van hoofdstuk 5.

<sup>91</sup> HvJ EU 19 december 2012, C-363/11 (n.n.g.) (*Antonopoulos*), par. 10.

<sup>92</sup> HvJ EG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*), par. 51. Verwezen wordt naar HvJ EG 4 februari 1999, C-103/97, *Jur.* 2009, p. I-551 (*Köllensperger en Atzwanger*), par. 21; en HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, *Jur.* 2000, p. I-5539 (*Abrahamsson en Anderson*), par. 36.

<sup>93</sup> HvJ EG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*), par. 52. Zie ook HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, *Jur.* 2000, p. I-5539 (*Abrahamsson en Anderson*), par. 32.

<sup>94</sup> Of zoals A-G Stix-Hackl het verwoordt: tussen onafhankelijkheid en onpartijdigheid bestaat een functioneel verband waarbij onpartijdigheid een voorwaarde is voor onafhankelijkheid. Zie de conclusie van 11 mei 2005 in C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*), par. 75.

van de leden van de instantie.<sup>95</sup> De afwezigheid van deze waarborgen, dus wanneer de instantie niet voldoet aan deze onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen, kan echter worden hersteld in beroep.<sup>96</sup>

Een zeer recente, bijzondere zaak gaat over de onpartijdigheid van het Gerecht van de EU zelf wanneer het Gerecht van de EU wordt geconfronteerd met een schadevergoedingsactie voor schendingen van het redelijketermijnvereiste waar het Gerecht van de EU zelf debet aan is. Het Gerecht van de EU is van oordeel dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het Gerecht van de EU niet in het geding is omdat het Gerecht van de EU in een andere formatie uitspraak doet dan de formatie die aanleiding heeft gegeven tot de schadevergoedingsprocedure. Bovendien zijn volgens het Gerecht voldoende garanties in de verdragen opgenomen die twijfels omtrent de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtsprekende formatie wegnemen.<sup>97</sup>

### 3.2.2.2 *Eisen voor gereguleerde sectoren*

Voor wat betreft de gereguleerde sectoren (telecommunicatie, energie, post, vervoer) heeft het HvJ EU specifieke eisen gesteld aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de toezichthouders in deze sectoren. Door de Commissie is echter geopperd dat dergelijke onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen, zoals eisen omtrent de budgettaire autonomie van de mededingingsautoriteiten en de transparante benoemingscriteria voor de leden van het bestuur, ook op het algemene mededingsterrein van toepassing zouden moeten zijn.<sup>98</sup> In de zaak *Frankrijk t. Commissie*, over de vastlegging en controle van technische specificaties waar telecommunicatie-apparatuur op grond van een Europese richtlijn aan diende te voldoen, overwoog het HvJ EU dat dergelijke taken uitgevoerd moesten worden door ‘een eenheid die onafhankelijk is van de particuliere en overheidsondernemingen die concurrerende goederen en/of diensten op telecommunicatiegebied aanbieden’.<sup>99</sup> In een daaropvolgende zaak *Decoster* stelde het HvJ EU dat niet aan de onafhankelijkheidseis wordt voldaan wanneer deze taak werd ondernomen door een directie die tot dezelfde administratie (in deze zaak het Franse ministerie van posten en telecommunicatie) behoorde als een directie die belast was met het commerciële beleid van een onderneming die onderworpen was aan deze toezichtsactiviteiten.<sup>100</sup>

Vervolgens is in verschillende richtlijnen over de regels voor gereguleerde sectoren (telecommunicatie, gas, elektra, spoorweg) de eis opgenomen dat de nationale

<sup>95</sup> HvJ EG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*), par. 52. Zie ook HvJ EG 17 september 1997, C-54/96, *Jur.* 1997, p. I-4961, par. 36; en HvJ EG 4 februari 1999, C-103/97, *Jur.* 2009, p. I-551 (*Köllensperger en Atzwanger*), par. 20-23.

<sup>96</sup> HvJ EG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*), par. 59.

<sup>97</sup> Beschikking Gerecht EU 6 januari 2015, T-47914 (n.n.g.) (*Kendrion t. Commissie*).

<sup>98</sup> Mededeling van de Commissie, *Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003: achievements and future perspectives*, COM (2014)453. Zie verder Alves, Capiou & Ailsa Sinclair 2015, p. 13-27.

<sup>99</sup> HvJ EG 19 maart 1991, C-202/88, *Jur.* 1991, p. I-1223 (*Frankrijk t. Commissie*). Zie over deze uitspraak bijvoorbeeld Ottow & Lavrijssen 2011.

<sup>100</sup> HvJ EG 27 oktober 1993, C-69/91, *Jur.* 1993, p. I-5373 (*Decoster*).

toezichthouder juridisch te onderscheiden alsmede functioneel onafhankelijk dient te zijn van de marktpartijen waarop toezicht wordt uitgeoefend.<sup>101</sup> In diezelfde richtlijnen zijn bovendien voorwaarden gesteld ten aanzien van de onafhankelijkheid ten opzichte van de politiek. Deze voorwaarden hebben betrekking op (i) de autonomie bij de uitvoering van de begroting, (ii) het bezitten van voldoende financiële middelen bij het uitoefenen van toezichthoudende taken, (iii) adequate personele middelen, (iv) de aanstelling en het ontslag van bestuurders, en (v) een verbod op het verlangen of ontvangen van directe instructies van regeringen bij het verrichten van toezichthoudende taken (met andere woorden: de toezichthouder moet onafhankelijk van de politiek zelfstandig besluiten kunnen nemen).<sup>102</sup>

### 3.2.3 Voorlopige bevindingen

De Unierechters hebben een autonome interpretatie gegeven aan het recht op een onpartijdig en onafhankelijk gerecht. Deze eisen zijn niet gericht op bestuursorganen die, zoals de Europese Commissie, bestraffend kunnen optreden, maar op rechters die een procedure op tegenspraak volgen. Deze rechters moeten extern en intern onafhankelijk kunnen opereren. De Commissie kan volgens de Unierechters niet gelijkgesteld worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Deze omstandigheid levert geen problemen op met fundamentele procesrechten, mits de procedure volgend op de bestuurlijke besluitvormingsprocedure wel voldoet aan de eisen van artikel 47 Handvest. Interessant is de jurisprudentie waarbij de Unierechters (alsmede de wetgevers), hoewel vanuit een mensenrechtenperspectief geen verdere eisen worden gesteld aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van bestuursorganen, specifieke onafhankelijkheidseisen hebben neergelegd bij sectorspecifieke toezichthouders die op nationaal niveau toezien op de uitvoering van Europese regelgeving. In de aanbevelingen in hoofdstuk 9 worden argumenten naar voren gebracht waarom een mededingingsautoriteit, zoals de Commissie of op nationaal niveau de ACM, daarom wel dient te voldoen aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen.

<sup>101</sup> Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002 L 108/33, artikel 3 lid 2 ('Telecommunicatierichtlijn'); Richtlijn 2009/73 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, *PbEU* 2009, L 211/94, artikel 39 lid 4 ('Gasrichtlijn'); Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEU* 2009, L 211/55, artikel 39 lid 4 ('Elektriciteitsrichtlijn'); en Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering, *PbEU* 2001, L 75/29, artikel 30 lid 1 ('Spoorwegrichtlijn').

<sup>102</sup> Elektriciteitsrichtlijn, artikel 35 lid 4 en 5; Gasrichtlijn, artikel 39 lid 4 en 5; Telecommunicatierichtlijn, artikel 3 lid 3bis.

### 3.3 De rechterlijke toetsing in mededingingszaken

#### 3.3.1 De toetsing van de wet

In beginsel hoeft de Commissie niet te voldoen aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen (al zijn, zoals gezegd, hierop wel uitzonderingen mogelijk). Dit betekent dat vooral de rechterlijke toetsing in Europese mededingingszaken voorwerp van debat is.<sup>103</sup> In verschillende mededingingszaken hebben ondernemingen bepleit dat de rechterlijke toetsing niet voldoet aan de eisen van artikel 47 Handvest en artikel 6 EVRM. Deze ondernemingen hebben kritiek op het feit dat de Unierechters onvoldoende de beslissingen van de Commissie toetsen en geen *de novo*-beslissing nemen.<sup>104</sup>

Het Verdrag voorziet in een specifiek juridisch kader voor de rechterlijke toetsing in EU-zaken. Ten eerste verleent het Verdrag de bevoegdheid aan de Unierechters om de wettigheid te toetsen van beslissingen van EU-instellingen.<sup>105</sup> Het wettigheids-toezicht heeft betrekking op de zogeheten 'of'-vraag: had de Commissie de sanctie mogen opleggen? Deze wettigheidstoets biedt de Unierechters de mogelijkheid om boetebeslissingen van de Commissie te beoordelen en te vernietigen wegens 'onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schendingen van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid'. Een fout in de feitenvaststelling is in principe geen grond voor vernietiging. Het is echter moeilijk om de feitenvaststelling geheel los te zien van de wettigheidstoetsing: een fout in de feitenvaststelling is wellicht geen grond voor vernietiging, maar kan wel de fundering zijn voor de conclusie dat de wettigheid van de beslissing ontoelaatbaar is.<sup>106</sup> De meest voorkomende gronden voor vernietiging in EU-mededingingszaken zijn schendingen van wezenlijke (procedurele) vormvoorschriften<sup>107</sup> en schendingen van het Unierecht.<sup>108</sup> De materiële wettigheidstoetsing is beperkt tot de gronden die een onderneming naar voren heeft gebracht; de

<sup>103</sup> Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om uitvoerig in te gaan op de toetsing van boetebesluiten van de Commissie door de Unierechters. Zie voor een verdere bespreking van de rechterlijke toetsing in Europese mededingingszaken: Van Bael 2011; Ehlermann & Marquis 2010; Schweitzer 2013; Jaeger 2011, p. 295-314; Bailey 2004, p. 1327-1360; Castillo de la Torre 2009, p. 4; Bornkamm 2010, p. 34-52; Slater & Waelbroeck 2012, p. 277-292.

<sup>104</sup> Zie voor een overzicht van deze kritiek Editorial Comments 2011, p. 1405-1416.

<sup>105</sup> Artikel 263 VWEU.

<sup>106</sup> Deze elementen zijn 'intertwined' aangezien het moeilijk is om een onderscheid te maken tussen 'facts, law, and economic appreciations'. Zie Geradin & Petit 2011, p. 19. Of zoals Meij dit heeft verwoord 'they are all facts of the same process of review'. Meij 2009, p. 20.

<sup>107</sup> Met betrekking tot de schending van procedurele vormvoorschriften controleren de Unierechters of de Commissie de verdedigingsrechten in acht heeft genomen. Een procedurele fout leidt echter enkel tot vernietiging van het besluit van de Commissie wanneer de fout onherstelbare gevolgen heeft voor de betreffende onderneming. Dit is niet het geval wanneer het besluit van de Commissie hetzelfde geweest zou zijn wanneer de procedurele fout niet had plaatsgevonden. Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraak: GvEA EG 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay t. Commissie*), par. 68.

<sup>108</sup> Schweitzer 2011, p. 91.

Unierechters vullen niet ambtshalve de (rechts)gronden aan.<sup>109</sup> De aangevoerde rechtsgronden worden volledig getoetst door de Unierechters. Het principe van een volledige toetsing geldt ook voor feitelijke gronden: de Unierechters toetsen of de feitenvaststelling van de Commissie compleet en correct is en of deze voldoende de conclusies van de Commissie steunen.<sup>110</sup> Tot slot toetsten de Unierechters de toepassing van het mededingingsrecht op de feiten – de feitenwaardering. Deze waardering van de feiten kan beperkter zijn (ook wel ‘deferential review’ genoemd) wanneer complexe economische beoordelingen in het geding zijn (zie deelparagraaf 3.3.3).<sup>111</sup> Deze terughoudende toetsing van Commissiebeslissingen hebben de Unierechters echter niet weerhouden om deze beslissingen volledig te toetsen en, wanneer nodig, te vernietigen.<sup>112</sup> Wanneer de beslissing is vernietigd, dan is het vervolgens aan de Commissie (in ieder geval wanneer de beslissing vernietigd is op procedurele gronden) om een nieuwe beslissing te nemen. Deze beslissing kan vervolgens weer getoetst worden door de Unierechters.<sup>113</sup> De Unierechters vervangen de vernietigde beslissing van de Commissie dus niet door een *de novo*-beslissing.

### 3.3.2 De toetsing van de boete

De toetsing van de wet wordt aangevuld met een onbeperkte toetsingsbevoegdheid ten aanzien van de boete.<sup>114</sup> Op grond van deze bevoegdheid kunnen de Unierechters op basis van hun volledige rechtsmacht een eigen beoordeling ten aanzien van de boete in de plaats stellen van die van de Commissie. Deze volledige rechtsmacht verleent de Unierechters de bevoegdheid de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen.<sup>115</sup> In de rechtspraak hebben de Unierechters het door de Commissie vastgestelde boetebedrag (op grond van een eigen analyse) in meerdere

<sup>109</sup> Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, zoals de omstandigheid dat de bestreden beschikking niet is gemotiveerd, staat het aan de betreffende onderneming om middelen aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 P, n.n.g. (*Chalkor*), par. 63-65. Zie verder De Grave 2009, p. 12-20.

<sup>110</sup> Schweitzer 2011, p. 92-93. Zie ook Andreangeli 2008, p. 165.

<sup>111</sup> HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 P, *Jur.* 2005, p. I-987 (*Tetra Laval*). In de zaak *Tetra Laval* (betreffende een concentratiebesluit) maakte het Hof voor wat betreft de intensiteit van de rechterlijke toetsing van economisch ingewikkelde kwesties een onderscheid tussen de feitenvaststelling enerzijds en de waardering van die feiten anderzijds. Zie over deze uitspraak meer de annotatie van T.R. Ottervanger & I. Veldhuis, *M&M* 2005/4-5, p. 152-157.

<sup>112</sup> Zie bijvoorbeeld GvEA EG 27 september 2006, T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969 (*Glaxo Smith Kline t. Commissie*); de bevestiging van deze uitspraak HvJ EU 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 P en C-519/06 P, *Jur.* 2009, p. I-9291 (*Glaxo Smith Kline t. Commissie*); GvEA EG 15 maart 2000, T-25/95 P enz., *Jur.* 2000, p. II-491 (*Cimenteries CBR t. Commissie*); en HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland t. Commissie*), par. 49.

<sup>113</sup> HvJ EU 15 oktober 2002, C-238/99 P etc., *Jur.* 2002, p. I-8616 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*).

<sup>114</sup> Artikel 261 VWEU.

<sup>115</sup> Artikel 31 Verordening 1/2003.



zaken aangepast<sup>116</sup> of ingetrokken.<sup>117</sup> Ondanks deze volledige rechtsmacht illustreert de rechtspraak van het HvJ EU dat de Commissie in principe een ruime beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van de boeteberekening.<sup>118</sup> De Unierechters zullen alleen de beslissing van de Commissie vervangen wanneer geconstateerd is dat bij de vastgestelde inbreuk een andere boete past. Bewijs hiervoor dient te volgen uit het door de Commissie gevormde dossier of uit de documenten die de ondernemingen zelf naar voren hebben gebracht. Aangezien de Unierechters het onderzoek zelf niet opnieuw dienen te verrichten, is het wellicht begrijpelijk dat de Unierechters niet snel geneigd zijn eigen criteria toe te passen bij het berekenen van de boete.<sup>119</sup> Dit betekent echter niet, zoals hierna zal worden toegelicht, dat de Unierechters zich mogen verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt.

### 3.3.3 *De discretionaire bevoegdheden van de Commissie*

De Commissie bezit in mededingingszaken die ingewikkelde, economische analyses omvatten een zekere beoordelingsvrijheid.<sup>120</sup> Deze beoordelingsvrijheid houdt in dat de Commissie – aan de hand van de door haar opgestelde richtsnoeren<sup>121</sup> – een groot aantal factoren (zoals het gedrag van elk van de ondernemingen, de winst die de ondernemingen uit de mededingingsbeperkingen hebben kunnen behalen, etc.) in overweging kan nemen alvorens een beslissing te nemen. Ten aanzien van deze analyses kunnen de Unierechters zich verlaten op het onderzoek dat de Commissie reeds heeft uitgevoerd. Deze vorm van rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden in zaken betreffende artikel 101 VWEU,<sup>122</sup> artikel 102 VWEU<sup>123</sup> en concentratiecontrole.<sup>124</sup> Ondanks de rijke jurisprudentie waarin deze beoordelingsvrijheid is erkend, blijft het onduidelijk wat precies de inhoud en reikwijdte is van de notie complexe economische

<sup>116</sup> GvEA EG 7 juli 1994, T-43/92, *Jur.* 1994, p. II-441 (*Dunlop Slavenager t. Commissie*), par. 178-179; GvEA EG 30 september 2003, T-191/98, T-212/98, T-213/98 en T-214/98, *Jur.* 2003, p. II-3275 (*Atlantic Container Line t. Commissie*), par. 1603-1634; GvEA EG 29 april 2004, T-236/01, T-239/01, T-244/01 t/m T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Jur.* 2004, p. II-1181 (*Tokai Carbon t. Commissie*), par. 98-112; en GvEA EG 12 december 2007, T-101/05 en T-111/05, *Jur.* 2007, p. II-4949 (*BASF en UCB t. Commissie*), par. 72.

<sup>117</sup> GvEA EG 28 februari 2002, T-86/95, *Jur.* 2002, p. II-101 (*Compagnie generale maritime t. Commissie*), par. 488.

<sup>118</sup> Carlos Laguna de Paz 20123, p. 1.

<sup>119</sup> Bailey 2004, p. 5.

<sup>120</sup> Zie over deze beoordelingsvrijheid meer: Bailey 2004, p. 5; en Fritzsche 2010, p. 2.

<sup>121</sup> Volgens het HvJ EU wordt de Commissie door de EU-boeterichtsnoeren, via het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel, beperkt in haar beoordelingsruimte. Zie HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P - C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, p. I-5425 (*Dansk Rørindustri A/S e.a. t. Commissie*), par. 211.

<sup>122</sup> GvEA EG 15 juli 1994, T-17/93, *Jur.* 1994, p. II-595 (*Matra Hachette t. Commissie*), par. 104; HvJ EG 11 juli 1985, 42/84, *Jur.* 1985, p. 2545 (*Remia*), par. 34; HvJ EG 17 november 1987, 142/84 en 156/84, *Jur.* 1987, p. 4487 (*BAT en Reynolds t. Commissie*), par. 62; HvJ EG 2 oktober 2003, C-194/99 P, *Jur.* 2003, p. I-10821 (*Thyssen Stahl t. Commissie*), par. 78; GvEA EG 6 april 1995, T-150/89, *Jur.* 1995, p. II-1165 (*Martinelli t. Commissie*), par. 59; GvEA EG 22 oktober 1997, T-213/95 en T-18/96, *Jur.* 1997, p. II-1739 (*SCK en FNK t. Commissie*), par. 239; en HvJ EG 8 februari 2007, C-3/06 P, *Jur.* 2007, p. I-1131 (*Group Danone t. Commissie*), par. 37.

<sup>123</sup> GvEA EG 17 september 2007, T-201/04, *Jur.* 2007, p. II-3601 (*Microsoft t. Commissie*), par. 87.

<sup>124</sup> HvJ EG 31 maart 1998, C-68/94 en C-30/95, *Jur.* 1998, p. I-1375 (*France e.a. t. Commissie*), par. 225.



vraagstukken.<sup>125</sup> Wanneer worden economische vraagstukken zodanig gecompliceerd dat een bepaalde beoordelingsvrijheid aan de zijde van de Commissie gerechtvaardigd is?<sup>126</sup> Verder is niet beslist wat in dergelijke zaken precies de mate van rechterlijke toetsing moet zijn. Tot de uitspraken van het HvJ EU in de zaken *KME* en *Chalkor* leek het HvJ EU de rechterlijke toetsing te beperken tot een beoordeling of de motivering van de beslissing van de Commissie afdoende was, of de feiten accuraat waren vastgesteld, en of sprake was van een manifeste beoordelingsfout of een misbruik van bevoegdheid. In de zaken *KME* en *Chalkor* heeft het HvJ EU echter bevestigd dat het gunnen van beoordelingsvrijheid aan de Commissie<sup>127</sup> niettemin het wettigheids-toezicht en de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht van de Unierechter onverlet laat.<sup>128</sup> De ondernemingen *KME* en *Chalkor* stelden in deze zaken dat het Gerecht hun recht op daadwerkelijke rechtsbescherming had geschonden door de boetebesluiten van de Commissie onvoldoende te toetsen. In deze zaken keurde het HvJ EU de notie van een marginaal wettigheidstoezicht in economische complexe zaken echter af:

*‘In dit verband heeft het Hof er reeds op gewezen dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge heeft wat economische vraagstukken betreft, maar dat dit niet wegneemt dat de rechter van de Unie de interpretatie door de Commissie van economische gegevens mag toetsen. De rechter van de Unie moet immers niet slechts nagaan of de bewijselementen waarop de Commissie zich baseert, materieel juist, betrouwbaar en coherent zijn, maar ook of deze elementen het relevante feitenkader vormen dat voor de beoordeling van een ingewikkelde situatie in aanmerking moeten worden genomen, en of zij de eraan verbonden conclusies kunnen dragen.’<sup>129</sup>*

Ook ten aanzien van een toetsing van de boete kan de Unierechter zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, ‘noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze

<sup>125</sup> Zie voor een bespreking van de definitie van een complexe economische beoordeling: Geradin & Petit 2011, p. 22-25.

<sup>126</sup> Schweitzer 2011, p. 100.

<sup>127</sup> Met verwijzing naar de uitspraken in de zaken *Tetra Laval* (HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 P, *Jur.* 2005, p. I-987 (*Tetra Laval*)) en *Spanje/Lenzing* (HvJ EG 22 november 2007, C-525/04 P, *Jur.* 2007, p. I-9947 (*Spanje/Lenzing*)).

<sup>128</sup> HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P en C-389/10 P, n.n.g. (*KME Germany AG*); en HvJ EU 8 december 2011, C-386/10, n.n.g. (*Chalkor*). Zie voor een bespreking van deze zaken: Beumer & Van de Heyning 2012, p. 10-15; Stijnen 2012, p. 119-125; Bronckers & Vallery 2012, p. 283-299; Sibony 2011, p. 1977-2002; en Laguna de Paz 2014, p. 203 e.v.. Deze uitspraken zijn door het Hof bevestigd in de volgende zaken: HvJ EU 10 juli 2014, C-295/12 P (n.n.g.) (*Telefónica SA t. Commissie*); HvJ EU 18 juli 2013, C-510/11 P (n.n.g.) (*Kone Oy t. Commissie*); HvJ EU 18 juli 2013, C501/11 P (n.n.g.) (*Schindler Holding e.a. t. Commissie*); en HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (n.n.g.) (*Otis e.a.*).

<sup>129</sup> HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 (n.n.g.) (*Chalkor*), par. 54; en HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P en C-389/10 P (n.n.g.) (*KME Germany AG*), par. 94.

factoren, om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite'.<sup>130</sup> Daarnaast stelde het HvJ EU vast dat de procedure voor de Unierechter op tegenspraak wordt gevoerd: de vraag of het Gerecht zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend moet worden beoordeeld aan de hand van de inhoud van de aangevoerde middelen waarover het zich heeft moeten uitspreken.<sup>131</sup> Met andere woorden: de verzoekers bepalen over welke onderdelen (van een besluit van de Commissie) het Gerecht een volledige toets moet toepassen. Het Gerecht mag zich dus baseren op omvangrijk en complex (economisch) materiaal dat door de Commissie wordt aangeleverd, mits het materiaal niet wordt betwist. Volgens het HvJ EU was geen sprake van een schending van artikel 47 Handvest<sup>132</sup> doordat het Gerecht niet ambtshalve toezicht op de gehele bestreden beslissing had uitgeoefend.<sup>133</sup> Volgens het HvJ EU was de toetsing in de onderhavige zaken voldoende.<sup>134</sup> Deze zaken illustreren dat de feitenvaststelling door het bestuursorgaan altijd indringend getoetst dient te worden. Wel is een inhoudelijk terughoudende waardering van bepaalde feiten mogelijk wanneer de partijen daaromtrent geen gronden hebben ingebracht. Met betrekking tot toezeggingsprocedures worden minder strenge eisen gesteld aan de rechterlijke toetsing. Volgens het HvJ EU volstaat in dergelijke procedures een toetsing of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.<sup>135</sup>

### 3.3.4 Voorlopige bevindingen

De verenigbaarheid van de praktijk van de Europese Commissie met artikel 47 Handvest hangt af van de rechterlijke toetsing die daarop volgt. De rechterlijke toetsing werkt daarmee als een communicerend vat voor de gebreken die in de bestuurlijke besluitvormingsfase plaatsvinden. De rechterlijke toetsing van beslissingen van de Commissie bestaat uit twee componenten: een wettigheidstoetsing en een volledige toetsing van de boete. Voor wat betreft zaken die complexe economische feiten bevatten, is een terughoudende toetsing mogelijk. Met de zaken *KME* en *Chalkor* heeft het HvJ EU echter de voorwaarde gesteld dat, hoewel de Commissie in economisch ingewikkelde kwestie een zekere beoordelingsmarge heeft, het Gerecht de bevindingen van de Commissie moet toetsen. Deze toetsing gaat niet verder dan de gronden die de partijen hebben aangevoerd: een *de novo*-beslissing van het Gerecht is in principe niet vereist, tenzij het gaat om gronden van openbare orde. In hoofdstuk 9, deelparagraaf

<sup>130</sup> HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 (n.n.g.) (*Chalkor*), par. 62; en HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P en C-389/10 P (n.n.g.) (*KME Germany AG*), par. 102.

<sup>131</sup> HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 (n.n.g.) (*Chalkor*), par. 64; en HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P en C-389/10 P (n.n.g.) (*KME Germany AG*), par. 104.

<sup>132</sup> Interessant om te vermelden is dat het HvJ EU voor het eerst een mededingingszaak heeft afgedaan met verwijzingen naar het EU-Grondrechtenhandvest, zonder verwijzing naar het EVRM. Zie hierover meer: Geursen 2011, p. 167-169.

<sup>133</sup> HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 (n.n.g.) (*Chalkor*), par. 66; en HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P en C-389/10 P (n.n.g.) (*KME Germany AG*), par. 106.

<sup>134</sup> HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 (n.n.g.) (*Chalkor*), par. 82; en HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P en C-389/10 P (n.n.g.) (*KME Germany AG*), par. 109.

<sup>135</sup> HvJ EU 29 juni 2010, C-441/07 P, *Jur.* 2010, p. I-5949 (*Commissie t. Alrosa*), par. 63.

4.2.3, worden aanbevelingen gedaan over hoe een dergelijke toetsingsstandaard in de praktijk uitgevoerd kan worden.

### 3.4 Deelconclusie

De Unierechters hebben zich minder dan het EHRM expliciet uitgelaten over de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden een bestuursorgaan straffen mag opleggen. Met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een gerecht hebben de Unierechters algemene eisen neergelegd die bijvoorbeeld zien op de benoeming van het gerecht en diens onpartijdigheid. Volgens de Unierechters is de Europese Commissie geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Daarvoor stuit de gelijkstelling reeds bij de notie 'gerecht'. De meer specifieke eisen zijn echter niet gericht op gerechten, maar op toezichthouders die uitvoering geven aan Europese wetgeving voor specifieke sectoren zoals de telecommunicatiesector en de energiesector. Volgens de Unierechters is het voldoende dat de beslissingen van de Commissie volledig worden getoetst door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. De bevoegdheid voor een volledige toetsing van de boete is aan het Gerecht toegekend. Met betrekking tot de inbreukvaststelling is de rechterlijke toetsing in beginsel beperkt tot een wettigheids-toetsing. Vooral de feitenwaardering kan soms terughoudend zijn wanneer complexe economische vraagstukken aan de beslissing van de Commissie ten grondslag liggen. De zekere beoordelingsvrijheid die de Commissie heeft, laat onverlet dat het Gerecht alle aangevoerde gronden moet toetsen. Het zal dus van elke zaak afhangen of het Gerecht inderdaad de gronden volledig heeft getoetst. Vooralsnog is niet gebleken dat het Gerecht in deze taak heeft verzaakt. Dit betekent dat artikel 47 Handvest zich in principe niet verzet tegen de Commissiepraktijk in mededingingszaken, mits de rechterlijke toetsing volledig is.

## 4 DE NATIONALE (RECHTS)PRAKTIJK IN MEDEDINGINGSPROCEDURES

### 4.1 Inleiding

De uitgevoerde analyse van Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie over de toelaatbaarheid van een alles-in-één-hand-handhavingssstelsel illustreert dat een bestuursorgaan, zoals de ACM, strafrechtelijke sancties (zoals een bestuurlijke boete) mag opleggen wanneer de ACM gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht of wanneer de beslissing van de ACM volledig getoetst kan worden door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Deze paragraaf heeft betrekking op de vraag onder welke omstandigheden de ACM (strafrechtelijk) mag sanctioneren. In deelparagraaf 4.2 wordt gekeken op welke punten de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM in het geding is (of kan komen). In deze deelparagraaf worden verschillende criteria behandeld die volgen uit de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU en die kunnen bepalen of de besluitvorming van de ACM extern (deelparagraaf 4.2.1) en intern (deelparagraaf 4.2.2.) onafhankelijk en onpartijdig is. In

deelparagraaf 4.3 staat de rechterlijke toetsing in mededingingszaken centraal. Duidelijk wordt in hoeverre het alles-in-één-hand-handhavingsstelsel van het mededingingsrecht in Nederland in overeenstemming is met artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest.

## 4.2 De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM

### 4.2.1 De externe onafhankelijkheid en onpartijdigheid

#### 4.2.1.1 Het vaststellen van beleidsregels

In de jurisprudentie van het EHRM en de Unierechters zijn algemene factoren genoemd waaraan de onafhankelijkheid van een instantie getoetst kan worden. De Unierechters en -wetgevers hebben daarnaast specifieke onafhankelijkheidseisen neergelegd voor nationale toezichthouders in gereguleerde markten die uitvoering geven aan Europese regelgeving. Een eerste eis is dat een toezichthouder onafhankelijk van de uitvoerende en wetgevende macht een zaak moet kunnen beslechten. In Nederlandse mededingingsprocedures wordt deze externe onafhankelijkheid voornamelijk gewaarborgd doordat de leden van het bestuur een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid vormen. Door het verzelfstandigen van de ACM is de bevoegdheid van de minister van Economische Zaken weggenomen om in *individuele* mededingingszaken aanwijzingen te kunnen geven.<sup>136</sup> De minister kan geen besluiten van de ACM in individuele gevallen vernietigen. Verder kan hij geen instructies geven in individuele zaken.<sup>137</sup>

De minister beschikt echter wel over verschillende instructiebevoegdheden waarmee de onafhankelijkheid van de ACM mogelijk in het geding kan komen.<sup>138</sup> Zo beschikt de minister over de bevoegdheid om beleidsregels aan de ACM op te leggen.<sup>139</sup> Deze beleidsregels moeten betrekking hebben op de sanctie-uitoefening van de ACM.<sup>140</sup> Ook kan de ACM zelf beleidsregels opstellen, maar dus niet op het terrein van het boetebeleid.<sup>141</sup> Dat de minister beleidsregels kan vaststellen heeft logischerwijs een

<sup>136</sup> Zie hierover de Kamerstukken over de wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan: *Kamerstukken* 2003/04, 27639. Zie verder: Van Leerdam 2001, p. 215-217; Korsten & Van Wanroij 2005, p. 131-133; en de bijdragen in Van de Gronden & Widdershoven 2002.

<sup>137</sup> Artikel 9 Instellingswet.

<sup>138</sup> Naast deze instructiebevoegdheden wordt de minister op de hoogte gehouden van het reilen en zeilen binnen de ACM (artikel 20 Kaderwet zbo's en artikel 8 Instellingswet). Zie verder: Regeling van de Minister van Economische Zaken van 15 maart 2013, nr. WJZ/12351247, houdende regels omtrent het uitwisselen van gegevens tussen de Autoriteit Consument en Markt en de Minister van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu ('Regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers'). Daarnaast is de raad van bestuur van de ACM verplicht om jaarlijks een jaarverslag op te stellen en toe te zenden (artikel 18 Kaderwet zbo's en artikel 6 Instellingswet) en om een ontwerpbegroting ter goedkeuring voor te leggen (artikel 25 Kaderwet zbo's en artikel 43 Instellingswet).

<sup>139</sup> Artikel 21 Kaderwet zbo's.

<sup>140</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, 3, p. 11.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, 3, p. 11. De raad van bestuur van de ACM moet de voorgenomen beleidsregels wel ter goedkeuring voorleggen aan de minister.

inperking van de discretionaire bevoegdheden van de ACM tot gevolg. Door het vaststellen van beleidsregels kan de minister immers een zekere mate van controle uitoefenen op de werkzaamheden van de ACM. Het geven van algemene beleidsregels is in principe toegestaan wanneer deze niet interveniëren in individuele zaken van de ACM.<sup>142</sup> Wanneer deze beleidsregels specifieke regels bevatten, dan ligt een schending van het onafhankelijkheidsvereiste op de loer. Vooral in de energiesector bestaat een gevaar van een ‘onrechtmatige aanwending’ van de beleidsregelbevoegdheid aangezien de staat als aandeelhouder in bepaalde bedrijven grote belangen heeft in die sector.<sup>143</sup> Dit gevaar wordt geïllustreerd door een uitspraak van het CBb waarin is geoordeeld dat een beleidsregel van de minister over het bepalen van de tarieven in de gassector dusdanig specifiek was dat in feite gesproken kon worden van individuele instructies.<sup>144</sup> Ook het geven van algemene beleidsregels kan als zodanig een probleem opleveren. Op grond van Europese wetgeving voor de gas- en elektriciteitssector wordt elke vorm van inmenging gezien als een schending van het onafhankelijkheidsvereiste.<sup>145</sup> De ruime interpretatie die het HvJ EU geeft aan toezichtwetgeving kan tot de conclusie leiden dat elke vorm van beïnvloeding ontoelaatbaar is, dus ook het verstrekken van algemene beleidsregels.<sup>146</sup>

#### 4.2.1.2 De algemene vernietigingsbevoegdheid

Naast het geven van beleidsregels heeft de minister een algemene vernietigingsbevoegdheid voor het geval de ACM een besluit neemt dat buiten haar bevoegdheden valt (*ultra vires*). De algemene vernietigingsbevoegdheid die de minister heeft ten aanzien van besluiten van zelfstandige bestuursorganen is voor de ACM echter aangepast en beperkt tot besluiten van algemene strekking.<sup>147</sup> Daarnaast is de onbevoegdheid van de ACM de enige grond voor vernietiging<sup>148</sup> en geldt de vernietigingsbevoegdheid niet voor besluiten van algemene strekking die de ACM neemt in het kader van het sectorspecifieke toezicht dat zij houdt op de sectoren energie, post, telecommunicatie en vervoer.<sup>149</sup> Vooral deze laatste beperking in de vernietigingsbevoegdheid van de minister (ten aanzien van de sectoren energie, post,

<sup>142</sup> Hancher, Larouche & Lavrijssenn 2004.

<sup>143</sup> Lavrijssen 2015, p. 194. Zie ook Aelen 2014, p. 262.

<sup>144</sup> CBb 29 juni 2010, *NJB* 2010/1499, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470. Zie verder over deze zaak: Geursen 2010, p. 51-53.

<sup>145</sup> Schäfers & Houdijk 2012, p. 659-670. Zie bijvoorbeeld artikel 39 van Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, *PbEU* 2009, L 211/94; en artikel 35 (4) (b) (ii) van Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEU* 2009, L 211/56.

<sup>146</sup> Zie HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, *Jur.* 2010, p. I-1885 (over het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens) en HvJ EU 16 oktober 2012, C-614/10 (n.n.g.) par. 41-43. Zie hierover meer: Ottow, 2013, p. 139-157; Lavrijssen & Nauta 2010, p. 136-145; en Ottow & Lavrijssen 2011, p. 34-50.

<sup>147</sup> Artikel 22 Kaderwet zbo's.

<sup>148</sup> Artikel 10, lid 1 en 2 Instellingswet. Deze praktijk wijkt af van artikel 10:35 Awb waarin de strijd met het recht of strijd met het algemeen belang als vernietigingsgronden zijn opgenomen.

<sup>149</sup> Artikel 10 lid 3 Instellingswet.

telecommunicatie en vervoer) neemt de vragen omtrent diens verenigbaarheid met onafhankelijkheidseisen<sup>150</sup> voor een groot deel weg. De beperkte vernietigingsbevoegdheid die de minister behoudt, geeft de minister enkel de bevoegdheid om te controleren of de ACM binnen de grenzen blijft van de aan haar toegekende taken en bevoegdheden.<sup>151</sup> Wel blijft de vraag bestaan of het gebrek aan meer preventieve waarborgen kan voorkomen dat de minister met diens vernietigingsbevoegdheid op onrechtmatige wijze intervenueert in de besluitvorming van de ACM.<sup>152</sup>

#### 4.2.1.3 *Het vaststellen van de begroting*

Dat de ACM een zelfstandig bestuursorgaan is, houdt in dat de ACM in vrijheid kan beschikken over haar budget. Wel dient de ACM een ontwerpbegroting op te sturen naar de minister, die vervolgens de begroting vaststelt.<sup>153</sup> Het ontbreken van een autonome begrotingsbevoegdheid hangt samen met het feit dat de ACM een zelfstandig bestuursorgaan *zonder* rechtspersoonlijkheid is. Voor wat betreft zelfstandige bestuursorganen *met* rechtspersoonlijkheid geldt dat de minister de begroting goedkeurt en zijn de sturende bevoegdheden van de minister beperkt tot een toetsing van de begroting aan het recht of het algemeen belang.<sup>154</sup> Bij het vaststellen van de begroting is de sturende rol van de minister echter veel groter. Door zelf de begroting vast te stellen heeft de minister immers meer mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de inrichting van de bedrijfsprocessen van de ACM.<sup>155</sup> Uit het EVRM en het Unierecht is echter niet direct af te leiden dat de bevoegdheid van de minister om de begroting vast te stellen in strijd is met de onafhankelijkheidseisen.<sup>156</sup> Wel heeft de Commissie een voorstel gedaan voor een autonome begrotingsbevoegdheid voor nationale mededingingsautoriteiten.<sup>157</sup>

Wat zich wellicht wel slecht verhoudt tot artikel 6 EVRM en het Unierecht is de budgettering. Het budget van de ACM lijkt op basis van ‘politieke prioritering’ vastgesteld te worden.<sup>158</sup> Illustratief is de taakstelling die aan de ACM is opgelegd: de ACM moet 75 miljoen euro per jaar aan boetes binnenhalen, oplopend tot 125 miljoen per jaar vanaf 2017.<sup>159</sup> Een dergelijk boetedictaat is, in het licht van de onafhankelijkheid van de ACM, geen ‘goed idee’ wanneer een dergelijke boetetaakstelling gevolgen heeft voor het budget dat aan de ACM ter beschikking wordt gesteld.<sup>160</sup> Een taakstelling kan immers tot gevolg hebben dat de ACM een financieel belang krijgt bij het opleggen van

<sup>150</sup> Advies Raad van State (W15.11.0432/IV) van 27 januari 2012. *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 4.

<sup>151</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 6, p. 46.

<sup>152</sup> Lavrijssen 2015, p. 195.

<sup>153</sup> Artikel 25 Kaderwet zbo’s.

<sup>154</sup> Artikel 29 lid 2 Kaderwet zbo’s.

<sup>155</sup> Schouten & de Moor-van Vugt 2015, p. 69.

<sup>156</sup> Kuijer 2004, p. 254.

<sup>157</sup> Mededeling van de Commissie, *Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003: achievements and future perspectives*, COM (2014)453, p. 9.

<sup>158</sup> Van Eijk, *NJB* 2011/44/45, p. 2987.

<sup>159</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 9 (verwezen wordt naar maatregel 84 van het Regeerakkoord).

<sup>160</sup> Baarsma 2012.



een boete en kan ertoe leiden dat de ACM feitelijk wordt verplicht om haar capaciteit en middelen in te zetten ten behoeve van deze taakstelling. Dit is in strijd met de eisen die uit het EVRM en het Unierecht volgen en die bepalen dat de ACM vrij over haar budget moet kunnen beschikken.

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM kan ook mogelijk in het geding komen wanneer de ACM de kosten van het toezicht doorbelast aan de sector die onder toezicht staat.<sup>161</sup> Zo moet de ACM een deel van haar kosten terugverdienen door vergoedingen te vragen van marktorganisaties voor wie bepaalde handelingen worden verricht.<sup>162</sup> Het is echter onduidelijk voor welke handelingen een vergoeding wordt gevraagd. De wet geeft enkel aan welke kosten niet ten laste worden gelegd aan marktorganisaties. Dat zijn de kosten die samenhangen met (i) het doen van marktonderzoeken, (ii) het maken van rapportages, (iii) de behandeling van bezwaren en beroepschriften, en (iv) het sanctioneren van overtredingen (waaronder het nemen en bekendmaken van besluiten omtrent het opleggen van bestuurlijke sancties en bindende aanwijzingen).<sup>163</sup> Deze doorbelasting kan immers een ongewenste afhankelijkheid en partijdigheid ten opzichte van de sector creëren.

#### 4.2.1.4 De benoeming van de ACM

Een andere graadmeter voor het vaststellen van de externe onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM is de benoeming van de leden van de raad van bestuur. Het bestuur van de ACM wordt benoemd en ontslagen door de minister.<sup>164</sup> Conform Straatsburgse jurisprudentie kan de benoeming van het bestuur door elke staatsmacht plaatsvinden (dus ook door een minister), mits het orgaan vervolgens onafhankelijk kan opereren. Verder is de aanwezigheid van transparante benoemingscriteria een extra waarborg voor een onafhankelijke besluitvorming. De leden van de raad van bestuur worden gekozen op basis van hun deskundigheid, maatschappelijke kennis en ervaring.<sup>165</sup> Aangezien de benoeming van deze leden de kern raakt van de onafhankelijkheid van de ACM zijn deze benoemingscriteria formeel ingekaderd.<sup>166</sup> Een relatiestatuut regelt de financiering, de personele middelen en de informatie-uitwisseling tussen het ministerie van Economische Zaken en de ACM, en bevat een apart document over de benoeming van het bestuur van de ACM.<sup>167</sup> De voorzitter van de ACM wordt benoemd voor een periode van zeven jaar en de overige leden van de

<sup>161</sup> Volgens Dommering kan de structurele onpartijdigheid op twee manieren in het geding komen: (i) door de sector die onder toezicht staat de kosten van het toezicht door te belasten, en (ii) door de geïnde boetes aan de eigen middelen toe te voegen. EHRM 21 juli 2011, NJ 2012/40, m.nt. E.J. Dommering (*Sigma Radio Television t. Cyprus*), par. 150.

<sup>162</sup> Artikel 6a lid 1 Instellingswet.

<sup>163</sup> Artikel 6a lid 2 Instellingswet.

<sup>164</sup> Artikel 12 lid 1 Kaderwet zbo's.

<sup>165</sup> Artikel 3 lid 2 Instellingswet.

<sup>166</sup> Artikel 3 lid 2 Instellingswet.

<sup>167</sup> Zie de bijlage 'Procedure werving, selectie en benoeming leden ACM' bij het 'Relatiestatuut ACM en Ministers 2013', *Stcrt.* 2013, 9237.



raad van de bestuur voor een periode van vijf jaar.<sup>168</sup> Deze termijnen komen overeen met de termijnen die volgen uit de Gas- en de Elektriciteitsrichtlijn.<sup>169</sup> Met betrekking tot de benoeming zijn dan ook geen signalen te ontdekken die erop kunnen duiden dat de onafhankelijkheid in het geding is. Ontslag vindt slechts plaats wegens ongeschiktheid of onbekwaamheid voor de vervulde functie of op eigen verzoek.<sup>170</sup> Een transparant statuut dat eisen stelt aan het ontslag ontbreekt echter.

#### 4.2.1.5 Adequate personele middelen

Een laatste voorwaarde voor een onafhankelijke besluitvorming is de aanwezigheid van voldoende adequate personele middelen. Deze voorwaarde volgt expliciet uit het Unierecht.<sup>171</sup> De ACM beschikt niet over een eigen rechtspersoonlijkheid en dus ook niet over eigen personeel. Medewerkers van de ACM staan op de loonlijst van het ministerie van Economische Zaken.<sup>172</sup> Het personeel van de ACM staat echter onder het gezag van de raad van bestuur van de ACM en legt over zijn werkzaamheden uitsluitend verantwoording af aan de raad. Hierin voorziet de mandaatregeling.<sup>173</sup> Deze regeling voorziet in de interne bevoegdheidsverdeling van het personeel van de ACM.<sup>174</sup>

Naast deze ‘interne’ mandaatregeling heeft de minister een besluit genomen waarin de ACM wordt gemandateerd om namens de minister bepaalde taken en bevoegdheden uit te voeren.<sup>175</sup> Op grond van deze ‘externe’ regeling is aan de ACM mandaat verleend voor P&O-aangelegenheden ten aanzien van het personeel dat de minister aan de ACM ter beschikking heeft gesteld.<sup>176</sup> Deze mandaatverlening geldt echter niet voor beslissingen op bezwaarschriften inzake personeelsaangelegenheden, het verlenen van ontslag op grond van artikel 99 ARAR (al dan niet in combinatie met een financiële regeling) of besluiten ten aanzien van medewerkers voor wie salarisschaal 15 of hoger geldt.<sup>177</sup> De ACM heeft vervolgens aan de directeurs van de verschillende directies het mandaat verleend voor het nemen van besluiten voor de onder hen ressorterende medewerkers over bijvoorbeeld het verlenen van verlof en het

<sup>168</sup> Artikel 3 lid 3 Instellingswet.

<sup>169</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 8 (MvT).

<sup>170</sup> Artikel 12 lid 2 Kaderwet zbo's.

<sup>171</sup> Gasrichtlijn artikel 39 lid 5 onderdeel a; en Electriciteitsrichtlijn artikel 35 lid 5 onderdeel a.

<sup>172</sup> Artikel 5 lid 1 Instellingswet.

<sup>173</sup> Artikel 5 lid 2 Instellingswet. Deze mandaatregeling behoeft goedkeuring van de minister. Goedkeuring wordt niet gegeven wanneer de mandaatregeling naar het oordeel van de minister een goede taakuitoefening door de ACM kan belemmeren. Zie hiervoor artikel 5 lid 3 Instellingswet.

<sup>174</sup> Zie artikel 2 lid 1 Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013, waarin expliciet wordt benoemd dat de ACM leiding geeft aan de ACM-organisatie.

<sup>175</sup> In de MvT wordt gesteld dat het besluit zo is ingevuld dat daarmee de benodigde mate van flexibiliteit en slagvaardigheid van de ACM goed wordt gewaarborgd (*Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, par. 4.2.3). Zie voor de mandaatregeling: Besluit van de Minister van Economische Zaken van 2 april 2013, nr. WJZ/13052618, houdende regels inzake de verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de ACM ('Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM').

<sup>176</sup> Artikel 6 lid 1 Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM.

<sup>177</sup> Artikel 6 lid 2 Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM.

aanstellen in vaste dienst of tijdelijke dienst (of het beëindigen van vaste en tijdelijke aanstellingen).<sup>178</sup>

In principe levert de omstandigheid dat de ACM geen eigen personeel heeft geen schending van artikel 6 EVRM op, mits het personeel feitelijk onder de ACM valt en volledig onafhankelijk van de minister kan opereren. Dit is echter niet het geval. Hoewel het personeel verantwoording aflegt aan de ACM – en de ACM enige bevoegdheden heeft ten aanzien van personeelsaangelegenheden – blijft de minister bevoegd om personeel in vaste dienst te ontslaan of personeel te benoemen voor wie salarisschaal 15 of hoger geldt.<sup>179</sup> De minister kan dus nog steeds geheel naar eigen inzicht kandidaten ontslaan of benoemen. Op grond van deze benoemingsbevoegdheden kan de minister invloed uitoefenen op het beleid van de ACM waardoor de onafhankelijkheid van de ACM in het gedrang kan komen.<sup>180</sup> Bovendien blijft de minister bevoegd om zelf de gemandateerde bevoegdheden uit te oefenen.<sup>181</sup>

#### 4.2.2 De interne onafhankelijkheid en onpartijdigheid

##### 4.2.2.1 De functiescheiding van het personeel

Naast externe onafhankelijkheid vereist de jurisprudentie van het EHRM over procedures waarin sprake is van een strafvervolgning dat degene die de beslissing neemt, verschilt en functioneel afgescheiden is van degene die het onderzoek heeft verricht.<sup>182</sup> Op het eerste gezicht lijkt de ACM te voldoen aan deze personele functiescheiding. Met betrekking tot de werkzaamheden van het personeel van de ACM bestaan immers ‘*Chinese walls*’ waarmee de onafhankelijke oordeelsvorming wordt gewaarborgd. Deze functiescheiding houdt in dat de werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete niet worden verricht door personen die betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek.<sup>183</sup> Dit betekent dat de directie Juridische Zaken (JZ) van de ACM, de directie die onder meer sanctieprocedures voorbereidt, geen onderzoekshandelingen mag verrichten. Het betreft echter een personele scheiding op zaaksniveau: personen die betrokken zijn bij het onderzoek in een bepaalde zaak mogen niet betrokken zijn bij het opleggen van een boete in die zaak.<sup>184</sup> Dit sluit echter niet uit dat de kennis die een ambtenaar van de opsporingsdienst, de directie Mededinging (DM), in een bepaalde zaak over markt X heeft vergaard, wordt gebruikt

<sup>178</sup> Artikel 6.1 en 6.2 Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013.

<sup>179</sup> Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM artikel 6.2.

<sup>180</sup> Empirisch onderzoek illustreert dat de benoeming van het personeel door het bestuursorgaan een extra garantie is voor een onafhankelijke besluitvorming. Zie bijvoorbeeld de volgende studie: Gilardi 2002, p. 873-893.

<sup>181</sup> Artikel 10:7 Awb.

<sup>182</sup> Zie deelparagraaf 2.3.2.1.

<sup>183</sup> Artikel 12q Instellingswet. Dit is in lijn met de regeling van artikel 10:3 lid 4 Awb die ook alleen voor de bestuurlijke boete geldt.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33622, C. Dit wordt bewerkstelligd door het opstellen van een verklaring van ‘niet betrokkenheid’. Daarnaast wordt in een registratiesysteem bijgehouden welke personen betrokken zijn geweest bij het opstellen van bepaalde documenten, zoals het rapport, in de onderzoeksfase.

door diezelfde ambtenaar in een andere zaak waar hij moet oordelen over de sanctionering van een mededingingsbeperkende gedraging in een aanverwante markt Y. Verder zijn onvoldoende garanties ingebouwd die kunnen waarborgen dat de personen die werken aan een lopend onderzoek of rapport dit niet zullen bespreken met personen die zullen worden betrokken bij het opleggen van de boete.

De praktijk leert dat deze scheiding tussen de DM en JZ niet altijd even scherp is. Zo concludeerde het CBb een schending van de interne functiescheiding doordat de juridische dienst van de toenmalige NMa voorafgaand aan het primaire besluit bij een derde partij informatie had opgevraagd.<sup>185</sup> Het opnieuw ‘tegen het licht’ houden van reeds verzameld bewijsmateriaal is echter wel toegestaan,<sup>186</sup> mits dit zich niet uitstrekt, zoals het CBb heeft geoordeeld, tot het stellen van vragen omtrent de uitleg van bepaald bewijsmateriaal. Het is de taak van de juridische dienst om kritisch na te gaan of de in het rapport getrokken conclusies volgen uit het reeds verzamelde bewijsmateriaal.<sup>187</sup>

#### 4.2.2.2 *De functiescheiding op bestuursniveau*

Naast de personele functiescheiding dient gekeken te worden naar de functiescheiding op het bestuursniveau van de ACM. Alhoewel er een personele scheiding bestaat tussen de opsporingsfase en de sanctioneringsfase (zie hiervoor), laat een analyse van de mandaatregeling echter onvoldoende zien dat de leden van het bestuur niet betrokken kunnen zijn bij beide fasen.<sup>188</sup> Het uitgangspunt is dat de leden van het bestuur collegiaal beslissen over het nemen van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Alleen als ‘niet gewacht kan worden op een besluit van de raad’ is aan de leden van de raad van bestuur ‘mandaat, volmacht en machtiging’ gegeven voor het nemen van dergelijke besluiten.<sup>189</sup> Met betrekking tot ‘overige’ handelingen die verband houden met de Mededingingswet<sup>190</sup> is mandaat verleend aan de

<sup>185</sup> CBb 30 augustus 2011, AB 2011/328, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2011:BR6737. Het CBb bevestigde met dit oordeel de uitspraak van de Rb. Rotterdam van 28 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI3337.

<sup>186</sup> CBb 17 november 2004, AB 2005/81 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.

<sup>187</sup> Braeken 2011, p. 237. Braeken stelt terecht de vraag waar de grens ligt tussen het ‘opnieuw tegen het licht houden van reeds verzameld bewijsmateriaal’ en het doen van nieuw of aanvullend onderzoek.

<sup>188</sup> Bos 2012, p. 203-205. Bos pleit voor een institutionele aanpassing waarbij de zogeheten *Chinese walls* ook doorgetrokken worden tot de raad van bestuur. Zie verder de volgende uitspraak over de functiescheiding binnen de voorganger van de AFM, de Stichting Toezicht Effectenverkeer: CBb 9 februari 2006, AB 2006/292, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2006:AV2682 en een bespreking van deze uitspraak in het licht van de functiescheiding binnen de ACM: Braeken 2011, p. 234-238.

<sup>189</sup> Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 2 april 2013, nr. ACM/DJZ/2013/200833, houdende regels inzake organisatie, mandaat, volmacht en machtiging van de Autoriteit Consument en Markt (‘Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013’), artikel 4.2.

<sup>190</sup> Artikel 4.1 Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013 bevat een opsomming van handelingen waarop de mandaatverlenging niet van toepassing is. Deze handelingen zijn (a) het nemen van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete, (b) het nemen van besluiten op grond van artikel 37 Mw, waarin een vergunning wordt vereist, en besluiten op grond van de artikelen 40, 41, 44, 45 en 46 Mw, (c) het nemen van besluiten die voorbereid zijn met toepassing van afdeling 3.4 Awb, (d) het beslissen op bezwaarschriften gericht tegen het opleggen van een herstelsanctie waaraan een rapport als

operationele directeuren, de directeuren van de verschillende organisatieonderdelen van de ACM, zoals de directie Consumenten, Energie, Juridische Zaken, enzovoort. Zo behoort de voorbereiding van beslissingen tot het opleggen van bestuurlijke sancties tot het werkterrein van de directie JZ.<sup>191</sup> Het is echter onduidelijk of, en met welke intensiteit, de leden van de raad van bestuur van de ACM betrokken (kunnen) zijn bij de besluitvorming van hun directeuren.<sup>192</sup> Worden de leden van de raad van bestuur geraadpleegd alvorens een besluit wordt genomen over bijvoorbeeld de inzet van personeel bij een bedrijfsonderzoek? Zo ja, welke achtergrondinformatie ontvangt de raad van bestuur alvorens tot een afgewogen beslissing te kunnen komen? Wanneer het bestuurslid in deze voorbereidingsfase meer te weten komt, is het niet ondenkbaar dat het bestuurslid in de sanctioneringsfase niet meer onbevooroordeeld is.<sup>193</sup> Wat als de raad van bestuur adviseert over het uitbrengen van een rapport of wat als de raad van bestuur suggereert dat in een bepaalde zaak sanctionering via een last onder dwangsom effectiever is dan een boete? Deze denkbare situaties kunnen elk vragen doen rijzen over de onafhankelijke besluitvormingspositie van de raad van bestuur binnen de ACM. De omstandigheid dat beide teams onder de supervisie van dezelfde voorzitter vallen, is volgens het EHRM immers een signaal dat de institutionele vormgeving van het bestuursorgaan niet voldoet aan artikel 6 EVRM. In de zaak *Grande Stevens* was de voorzitter van de Consob bovendien betrokken bij de uitoefening van belangrijke (ingrijpende) onderzoeksbevoegdheden. Volgens het EHRM was dan ook sprake van een partijdige besluitvorming.<sup>194</sup> Het CBb heeft echter aangegeven dat de betrokkenheid van de raad van bestuur bij zowel het toezicht, het onderzoek en de sanctionering niet in strijd is met de mededingingswetgeving. De functiescheiding waarin artikel 12q Instellingswet (oud: artikel 54a Mw) voorziet, is gericht op het functioneren van de betrokken ambtelijke diensten en werkt volgens het CBb niet door op het niveau van het bestuursorgaan zelf.<sup>195</sup> Deze praktijk verhoudt zich dan ook niet goed tot de uitleg die het EHRM heeft gegeven aan de interne onafhankelijkheid van een bestuursorgaan dat kan sanctioneren.

---

bedoeld in artikel 5:48 lid 1 Awb ten grondslag ligt, (e) het beslissen op bezwaarschriften gericht tegen het opleggen van een bindende aanwijzing, en (f) het vaststellen van regelgeving.

<sup>191</sup> Artikel 3.7 Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013.

<sup>192</sup> Volgens Daalder is het wenselijk dat de raad van bestuur betrokken is bij het onderzoek. Artikel 59 lid 1 Mw schrijft voor dat de raad van bestuur in geval van een redelijk vermoeden van schuld aan een overtreding een rapport 'doet opmaken'. Om een redelijk vermoeden van schuld te kunnen vaststellen, veronderstelt dit volgens Daalder een betrokkenheid van de raad van bestuur. Zie Daalder 2011, p. 51-60.

<sup>193</sup> Bos 2012, p. 204.

<sup>194</sup> EHRM 4 maart 2014, 18640/10 (*Grande Stevens t. Italië*).

<sup>195</sup> Het CBb kwam tot dit oordeel in een zaak over het fietsenkartel. In deze zaak stelde Giant dat de (toenmalige) directeur-generaal Kalbfleisch van de NMa onrechtmatig het besluit had ondertekend, doordat voordien (door diens voorganger Kist) al toestemming was gegeven tot opsporing op basis van een notitie en een persbericht. Het CBb verwierp echter deze grond onder verwijzing naar de omstandigheid dat het besluit en het rapport waren ondertekend door verschillende natuurlijke personen. CBb 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.

### 4.2.3 Voorlopige bevindingen

De voorgaande analyse illustreert dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij zowel de externe als de interne onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM. Met betrekking tot de externe dimensie kunnen de volgende omstandigheden in strijd komen met de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen: het opstellen van algemene beleidsregels door de minister (wanneer dit de individuele regulering van een sector tot gevolg heeft),<sup>196</sup> de boetetaakstelling en de omstandigheid dat de ACM geen eigen personeel bezit. Het mag duidelijk zijn dat op grond van deze omstandigheden geen sprake is van directe, maar van indirecte beïnvloeding door de minister van werkzaamheden van de ACM, omdat de minister de prioriteiten en het beleid van de ACM kan bepalen.<sup>197</sup> Met betrekking tot de interne onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM is het niet evident dat de scheiding tussen DM en JZ voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. De zaken *Dubus* en *Grande Stevens* benadrukken immers de noodzaak van een formele scheiding tussen het onderzoeksteam en het team dat beslist over de strafvervolgning (c.q. bestuurlijke boete).<sup>198</sup> Dat de functiescheiding van de ACM niet is doorgetrokken tot de raad van bestuur van de ACM maakt dat gereede twijfels bestaan over de interne onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM. Het feit dat de scheiding binnen de ACM tussen het onderzoek en de sanctionering op zaaksniveau is geregeld, draagt ook niet bij aan de weerlegging van deze conclusie.

Op grond van artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest levert deze conclusie in beginsel geen schending van fundamentele procesrechten op,<sup>199</sup> mits de beslissingen van de ACM volledig worden getoetst door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Buiten artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest om zijn wel onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsverplichtingen neergelegd voor de ACM. In deze paragraaf zijn dan ook specifieke onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen uit het Unierecht besproken waaraan de ACM dient te voldoen. Hoewel deze zien op het sectorspecifieke toezicht is in de literatuur bepleit dat deze eisen ook van toepassing dienen te zijn op het algemene mededingingstoezicht.<sup>200</sup> Bovendien kan de onafhan-

<sup>196</sup> Tussen het maken van beleid door de wetgever en het reguleren door de toezichthouder is een grijs gebied waar niet altijd duidelijk is wie bevoegd is. Illustratief zijn de onderhandelingen tussen de minister van EZ en de ACM voorafgaand aan het indienen van het wetsvoorstel houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handeling en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en Gaswet). Zie hierover Vegter & Maandag 2015, p. 203-204.

<sup>197</sup> Ook volgens Lavrijssen zijn het gebrek aan preventieve waarborgen ter voorkoming van een onrechtmatige inmenging van de minister in de taakuitoefening door de ACM bij het bepalen van algemene beleidsregels voor de energiesector en de bevoegdheid van de minister om op grond van de nationale wetgeving ministeriële regels op te stellen inzake de technische voorwaarden en tariefstructuren voor het netbeheer heikele punten. Zie Lavrijssen, 2013 (<http://www.energieactueel.nl/column-waakhond-of-schoothond/>).

<sup>198</sup> Zie over deze zaken ook: Goisis, 2014, p. 53-73.

<sup>199</sup> Zie over de toepassing van deze bepalingen in de bestuurlijke besluitvormingsfase hoofdstuk 9.

<sup>200</sup> Zie bijvoorbeeld Schouten & de Moor-van Vugt 2015, p. 62-75; en Monti 2014.

kelijkheid en onpartijdigheid van de ACM gezien worden als een vereiste voor een effectief toezicht op de mededingingswetgeving.<sup>201</sup>

### 4.3 De rechterlijke toetsing in mededingingszaken

#### 4.3.1 *De toetsing door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht*

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de ACM niet voldoet aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen van artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest. Deze conclusie betekent dat voor de verenigbaarheid van de sanctionering door de ACM met fundamentele procesrechten in beginsel gekeken moet worden naar het tweede model voor de oplegging van bestraffende sancties door een bestuursorgaan. In het kort verlangt dit model dat, wanneer het bestuursorgaan niet de karakteristieken van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht bezit, de beslissingen van het bestuursorgaan volledig worden getoetst door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Deze toetsing behelst geen ambtshalve toetsing van de gehele beslissing van het bestuursorgaan. Tot op zekere hoogte kan de rechter zich verlaten op de bevindingen van het bestuursorgaan, mits de rechter alle middelen toetst die zijn aangevoerd. Daarnaast verlangt het EHRM (deze eis wordt niet genoemd door de Unierechters) dat voldoende procedurele waarborgen zijn ingebouwd in de bestuurlijke besluitvormingsfase.

In Nederlandse bestuurszaken toetst de bestuursrechter in principe de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur terughoudend. De rechter oordeelt niet zelfstandig of de gevolgen van een besluit evenredig zijn aan de daarmee te dienen doelen, maar slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het oordeel kon komen dat deze gevolgen niet onevenredig waren.<sup>202</sup> De bestuursrechter hanteert een afwijkende toetsing ten aanzien van (bestraffende) sanctiebesluiten. De marginale toetsing die de bestuursrechter in de regel hanteert bij de beoordeling van niet-bestraffende besluiten maakt bij bestraffende sanctiebesluiten plaats voor een meer indringende toetsing.<sup>203</sup> Bij deze toetsing verricht de bestuursrechter een afweging van de belangen en gaat dus zelf na of het besluit voldoet aan de eisen van de evenredigheid.<sup>204</sup> Dit betekent dat de bestuursrechter de hoogte van de boete en de evenredigheid van de boete (ten opzichte van de ernst van de overtreding) ‘vol’ toetst.<sup>205</sup> Automatisch buigt de bestuursrechter zich dan ook over de aan het besluit ten grondslag liggende feiten (de feitenvaststelling). Men kan dus spreken van een ‘volle,

<sup>201</sup> Aelen 2014.

<sup>202</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 141.

<sup>203</sup> Hartmann 2011, p. 24.

<sup>204</sup> De Waard, 2009, p. 417-426.

<sup>205</sup> Wat volle toetsing van, bij beleidsregel gefixeerde, boetetarieven inhoudt, is minder duidelijk. Volgens Van Emmerik & Saris dient de rechter ‘als sluitpost’ in staat te worden gesteld een evenredige boete in concreto te verzekeren waarbij hij met alle relevante (matigings)factoren rekening kan houden. Zie: Van Emmerik & Saris 2014, p. 156.



indringende of intensieve toets op de evenredigheid van de sanctie'.<sup>206</sup> Betoogd is dat het beslissingsmodel van de bestuursrechter (inzake bestraffende sancties) niet afwijkt van het model dat de strafrechter hanteert.<sup>207</sup>

Bij de bestuursrechter ligt dan ook de focus op het definitief beslechten van geschillen.<sup>208</sup> Zo zijn de Wet aanpassing bestuursprocesrecht en de 'Nieuwe zaaksbehandeling' ontwikkelingen waaruit het streven blijkt naar een effectieve, definitieve en tijdige geschilbeslechting.<sup>209</sup> In de literatuur is echter gesteld dat de bestuursrechter niet zo snel zal overgaan tot het (ambtshalve) actief achterhalen van de waarheid,<sup>210</sup> hoewel de bestuursrechter net zo goed als de strafrechter aan materiële waarheidsvinding kan doen.<sup>211</sup> De rechter wendt echter nog steeds weinig eigen onderzoeksbevoegdheden aan om zelf de materiële waarheid op te sporen,<sup>212</sup> maar hij is wel actief in 'het regisseren van partijen in hun zoektocht naar het aannemelijk maken van de in geding zijnde feiten'.<sup>213</sup> Bij de beslissing omtrent de gevolgen van een voorgenomen vernietiging van het bestreden besluit dient de rechter na te denken over de rechtsgevolgen. De rechter kan beslissen zelf in de zaak te voorzien. In dat geval neemt de rechter zelf de verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling op zich. Kan de rechter deze verantwoordelijkheid niet nemen, dan moet hij dus (gemotiveerd) afzien van finale geschilbeslechting.<sup>214</sup> Een rechter die wel zelf in de zaak wil voorzien, maar de feitenvaststelling niet aan zich willen trekken, kan de bewijsverzameling aan de partijen overlaten. Op basis van artikel 8:51a Awb stelt de bestuursrechter het bestuursorgaan in de gelegenheid om het besluit nader te motiveren (de zogeheten 'bestuurlijke lus'). In een tussenuitspraak wordt vervolgens een opdracht aan het bestuursorgaan neergelegd.<sup>215</sup> In sommige uitspraken expliciteert de bestuursrechter naar welk feitencomplex precies onderzoek moet worden gedaan en wat de aangewezen onderzoeksmethode is.<sup>216</sup> Over de vraag of het bestuursorgaan nog de kans moet krijgen het ontbrekende bewijs 'rond te krijgen' gaat een uitspraak van het

<sup>206</sup> Van Emmerik & Saris, 2014, p. 121-123.

<sup>207</sup> Polak 2004, p. 137.

<sup>208</sup> Met het recent ingevoerde artikel 8:41a Awb krijgt de bestuursrechter ook de wettelijke opdracht om het geschil zo veel mogelijk definitief te beslechten.

<sup>209</sup> Deze ontwikkelingen zouden een actieve onderzoekshouding van de bestuursrechter met zich mee moeten brengen. De introductie van de Nieuwe zaaksbehandeling heeft daar (vooralsnog) geen verandering in gebracht. Schuurmans & Verburg, 2012.

<sup>210</sup> Widdershoven e.a. 2001. De bestuursrechter is verplicht ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (artikel 8:69 lid 2 Awb) en kan ambtshalve de feiten aanvullen (artikel 8:69 lid 3 Awb).

<sup>211</sup> Het verschil tussen strafrechter en bestuursrechter is volgens Stijnen niet zo groot. Stijnen 2011, p. 584.

<sup>212</sup> Zie bijvoorbeeld Marseille 2004; en Barkhuysen e.a. 2007.

<sup>213</sup> Schuurmans & Verburg 2012, p. 125.

<sup>214</sup> De motivering van de bestuursrechter waarom in een bepaalde zaak de rechter voor dit type feiten oordeelsvorming door het bestuursorgaan essentieel acht, ontbreekt echter vaak. Schuurmans & Verburg 2012, p. 133.

<sup>215</sup> Zie voor een concrete opdracht de uitspraak van het CBb van 8 juli 2010, LJN: BN4148. Zie ook Van Ettekoven & Ortlep 2012, p. 2-18.

<sup>216</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Rb. Rotterdam van 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT8903 waarin de NMa moest uitleggen waarom het tot een andere feitenvaststelling kwam dan het Duitse Bundeskartellamt.



CBb in een procedure waarin de ACM boetes had opgelegd voor overtreding van het spamverbod. Het CBb overweegt dat het in beginsel niet de taak van de bestuursrechter, maar van het bestuursorgaan is om het bewijs 'rond te maken'. Het antwoord op de vraag of het ontbrekende bewijs nog valt te verkrijgen, berust op een inschatting van de rechter. Daarbij overweegt het CBb uitdrukkelijk dat de tekst van de wet niet uitsluit dat in punitieve zaken de bestuurlijke lus gebruikt kan worden, al zal de rechter bij de toepassing daarvan terughoudendheid betrachten.<sup>217</sup> Deze uitspraak illustreert dat, hoewel de rechter zelf ook de mogelijkheid heeft tot het vinden van de waarheid, het bestuursorgaan alsnog, via de band van de bestuurlijke lus, de taak kan krijgen om gaten in de feitenvaststelling te vullen. Echter, met betrekking tot zaken waar een bestuurlijke boete is opgelegd, zal hiervan minder snel sprake zijn. In dat geval zal de rechter zelf achter de waarheid moeten aangaan, desnoods met inzet van bepaalde onderzoeksbevoegdheden zoals het horen van deskundigen of getuigen.

#### 4.3.2 De rechterlijke toetsing in Nederlandse mededingingszaken

In Nederlandse mededingingszaken, vooral in kartelzaken, worden voornamelijk bestraffende sancties opgelegd. Dit betekent dat de bestuursrechter de evenredigheid van het besluit indringend toetst. Verwezen kan worden naar de volgende overweging van het CBb:

*'Het College stelt hier voorop dat NMa, gelet op de aard van het te nemen besluit, in het concrete geval – naast artikel 57, tweede lid, Mw – ook het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dient te nemen. Dit betekent dat NMa bij het vaststellen van de boete rekenschap dient te geven of de uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waaraan deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Ook de draagkracht van de overtreder kan een in aanmerking te nemen omstandigheid zijn. Wanneer het uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM dat op de onderhavige boetes van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie.'*<sup>218</sup>

De Nederlandse bestuursrechter dient dus volledig de boetebesluiten van de ACM te toetsen. Een verschil tussen het Unierecht en het Nederlandse bestuursrecht is dat het

<sup>217</sup> CBb 3 december 2014, *NJB* 2015/109, *JOR* 2015/39, m.nt. V.H. Affourtit, ECLI:NL:CBB:2014:438.

<sup>218</sup> CBb 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521, par. 4.14.7. Zie ook CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8077, par. 5.5; en CBb 18 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM2423, par. 5.3-5.4. Met betrekking tot de uitspraak van het CBb van 18 maart 2010 is interessant te vermelden dat het CBb als uitgangspunt een volle toetsing van de evenredigheid van de boete voorstaat, maar een terughoudende toetsing van de boetekorting (in het licht van de clementieregeling) toelaatbaar acht. Volgens het CBb wordt de discretionaire bevoegdheid van de NMa evenwel begrensd door algemeen verbindende voorschriften en algemene rechtsbeginselen.

Unierecht ook volledige rechtsmacht vereist voor de dwangsom. Ook voor deze sanctie geldt dat de Unierechter bevoegd is om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de Commissie en de dwangsom kan intrekken, vermeerderen of verminderen.<sup>219</sup> Het Unierecht benadert de dwangsom dus op dezelfde wijze als de bestraffende bestuurlijke boete. In het Nederlandse bestuursrecht wordt de dwangsom echter (vanwege het herstelkarakter van de sanctie) niet indringend getoetst op de evenredigheid.<sup>220</sup>

De vraag is echter of de volledige toetsing in procedures die leiden tot een bestuurlijke boete ook geldt voor complexe, economische zaken waarin de ACM een beoordelingsvrijheid toekomt.<sup>221</sup> In beginsel is de bestuursrechter zich bewust van de zekere beoordelingsvrijheid die de ACM bij de waardering, alsmede de vaststelling van niet-primaire<sup>222</sup> economische feiten en omstandigheden bezit.<sup>223</sup> Dit heeft het CBB overwogen in zijn uitspraak in de zaak *Essent*.<sup>224</sup> Het CBB heeft in deze zaak, en de zaak *T-Mobile*,<sup>225</sup> echter geoordeeld dat deze beoordelingsvrijheid niet wegneemt dat de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of de mededingingsautoriteit aannemelijk heeft gemaakt dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 56 lid 1 Mw is voldaan. Het CBB specificeert deze vereisten als volgt:

*‘Hierbij dient niet alleen te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Met name dient de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang te*

<sup>219</sup> Zie artikel 31 van Verordening 1/2003 dat uitdrukkelijk bepaalt dat de Unierechter ook ten aanzien van dwangsommen volledige rechtsmacht heeft.

<sup>220</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 december 2003, AB 2004/69, m.nt. F.C.M.A. Michiels, ECLI:NL:RVS:2003:AO4902; en CBB 4 september 2003, AB 2004, 14, m.nt. I.C. Vlies, ECLI:NL:CBB:2003:AL1183.

<sup>221</sup> Zie hierover Essens e.a. 2009; en Schuurmans, 2007, p. 115-142.

<sup>222</sup> Gerbrandy geeft zeer duidelijk weer dat over het algemeen gesteld kan worden dat complexe economische analyses geen betrekking hebben op de vaststelling van de primaire feiten die steeds vol worden getoetst. Een terughoudende rechterlijke toetsing ziet toe op de fase die tussen de vaststelling van primaire feiten en de kwalificatievragen in ligt, en waarbij de primaire feiten met behulp van economische theorie worden geanalyseerd. Zie Gerbrandy 2009, p. 118-119.

<sup>223</sup> Zowel wanneer de ACM een beleidsvrijheid als een beoordelingsvrijheid bezit, toetst de rechter afstandelijk. Een belangrijk verschil tussen beide is dat bij de beoordelingsvrijheid geen ruimte zou zijn voor belangenafwegingen. Zie Gerbrandy 2009, p. 114-115.

<sup>224</sup> CBB 27 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8688. In deze zaak ging het om een toetsing van een tweedefasebesluit van de NMa betreffende de fusie van Essent en Edon. Het toetsingskader is gelijklopend voor eerstefasebesluiten. Zie Rb. Rotterdam 19 april 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA3538.

<sup>225</sup> CBB 31 december 2007, NJB 2008/246, ECLI:NL:CBB:2007:BC1396, par. 9.2. Interessant in deze kartelzaak is dat het CBB het toetsingskader overneemt uit eerdere uitspraken over concentratiebesluiten van de NMa. Men kan hieruit concluderen dat de bestuursrechter in mededingingszaken voor wat betreft de toetsing geen onderscheid maakt tussen concentratiebesluiten en boetebesluiten. Deze een-op-een-toepassing is bekritiseerd door Korsten, omdat het bij concentratiebesluiten gaat om een vorm van *ex ante* markttoezicht en bij boetebesluiten om punitieve handhaving *ex post*. Bij boetebesluiten rust de bewijslast op de NMa en zal de rechter het besluit vol moeten kunnen toetsen, aldus Korsten. Zie Korsten 2008, p. 77-87.

*controleren, maar moet hij ook beoordelen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.'*

De geciteerde rechtsoverweging van het CBb illustreert in ieder geval dat de rechterlijke toetsing in mededingingszaken geen louter redelijkheidstoetsing betreft. De bestuursrechter dient dus wel degelijk de motivering van het boetebesluit te beoordelen. Bij deze grondige beoordeling van de motivering gaat het om de vraag of de door de ACM vastgestelde feiten de daaruit getrokken conclusies kunnen onderbouwen. Deze rechterlijke toetsing is dus niet marginaal te noemen<sup>226</sup> – men zou kunnen zeggen dat de bestuursrechters bij de toetsing van beslissingen van de ACM 'iets doen wat tussen volle en marginale toetsing inzit'.<sup>227</sup> De rechterlijke toetsing in mededingingszaken zit namelijk tussen een toetsing van de rechtmatigheid van het besluit en een volledige heroverweging van het geschil en lijkt daarmee in lijn met de toetsing in Europese mededingingszaken.

In tegenstelling tot de jurisprudentie van de Unierechters is de mate van rechterlijke toetsing van nationale mededingingszaken vooralsnog niet aan de orde gesteld in de bestuursrechtspraak. Verschillende uitspraken illustreren dat de bestuursrechters boetebesluiten intensief toetsen en eventueel vernietigen.<sup>228</sup> Een goed voorbeeld zijn twee zaken waarin de ACM verschillende boetes had opgelegd aan thuiszorgondernemingen omdat de betreffende ondernemingen de markt voor thuiszorg geografisch hadden verdeeld en een non-concurrentiebeding waren overeengekomen. In de bezwaarfase had de bezwaarcommissie reeds twijfels geuit over het verrichte onderzoek naar de marktomstandigheden – de ACM volgde het advies niet op. De rechtbank Rotterdam oordeelde vervolgens dat nader onderzoek verricht had moeten worden naar de specifieke marktomstandigheden. Volgens de rechtbank was niet voldoende vast komen te staan dat de betrokken thuiszorgaanbieders als concurrenten van elkaar konden worden gezien.<sup>229</sup> Een andere zaak waarin een boetebesluit werd vernietigd betrof een van de bouwfraudezaken. In deze zaak had een installatiebedrijf erkend dat het had deelgenomen aan een verboden vooroverleg in de waterbouwsector. Op grond van de clementieregels had het bedrijf een beschrijving gegeven van het vooroverleg. Naar aanleiding van deze beschrijving werden de betreffende ondernemingen beboet. De beschrijving van de inbreuk door de ACM week echter af van de beschrijving die de clementieaanvrager had gegeven. De ACM die reeds in vele bouwfraudezaken dergelijke vormen van vooroverleg had beboet, was echter uitgegaan van een en hetzelfde kartel in de gehele installatiesector, omdat volgens de ACM alle vormen van vooroverleg als één enkele inbreuk op de

<sup>226</sup> Lavrijssen 2004, p. 22-23.

<sup>227</sup> Verhey & Verheij 2005, p. 315.

<sup>228</sup> Zie bijvoorbeeld CBb 28 oktober 2005, *M&M* 2006/2, m.nt. J.J.A. Coumans, ECLI:NL:CBB:2005:AU5316; CBb 7 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8309; en CBb 6 oktober 2008, *AB* 2009/270, m.nt. G.J.M. Cartigny, *GJ* 2009/8, m.nt. I.W. VerLoren van Themaat, ECLI:NL:CBB:2008:BF8820. Zie hierover meer: Lavrijssen 2009, p. 175-185.

<sup>229</sup> Rb. Rotterdam 12 april 2012, *SEW* 2012/60, m.nt. W. Sauter, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1335; en Rb. Rotterdam 12 april 2012, *SEW* 2012/60, m.nt. W. Sauter, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1327.

mededingingsregels aangemerkt konden worden. Het CBb vergeleek echter de kenmerken van de verschillende systemen nauwkeurig en oordeelde dat die onderling zozeer verschilden dat niet gezegd kon worden dat zij één en dezelfde inbreuk vormden. Het CBb vernietigde vervolgens het besluit omdat het installatiebedrijf niet had deelgenomen aan de overtreding zoals was omschreven in het boetebesluit.<sup>230</sup> Beide uitspraken illustreren dat de rechterlijke toetsing niet alleen een rechtmatigheidstoetsing is, maar ook een toetsing of de vastgestelde feiten en de daaruit getrokken conclusie dat een inbreuk had plaatsgevonden (feitenwaardering) voldoende onderbouwd is door de ACM.

#### 4.3.3 De rechtsgevolgen van een volledige toetsing

Het EHRM-concept van volledige toetsing (zoals besproken in deelparagraaf 2.3) vereist niet dat de rechter zelf in de zaak voorziet wanneer het besluit wordt vernietigd. Het besluit mag ook worden terugverwezen naar het bestuursorgaan, tenzij het bestuursorgaan vooringenomen heeft gehandeld, aldus het EHRM in de zaak *Kingsley*.<sup>231</sup> Dit betekent dat de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet wanneer de vooringenomenheid van de ACM de grond voor vernietiging is.<sup>232</sup> Of de rechter ook zelf in de zaak moet voorzien wanneer het besluit is vernietigd op grond van willekeur, grote onzorgvuldigheid of *détournement de pouvoir* is vooralsnog onduidelijk.

Uit de Awb volgt echter dat de bestuursrechter bij vernietiging van een boetebesluit te allen tijde verplicht is zelf in de zaak te voorzien en een beslissing te nemen over het opleggen van een boete.<sup>233</sup> Artikel 6 EVRM verzet zich niet tegen deze praktijk. De Nederlandse bestuursrechter heeft, in tegenstelling tot de Unierechters, echter niet de bevoegdheid om de boete te vermeerderen. Deze bevoegdheid stuit naar Nederlands recht af op het verbod van *reformatia in peius*.<sup>234</sup> Op dit verbod worden uitzonderingen gemaakt,<sup>235</sup> maar deze uitzonderingen zien niet toe op procedures waarin de ACM een boete oplegt aan ondernemingen voor een overtreding op de Mededingingswet.<sup>236</sup> Op grond van het Unierecht zou deze uitzondering in elk geval ook voor mededingingsboetes moeten gelden.<sup>237</sup> Naast de vernietiging van het boetebesluit kan de bestuursrechter de zogenoemde bestuurlijke lus toepassen bij de

<sup>230</sup> CBb 7 juli 2010, *NJB* 2010, 1426, *AB* 2010, 235, m.nt. R. Stijnen, ECLI:NL:CBB:2010:BN0540.

<sup>231</sup> Heringa is in zijn annotatie onder deze zaak van mening dat het EHRM hoogstwaarschijnlijk ook in die andere gevallen (dus wanneer het besluit bijvoorbeeld wordt vernietigd op grond van grote onzorgvuldigheid) tot een soortgelijke uitkomst zou komen. Conform artikel 8:72 lid 4 is dat volgens hem ook mogelijk naar Nederlands recht. EHRM 7 november 2000, 35605/97, *EHRC* 2000/92, m.nt. A.W. Heringa (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>232</sup> De vooringenomenheid van een bestuursorgaan levert op grond van artikel 2:4 Awb een schending op.

<sup>233</sup> Artikel 8:72a Awb.

<sup>234</sup> Artikel 8:69 Awb.

<sup>235</sup> Bijvoorbeeld in artikel 10:7 lid 5 Arbeidstijdenwet.

<sup>236</sup> Zie voor een overzicht van wetsbepalingen die in een soortgelijke uitzondering voorzien: Jansen 2012, p. 30.

<sup>237</sup> HvJ EU 8 december 2011, *AB* 2012/325, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, par 5.

bestuurlijke boete.<sup>238</sup> Op grond van deze procedure draagt de bestuursrechter het bestuursorgaan op om het gebrek in het boetebesluit te herstellen, bijvoorbeeld door de hoogte van de boete aan te passen.<sup>239</sup> Boetebesluiten waarin, als gevolg van het gebrek, een materieel ander besluit zou worden genomen, vallen echter buiten het bereik van de bestuurlijke lus.<sup>240</sup> Onduidelijk is in hoeverre het instrument van de bestuurlijke lus verenigbaar is met artikel 6 EVRM. De uitoefening van volledige rechtsmacht omvat volgens Straatsburgse jurisprudentie ‘the power to quash the decision’. Met het woordje *quash* lijkt het EHRM immers de vernietiging, en niet het herstellen, van de beslissing van het bestuursorgaan voor te staan.

#### 4.3.4 Voorlopige bevindingen

In de rechtspraak over mededingingszaken zijn geen hiaten te ontdekken in de rechterlijke toetsing van besluiten waarin de ACM een bestuurlijke boete oplegt. Hoewel er een zekere beoordelingsvrijheid bij de ACM ligt, en de bestuursrechter zich op de complexe economische analyses van de ACM kan verlaten, kan gesproken worden van een rechterlijke toetsing in Nederlandse mededingingszaken die in lijn is met artikel 6 EVRM en het Unierecht. Opmerkelijk is wel dat op Europees niveau, zoals de uitspraken *KME* en *Chalkor* illustreren, meer dan op nationaal niveau discussie bestaat of Unierechterlijke toetsing van mededingingsbeslissingen voldoende is. Deze zaken, alsook de jurisprudentie van het EHRM, stellen eisen aan de rechterlijke toetsing, namelijk dat deze voor wat betreft de aangevoerde gronden volledig moet zijn. Deze toetsing is vooral lastig bij eventuele (complexe) economische analyses. Op nationaal niveau is de vermeende onvolledigheid van deze toetsing echter nimmer aan de orde gesteld. Dit is wellicht te verklaren doordat in kartelzaken minder economische analyses aan de orde zijn dan in machtsmisbruikzaken. Daarnaast illustreren sommige karteluitspraken dat de rechter, hoewel geen eigen economische analyse wordt uitgevoerd, van de ACM wel degelijk eist dat een betere economische onderbouwing wordt gegeven.<sup>241</sup>

Uit de Nederlandse rechtspraak wordt echter niet duidelijk of de besluitvormingsprocedure – conform de rechtspraak van het EHRM – omringd is met voldoende procedurele waarborgen. Dit is immers een voorwaarde voor de rechterlijke toetsing in mededingingszaken die ligt tussen een marginale toets en een volledige toets van de

<sup>238</sup> Artikel 8:51a Awb.

<sup>239</sup> In 2012 heeft het CBb voor het eerst, in twee kartelzaken, de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete. In deze zaken overwoog het CBb dat de NMa in strijd met het gelijkheidsbeginsel had gehandeld bij de boeteoplegging. In plaats van het vernietigen van de besluiten, besloot het CBb de NMa de mogelijkheid te geven om het gebrek alsnog te herstellen door de hoogte van de boete aan te passen. Zie CBb 14 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV9426; en CBb 14 maart 2012, AB 2012/225, m.nt. R. Stijnen, ECLI:NL:CBB:2012:BV9430. Ook de rechtbank Rotterdam heeft de bestuurlijke lus toegepast in een boetebesluit. Zie Rb. Rotterdam 14 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689.

<sup>240</sup> Zie over de bestuurlijke lus in mededingingszaken: Sanders 2012, p. 133-138.

<sup>241</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477 waarin de rechtbank oordeelde dat de ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar betrokkenheid van één onderneming bij de afspraak.

feitenwaardering. Een vergelijking tussen het Unierecht en de nationale rechtspraak laat verder twee opmerkelijke verschillen zien. Ten eerste toetsen de Nederlandse bestuursrechters, in tegenstelling tot het Unierecht, niet volledig de hoogte van een dwangsom. Vanwege het herstelkarakter van de dwangsom vindt in Nederlandse bestuurszaken een terughoudende toetsing plaats. Wanneer de last onder dwangsom echter zwaarder ingrijpt in de eigendomsrechtelijk beschermde belangen van een overtreder, dan zou de rechterlijke toetsing indringender moeten zijn.<sup>242</sup> Ten tweede stuit in het Nederlandse bestuursrecht de bevoegdheid om, op grond van artikel 31 van Verordening 1/2003, de boete te vermeerderen op het verbod van *reformatio in peius*. Bezien vanuit het Unierecht zijn deze verschillen problematisch en verdienen verdere aandacht.

#### 4.4 Deelconclusie

Het EVRM en het Unierecht hebben een aantal procedurele en institutionele onafhankelijkheidscriteria neergelegd waaraan de ACM op dit moment niet lijkt te voldoen. Dit betekent niet dat de ACM haar taken in de praktijk niet onafhankelijk uitoefent, maar het maakt wel duidelijk dat de toelaatbaarheid van het alles-in-één-hand-handhavingssysteem afhangt van de daaropvolgende rechterlijke toetsing. In principe zijn geen grote discrepanties waar te nemen tussen de toetsingsstandaard die het Luxemburgse en Straatsburgse Hof voorstaan en de rechterlijke toetsing in Nederlandse mededingingszaken. Artikel 6 EVRM verlangt niet van de bestuursrechters dat zij ambtshalve een nieuw besluit nemen.<sup>243</sup> Daarnaast verzet artikel 6 EVRM zich niet tegen een vorm van *deferential review* – door het EHRM ook wel *sufficient review* genoemd. Deze beperktere toetsing van beslissingen van het bestuursorgaan mag echter niet zo ver gaan dat de bestuursrechter zich verlaat op de beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan. Een beperking van de toetsing tot een wettigheidstoets is ook niet toelaatbaar. Van belang is dat de aangevoerde middelen volledig getoetst kunnen worden. Van een dergelijke rechterlijke toetsing is in de praktijk wel degelijk sprake. Wel is het onduidelijk in hoeverre de procedure voldoet aan de andere EHRM-eisen voor *sufficient review*, namelijk dat voldoende procedurele waarborgen zijn ingebouwd in de besluitvormingsprocedure.

<sup>242</sup> Barkhuysen 2014.

<sup>243</sup> Het Unierecht en het nationale bestuursrecht bieden wat dat betreft meer bescherming. De Unierechter dient wel middelen van openbare orde (zoals de omstandigheid dat het besluit niet is gemotiveerd) ambtshalve te toetsen. Alhoewel de Nederlandse bestuursrechter de aanwezigheid van de motivering niet aanmerkt als een kwestie van openbare orde (en daarom niet ambtshalve toetst), is de Nederlandse bestuursrechter wel verplicht om rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Zie artikel 8:69 lid 2 Awb. Zie over de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de Awb: Brugman 2010.



## 5 CONCLUSIE

De toelaatbaarheid van het huidige alles-in-één-hand-handhavingssysteem van de ACM hangt af van de vragen of de ACM een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is en, wanneer dit niet het geval is, of de beslissingen van de ACM volledig worden getoetst door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. De toepassing van Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie en Uniewetgeving over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van bestuursorganen op het functioneren van de ACM illustreert dat de ACM niet aan deze eisen voldoet. De conclusie volgt na een theoretische analyse van de institutionele vormgeving van de ACM en zegt dus weinig over de onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming in de praktijk. Er zijn zowel vraagtekens te plaatsen bij de interne als de externe onafhankelijkheid van de ACM. De interne onafhankelijke besluitvorming ziet toe op de voorwaarde dat de afdeling die het onderzoek verricht functioneel afgescheiden moet zijn van de afdeling die beslist over het opleggen van een bestuurlijke boete. De interne procesvoeringen laten echter onvoldoende zien dat de *'Chinese walls'* te allen tijde gewaarborgd zijn. Daarnaast is de functiescheiding niet doorgetrokken tot het niveau van de raad van bestuur. De interne mandaatregeling laat dan ook onvoldoende zien dat het bestuur niet betrokken kan zijn bij de verschillende fases van een inbreukprocedure. De externe onafhankelijkheid heeft betrekking op de onafhankelijkheid van de ACM ten opzichte van bijvoorbeeld de minister. In deze context verhouden de bevoegdheid van de minister om algemene beleidsregels vast te stellen die, wanneer het bijvoorbeeld slechts één onderneming betreft, het karakter van een individuele aanwijzing kunnen hebben en de door de minister gestelde boetedoelstellingen zich slecht tot de eisen van artikel 6 EVRM. Deze voorbeelden illustreren hoe delicaat de relatie tussen een onafhankelijk bestuursorgaan en een minister kan zijn.<sup>244</sup> Ook de omstandigheid dat de ACM geen eigen personeel bezit, verhoudt zich niet goed tot artikel 6 EVRM en het Unierecht. Op grond van deze punten kan de conclusie getrokken worden dat voor de toelaatbaarheid van het Nederlandse alles-in-één-hand-handhavingssysteem van het mededingingsrecht niet kan worden teruggegrepen op de onafhankelijke en onpartijdige institutionele vormgeving van het bestuursorgaan. De vraag die vervolgens aan bod komt, is of de ACM in dat geval, buiten het kader van de fundamentele procesrechten, wel dient te voldoen aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen. Het antwoord hierop is, verwijzend naar Uniewetgeving voor het sectorspecifieke toezicht en naar de eis van de effectieve handhaving van het mededingingsrecht, bevestigend.

Als gevolg van de conclusie dat de ACM niet gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht moet gekeken worden naar rechterlijke toetsing van beslissingen van de ACM. Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie de eis van volledige toetsing voor administratieve procedures ingevuld als de eis van een voldoende toetsing. Met deze invulling maakt het EHRM duidelijk dat de rechterlijke toetsing in administratieve procedures terughoudend kan zijn. Volgens het EHRM past

---

<sup>244</sup> Ottow 2015, p. 11.



een beperktere rechterlijke toetsing in administratieve procedures binnen de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en het bestuursorgaan. De rol van de rechter is het toetsen van beslissingen van het bestuursorgaan en niet het vervangen van deze beslissingen. In deze context is het goed mogelijk dat de rechter bepaalde discretionaire bevoegdheden van het bestuursorgaan respecteert, zoals de bevoegdheid van het bestuursorgaan om als eerste onderzoeker in het geding op te treden en de reikwijdte van het geding te definiëren. Aan deze mate van rechterlijke toetsing zijn evenwel verschillende voorwaarden verbonden. Ten eerste moet het geschil zich lenen voor rechterlijke terughoudendheid. Het geschil moet technisch van aard zijn waardoor de besluitvorming door een gespecialiseerd bestuursorgaan noodzakelijk is. Ten tweede moet de bestuurlijke besluitvorming voorzien in voldoende procedurele waarborgen. Als laatste geldt dat, en deze voorwaarde komt ook zeer duidelijk naar voren in rechtspraak van het HvJ EU, de rechter alle aangevoerde middelen volledig moet toetsen.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde kan de volgende regel worden geformuleerd: hoe meer de rechter zich verlaat op de bevindingen van het bestuursorgaan, hoe meer sprake dient te zijn van procedurele waarborgen. Een meer beperkte controle van de feiten is dus mogelijk wanneer in aanmerking wordt genomen hoe zorgvuldig de feitenvaststelling door het bestuursorgaan zelf is geweest. Hoe meer procedurele garanties, des te groter is de kans dat een meer beperkte rechterlijke toetsing de toets van artikel 6 EVRM doorstaat. Aan het eind van deze *sliding scale* bevindt zich de situatie waarin de rechter zich geheel verlaat op de bevindingen van de ACM. In dat geval zal de ACM volledig moeten voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM aangezien geen sprake (meer) is van een onafhankelijke en onpartijdige toetsing door een rechter met volledige rechtsmacht. Een vergelijking tussen het EVRM en het nationale bestuursrecht illustreert dan ook de noodzaak om verder onderzoek te verrichten naar de vraag in hoeverre voldoende procedurele waarborgen zijn ingebouwd in de bestuurlijke besluitvormingsfase. Aangezien de bestuursrechter zijn oordeel baseert op het door het bestuursorgaan gevormde dossier en de middelen die de partijen aanvoeren, is het van groot belang dat de partijen reeds in de bestuurlijke besluitvormingsfase de mogelijkheid hebben om de bevindingen uit het dossier aan te vechten. De noodzaak van voldoende procedurele waarborgen wordt daarnaast vergroot door de omstandigheid dat de ACM met betrekking tot de feitenwaardering in economisch ingewikkelde kwesties een beoordelingsvrijheid bezit. Deze marge is evenwel ingekaderd, maar neemt niet weg dat bepaalde keuzes ten aanzien van de feitenwaardering reeds in de besluitvormingsfase kunnen plaatsvinden. Een onderzoek naar deze procedurele waarborgen vindt plaats in de volgende hoofdstukken waarin, aan de hand van verschillende casestudies, wordt gekeken naar verschillende procedurele rechten die verband houden met de waarheidsvinding in mededingingsprocedures.



## 6 Casestudie I. Het hoorrecht

### 1 INLEIDING

Deze eerste casestudie heeft betrekking op het recht om gehoord te worden (hierna ook wel ‘hoorrecht’ genoemd). Het recht om gehoord te worden behoort, tezamen met het recht op toegang tot documenten, tot de verdedigingsrechten.<sup>1</sup> Het recht om te horen is echter niet alleen te kwalificeren als een verdedigingsrecht – het heeft een tweedelige functie. Ten eerste heeft het een functie vanuit een oogpunt van de kwaliteit en zorgvuldigheid van de besluitvorming. Voor de autoriteit heeft een hoorzitting tot doel deze ‘in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante belangen’.<sup>2</sup> Daarnaast heeft het een functie in het kader van de rechtsbescherming van de betrokken partijen. In principe kan het horen plaatsvinden op twee manieren: mondeling en schriftelijk. Deze casestudie centreert zich voornamelijk rond het recht om mondeling een zienswijze naar voren te brengen – in Straatsburgse jurisprudentie ook wel het recht op een *oral hearing* genoemd. In deze casestudie staat de vraag centraal of de publieke mededingingsprocedures in overeenstemming zijn met de eisen die het EVRM en het Unierecht stellen aan het recht om gehoord te worden.

De casestudie bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste beschrijft zij het recht om gehoord te worden vanuit het perspectief van het EVRM en het Unierecht. Met betrekking tot het EVRM (paragraaf 2) wordt, in lijn met de bevindingen in het eerste deel van het proefschrift, een onderscheid gemaakt tussen het hoorrecht bij strafvervolgingen en het hoorrecht in zaken betreffende conflicten over civiele rechten en plichten. Het hoofdstuk over het Unierecht (paragraaf 3) rapporteert in het eerste deel het hoorrecht als algemeen beginsel en in het tweede deel het hoorrecht in de specifieke bepalingen van het Handvest. Deze derde paragraaf sluit af met een bespreking van het hoorrecht in Europese mededingingsprocedures. Vervolgens vindt aan de hand van deze jurisprudentie en de handhavingspraktijk van de Europese Commissie een analyse plaats van het hoorrecht in de verschillende mededingingsprocedures (paragraaf 4). De verschillende mededingingsprocedures die aan bod komen zijn: de ‘klassieke’ boeteprocEDURE, de clementieprocedure, de toezeggingsprocedure, en de procedure waarin een last (zelfstandige last, last onder dwangsom of bindende aanwijzing) wordt opgelegd. De casestudie wordt afgesloten met een overzicht van de hoorrechten bij de bestuursrechter. Elke onderdeel eindigt met een analyse waarin wordt aangegeven in hoeverre er discrepanties bestaan tussen de nationale (rechts)praktijk in mededingingsprocedures en de eisen die voortvloeien uit het Unierecht en het EVRM. Het hoofdstuk sluit af met een lijst van verschillende

---

<sup>1</sup> Hofmann, Rowe & Türk scharen het recht om gehoord te worden echter onder het overkoepelende recht ‘to a hearing’. Zie Hofmann, Rowe & Türk 2011, p. 206.

<sup>2</sup> Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 182.

knelpunten die verbonden zijn aan de hoorrechten in Nederlandse mededingingsprocedures (paragraaf 5).

## 2 HET EVRM

### 2.1 Inleiding

Het recht om gehoord te worden (de *audi alteram partem*-regel) is de kern van het recht op een eerlijk proces. Het EHRM beschouwt het hoorrecht als een fundamenteel beginsel.<sup>3</sup> Het is een recht dat in artikel 6 EVRM wordt gelezen<sup>4</sup> als een vereiste voor een eerlijk proces.<sup>5</sup> Het recht om gehoord te worden moet niet worden verward met het recht op een openbare terechtzitting (*public hearing*).<sup>6</sup> Het recht op een openbare terechtzitting verlangt dat een rechterlijke instantie een zaak in openbaarheid behandelt. Het recht op een openbare hoorzitting draagt bij aan de publieke controle op de rechterlijke macht en aan het vertrouwen in de rechtspraak.<sup>7</sup> In tegenstelling tot het recht om gehoord te worden, wordt het recht op een openbare terechtzitting wel expliciet genoemd in artikel 6 EVRM. Het recht om gehoord te worden is een recht dat partijen in een rechterlijke procedure toekomt en heeft voornamelijk een functie als verdedigingsrecht. Het recht om gehoord te worden is vooral van belang in strafrechtelijke zaken waarin de hoofdregel is dat een verdachte gehoord moet worden gedurende de behandeling van zijn zaak.<sup>8</sup> Het recht om gehoord te worden is echter ook van toepassing in civielrechtelijke zaken.<sup>9</sup> In de eerste deelparagraaf worden beide categorieën – het hoorrecht in strafrechtelijke en niet-strafrechtelijke procedures – besproken (deelparagraaf 2.2). Deze paragraaf bevat een uitvoerige bespreking van de mogelijkheden om van een hoorzitting af te zien (en daarmee de zaak enkel schriftelijk af te doen). Volgens wordt ingegaan op de vraag in welke fase van de besluitvormingsprocedure en/of rechterlijke procedure het recht om gehoord te worden geëffectueerd moet worden (deelparagraaf 2.3). Die deelparagraaf besluit met een korte samenvatting van het hoorrecht dat is opgenomen in het EVRM.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 23 november 2006, 73053/01, AB 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen (*Jussila t. Finland*).

<sup>4</sup> EHRM 12 februari 1984, 9024/80 (*Colozza t. Italië*), par. 27. In deze zaak oordeelde het EHRM dat ‘though this is not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 6, the object and purpose of the Article taken as a whole show that a person “charged with a criminal offence” is entitled to take part in the hearing’.

<sup>5</sup> Harris e.a. 2009, p. 246.

<sup>6</sup> Zie ook Vitkauskas & Dikov 2012, p. 51-52.

<sup>7</sup> EHRM 8 december 1983, *Series A* vol. 71 (*Pretto e.a. t. Italië*), par. 27.

<sup>8</sup> Harris, e.a. 2009, p. 247. In strafprocedures volgt het recht om gehoord te worden ook uit de rechten die zijn opgesomd in artikel 6 lid 3 sub c, d en e EVRM. In bijvoorbeeld de zaak *Tierce* benadrukte het EHRM het belang van een hoorzitting in een strafprocedure: EHRM 25 juli 2000, 24954/94, 24971/94 & 24972/94 (*Tierce e.a. t. San Marino*), par. 94.

<sup>9</sup> EHRM 29 mei 1997, 21522/93 (*Georgiadis t. Griekenland*), par. 40.

## 2.2 Het hoorrecht in het EVRM

### 2.2.1 Het hoorrecht in strafvervolgingen

Met betrekking tot strafvervolgingen heeft het EHRM benadrukt dat er een algemeen recht bestaat voor een verdachte om gehoord te worden. De aanwezigheid van een verdachte in een strafprocedure is vrijwel altijd vereist; op de ‘softcore’ strafrechtelijke zaken na (zie de alinea hierna) zijn geen zaken bekend waarin het EHRM het niet-horen van een verdachte in overeenstemming achtte met artikel 6 EVRM. Het betreft dus het recht van een verdachte om persoonlijk op een hoorzitting mondeling standpunten naar voren te brengen – in tegenstelling tot een schriftelijke procedure.<sup>10</sup> Volgens het EHRM is het horen, in het licht van het recht op een eerlijk en rechtvaardig strafproces, van ‘capital importance’.<sup>11</sup> Het recht van een verdachte om aanwezig te zijn tijdens de hoorzitting behoort tot een van de essentiële voorwaarden van artikel 6 EVRM<sup>12</sup> en is noodzakelijk voor het effectueren van de verdedigingsrechten die zijn opgenomen in artikel 6 lid 3 EVRM. Hoe kan anders een verdachte bijvoorbeeld gebruikmaken van zijn recht om getuigen te ondervragen als hij niet aanwezig mag zijn op de hoorzitting waar de getuige wordt gehoord?<sup>13</sup>

Met betrekking tot de zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen (de zogeheten ‘softcore’ strafrechtelijke zaken), heeft het EHRM echter wel uitzonderingen op het hoorrecht gemaakt en bepaald dat bepaalde zaken louter schriftelijk kunnen worden beslecht. In de zaak *Jussila* heeft het EHRM bepaald dat van een hoorzitting kan worden afgeweken in softcore strafrechtelijke zaken zoals mededingingsprocedures. De zaak *Jussila* betrof belastingtoeslagen die de klager moest betalen na een controle van zijn btw-aangifte. In deze zaak nam het EHRM geen schending van artikel 6 EVRM aan omdat niet duidelijk was geworden waarom in deze specifieke zaak een hoorzitting nodig was om de geloofwaardigheid van de gronden te beoordelen. De juridische en feitelijke kwesties die in deze zaak speelden, konden volgens het EHRM adequaat worden behandeld op grond van de schriftelijke stukken.<sup>14</sup> In de EHRM-uitspraken na *Jussila* volgde het Hof niet alleen dezelfde lijn van argumentatie,<sup>15</sup> maar verduidelijkte het ook eerdere rechtspraak door te benadrukken dat de vraag of een hoorzitting moet plaatsvinden, neerkomt op de vraag of de zaak, gezien de aard van de zaak, beslecht kan worden op grond van het zaakdossier:

<sup>10</sup> De rechtspraak van het EHRM maakt geen significant onderscheid tussen zaken waarin een partij wordt bijgestaan door een advocaat en zaken die enkel schriftelijk worden behandeld. EHRM 21 september 1993, 12350/86 (*Kremzow t. Oostenrijk*); en EHRM 27 februari 2003, 54999/00 (*Axen t. Duitsland*), par. 28-32.

<sup>11</sup> EHRM 18 oktober 2006, 18114/02 (*Hermi t. Italie*), par. 58; EHRM 22 september 1994, *Series A* vol. 297 (*Lala t. Nederland*), par. 33; EHRM 23 november 1993, *Series A* vol. 277 (*Poitrimol t. Frankrijk*), par. 35; en EHRM 12 februari 2004 (besl.), 69264/01 (*De Lorenzo t. Italië*).

<sup>12</sup> EHRM 24 maart 2005, 9808/02 (*Stoichkov t. Bulgarije*), par. 56.

<sup>13</sup> EHRM 12 februari 1985, *Series A* nr. 89 (*Colozza t. Italië*), par. 27; EHRM 1 maart 2006 (Grote Kamer), 56581/00 (*Sejdovic t. Italië*), par. 81; en EHRM 18 oktober 2006, 18114/02 (*Hermi t. Italie*), par. 59.

<sup>14</sup> EHRM 23 november 2006, 73053/01, AB 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen (*Jussila t. Finland*), par. 47.

<sup>15</sup> EHRM 17 juli 2007, 61557/00 (*Oy en Karanko t. Finland*); EHRM 22 juli 2008, 32993/02 (*Lehtinen t. Finland*); en EHRM 22 juli 2008, 40199/02 (*Kallio t. Finland*).

*‘The character of the circumstances which may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be dealt with by the competent court – in particular, whether these raise any question of fact or law which could not be adequately resolved on the basis of the case file.’<sup>16</sup>*

Op grond van deze rechtspraak oordeelde het EHRM in de zaak *Flisar*, gezien de aard van de procedure,<sup>17</sup> dat de rechter de feiten van de zaak of de beschuldiging niet naar behoren kon vaststellen zonder een directe boordeling van het bewijs tijdens een hoorzitting. In deze zaak betwistte de klager de beschuldiging en vocht bepaalde feitelijke aspecten van de zaak aan, zoals de geloofwaardigheid van de politie-rapporten. Het EHRM concludeerde in deze zaak dan ook een schending van artikel 6 EVRM. Tot dezelfde conclusie kwam het EHRM in de zaak *Milenovic*. In deze zaak diende de klager een verzoek in bij de rechter om een mondelinge verklaring af te leggen en om twee getuigen te horen. De klager had een boete opgelegd gekregen wegens het overtreden van de sluitingstijden voor de horeca. De boete was opgelegd op basis van de bevindingen van de politie. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat:

*‘when officers’ observations are the sole basis for a conviction, an oral hearing may be essential for the protection of the accused person’s interest in that it can put the credibility of the police officers’ finding to the test’.<sup>18</sup>*

Tot een andere uitkomst kwam het EHRM in de zaak *Suhodolc*. In deze zaak was de klager beboet voor een verkeersovertreding die was geconstateerd door een laserapparaat, en vervolgens, nadat klager was staande gehouden, voor het rijden onder invloed. De klager stelde dat het laserapparaat niet was goedgekeurd en dat de ademanalyse niet goed was verlopen. Het EHRM concludeerde echter dat de klager geen feitelijke en juridische verweren had gevoerd (bewijs was via een objectieve methode verkregen) die een mondelinge behandeling van de zaak vergden. Volgens het EHRM was geen sprake van een schending en was de klacht kennelijk ongegrond en dus niet-ontvankelijk.<sup>19</sup> Een soortgelijke casus betrof de zaak *Berdajs*. In deze zaak was de klager (een vrachtwagenchauffeur) aangehouden door de politie. De vrachtwagenchauffeur werd gevraagd de vrachtwagen te laten wegen – de chauffeur weigerde dit te doen. Daarvoor legde de politie vervolgens een boete op. Alhoewel in deze zaak geen sprake was van objectief verkregen bewijs (en de zaak in dat opzicht

<sup>16</sup> EHRM 17 mei 2001 (besl.), 57655/08 (*Suhodolc t. Slovenië*). Zie ook EHRM 27 maart 2003, 10390/09 (*Berdajs t. Slovenië*).

<sup>17</sup> Naast de aard van de zaak kijkt het EHRM naar de nationale bepalingen betreffende het recht om gehoord te worden. Volgens het EHRM kunnen conflicten met artikel 6 EVRM ontstaan wanneer het gebrek aan een hoorzitting voortvloeit uit nationale wetgeving. Zie bijvoorbeeld EHRM 3 oktober 2006, 74341/01 (*Karahanoğlu t. Turkije*), par. 36-39; EHRM 6 december 2007, 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), par. 40; en EHRM 4 maart 2008, 11529/02 (*Hüseyin Turan t. Turkije*), par. 34-35.

<sup>18</sup> EHRM 28 februari 2013, 11411/11 (*Milenović t. Slovenië*), par. 32.

<sup>19</sup> EHRM 29 september 2001, 3127/09 (*Flisar t. Slovenië*).

vergelijkbaar is met de zaak *Flisar*<sup>20</sup>) wees het EHRM (net zoals in *Suhadolc*) de zaak af nu klager slechts algemene gronden naar voren had gebracht en niet de feiten had betwist.<sup>21</sup>

Het is inmiddels vaste rechtspraak dat een openbare hoorzitting niet altijd hoeft plaats te vinden in zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen. De zaak *Flisar* illustreert het belang van een hoorzitting wanneer in de hoorzitting de geloofwaardigheid van bepaalde verklaringen of feiten kan worden aangevochten.<sup>22</sup> Een hoorzitting is in ieder geval noodzakelijk wanneer het gaat om waarnemingen, zoals waarnemingen van politiefunctionarissen die het (enige) bewijs vormen voor het vaststellen van de overtreding. Wanneer het bewijs op objectieve wijze is verkregen (zoals in de zaak *Suhadolc*), dan lijkt een hoorzitting echter minder voor de hand te liggen. In een dergelijke casus kan de geloofwaardigheid van de feiten immers ook schriftelijk worden beoordeeld.

### 2.2.2 Het hoorrecht in civielrechtelijke zaken

Net zoals in strafzaken hebben partijen in civiele zaken het recht om gehoord te worden.<sup>23</sup> Het recht om gehoord te worden in civiele procedures is echter niet absoluut en hangt af van de aard van de kwestie die ter discussie staat:

*'The exceptional character of the circumstances may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be decided by the competent national court, not to the frequency of such situations. It does not mean that refusing to hold an oral hearing may be justified only in rare cases.'*<sup>24</sup>

In civielrechtelijke zaken is het recht om gehoord te worden voornamelijk relevant voor zaken waarin het persoonlijke karakter en de levensstijl van de betrokken partijen relevant zijn voor de uitkomst van de zaak,<sup>25</sup> of waar een analyse nodig is van het gedrag van de betrokken partijen.<sup>26</sup> Zo was in de zaak *Göç* de persoonlijke beleving van de betrokken partij relevant voor het vaststellen van de hoogte van het schadevergoedingsbedrag, hetgeen een mondelinge behandeling van de zaak vereiste.<sup>27</sup> Een hoorzitting is echter niet noodzakelijk wanneer de zaak zeer technisch van aard is. Voorbeelden zijn de verschillende sociale zekerheidszaken waarin het EHRM van

<sup>20</sup> Zie de annotatie van R. de Bree: EHRM 27 maart 2003, 10390/09 (*Berdajs t. Slovenië*), EHRC 2012/160.

<sup>21</sup> EHRM 27 maart 2011, 10390/09 (*Berjads t. Slovenië*).

<sup>22</sup> Zie ook EHRM 28 februari 2013, 11411/11 (*Milenovič t. Slovenië*), par. 32.

<sup>23</sup> EHRM 23 februari 1994, 18928/91 (*Fredin t. Zweden* (No.2)), par. 21-22; EHRM 19 februari 1998, 8/1997/792/993 (*Allan Jacobsson t. Zweden* (No. 2)), par. 46; en EHRM 11 juli 2002, 36590/97 (*Göç t. Turkije*), par. 47.

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 8 februari 2005, 55853/00 (*Miller t. Zweden*).

<sup>25</sup> EHRM 30 juni 1959 (besl.), 434/58 (*X t. Zweden*); en EHRM 25 november 2003, 57795/00 (*Pursiheimo t. Finland*).

<sup>26</sup> EHRM 23 oktober 1991, *Series A* vol. 214 (*Muyldermans t. België*), par. 64.

<sup>27</sup> Zie EHRM 11 juli 2002, 36590/97 (*Göç t. Turkije*).



oordeel was dat de zaak beter schriftelijk kon worden behandeld dan mondeling.<sup>28</sup> Een (openbare) hoorzitting is evenmin noodzakelijk in zaken waarin enkel niet-complexe juridische vragen ter discussie staan.<sup>29</sup> Hetzelfde geldt voor zaken waarin mondelinge verklaringen geen enkele toegevoegde waarde hebben voor de uitkomst van de zaak en waar de zaak eerlijk en redelijk beslecht kan worden op basis van de schriftelijke stukken. Met betrekking tot deze zaken voldoet het wanneer een partij in een openbare hoorzitting wordt vertegenwoordigd door een advocaat.<sup>30</sup>

### 2.2.3 *Het afstand doen van het hoorrecht*

De rechtspraak van het EHRM illustreert dat het afzien van het hoorrecht niet per definitie in strijd is met artikel 6 EVRM. Voornamelijk in civiele procedures komt vaak de vraag naar voren of een dergelijke ‘waiver’ in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Ook in strafzaken bestaat de mogelijkheid om af te zien van bepaalde procedurele rechten. In de zaak *Deweert* oordeelde het Hof het volgende:

*‘In the Contracting States’ domestic legal systems a waiver of this kind is frequently encountered both in civil matters, notably in the shape of arbitration clauses in contracts, and in criminal matters in the shape, inter alia, of fines paid by way of composition. The waiver, which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice, does not in principle offend against the Convention; on this point the Court shares the view of the Commission.’<sup>31</sup>*

Een persoon kan weliswaar afstand doen van het recht om gehoord te worden, mits de ‘waiver’ vrijwillig en ondubbelzinnig tot uiting is gekomen en de persoon voldoende is ingelicht over de gevolgen van zijn keuze.<sup>32</sup> Daarnaast mag het afstand doen niet onverenigbaar zijn met een belangrijk aspect van algemeen belang.<sup>33</sup> Bij gebrek aan een expliciete *waiver* is het in uitzonderlijke situaties mogelijk dat stilzwijgend afstand is gedaan van bepaalde procedurele rechten. In aantal zaken over de openbaarheid van de zitting oordeelde het EHRM dat de geheimhouding van bepaalde zittingen kon

<sup>28</sup> EHRM 24 juni 1993, nr. 14518/89 (*Schuler-Zraggen t. Zwitserland*); en EHRM 12 november 2002, 28394/95 (*Döry t. Zwitserland*).

<sup>29</sup> EHRM 1 juni 2004, 44925/98 (*Valová, Slezák en Slezák t. Slowakije*), par. 65-68; EHRM 19 februari 1998, 8/1997/792/993 (*Allan Jacobsson t. Zweden* (No. 2)), par. 48-49; en EHRM 25 april 2002 (besl.), 64336/01 (*Varela Assalino t. Portugal*); EHRM 5 september 2002 (besl.), 42057/98 (*Speil t. Oostenrijk*).

<sup>30</sup> *X v Switzerland* (dec.) Appl no 7370/76, ECtHR, 28 February 1977. Uitzondering op regel is de zaak *Georgiadis* waarin het EHRM oordeelde dat ‘a procedure whereby civil rights are determined without ever hearing the parties’ submissions cannot be considered to be compatible with Article 6 par. 1’. Zie EHRM 29 mei 1997, 21522/93 (*Georgiadis t. Griekenland*), par. 40.

<sup>31</sup> EHRM 27 februari 1980, 6903/75 (*Deweert t. België*), par. 49.

<sup>32</sup> EHRM 23 november 1993, *Series A* vol. 27 (*Poitrimol t. Frankrijk*).

<sup>33</sup> EHRM 18 oktober 2006, 18114/02 (*Hermi t. Italië*), par. 73. Zie ook EHRM 1 maart 2006 (Grote Kamer), 56581/00 (*Sejdovic t. Italië*), par. 86; en EHRM 21 februari 1990, *Series A* vol. 171 (*Hakansson en Stureson t. Zweden*), par. 66.

voortvloeien uit wetgeving<sup>34</sup> of bestaande praktijk.<sup>35</sup> Wanneer het bestaande praktijk is dat geen openbare hoorzitting plaatsvindt, dan is het aan de betrokken partijen om daartoe te verzoeken. Het niet indienen van een dergelijk verzoek kan tot gevolg hebben dat partijen geacht worden afstand te hebben gedaan van hun recht om gehoord te worden.<sup>36</sup>

## 2.3 Het moment van horen

### 2.3.1 *Het horen in de besluitvormingsfase*

In de vorige deelparagraaf is de EHRM-rechtspraak over een mondelinge behandeling van een zaak besproken. Een volgende vraag is wanneer de mondelinge behandeling van de zaak moet plaatsvinden. In principe vindt het horen plaats voor een rechterlijke instantie – artikel 6 EVRM spreekt immers over het recht op een eerlijk proces voor een gerecht. Zoals in hoofdstuk 4, deelparagraaf 2.2.2 uitvoerig naar voren is gekomen (zie ook de aanbevelingen in hoofdstuk 9, deelparagraaf 2.2.1), kan artikel 6 EVRM echter ook van toepassing zijn op de bestuurlijke besluitvormingsprocedure. Voor het horen in eerste instantie door een bestuursorgaan is echter vereist dat het bestuursorgaan gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Wanneer het bestuursorgaan deze eigenschappen niet bezit, dan is in principe geen sprake van een hoorrecht dat in overstemming is met de eisen van artikel 6 EVRM (zie voor de mogelijkheden om dit gebrek te repareren deelparagraaf 2.3.2).<sup>37</sup> In dat geval dienen betrokken partijen te worden gehoord in de rechterlijke fase van de procedure.<sup>38</sup> Vereist is evenwel dat de rechter volledige rechtsmacht bezit. Aan deze eis werd bijvoorbeeld niet voldaan in de zaak *Grande Stevens*.<sup>39</sup> Volgens het EHRM kon de administratieve sanctie, in navolging van de sanctie die bijvoorbeeld de Italiaanse mededingingsautoriteit oplegde, gelijkgesteld worden met een strafvervolgung.<sup>40</sup> Met betrekking tot de procedure voor de Italiaanse beursautoriteit (Consob) overwoog het EHRM dat deze niet voorzag in een mondelinge behandeling van de zaak. Er was immers geen sprake van een hoorzitting voor de Commissie die de uiteindelijke beslissing nam (hoewel wel een hoorzitting had plaatsvonden voor de

<sup>34</sup> EHRM 23 juni 1981, 6878/75 en 7238/74 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*); en EHRM 10 februari 1983, *Series A* vol. 58 (*Albert en Le Compte t. België*).

<sup>35</sup> EHRM 30 november 1997, 8950/80 (*H. t. België*).

<sup>36</sup> EHRM 21 februari 1990, *Series A* vol. 171 (*Håkansson en Stureson t. Zweden*), par. 67; EHRM 24 juni 1993, *Series A* vol. 263 (*Schuler-Zgraggen t. Zwitserland*), par. 58; en EHRM 21 september 1993, *Series A* vol. 268 (*Zumtobel t. Oostenrijk*), par. 34.

<sup>37</sup> EHRM 5 december 2013, 22635/09 (*Willroider t. Oostenrijk*), par. 16; en EHRM 5 december 2013, 23396/09 (*Denk t. Oostenrijk*), par. 16.

<sup>38</sup> EHRM 26 april 1995, *Series A* vol. 312 (*Fischer t. Oostenrijk*), par. 43. Zie, *mutatis mutandis*, EHRM 28 mei 1997, 16717/90 (*Pauger t. Oostenrijk*), par. 59; en EHRM 10 april 2003, 43454/98 (*Bakker t. Oostenrijk*), par. 29.

<sup>39</sup> EHRM 4 maart 2014, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 en 18698/10 (*Grande Stevens e.a. t. Italië*). Zie over deze zaak bijvoorbeeld Gargantini 2015, p. 149-158.

<sup>40</sup> Het EHRM verwijst naar de volgende zaak: EHRM 27 september 2011, 43509/08 (*Menarini Diagnostics S.r.l. t. Italië*).

opsporingsdienst en voor de sanctiedienst). Alhoewel het EHRM erkent dat in uitzonderlijke gevallen een beperking op het hoorrecht mogelijk is, was volgens het EHRM in deze zaak een openbare hoorzitting wel noodzakelijk. Het betrof immers een feitelijk dispuut en de financieel zware sancties hadden een stigmatiserend effect. De procedure voor de Consob voldeed dus niet aan de eisen van gelijkheid der wapenen en het recht op een openbare hoorzitting dat een mondelinge confrontatie mogelijk kon maken. Daarnaast kon de Consob niet worden gelijkgesteld met een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Hoewel niet aan alle eisen was voldaan van het recht op een eerlijk proces en onpartijdigheid (het onderzoek en de sanctionering vielen onder de supervisie van dezelfde president), was de uitspraak herzien door een gerechtelijke instantie (rechtbank in Turijn) met volledige rechtsbevoegdheid. Nu bij de rechtbank in Turijn geen voorafgaande mondelinge behandeling van de zaak had plaatsgevonden, was volgens het EHRM het recht op een eerlijke en openbare behandeling geschonden. Het feit dat de rechter in cassatie wel een hoorzitting had laten plaatsvinden, doet niets aan deze conclusie af. Volgens het EHRM had de rechter in cassatie geen bevoegdheid om te oordelen over de gronden van de zaak, de feiten of het bewijs, en kon daardoor niet gekwalificeerd worden als een rechtsorgaan met volledige rechtsmacht.<sup>41</sup>

### 2.3.2 Het horen in hoger beroep

Wanneer geen sprake is van een administratieve procedure die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM, dan dient het horen plaats te vinden door een rechter in eerste instantie. Een vervolgvraag is of een rechter in hoger beroep ook een hoorzitting moet bieden wanneer partijen reeds in een eerder stadium, door een rechter in eerste aanleg, zijn gehoord. Of dat, wanneer het administratieve orgaan wel aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidscriteria van artikel 6 EVRM voldoet, een rechter in eerste aanleg nogmaals partijen moet horen. Het EHRM heeft deze vraag negatief beantwoord. Wanneer sprake is van een hoorzitting tijdens de administratieve of rechterlijke procedure in eerste instantie, dan kan de afwezigheid van een dergelijke hoorzitting in een opvolgende (hogerberoep)procedure gerechtvaardigd zijn.<sup>42</sup> Bij hogere instantie(s) kan dan ook, onder bepaalde voorwaarden, worden volstaan met een schriftelijke procedure:

*'Where a public hearing has been held at first instance, the absence of such a hearing may be justified at the appeal stage by the special features of the proceedings at issue, having regard to the nature of the domestic appeal system, the scope of the appellate court's powers and to the manner in which the applicant's interests were actually presented and protected before the court of appeal.'*<sup>43</sup>

<sup>41</sup> EHRM 4 maart 2014, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 en 18698/10 (*Grande Stevens e.a. t. Italië*).

<sup>42</sup> EHRM 29 oktober 1991, *Series A* vol. 212 (*Fejde t. Zweden*), par. 27 en 31; en EHRM 21 september 1993, *Series A* vol. 268 (*Kremzow t. Oostenrijk*), par. 58-59.

<sup>43</sup> EHRM 19 februari 1996, 16206/90 (*Botten t. Noorwegen*).

In de zaak *Ekbatani* was de klager, nadat een hoorzitting had plaatsgevonden, veroordeeld door een rechter in eerste instantie. De procedure in hoger beroep voorzag niet in een hoorzitting. In deze zaak oordeelde het EHRM dat wel sprake was van een schending van artikel 6 EVRM. Deze conclusie was gestoeld op twee omstandigheden. Ten eerste had de rechter in hoger beroep te oordelen over de schuld van de klager. Ten tweede omvatte de beoordeling van de rechter zowel rechtsvragen als feitelijke vragen. Op grond hiervan kon volgens het EHRM de schuldvaststelling niet plaatsvinden zonder een directe beoordeling van het bewijs tijdens een hoorzitting.<sup>44</sup> Op grond van deze rechtspraak kan de conclusie worden getrokken dat een hoorzitting in principe niet vereist is wanneer de procedure in hoger beroep enkel betrekking heeft op rechtsvragen.<sup>45</sup> Deze uitzondering geldt dus niet voor de situatie waar de rechter zowel rechtsvragen als feitelijke vragen volledig dient te beoordelen.<sup>46</sup> In een dergelijke procedure is de rechter verplicht partijen te horen wanneer het hoger beroep rechtsvragen of feitelijke vragen bevat die niet adequaat beoordeeld kunnen worden op grond van het zaakdossier.<sup>47</sup> Daarnaast kan er aanleiding bestaan voor een hoorzitting wanneer de beroepsinstantie zich kan uitspreken over de grond van de zaak en de straftoemeting<sup>48</sup> of wanneer de motieven en het karakter van de klager relevant zijn voor het bepalen van de hoogte van de straf.<sup>49</sup>

## 2.4 Deelconclusie

Het recht op een mondelinge behandeling van de zaak, het hoorrecht, vormt een van de essentiële voorwaarden voor een eerlijk proces. Met betrekking tot zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen, heeft het EHRM in verschillende zaken benadrukt dat van een hoorzitting kan worden afgeweken wanneer de behandeling van de zaak, gezien diens aard, ook schriftelijk kan worden afgedaan. In civielrechtelijke zaken, waarin twee private partijen tegenover elkaar staan, is een hoorzitting voornamelijk vereist wanneer de verklaringen ook daadwerkelijk van belang zijn voor de uitkomst van de zaak. Het horen dient in principe plaats te vinden voor een rechter in eerste aanleg, tenzij sprake is van een administratieve procedure waarin de autoriteit gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijk en onpartijdig gerecht met volledige rechtsmacht. Ook in hoger beroep kan een verdachte, afhankelijk van het dispuut, aanspraak maken op een hoorzitting. Dit is voornamelijk het geval wanneer de rechter in hoger beroep zich moet buigen over zowel feitelijke vragen als rechtsvragen die niet

<sup>44</sup> EHRM 26 mei 1988, 10563/83 (*Ekbatani t. Zweden*).

<sup>45</sup> EHRM 19 februari 1996, 16206/90 (*Botten t. Noorwegen*), par. 39. Zie ook EHRM 27 februari 2003, 54999/00 (*Axen t. Duitsland*), par. 27-28; EHRM 21 september 1993, *Series A* vol. 268 (*Kremzow t. Oostenrijk*), par. 60-61; en EHRM 19 februari 1998, 8/1997/792/993 (*Allan Jacobsson t. Zweden (No. 2)*), par. 49.

<sup>46</sup> Zie ook EHRM 29 oktober 1991, *Series A* vol. 212 (*Fejde t. Zweden*), par. 33.

<sup>47</sup> EHRM 29 oktober 1991, 11274/84 (*Jan Åke Andersson t. Zweden*), par. 29; EHRM 29 oktober 1991, *Series A* vol. 212 (*Fejde t. Zweden*), par. 33; en EHRM 1 juli 1997, 23196/84 (*Rolf Gustafson t. Zweden*).

<sup>48</sup> EHRM 19 februari 1996, 16206/90 (*Botten t. Noorwegen*), par. 52. Zie ook EHRM 26 mei 1988, 10563/83, *NJ* 1991/798; en EHRM 29 oktober 1991, 11826/85 (*Helmers t. Zweden*), par. 38.

<sup>49</sup> EHRM 21 september 1993, 12350/86 (*Kremzow t. Oostenrijk*), par. 67.

adequaat beoordeeld kunnen worden op grond van de schriftelijke stukken. Daarnaast kan een hoorzitting vereist zijn wanneer de beroepsinstantie zich moet uitspreken over de straftoemeting.

### 3 HET UNIERECHT

#### 3.1 Inleiding

Het recht om te worden gehoord is voornamelijk ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJ EU over het verdedigingsbeginsel als zijnde een algemeen rechtsbeginsel. Het hoorrecht is, zoals in de inleiding op dit hoofdstuk reeds werd aangegeven, een constitutioneel vereiste voor een eerlijk proces. De constitutionele waarde van het recht om gehoord te worden volgt uit de ontwikkeling van het hoorrecht in de jurisprudentie van de Unierechters.<sup>50</sup> Inmiddels is het hoorrecht ook verankerd in het Handvest en bevat secundaire Europese wetgeving specifieke eisen ten aanzien van het recht van partijen om gehoord te worden. In de volgende deelparagrafen zullen de verschillende bronnen worden besproken waarin het recht om gehoord te worden is opgenomen. De eerste deelparagraaf staat in het teken van het hoorrecht als algemeen rechtsbeginsel. Specifieke aandacht zal uitgaan naar de reikwijdte van het hoorrecht en de in de jurisprudentie ontwikkelde toegestane beperkingen op het hoorrecht. Verder passeren in deze deelparagraaf de mogelijke gevolgen van een schending van het hoorrecht de revue (deelparagraaf 3.2). Vervolgens wordt kort ingegaan op de codificatie van het hoorrecht in het Handvest (deelparagraaf 3.3). In deelparagraaf 3.4 komt het recht om gehoord te worden in Europese mededingingsprocedures aan bod.

#### 3.2 Het hoorrecht als algemeen rechtsbeginsel

##### 3.2.1 *Het hoorrecht*

Voordat het Handvest bindende werking kreeg, was het recht om gehoord te worden voornamelijk ontwikkeld door het HvJ EU als algemeen rechtsbeginsel. Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet het hoorrecht worden geëerbiedigd wanneer besluiten worden genomen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Deze verplichting geldt ook indien de toepasselijke wetgeving niet uitdrukkelijk voorziet in een dergelijke formaliteit.<sup>51</sup> Uit deze jurisprudentie volgt dat het recht om gehoord te worden vereist dat ‘de adressanten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, in staat worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over de elementen waarop de administratie haar besluit wil baseren’.<sup>52</sup> Het recht om gehoord te

<sup>50</sup> Nehl 1999, p. 70.

<sup>51</sup> HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*), par. 38; HvJ EU 22 november 2012, C-277/11 (n.n.g.) (*M.*), par. 86; en HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 (n.n.g.) (*G. en R.*), par. 35.

<sup>52</sup> HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369, par. 37 (*Sopropé*).

worden vereist echter niet noodzakelijk een openbare hoorzitting.<sup>53</sup> Het hoorrecht staat daarmee voornamelijk in het teken van verdedigingsrecht.<sup>54</sup> Dit betekent bijvoorbeeld dat ondernemingen (c.q. adressanten) jegens wie de Commissie een boetebesluit heeft uitgebracht (dat de belangen van een onderneming aanmerkelijk raakt) aanspraak kunnen maken op een recht om gehoord te worden. Het recht om te worden gehoord waarborgt immers dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en alvorens een besluit wordt genomen dat zijn belangen aanmerkelijk kan beïnvloeden.<sup>55</sup> In de zaak *Mukarubega* legt het Hof dan ook een positieve verplichting op aan de staten: de goede naleving van het verdedigingsbeginsel vereist dat op nationaal niveau procedures worden gecreëerd die ervoor zorgen dat belanghebbenden effectief van hun grondrechten kunnen genieten.<sup>56</sup>

### 3.2.2 De beperkingen op het hoorrecht

Het recht om gehoord te worden is echter niet absoluut. Het HvJ EU oordeelde dat de grondrechten, waaronder de eerbieding van de rechten van de verdediging, beperkingen kunnen bevatten. Deze beperkingen moeten werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd. Daarnaast mogen de beperkingen niet te beschouwen zijn als een onevenredige en onduidbare ingreep waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.<sup>57</sup> In de zaak *Dokter* preciseerde het HvJ EU dat sprake is van een onevenredige of onduidbare ingreep indien ‘de belanghebbenden niet nadien in een procedure tegen die maatregelen zouden kunnen opkomen, en in het kader daarvan naar behoren hun standpunt kenbaar maken’.<sup>58</sup>

Advocaat-Generaal Warner heeft bijvoorbeeld gesteld dat een uitzondering op het hoorrecht zou moeten bestaan in het geval ‘waarin de doelstelling van de beschikking door de toekenning van dat recht zou worden verijdeld’.<sup>59</sup> Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie waar de Commissie de betreffende ondernemingen zou horen alvorens over te gaan tot een ‘*surprise*’-inspectie. In lijn met deze gedachte heeft het HvJ EU in de zaak *Kadi* een beperking op het hoorrecht gerechtvaardigd geacht omdat een voorafgaande mededeling afbreuk zou doen aan de doeltreffendheid van de maatregel. In deze zaak ging het om een maatregel tot bevrozing van tegoeden en economische

<sup>53</sup> Schwarze 2006, p. 1363-1364.

<sup>54</sup> Trimidas 2006, p. 370-371. Zie ook de volgende uitspraak van het Hof: HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*); en de conclusie van A-G Bot van 26 april 2012 in zaak C-277/11 (*M.*), par. 35 e.v.

<sup>55</sup> HvJ EU 22 november 2012, C-277/11, n.n.g. (*M.*), par. 87.

<sup>56</sup> HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, n.n.g., *EHRC* 2015/2, m.nt. J.H. Gerards & M. den Heijer (*Mukarubega*).

<sup>57</sup> HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05, *Jur.* 2006, p. I-5431 (*Dokter e.a.*), par. 75. Zie ook de volgende arresten van het Hof: HvJ EG 8 april 1992, C-62/90, *Jur.* 1992, p. I-2575 (*Commissie t. Duitsland*), par. 23; en HvJ EU 17 oktober 1995, C-44/94, *Jur.* 1995, p. I-3115 (*Fishermen's Organisations e.a.*), par. 55.

<sup>58</sup> HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05, *Jur.* 2006, p. I-5431 (*Dokter e.a.*), par. 75.

<sup>59</sup> Conclusie A-G Warner van 30 april 1980 in zaak 136/79 (*National Panasonic t. Commissie*).

middelen.<sup>60</sup> Verder kan een algemeen belang verband houden met proceseconomische voordelen die met het niet-horen gepaard kunnen gaan. Het HvJ EU formuleerde bijvoorbeeld in de zaak *Kamino-Datema* een algemeen belang dat gediend is bij het niet-horen voorafgaand aan een bezwarend besluit:

*‘Het algemeen belang van de Unie en met name het belang dat zij heeft bij een snelle inning van haar eigen middelen, vereisen dat controles onverwijld en doeltreffend kunnen worden uitgevoerd.’<sup>61</sup>*

Echter, lang niet bij alle bezwarende besluiten zal een algemeen belang bestaan op grond waarvan een bestuursorgaan kan afzien van het horen van betrokkenen. Wanneer geen algemeen belang aanwezig is, zijn nationale en Europese instanties in beginsel verplicht om betrokkenen te horen voordat zij een bezwarend besluit vaststellen.<sup>62</sup>

### 3.2.3 Het moment van horen

Uit jurisprudentie volgt dat de hoorzitting moet plaatsvinden voordat een bezwarend besluit wordt genomen. Het recht om gehoord te worden heeft dan ook tot doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen:

*‘Het beoogt vooral, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon of onderneming, deze laatste in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten’.<sup>63</sup>*

De omstandigheid dat iemand na de vaststelling van een bezwarend besluit wordt gehoord, levert in principe een schending van het hoorrecht op. Op grond van de zaak *Sopropé* is de (vergaande) conclusie getrokken dat het herstel van een schending van de hoorplicht in de besluitvorming niet mogelijk is.<sup>64</sup> Uit de zaak *Sopropé* volgt immers de verplichting om potentiële geadresseerde(n) te horen alvorens tot een belastend besluit

<sup>60</sup> HvJ EG 3 september 2008, C-402/05 P en C-415/05 P, *Jur.* 2008. P. I-6351 *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*), par. 338 e.v.

<sup>61</sup> HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13, n.n.g. (*Kamino-Datema*), par. 54. Na een geslaagd beroep op een algemeen belang resteert de vraag of de beperking niet onevenredig is en het recht om gehoord te worden niet in de kern is aangetast.

<sup>62</sup> Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 183.

<sup>63</sup> HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369, par. 37 (*Sopropé*), par. 49; en HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373 (*Commissie-Lisrestal*).

<sup>64</sup> Zie bijvoorbeeld Boersma 2009. Zie echter ook het artikel van Van der Schoot waarin wordt bepleit dat het horen in de bezwaarfase voldoende is om de eerbieding van de verdedigingsrechten te garanderen. Van der Schoot 2009.



kan worden gekomen.<sup>65</sup> Het HvJ EU heeft echter bepaald dat het gebrek om niet te horen wel degelijk hersteld kan worden. Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de eventuele automatische schorsende werking van een bezwaarprocedure van doorslaggevend belang is bij het onderzoek of er eventueel sprake is van een rechtvaardiging van de beperking van het recht om voorafgaand aan een bezwarend besluit te worden gehoord. In de zaak *Texdata Software* oordeelde het Hof dat:

*‘oplegging van een eerste sanctie [...], zonder voorafgaande ingebrekestelling noch mogelijk om te worden gehoord [voor] de sanctie wordt opgelegd, de wezenlijke inhoud van het betrokken grondrecht niet kan aantasten aangezien door de instelling van het met redenen omkleed beroep tegen de dwangsombeschikking deze beschikking buiten toepassing wordt gesteld en een gewone procedure op gang wordt gebracht waarin het recht om te worden gehoord kan worden geëerbiedigd’.*<sup>66</sup>

Het Hof maakt in deze zaak duidelijk dat het niet-horen voor het opleggen van een sanctie – in deze zaak betrof de sanctie een boete van € 700 – geen schending opleverde aangezien de beschikking onmiddellijk buiten toepassing werd gesteld en een gewone procedure op gang werd gebracht waarin wel sprake is van een recht om te worden gehoord. In navolging van deze uitspraak concludeerde het HvJ EU in de gevoegde zaken *Kamino* en *Datema* dat een nationale wettelijke regeling die niet voorziet in een eventuele opschorting van het bezwarend besluit in geval van een beroep afbreuk doet aan het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging, meer bepaald aan het recht om te worden gehoord.<sup>67</sup> Het achteraf horen van een geadresseerde in het kader van een beroep tegen een bezwarend besluit kan dus onder bepaalde voorwaarden in overeenstemming zijn met het recht om te worden gehoord, mits opschorting van het bezwarende besluit mogelijk is.<sup>68</sup> Volgens het HvJ EU moet opschorting in ieder geval mogelijk zijn wanneer er redenen zijn om aan de overeenstemming van het besluit met de wetgeving te twijfelen, of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden.<sup>69</sup>

### 3.2.4 De gevolgen van een schending op het hoorrecht

Uit de voorgaande deelparagrafen volgt dat iedereen gehoord moet worden voordat een besluit wordt genomen dat zijn belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden. Het niet-horen voordat een bezwarend besluit wordt genomen, levert echter niet automatisch een schending op van de verdedigingsrechten. Het recht om gehoord te worden is immers niet absoluut. Een mogelijke schending van het hoorrecht wordt

<sup>65</sup> Zie HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*) en de annotatie van R.J.G.M. Widdershoven in AB 2009/29.

<sup>66</sup> HvJ EU 26 september 2013, C-418/11 (n.n.g.) (*Texdata Software*), par. 85.

<sup>67</sup> HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kamino/Datema*). Zie over deze uitspraak meer: Buijze 2014, p. 299-304.

<sup>68</sup> HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kamino/Datema*), par. 55.

<sup>69</sup> HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kamino/Datema*), par. 56 en par. 72.

vastgesteld aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk geval,<sup>70</sup> zoals de aard van de betrokken handeling, de context van de vaststelling ervan en de rechtsregels die de betrokken materie beheersen.<sup>71</sup> Een argument van praktische aard volstaat niet om een schending van de rechten van verdediging te rechtvaardigen.<sup>72</sup> Een schending van de rechten van de verdediging, waaronder het recht om gehoord te worden, leidt pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit wanneer deze procedure zonder de onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben.<sup>73</sup> In de zaak *Distillers Company t. Commissie* stelde de verzoekende partij dat de bevoegde instantie niet alle tijdens de mondelinge behandeling aangevoerde argumenten in aanmerking had genomen. Het HvJ EU oordeelde dat een onderzoek van deze procedurefouten niet nodig was en dat dit slechts anders zou zijn geweest indien de administratieve procedure, waren deze fouten niet gemaakt, eventueel tot een ander resultaat had kunnen leiden. Wanneer het op bezwaar genomen administratieve besluit het oorspronkelijke besluit bevestigt, en belanghebbenden in deze fases wel zijn gehoord, dan heeft de omstandigheid dat de belanghebbende in de oorspronkelijke besluitvormingsfase niet is gehoord niet de vernietiging van het oorspronkelijke besluit tot gevolg.<sup>74</sup>

### 3.3 Het hoorrecht in het Handvest

#### 3.3.1 Het horen in de administratieve procedure

Het hoorrecht als algemeen rechtsbeginsel van het Unierecht is gecodificeerd in het Handvest. In verschillende bepalingen zijn de rechten op een mondelinge behandeling van de zaak opgenomen. Wat betreft de administratieve procedure is het recht om gehoord te worden neergelegd in artikel 41 van het Handvest. Artikel 41 lid 2 Handvest spreekt van 'het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen'. Deze zinsnede omvat twee voorwaarden. Ten eerste moet er sprake zijn van een individuele maatregel. Dit impliceert dat het recht om gehoord te worden niet geldt voor wetgevingsmaatregelen of maatregelen van een *regulatory nature*.<sup>75</sup> Daarnaast moet de maatregel nadelige gevolgen hebben.

<sup>70</sup> HvJ EU 25 oktober 2011, C-110/10 P, *Jur.* 2011, p. I-10439 (*Solvay t. Commissie*) par. 63.

<sup>71</sup> HvJ EU 18 juli 2013, C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P (n.n.g.) (*Commissie e.a. t. Kadi*), par. 102 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

<sup>72</sup> HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373 (*Commissie t. Lisrestal*), par. 21.

<sup>73</sup> HvJ EG 14 februari 1990, C-301/87, *Jur.* 1990, p. I-307 (*Frankrijk t. Commissie*), par. 31; HvJ EG 5 oktober 2000, C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland t. Commissie*), par. 101; HvJ EG 1 oktober 2009, C-141/08 P, *Jur.* 2009, p. I-9147 (*Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware t. Raad*), par. 94; HvJ EU 6 september 2012, C-96/11 P (n.n.g.) (*Storck/BHIM*), par. 80; en HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13, n.n.g. (*Kamino/Datema*), par. 82.

<sup>74</sup> HvJ EG 10 juli 1980, 30/78, *Jur.* 1980, p. 2229 (*Distillers*), par. 26.

<sup>75</sup> In de zaak *AJD Tuna* oordeelde het Hof dat artikel 41 Handvest, met name het recht van eenieder om te worden gehoord, niet ziet op het proces van totstandkoming van handelingen van algemene strekking. Zie HvJ EU 17 maart 2011, C-211/09, *Jur.* 2011, p. I-204 (*AJD Tuna*), par. 49.

Men kan in deze bepaling, wanneer letterlijk geïnterpreteerd, een bredere reikwijdte van het hoorrecht lezen dan het geval is in de hiervoor besproken jurisprudentie van de Unierechters. Artikel 41 Handvest spreekt immers van ‘maatregelen’ die een persoon negatief kunnen beïnvloeden. Deze voorwaarde lijkt in te houden dat behoefte is aan het recht om gehoord te worden wanneer een persoon geraakt is door de maatregel of wanneer een persoon zich niet volledig kan vinden in de uitkomst van de procedure. Het hoeft dus niet te gaan om een maatregel die direct geadresseerd is aan een bepaalde partij. Deze ruime interpretatie van artikel 41 Handvest kan tot gevolg hebben dat het recht om gehoord te worden ook ingeroepen kan worden door klagers en andere geïnteresseerde partijen.<sup>76</sup> Deze (vergaande) interpretatie komt echter niet overeen met de jurisprudentie waarnaar de toelichting bij het Handvest verwijst.<sup>77</sup> In deze zaken maakt het recht om gehoord te worden onderdeel uit van het verdedigingsbeginsel en is van toepassing op degene tegen wie een administratieve procedure is gestart (*initiated against*) en tegen wie een bezwarende handeling is opgelegd. Zoals in de voorgaande paragraaf is aangegeven, lijkt het Hof vooralsnog vast te houden aan zijn rechtspraak door het recht om gehoord te worden enkel toe te passen op degene tot wie de maatregel is gericht (*initiated against*).<sup>78</sup>

Interessant is evenwel dat de zogeheten ‘Europese Code van Goed Administratief Gedrag’<sup>79</sup> (waarop de Europese Ombudsman toeziet)<sup>80</sup> verdedigingsrechten toekent in alle gevallen ‘waarmee de rechten of belangen van personen gemoeid zijn’.<sup>81</sup> Daarnaast heeft elke Unieburger het recht om schriftelijk (en wanneer noodzakelijk ook mondeling) zienswijzen naar voren te brengen in alle gevallen ‘waarin een besluit moet worden genomen waarmee zijn rechten of belangen zijn gemoeid’.<sup>82</sup> Ook hier geldt dat een letterlijke lezing van de code een mogelijk verdergaand verdedigingsrecht toekent

<sup>76</sup> Rabinovici 2012, p. 151.

<sup>77</sup> Zie de uitspraken van het Hof van 15 oktober 1987, 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*); 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 3283 (*Orkem*); 21 november 1991, C-269/90, *Jur.* 1991, p. I-5469 (*TU München*). Zie verder de uitspraken van het GvEA EG 6 december 1994, T-450/93, *Jur.* 1994, p. II-1177 (*Lisrestal*); en 18 september 1995, nr. T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*).

<sup>78</sup> Mendes 2011, p. 187.

<sup>79</sup> De Europese Code van Goed Administratief Gedrag is volgens de inleidende brief (toegevoegd aan de Code) van de toenmalige Europese Ombudsman P. Nikiforos Diamandouros bedoeld om de Unieburgers te informeren over wat ‘het recht op behoorlijk bestuur, dat is vastgelegd in artikel 41 van het EU Handvest van de grondrechten, in de praktijk inhoudt en wat zij concreet kunnen verwachten van de Europese administratie’.

<sup>80</sup> De Europese Ombudsman heeft, op grond van artikel 228 lid 1 VWEU, de bevoegdheid om kennis te nemen van klachten van burgers van de Unie of van natuurlijke of rechtspersonen met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat over gevallen van wanbeheer bij het optreden van de instellingen, organen of instanties van de Unie, met uitzondering van het Hof van Justitie van de Europese Unie bij de uitoefening van zijn gerechtelijke taak. Hij onderzoekt die klachten en brengt ter zake verslag uit. Zie over de onderzoeksbevoegdheden van de Ombudsman en diens bevoegdheden tot het uitbrengen van kritische opmerkingen en verslagen: *Besluit van de Europese Ombudsman tot het vaststellen van uitvoeringsbepalingen*, aangenomen op 8 juli 2002 en gewijzigd bij besluiten van de Ombudsman van 5 april 2004 en 3 december 2008.

<sup>81</sup> Artikel 16 lid 1 Europese Code van Goed Administratief Gedrag.

<sup>82</sup> Artikel 16 lid 2 Europese Code van Goed Administratief Gedrag.

aan partijen dan tot op heden door het Hof is geaccepteerd.<sup>83</sup> Volgens de code kan het recht om gehoord te worden immers door elke Unieburger ingeroepen worden wanneer een besluit consequenties heeft voor zijn rechten of belangen. Deze bepaling vereist dus niet (in lijn met jurisprudentie van het Hof) dat het een nadelig besluit betreft dat rechtstreeks tot de betreffende Unieburger is gericht.

### 3.3.2 *Het horen in de rechterlijke procedure*

Het recht om gehoord te worden gedurende een rechterlijke procedures volgt impliciet uit artikel 47 en 48 Handvest. Deze bepalingen garanderen dat de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces in het kader van elke gerechtelijke procedure worden geëerbiedigd.<sup>84</sup> Artikel 47 Handvest spreekt over een recht om zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen in een openbare terechtzitting. Artikel 48 garandeert de eerbiediging van de rechten van de verdediging voor partijen tegen wie een vervolging is ingesteld. Het hoorrecht in de gerechtelijke fase is echter niet absoluut.<sup>85</sup> Zoals hiervoor reeds is aangegeven, kunnen grondrechten beperkingen bevatten, op voorwaarde dat die laatste daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang die door de betrokken maatregelen worden nagestreefd en niet, gelet op het nagestreefde doel, een kennelijke en buitensporige inbreuk op de aldus gewaarborgde rechten vormen.<sup>86</sup> Bovendien moet de beperking bij wet worden gesteld.<sup>87</sup> Daarnaast kan een verdachte uit eigen beweging afstand doen van het recht om gehoord te worden.<sup>88</sup>

## 3.4 Het hoorrecht in mededingingsprocedures

### 3.4.1 *Het horen in de administratieve procedure*

#### 3.4.1.1 *Het horen van de betrokken ondernemingen*

In mededingingsprocedures hebben ondernemingen tot wie de punten van bezwaar zijn gericht de mogelijkheid om gehoord te worden door de Europese Commissie. In de zaak *MDF* stelde het HvJ EU dat de rechten van de verdediging in elke (administratieve) procedure verlangen dat de betrokken onderneming in staat wordt gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie

<sup>83</sup> Zie bijvoorbeeld ook Mendes 2009, p. 8-9.

<sup>84</sup> Zie bijvoorbeeld de standpuntbepaling van A-G M. Wathelet van 23 augustus 2013 in zaak C-383/13 PPP (*M.G. & N.R. tegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*), par. 44.

<sup>85</sup> Zie vooral HvJ EU 6 september 2012, C-619/10 (n.n.g.) (*Trade Agency*), par. 52 en 55.

<sup>86</sup> Zie HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05, *Jur.* 2006, p. I-5431 (*Dokter e.a.*), par. 75; HvJ EU 2 april 2009, C-394/07, *Jur.* 2009, p. I-2563 (*Gambazzi*), par. 29; en HvJ EU 18 maart 2010, C-317/08–C-320/08, *Jur.* 2010, p. I-2213 (*Alassini*), par. 63.

<sup>87</sup> Artikel 52 lid 1 Handvest.

<sup>88</sup> Ook hier geldt dat het afstand doen van het recht om op een hoorzitting te verschijnen ondubbelzinnig moet vaststaan en gepaard moet gaan met minimale waarborgen die evenredig zijn aan het belang ervan en niet in strijd is met een belangrijk publiek belang. Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11 (n.n.g.) (*Melloni*).

van de gestelde feiten en omstandigheden.<sup>89</sup> De Commissie stelt de betrokken ondernemingen alleen in de gelegenheid om, tijdens een hoorzitting, hun standpunt toe te lichten indien de ondernemingen in hun schriftelijke opmerkingen daarom verzoeken.<sup>90</sup> De Commissie is vervolgens verplicht om de betrokken ondernemingen te horen en mag dan ook haar beschikking slechts steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken.<sup>91</sup> Het hoorrecht strekt zich uit tot alle feitelijke en juridische punten die de basis vormen voor het besluit.<sup>92</sup> Aan het recht om gehoord te worden is dan ook voldaan wanneer de betrokken ondernemingen mondeling kunnen reageren op de punten van bezwaar waarin de Commissie aangeeft welke feitelijke en juridische factoren (zoals de ernst en de duur van de vermeende inbreuk) aanleiding geven tot de oplegging van een boete.<sup>93</sup>

De personen die voor de hoorzitting zijn uitgenodigd zijn de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen. Naast de betrokken ondernemingen nodigt de raadadviseur-auditeur ook het team uit dat verantwoordelijk is voor het onderzoek van de zaak.<sup>94</sup> Tijdens de hoorzitting kunnen de betrokken ondernemingen vragen aan elkaar stellen. De betrokken ondernemingen zijn echter niet verplicht een antwoord te geven op die vragen. Wanneer een onderneming een vraag niet ter plekke kan beantwoorden, geeft de raadadviseur-auditeur de betreffende partij de mogelijkheid om de vraag schriftelijk te beantwoorden (binnen een vastgesteld tijdslimiet).<sup>95</sup> De hoorzitting wordt vervolgens opgenomen en ondernemingen kunnen de opname opvragen bij de raadadviseur-auditeur.<sup>96</sup> Behalve dat de betrokken ondernemingen niet verplicht zijn antwoorden te geven, is geen enkele partij verplicht om op de hoorzitting te verschijnen. In de zaak *Bolloré* kwam de vraag naar voren of artikel 6 EVRM verlangt van het college van de Commissie (dat de boetebeslissing neemt) dat het de hoorzitting bijwoont. Volgens het Hof is dit niet het geval. De Commissie is immers geen gerecht in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest.<sup>97</sup> Zo oordeelde het Gerecht in deze zaak dat:

<sup>89</sup> HvJ EG 7 juni 1983, 100-103/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique Diffusion Francaise t. Commissie*), par. 10.

<sup>90</sup> Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004) *PbEU* L 123, artikel 12 (hierna: 'Verordening 773/2004').

<sup>91</sup> Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2003) *PbEG* L1/1, artikel 27 lid 2 (hierna: 'Verordening 1/2003').

<sup>92</sup> GvEA EG 15 maart 2006, T-15/02, *Jur.* 2006, p. II-497 (*BASF t. Commissie*), par. 49.

<sup>93</sup> HvJ EU 23 februari 2006, C-289/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5859 (*Showa Denko t. Commissie*), par. 69.

<sup>94</sup> Daarnaast worden de relevante leden van de DG competition, de 'Chief Economist's team, en de juridische dienst uitgenodigd. Daarnaast kunnen leden van de nationale mededingingsautoriteit gevraagd worden of zij de hoorzitting willen bijwonen. Verordening 773/2004, artikel 14.

<sup>95</sup> Besluit van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures, 2011/695/EU, artikel 12 lid 3 (hierna: 'Besluit 2011/695/EU').

<sup>96</sup> Verordening 773/2004, artikel 14 lid 8.

<sup>97</sup> Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10 (n.n.g.) (*Bolloré t. Commissie*), par. 57. Het Gerecht verwijst verder naar de volgende uitspraken: HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78-215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*Van*

*‘niets in een administratieve mededingingsprocedure zich ertegen verzet dat de met het nemen van een boetebeslissing belaste Commissieleden worden ingelicht over de uitkomst van het verhoor door de personen die de Commissie daartoe heeft gemachtigd.’<sup>98</sup>*

Dat de Commissie in het licht van artikel 6 EVRM geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht is, betekent dat in ieder geval een hoorzitting dient plaats te vinden voor het Gerecht waar wel alle partijen bij aanwezig zijn. Deze eis volgt immers uit artikel 6 EVRM dat een hoorzitting verlangt voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht met volledige rechtsmacht (zie hierover deelparagraaf 2.2).

#### 3.4.1.2 Het horen van derden

Verschillende pogingen van derden om een schending van het recht om gehoord te worden aan te vechten (onder de paraplu van het beginsel op een behoorlijk bestuur) zijn mislukt. In een aantal staatssteunzaken hadden klagers gesteld dat uit het beginsel op een behoorlijk bestuur voortvloeit dat zij moesten worden gehoord. In deze zaken nam het Hof een dergelijk recht om gehoord te worden niet aan.<sup>99</sup> Dit sluit echter niet uit dat ook derden gehoord kunnen worden in een EU-mededingingsprocedure. Derden kunnen echter niet het recht om gehoord te worden invoeren als zijnde een verdedigingsrecht waarop zij aanspraak maken. Zij kunnen dus ook niet worden gelijkgesteld met de ondernemingen die onderwerp zijn van een mededingingsprocedure.<sup>100</sup> In de zaak *Kish Glass* maakte het Gerecht duidelijk dat het recht op een eerlijk proces alleen van toepassing is op degene over wie de Commissie een onderzoek is gestart.<sup>101</sup> Klagers, vakbonden en andere geïnteresseerden vallen dus niet binnen de, voor de betrokken ondernemingen geldende, reikwijdte van het recht om gehoord te worden.<sup>102</sup> Het bestaan van het recht om gehoord te worden hangt dan ook af van de gevolgen die een besluit voor een betrokken persoon heeft.<sup>103</sup> Deze aanknopingspunt bij de gevolgen van een besluit sluit aan op de eis van het Hof dat het hoorrecht geldt voor

*Landewyck e.a. t. Commissie*), par. 81; GvEA EG 8 juli 2008, T-54/03, (n.n.g.) (*Lafarge t. Commissie*), par. 38; en GvEA EG 14 mei 1998, T-348/94, *Jur.* 1998, p. II-1875 (*Enso Española t. Commissie*), par. 56.

<sup>98</sup> Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, (n.n.g.) (*Bolloré t. Commissie*), par. 59. Verwezen wordt naar HvJ EG 15 juli 1970, 44/69, *Jur.* 1970, p. 733 (*Buchler t. Commissie*), par. 19-23.

<sup>99</sup> HvJ EG 19 mei 1993, C-198/91, *Jur.* 1993, p. I-2386 (*William Cook plc t. Commissie*); HvJ EG 15 juni 1993, C-225/91, *Jur.* 1993, p. I-3203 (*Matra SA t. Commissie*); en GvEA EG 24 maart 1993, T-3/93, *Jur.* 1994, p. II-121 (*Air France t. Commissie*).

<sup>100</sup> Het Hof heeft immers gewezen op het onderscheid tussen het recht van de betrokken ondernemingen om te worden gehoord, en de rechten van derden: HvJ EG 9 juli 1987, 43/85, *Jur.* 1987, p. 3131 (*ANCIDES t. Commissie*).

<sup>101</sup> GvEA EG 8 november 2001, T-65/96, *Jur.* 2001, p. II-3261 (*Kish Glass t. Commissie*), par. 32.

<sup>102</sup> GvEA EG 8 november 2001, T-65/96, *Jur.* 2001, p. II-3261 (*Kish Glass t. Commissie*), par. 33; GvEA EG 15 december 1992, T-96/92, *Jur.* 1995, p. II-1213 (*CCE t. Commissie*); HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78-215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*Van Landewyck e.a. t. Commissie*); HvJ EG 9 juli 1987, 43/85, *Jur.* 1987, p. 3131 (*ANCIDES t. Commissie*); en GvEA EG 27 november 1997, T-290/94, *Jur.* 1997, p. 2137 (*Kayerberg t. Commissie*).

<sup>103</sup> HvJ EU 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373 (*Commissie t. Lisrestal*), par. 22 e.v.



bezwarende besluiten of besluiten die de belangen van een persoon aanmerkelijk raken.

### *Klagers*

Onder het EU-mededingingsrecht kwalificeert een rechtspersoon of natuurlijk persoon als klager wanneer een formele klacht is ingediend en een redelijk belang in de procedure kan worden aangetoond.<sup>104</sup> In de zaak *Postsparkasse* heeft het Gerecht duidelijk gemaakt dat een redelijk belang kan volgen uit het feit dat de inbreuk, vanuit economisch oogpunt, schade heeft toegebracht. Het redelijk belang volgt echter niet uit de loutere aanwezigheid van een onderneming op de productmarkten waar de inbreuk heeft plaatsgevonden.<sup>105</sup> Voor klagers geldt dat zij zeer nauw verbonden moeten zijn met de procedure voordat de Commissie besluit ze een hoorrecht toe te kennen. Een gemotiveerd verzoek om gehoord te worden dient ingediend te worden bij de raadadviseur-auditeur.<sup>106</sup> De Commissie kan klagers in de gelegenheid stellen hun standpunt mondeling toe te lichten tijdens de hoorzitting met de partijen aan wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht, mits de klagers in hun schriftelijke opmerkingen daarom verzoeken.<sup>107</sup> De Commissie heeft echter benadrukt dat de procedurele rechten van klagers lang niet dezelfde waarde hebben als de procesrechten van adressanten van een boetebesluit van de Commissie.<sup>108</sup>

### *Overige derden*

Indien de Commissie dit nodig acht, kan zij naast de klager ook andere derden horen. Een verzoek daartoe moet wederom ingediend worden bij de raadadviseur-auditeur die bepaalt of de derde tot de hoorzitting wordt toegelaten.<sup>109</sup> Het is van belang dat een derde zelf een verzoek indient om gehoord te worden.<sup>110</sup> De raadadviseur-auditeur houdt bij de beoordeling van het verzoek rekening met de bijdrage die de derde kan leveren aan het verduidelijken van de relevante feiten van de zaak.<sup>111</sup> Daarnaast is van belang of, en in welke mate, de verzoeker voldoende geraakt wordt door de gedraging waarop de mededingingsprocedure betrekking heeft.<sup>112</sup> Een verzoek om gehoord te worden zal ingewilligd worden wanneer een voldoende belang bij de uitkomst van de

<sup>104</sup> Verordening 773/2004, artikel 5 lid 1.

<sup>105</sup> GvEA EG 7 juni 2005, T-213/01 en T-214/01, *Jur.* 2006, p. II-1601 (*Osterreichische Postsparkasse e.a.*), par. 124-129.

<sup>106</sup> Verordening 773/2004, artikel 5 lid 1.

<sup>107</sup> Verordening 773/2004, artikel 6 lid 2.

<sup>108</sup> Commission notice on the handling of complaints by the Commission under articles 81 and 82 of the EC Treaty (2004) *PbEU* C101/65, par. 59. De Commissie verwijst naar de volgende uitspraak het Hof: HvJ EG 17 november 1987, 142/84 en 156/84, *Jur.* 1987, p. 249 (*British American Tobacco Company en R.J. Reynolds Industries t. Commissie*), par. 19-20.

<sup>109</sup> De raadadviseur-auditeur kan ook vertegenwoordigers van mededingingsautoriteiten uit derde landen uitnodigen om als waarnemers deel te nemen aan de hoorzittingen, in overeenstemming met overeenkomsten tussen de Unie en derde landen. Zie Besluit 2011/695/EU, artikel 6 lid 2.

<sup>110</sup> HvJ EG 9 juli 1987, 43/85, *Jur.* 1987, p. 3131 (*ANCIDES t. Commissie*), par. 8.

<sup>111</sup> Besluit 2011/695/EU, recital 13.

<sup>112</sup> Besluit 2011/695/EU, artikel 5 lid 2.



zaak is aangetoond.<sup>113</sup> Het feit dat een derde een algemene interesse in de verduidelijking van het recht heeft, is onvoldoende.<sup>114</sup> Volgens de Commissie hebben consumentenverenigingen voldoende belang om gehoord te worden wanneer de procedure betrekking heeft op producten of diensten voor eindgebruikers dan wel op producten of diensten die een rechtstreeks onderdeel vormen van dergelijke producten of diensten.<sup>115</sup> Een derde die zich door de beschikking benadeeld acht, maar niet officieel wordt gehoord, kan eventueel beroep instellen tegen de beschikking.<sup>116</sup>

### 3.4.2 *Het horen in de rechterlijke procedure*

#### 3.4.2.1 *De hoorzitting bij het HvJ EU*

In het verleden hadden ondernemingen een hoorrecht gedurende de procedure voor het HvJ EU. Dit hoorrecht strekte zich echter niet uit tot zaken waarin het Hof kennelijk onbevoegd is of wanneer het verzoek kennelijk niet-ontvankelijk is. Deze regeling geldt nog steeds.<sup>117</sup> Bij een beroep dat geheel of gedeeltelijk kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond is, wijst het HvJ EU (in het merendeel van de zaken zonder mondelinge behandeling)<sup>118</sup> de hogere voorziening geheel of gedeeltelijk af met een (met redenen omklede) beschikking.<sup>119</sup> Wat sinds de inwerkingtreding van het procesreglement in 2012 wel is veranderd, zijn de mogelijkheden om af te zien van een hoorzitting wanneer de zaak wel ontvankelijk is. Verschillende aanpassingen in de procedurele regels hebben ertoe geleid dat niet meer van een onbeperkt hoorrecht gesproken kan worden. Op grond van het reglement voor de procesvoering van het Hof vindt een hoorzitting thans enkel plaats wanneer de ondernemingen een

<sup>113</sup> Verordening 1/2003, artikel 27 lid 3.

<sup>114</sup> Giannakopoulos 2011, p. 227.

<sup>115</sup> Besluit 2011/695/EU, recital 12.

<sup>116</sup> Zie bijvoorbeeld de zaak *De Beers*. In deze zaak had de Commissie bezwaren geuit tegen een leveringsovereenkomst waarin De Beers en Alrosa waren overeengekomen dat De Beers ongeveer 50 procent van de ruwe diamanten van Alrosa zou kopen. De Commissie startte een procedure tegen De Beers en Alrosa op grond van artikel 101 VWEU en tegen De Beers ook op basis van artikel 102 VWEU. In de 'artikel 102 VWEU'-procedure was Alrosa door de Commissie gekwalificeerd als 'interested party', hetgeen tot gevolg had dat Alrosa slechts summiere informatie had gekregen en geen recht had om te worden gehoord. Volgens Alrosa konden de beide ingestelde procedures *de facto* als één enkele procedure worden beschouwd zodat Alrosa, als betrokken onderneming, wel beroep kon doen op het recht om gehoord te worden. Volgens het Hof kon Alrosa echter niet als betrokken onderneming worden gezien en kon de onderneming in die context dus geen beroep doen op de procedurerechten die waren voorbehouden aan De Beers in de procedure betreffende individuele toezeggingen. Een derde onderneming die zich door de beschikking benadeeld achtte, zoals in dit geval Alrosa, kon volgens het Hof evenwel haar rechten doen gelden door beroep tegen de beschikking in te stellen. In de procedure op grond van artikel 102 VWEU heeft Alrosa dus enkel de beperktere rechten van belanghebbenden derde. HvJ EU 29 juni 2010, C-441/07 P, *Jur.* 2010, p. I-5949 (*Commissie t. Alrosa*), par. 88-091.

<sup>117</sup> Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie (2012) *PbEU* L 265/1, artikel 53 lid 2 (hierna: 'Procesreglement HvJ EU').

<sup>118</sup> Rosas 2014, p. 606.

<sup>119</sup> Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie (2012) *PbEU* L 265/1, artikel 181. Zie bijvoorbeeld de volgende beschikkingen van het Hof: HvJ EU 15 juni 2012, C-494/11 P (n.n.g.) (*Otis*); en HvJ EU 7 februari 2012, C-421/11 P (n.n.g.) (*Total SA en Elf Aquitaine SA*).

gemotiveerd verzoek indienen bij het Hof.<sup>120</sup> Het is vervolgens aan de Unierechters om te beslissen of zij de aanvraag zullen honoreren:

*‘On a proposal from the Judge-Rapporteur and after hearing the Advocate General, the Court may decide not to hold a hearing if it considers, on reading the written pleadings or observations lodged during the written part of the procedure, that it has sufficient information to give a ruling.’<sup>121</sup>*

Het HvJ EU heeft daarmee een discretionaire bevoegdheid gekregen om – in het licht van bepaalde effectiviteitsoverwegingen – niet tot het horen van de partijen over te gaan.<sup>122</sup> Het HvJ EU kan afzien van een hoorzitting wanneer de zaak kan worden beslecht op basis van de schriftelijke stukken.<sup>123</sup> Het op basis van de schriftelijke stukken uitspraak doen, zal niet plaatsvinden wanneer de betrokken partijen gemotiveerd, en op goede redenen, hebben aangegeven waarom een hoorzitting wel noodzakelijk is.<sup>124</sup> Het HvJ EU zal – los van een dergelijk verzoek – in aanmerking nemen of een hoorzitting kan bijdragen ‘tot de oplossing van het geschil’ of ‘tot een beter begrip van de zaak en de daarbij op het spel staande belangen’.<sup>125</sup> Het is mogelijk dat het HvJ EU besluit om af te zien van een hoorzitting en vervolgens, nadat bijvoorbeeld een belangrijk feit boven water is gekomen, toch besluit om over te gaan tot de opening (of bij een eerder plaatsgevonden hoorzitting: heropening) van een hoorzitting.<sup>126</sup> Een analyse uitgevoerd door een rechter van het HvJ naar de hoeveelheid hoorzittingen in de periode van 1 januari 2013 tot en met 30 juni 2014 (dus de 18 maanden na de inwerkingtreding van het nieuwe procesreglement) levert de volgende data op. In de genoemde periode waren ongeveer 600 (gevoegde) zaken voorbestemd om tot een uitspraak te leiden. In 350 zaken vond ook daadwerkelijk een hoorzitting plaats (dus in ongeveer 60 procent van de zaken). In ongeveer 25 procent van alle zaken vond geen hoorzitting plaats omdat de partijen daartoe geen verzoek hadden ingediend. Deze vaststelling impliceert dat in 15 procent van de zaken geen hoorzitting plaatsvond, ondanks dat partijen daarom wel verzochten. Echter, in dit percentage zijn niet de zaken meegenomen (die volgens de auteur 5 procent van de

<sup>120</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 76 lid 1.

<sup>121</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 76 lid 2.

<sup>122</sup> Deze beslissing wordt echter pas genomen nadat de kwestie, op voorstel van de rapporteur in de desbetreffende zaak, is voorgelegd tijdens de algemene vergadering van het HvJ EU en nadat de advocaat-generaal is gehoord. Zie hierover Rosas 2014, p. 596-610. Zie ook Godissart 2012, p. 603-669.

<sup>123</sup> Deze bevoegdheid wordt voor een deel genuanceerd nu in het procesreglement de regeling is opgenomen dat in ieder geval een hoorzitting dient plaats te vinden wanneer een verzoek daartoe is ingediend door een belanghebbende (in de zin van artikel 23 van het Statuut) die niet aan de schriftelijke behandeling heeft deelgenomen. Het gaat hier dus enkel om belanghebbenden bij een prejudiciële procedure. Procesreglement HvJ EU, artikel 76 lid 3.

<sup>124</sup> Rosas 2014, p. 596-610.

<sup>125</sup> Praktische aanwijzing voor de partijen inzake bij het Hof aangebrachte zaken (2014) *PbEU* L 31/1, par. 45.

<sup>126</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 83. Een heropening van de hoorzitting is verplicht wanneer de zaak wordt overgedragen aan een kamer bestaande uit meer rechters dan de kamer die in eerste instantie de zaak beoordeelde. Zie Procesreglement HvJ EU, artikelen 32 lid 2, artikel 34 lid 2 en 35 lid 2.

zaken vertegenwoordigen) waarin het Hof zonder verzoek van partijen besloot om over te gaan tot een hoorzitting.<sup>127</sup> Deze data illustreren dat het HvJ EU gebruik heeft gemaakt van de proceseconomische voordelen die het procesreglement biedt. Het is niet uitgesloten dat het Hof in de toekomst vaker gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om de zaak uitsluitend schriftelijk te behandelen. Op deze manier wordt voorkomen dat de hoorzitting wordt gezien als een ‘formality, consisting of the reading of oral submissions which largely repeated or summarized what had already been said in the written observations’.<sup>128</sup> Ook de Straatsburgse jurisprudentie lijkt zich niet tegen deze praktijk te verzetten. Het Straatsburgse Hof vereist immers alleen een hoorzitting wanneer (i) geen hoorzitting in een eerder stadium voor een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie heeft plaatsgevonden (in casu: het Gerecht), en/of (ii) het HvJ EU niet alleen heeft te oordelen over de rechtsvragen, maar ook over de feitenvaststelling. Aangezien de toetsing van het HvJ EU in principe een rechtmatigheidstoetsing betreft, zal van deze laatste situatie niet snel sprake zijn. Dit betekent dat het zwaartepunt van de hoorzitting bij het Gerecht komt te liggen. Mocht voor het Gerecht geen hoorzitting plaatsvinden (terwijl dit wel vereist was op grond van artikel 6 EVRM), dan zal het HvJ EU deze procedurele tekortkoming moeten herstellen door alsnog een hoorzitting aan te bieden. Alleen op deze manier bestaat een mogelijkheid dat de procedure in zijn geheel, in het licht van artikel 6 EVRM, alsnog eerlijk is verlopen. Of het herstel succesvol is, zal afhangen van de gronden die partijen in hoger beroep naar voren willen brengen en/of het HvJ EU bevoegd is om op grond van deze gronden uitspraak te doen.

#### 3.4.2.2 *De hoorzitting bij het Gerecht*

De procedure voor het Gerecht bestaat uit een schriftelijke ronde en een door het Gerecht ambtshalve of op verzoek van partijen te houden pleitzitting (mondelinge ronde).<sup>129</sup> Het verzoek van een hoofdpartij om een pleitzitting dient gepaard te gaan met de redenen waarom zij wenst te worden gehoord.<sup>130</sup> Indien een dergelijk gemotiveerd verzoek niet is gedaan, kan het Gerecht, wanneer het zich voldoende voorgelicht acht door de stukken in het dossier, beslissen uitspraak te doen zonder mondelinge behandeling. Het Gerecht kan evenwel op deze beslissing terugkomen en nadien alsnog beslissen de mondelinge behandeling te openen.<sup>131</sup> In specifieke gevallen kan het Gerecht ook overgaan tot het heropenen van de mondelinge behandeling.<sup>132</sup> Wanneer het verzoek wordt gehonoreerd, krijgen de partijen de mogelijkheid om in de hoorzitting bepaalde argumenten te verduidelijken of te benadrukken. De hoorzitting

<sup>127</sup> Rosas 2014, p. 606-607.

<sup>128</sup> Rosas 2014, p. 608.

<sup>129</sup> Reglement voor de procesvoering van het Gerecht EU van 23 april 2015 (2015), *PbEU* L 105/1, artikel 106 lid 1 (hierna: ‘Procesreglement Gerecht’).

<sup>130</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 106 lid 2.

<sup>131</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 106 lid 3. Ook bij de incidentele hogere voorziening kan het Gerecht, zelfs wanneer een partij een verzoek heeft gedaan, afzien van een hoorzitting. Zie Procesreglement Gerecht, artikel 207.

<sup>132</sup> Procesreglement Gerecht EU, artikel 113.

is niet bedoeld om nieuwe punten naar voren te brengen tenzij deze betrekking hebben op feiten die gedurende de procedure aan het licht zijn gekomen.<sup>133</sup> Het Gerecht is echter niet verplicht om partijen (nogmaals) te horen wanneer het – in het kader van de uitoefening van volledige rechtsmacht – van plan is om een boetekorting toe te kennen aan de betrokken partijen.<sup>134</sup> Nadat de partijen hun punten ten gehore hebben gebracht, is het aan de rechters om eventueel vragen te stellen aan de partijen.<sup>135</sup>

De aanwezigheid van een hoorzitting hangt dus af van de redenen die de verzoekende partij naar voren brengt om gehoord te willen worden. De praktische uitvoeringsbepalingen schrijven voor dat deze redengeving moet voortvloeien uit een concrete beoordeling van het nut van een pleitzitting voor de betrokken partij. In de motivering moet dan ook aangegeven worden welke elementen van het dossier volgens de procespartij gedurende de pleitzitting nader uitgewerkt moeten worden.<sup>136</sup> Het is vooralsnog – gezien de beperkte duur dat het nieuwe procesreglement in werking is getreden – onbekend hoe streng het Gerecht verzoeken om een hoorzitting zal gaan beoordelen. Het stellen van te hoge eisen aan de motivering zal hoogstwaarschijnlijk in strijd komen met artikel 6 EVRM. Het recht op een hoorzitting vormt immers een essentieel onderdeel van de rechten op een eerlijk proces en de daaraan verbonden rechten van verdediging. Bovendien is het Gerecht in mededingingszaken de eerste, en ook enige, onafhankelijke en onpartijdige instantie die volledige rechtsmacht heeft over zowel feitelijke vragen als rechtsvragen. Het afzien van een hoorzitting betekent in feite dat een belanghebbende geen toegang heeft gekregen tot een mondelinge behandeling van zijn zaak voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De jurisprudentie van het EHRM over artikel 6 EVRM sluit het vereiste van een verzoek voor een hoorzitting *an sich* echter niet uit. Het gevaar van een schending van artikel 6 EVRM wordt echter aanzienlijk weggenomen wanneer het verzoek voornamelijk wordt gezien als een instrument om de hoorzitting beter te structureren en een debat te bevorderen. Zodoende wordt niet alleen het doel van een hoorzitting (aanvullen van feitelijke onduidelijkheden en het stellen van vragen) volledig benut, maar wordt ook voorkomen dat wordt getornd aan de verdedigingsrechten van de belanghebbende.

### 3.5 Deelconclusie

Het hoorrecht maakt al jaren, eerst als algemeen rechtsbeginsel, nu ook als een bepaling in het Handvest, deel uit van de Europese rechtsorde. Het hoorrecht is in te roepen door eenieder die adressant is van een bezwarend besluit. Het Handvest en de

<sup>133</sup> Praktische uitvoeringsbepalingen voor het reglement voor de procesvoering van het Gerecht EU (2015) PbEU L152/1, par. 196.

<sup>134</sup> HvJ EU 26 september 2013, C-676/11 P (n.n.g.) (*Alliance t. Commissie*), par. 109-111. Zie ook HvJ EU 22 januari 2013, nr. C-286/11 P (n.n.g.) (*Commissie t. Tomkins*), par. 61.

<sup>135</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 110.

<sup>136</sup> Praktische uitvoeringsbepalingen voor het reglement voor de procesvoering van het Gerecht EU (2015), PbEU L152/1, par. 180.

Europese Code van Goed Administratief Gedrag lijken echter een breder bereik na te streven door een recht om gehoord te worden toe te kennen aan eenieder die door een maatregel ‘nadelig wordt beïnvloed’ (Handvest) of wanneer een besluit consequenties heeft voor zijn ‘rechten of belangen’ (Europese Code van Goed Administratief Gedrag). Een dergelijke brede interpretatie vindt echter geen ondersteuning in rechtspraak van de Unierechters. In Europese mededingingsprocedures hebben adressanten van een besluit van de Commissie het recht op een hoorzitting. Derden, zoals klagers, hebben in principe geen hoorrecht, tenzij de raadgever-auditeur anders besluit. De hoorzitting heeft een vrijwillig karakter aangezien de partijen die zijn opgeroepen door de raadgever-auditeur niet verplicht zijn te verschijnen op de hoorzitting. Daarnaast komen de betreffende ondernemingen niet oog-in-oog te staan met de Commissieleden die het boetebesluit zullen nemen. Het gebrek aan een hoorzitting voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter, wat vereist is op grond van artikel 6 EVRM, wordt in principe hersteld door de openbare hoorzitting die plaatsvindt voor het Gerecht van de EU. Geen herstel vindt plaats wanneer het Gerecht van de EU (hetgeen het nieuwe procesreglement mogelijk maakt) afziet van een hoorzitting ondanks een gemotiveerd verzoek daartoe van de betrokken procespartijen. In tegenstelling tot het Gerecht van de EU kan het HvJ EU ook afzien van een hoorzitting wanneer de partijen hiertoe wel een verzoek hebben ingediend. Een hoorzitting zal door het HvJ EU als overbodig worden gezien wanneer geen specifieke vragen of aspecten in de zaak spelen die het HvJ EU tijdens de hoorzitting aan bod wil laten komen. Ook bij het HvJ EU ligt een inbreuk op artikel 6 EVRM op de loer wanneer, ondanks een gemotiveerd verzoek, alsnog wordt afzien van een hoorzitting.

#### 4 DE NATIONALE (RECHTS)PRAKTIJK IN MEDEDINGINGSPROCEDURES

##### 4.1 Inleiding

De voorgaande paragrafen illustreren dat zowel het Unierecht als het EVRM een hoorrecht voorschrijven voor verschillende (belastende) procedures. Uit deze jurisprudentie volgt wanneer een verplichting bestaat om gehoord te worden, gedurende welke procedure (besluitvormingsprocedure of rechterlijke procedure) sprake moet zijn van een hoorzitting, welke uitzonderingen op deze hoorplicht mogelijk zijn en wat de gevolgen zijn van een schending van het recht om gehoord te worden. Hoe de hoorzitting verder wordt ingevuld, is een zaak die op nationaal niveau geregeld moet worden. Gedacht kan worden aan regels over het contact tussen partijen voor de hoorzitting of het moment waarop een uitnodiging voor een hoorzitting wordt verstuurd.<sup>137</sup> In lijn met de opzet van de andere casestudies wordt in deze paragraaf het in de Nederlandse mededingingsprocedure geldende hoorrecht vergeleken met de standaarden die volgen uit het Unierecht en het EVRM. Deelparagraaf 4.2 gaat in het

---

<sup>137</sup> Craig 2012, p. 322-323.

algemeen in op het hoorrecht in de klassieke boeteprocedure. In de daaropvolgende deelparagrafen wordt ingegaan op het hoorrecht in de verschillende mededingingsprocedures: de clementieprocedure (deelparagraaf 4.3) en de overige procedures, bestaande uit de toezeggingsprocedure (deelparagraaf 4.4.1) en procedures waarin een last onder dwangsom, zelfstandige last of bindende aanwijzing wordt opgelegd (deelparagraaf 4.4.2). Vervolgens passeren de mogelijkheden om gehoord te worden in de fas bij de bestuursrechter de revue (deelparagraaf 4.5). Elke deelparagraaf wordt afgesloten met een overzicht van de voorlopige bevindingen.

## 4.2 Het horen in de 'klassieke' boeteprocedure

### 4.2.1 *Status quo*

#### 4.2.1.1 *Het horen van overtreders in de primaire besluitvormingsfase*

Noch in de Mw noch in de Instellingswet is een expliciet hoorrecht opgenomen. Conform het ingetrokken artikel 60 lid 1 Mw werden belanghebbenden schriftelijk opgeroepen om naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze naar voren te brengen omtrent het uitgebrachte rapport. In de praktijk, zoals de analyse van alle boetebesluiten illustreert (zie bijlage I), biedt de ACM zowel een schriftelijke en mondelinge ronde aan. Daarvoor verwijst het ACM nog steeds naar het oude artikel 60 Mw. De rechtsbasis is nu echter te vinden in de Awb:

*'Artikel 5:53*

*1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.*

*[...]*

*3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.'*

Deze bepaling illustreert dat een hoorzitting tot de mogelijkheden behoort; de in afdeling 4.1.2 Awb neergelegde beperkingen op de hoorplicht zijn niet van toepassing. Bij de voorbereiding van de boetebeschikkingen moet dan ook aan de overtreder de gelegenheid worden geboden mondeling of schriftelijk zijn zienswijze naar voren te brengen.<sup>138</sup> Reeds eerder is opgemaakt dat de ACM geen onderscheid maakt tussen zware (boetes > € 340) en lichte bestuurlijke boetes (boetes < € 340).<sup>139</sup> Een overtreder heeft dus met betrekking tot elke bestuurlijke boete het recht op een hoorzitting. Het rapport moet voor de hoorzitting aan de overtreder worden toegezonden zodat de

<sup>138</sup> *Kamerstukken II 1995/96, 24707, 3 (MvT).*

<sup>139</sup> Volgens de Awb geldt geen hoorplicht wanneer het gaat om lichtere boetes (zie artikel 5:53 Awb jo. artikel 5:50 Awb). Deze omstandigheid sluit niet uit dat het bestuursorgaan desalniettemin overgaat tot het horen, bijvoorbeeld omdat de feiten nog niet duidelijk zijn. De verplichting tot zorgvuldig onderzoek (artikel 3:2 Awb) kan het bestuursorgaan zelfs dwingen tot het horen van de vermoedelijke overtreder. Zie Damen e.a. 2013, p. 723; en Ten Berge & Michiels 2001, p. 260.

belanghebbende weet waartegen hij zich moet verweren.<sup>140</sup> Verder moet de ACM zorgen voor bijstand door een tolk als blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt.<sup>141</sup> Hoewel de functie van de hoorzitting overwegend instrumenteel is,<sup>142</sup> wat inhoudt dat de hoorzitting voornamelijk is gericht op het publieke belang van een correcte besluitvorming,<sup>143</sup> wordt – door de overtreders in de praktijk te horen – door de ACM ook tegemoetgekomen aan de verdedigingsbelangen van de overtreders. De ondernemingen kunnen echter zelf besluiten om enkel schriftelijke zienswijzen in te dienen. Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak *Geuneburg* waar de betrokken ondernemingen geen gebruik maakten van de mogelijkheid om hun zienswijzen mondeling toe te lichten.<sup>144</sup>

Uit de memorie van toelichting wordt duidelijk dat de ACM zelf kan bepalen op welke wijze de overtreders worden gehoord. Het meest voor de hand ligt dat er een hoorzitting plaatsvindt waarbij alle betrokkenen aanwezig zijn en op elkaar kunnen reageren. Noch de Mw noch de memorie van toelichting geven echter uitsluitsel over de vraag of de organisatie van de hoorzitting in overleg met de betrokkenen dient plaats te vinden; de Awb geeft op dit punt evenmin antwoord. Wel kan ervan worden uitgegaan dat het horen in elkaars aanwezigheid niet plaatsvindt wanneer de vertrouwelijkheid zich daartegen verzet.<sup>145</sup> Zo werd de heer C. in de Limburgse bouwzaken apart gehoord. Uit het besluit van de ACM volgt niet duidelijk of inderdaad het vertrouwelijke karakter van de verklaringen van de heer C. de reden was voor het afzonderlijk horen.<sup>146</sup>

#### 4.2.1.2 *Het horen van derden in de primaire besluitvormingsfunctie*

Ook derden kunnen gehoord worden wanneer zij als belanghebbenden worden aangemerkt.<sup>147</sup> Het gaat hier om een mogelijkheid voor derden om desgewenst schriftelijk of mondeling hun zienswijzen naar voren te brengen.<sup>148</sup> Dit hoorrecht is blijkens de totstandkomingsgeschiedenis beperkt en beoogt slechts te waarborgen dat een verificatie van gegevens plaatsvindt.<sup>149</sup> Het heeft geen rechtsbeschermingsfunctie en is uitdrukkelijk niet bedoeld om vooraf alle mogelijke aanwezige belangen in kaart te brengen.<sup>150</sup> Het horen van derden biedt het bestuursorgaan vooral de mogelijkheid om derden een reactie te vragen op de reeds verzamelde feiten. Voorwaarde voor het horen van derden is evenwel dat de belastende beschikking van het bestuursorgaan

<sup>140</sup> Artikel 5:50 lid 1 sub a Awb.

<sup>141</sup> Artikel 5:50 lid 1 sub b Awb.

<sup>142</sup> De Moor-van Vugt 2012, p. 12.

<sup>143</sup> De essentiële functie richt zich op de bescherming van het individu in het besluitvormingsproces. Zie Barbier de La Serre 2006, p. 227-228.

<sup>144</sup> ACM 24 mei 2013, 7400 (*Geuneburg*).

<sup>145</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3 (MvT). Zie ook Korsten & Van Wanroij 2008, p. 254.

<sup>146</sup> Besluit NMa 29 oktober 2010, 6494 en 6836 (*Limburgse bouwzaken 1, 2 en 3*).

<sup>147</sup> Artikel 4:8 Awb. Zie over deze bepaling Aardema 2003, p. 50-59.

<sup>148</sup> Artikel 4:9 Awb.

<sup>149</sup> PG Awb I, p. 254-255.

<sup>150</sup> Uitspraak Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5611, par. 6.3.



moet steunen op gegevens over feiten en belangen die de geadresseerde betreffen, terwijl deze gegevens niet door hemzelf zijn verstrekt.<sup>151</sup> Op grond van deze voorwaarde ligt het minder voor de hand dat een derde-belanghebbende wordt gehoord. De beschikking zal immers niet snel gebaseerd zijn op gegevens die hem betreffen. Met betrekking tot klagers ligt het horen echter meer in de rede; een klacht kan immers alleen worden afgewezen nadat de aanvrager daarover is gehoord.<sup>152</sup>

#### 4.2.1.3 *Het horen in de bezwaarfase*

Van belang is dat een belanghebbende op enig moment in de bestuurlijke besluitvorming is gehoord wanneer sprake is van een strafvervolgning in het licht van artikel 6 EVRM.<sup>153</sup> Het niet-horen in de primaire besluitvorming kan dan ook hersteld worden in de bezwaarfase. Grondslag hiervoor is artikel 6:22 Awb dat de mogelijkheid geeft een besluit in stand te laten,<sup>154</sup> ondanks de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel.<sup>155</sup> Vereist is dat de belanghebbende door de schending niet is benadeeld.<sup>156</sup>

Het horen in de bezwaarfase is neergelegd in artikel 7:2 Awb en is gericht op de indiener van het bezwaarschrift, de geadresseerde van het bestreden besluit en de belanghebbenden die bij de voorbereiding van het bestreden besluit hun zienswijze naar voren hebben gebracht.<sup>157</sup>

*'Artikel 7:2 lid 1 Awb*

*1. Voordat een bestuursorgaan op het bezwaar beslist, stelt het belanghebbenden in de gelegenheid te worden gehoord.'*

De bezwaarschriftprocedure kent twee hoofdfuncties: het verlenen van rechtsbescherming (de essentiële functie) en het bijdragen aan een zorgvuldige besluit-

<sup>151</sup> Verder geldt de eis dat belanghebbenden relevante gegevens moeten verstrekken. Artikel 4:8 lid 2 Awb. Zie ook Van Ballegooij & Barkhuysen 2008, p. 120.

<sup>152</sup> De aanvragers van beschikkingen dienen te worden gehoord indien de aanvraag geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen op grond van gegevens over feiten en belangen die de aanvrager betreffen en die afwijken van de gegevens die de aanvrager heeft verstrekt. Het moet dus gaan om een voor de aanvrager ongunstig besluit. Zie artikel 4:7 Awb.

<sup>153</sup> Zie CRvB 2 maart 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA0586. Zie ook Schreuder-Vlasbom 2011, p. 469.

<sup>154</sup> Volgens de MvT is geen ruimte voor de toepassing van dit artikel wanneer zonder de schending een andere uitkomst van de besluitvorming mogelijk was geweest. PG Awb I, p. 313-314.

<sup>155</sup> Tot 1 januari 2013 werd gesproken van een schending van een vormvoorschrift. Vanaf 1 januari 2013 heeft artikel 6:22 Awb een ruimer toepassingsbereik gekregen.

<sup>156</sup> In veel gevallen zal het niet horen in de primaire besluitvormingsfase niet leiden tot benadeling omdat de belanghebbende in bezwaar alle gronden kan inbrengen. ABRvS 10 augustus 1995, AB 1996/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels; en ABRvS 7 september 2005, AB 2006/155m m.nt. N. Verheij. In zeer uitzonderlijke gevallen heeft de rechter aangenomen dat de belanghebbende door het niet horen in de primaire besluitvorming dusdanig was benadeeld dat het passeren van de schending niet meer mogelijk was. Zo was het gebrek aan een hoorzitting niet te passeren bij de voorbereiding van een ontslagbesluit van een ambtenaar. CRvB 29 april 1999, TAR 1999/96, m.nt. P.L. de Vos, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8270; en CRvB 24 januari 2013, AB 2013/106, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak, ECLI:NL:CRVB:2013:BY9358.

<sup>157</sup> Zie Damen e.a. 2013, p. 193.

vorming (de instrumentele functie).<sup>158</sup> De wetgever acht de hoorplicht in de bezwaarprocedure een essentiële component van die procedure en dit vormt volgens de wetgever het belangrijkste moment waarop belanghebbenden mondeling hun standpunten kunnen toelichten.<sup>159</sup> Onduidelijk is echter welke van deze twee functies van het horen de boventoon voert;<sup>160</sup> gesteld kan worden dat beide functies twee kanten van een en dezelfde medaille zijn.<sup>161</sup> Vanuit het oogpunt van *equality of arms* geeft de wetgever belanghebbenden de mogelijkheid om in elkaars aanwezigheid te worden gehoord.<sup>162</sup> Op deze manier kunnen betrokkenen over en weer op elkaars standpunten reageren en zijn alle betrokkenen op gelijke wijze en in gelijke mate op de hoogte van de relevante informatie en standpunten die aan de orde komen.<sup>163</sup> Wanneer echter de zorgvuldigheid van de besluitvorming in het geding komt, of tijdens het horen feiten of omstandigheden bekend zullen worden waarvan geheimhouding om gewichtige redenen is geboden, dan kan worden afgezien van het gezamenlijk horen.<sup>164</sup> De Awb schrijft verder niet de wijze voor waarop in de bezwaarprocedure gehoord moet worden. De wetgever heeft dat bewust niet voorgeschreven.<sup>165</sup> Zo kan het bestuursorgaan zelf horen<sup>166</sup> of kan het horen plaatsvinden door een externe adviescommissie.<sup>167</sup> Van het horen dient in ieder geval een verslag gemaakt te worden.<sup>168</sup>

In mededingingsprocedures was het de praktijk dat het horen plaatsvond voor een dergelijke externe adviescommissie, namelijk de Adviescommissie bezwaarschriften ACM.<sup>169</sup> Deze Adviescommissie is op 1 augustus 2014 opgeheven. De Adviescommissie hoorde niet alleen de ondernemingen maar ook het bestuursorgaan zelf. De hoorzitting was daarmee te vergelijken met een behandeling ter zitting door de

<sup>158</sup> De tweedelige functie is bevestigd in de literatuur. Zie bijvoorbeeld Koenraad & Sanders 2006, p. 61; en Damen, Bröring, e.a. 2013, p. 185.

<sup>159</sup> PG Awb I, p. 329-331.

<sup>160</sup> Zo bekijkt Simon (Simon 2003, p. 174) de hoorplicht meer vanuit bestuurlijk oogpunt en ziet de hoorplicht als een *lex specialis* ten opzichte van het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb). Zie ook Koenraad 2008, p. 202.

<sup>161</sup> Wenders 2010, p. 242. Volgens Wenders wordt bij de ene functie het perspectief van de belanghebbende op het horen vooropgesteld, terwijl de andere functie vooral in het teken staat van het perspectief van het bestuur op de procedure en het horen. Van een tegenstelling is dan geen sprake.

<sup>162</sup> Artikel 7:6 lid 1 Awb en artikel 7:20 lid 1 Awb.

<sup>163</sup> Wenders 2010, p. 296.

<sup>164</sup> Artikel 7:6 lid 2 Awb en artikel 7:20 lid 2 Awb.

<sup>165</sup> PG Awb I, p. 329.

<sup>166</sup> Het horen kan geschieden door of mede door het bestuursorgaan zelf, de voorzitter van het bestuursorgaan of een lid van het bestuursorgaan. Daarnaast kan het horen geschieden door een ambtenaar (of een groep van ambtenaren) die niet bij de voorbereiding van het bestreden besluit betrokken is (zijn) geweest. Zie artikel 7:5 lid 1 Awb.

<sup>167</sup> Artikel 7:13 Awb. Een externe adviescommissie heeft een voorzitter en minimaal twee leden. De voorzitter maakt geen deel uit van en is niet werkzaam onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Zie Jans & Outhuijs 2013, p. 3.

<sup>168</sup> Artikel 7:7 en 7:21 Awb.

<sup>169</sup> Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 2 april 2013, ACM/DJZ/2013/200835, tot instelling van een Adviescommissie bezwaarschriften (Besluit instelling Adviescommissie bezwaarschriften ACM), *Stcrt.* 2013, 9714).

bestuursrechter. Het horen kon geschieden door de voorzitter of een lid dat geen deel uitmaakte van en niet werkzaam was onder de verantwoordelijkheid van de ACM.<sup>170</sup> Tijdens de hoorzitting kon de bezwaarde een toelichting geven waarop het bestuursorgaan kon reageren en stelde de Adviescommissie vragen aan partijen. Zowel de onderneming als het bestuursorgaan lieten zich bijstaan door specialisten (advocaten/rechtshulpverleners respectievelijk juristen van de Juridische Dienst), wat bijdroeg aan een professioneel debat tussen ‘materiedeskundigen’.<sup>171</sup> Daarnaast kon de Adviescommissie getuigen en deskundigen horen.<sup>172</sup> Van deze bevoegdheid tot zelfstandig feitenonderzoek heeft de Adviescommissie nog nooit gebruikgemaakt.<sup>173</sup> Na afloop van de hoorzitting bracht de Adviescommissie een advies uit aan het bestuursorgaan over de te nemen beslissing op bezwaar. Het advies bevatte een verslag van het horen en werd, wanneer het bestuursorgaan in zijn besluit op het bezwaarschrift afweek van het advies, naar de belanghebbenden gestuurd.<sup>174</sup> In hoofdstuk 9 worden redenen genoemd waarom de afschaffing van deze Adviescommissie betreurenswaardig is vanuit het oogpunt van de bescherming van fundamentele procesrechten.

#### 4.2.1.4 *De beperkingen op het hoorrecht in de besluitvormingsfase*

In de primaire besluitvormingsfase is sprake van een mogelijkheid tot het, mondeling of schriftelijk, indienen van zienswijzen: de wetstekst spreekt over het ‘steeds’ in de gelegenheid gesteld worden om zienswijzen naar voren te brengen. Een expliciete beperking wordt niet genoemd, maar kan gelegen zijn in de omstandigheid dat reeds een schriftelijke ronde heeft plaatsgevonden en dus geen wettelijke verplichting meer bestaat om de belanghebbende een mondelinge ronde aan te bieden. Ten aanzien van derden-belanghebbenden geldt dat specifieke gronden kunnen bestaan om van het horen af te zien.<sup>175</sup> Deze uitzonderingen zijn vooral te herleiden tot de functie die de hoorzitting in de primaire besluitvormingsfase overwegend vertegenwoordigt (zorgvuldige besluitvorming).<sup>176</sup>

<sup>170</sup> Artikel 7:13 lid 3 Awb.

<sup>171</sup> Zie Jans & Outhuijse 2013, p. 6.

<sup>172</sup> Artikel 6 lid 2 Besluit instelling Adviescommissie bezwaarschriften ACM jo. artikel 7:8 Awb.

<sup>173</sup> Zie Jans & Outhuijse 2013, p. 6.

<sup>174</sup> Artikel 7:13 leden 6 en 7 Awb. De zorgvuldigheid kan gediend zijn wanneer het verslag van het horen toch wordt toegezonden aan de belanghebbenden (zeker wanneer op de hoorzitting nieuwe bezwaargronden worden aangevoerd). Zie Damen e.a. 2013, p. 199.

<sup>175</sup> De uitzonderingen zijn opgesomd in de artikelen 4:11 en 4:12 Awb. Het horen kan in vier situaties achterwege worden gelaten, namelijk wanneer (i) de vereiste spoed zich daartegen verzet, (ii) de belanghebbende reeds eerder in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen en zich sindsdien geen nieuwe feiten hebben voorgedaan, of (iii) het met de beschikking beoogde doel slechts kan worden bereikt indien de belanghebbende daarvan niet reeds tevoren in kennis is gesteld, en (iv) wanneer bezwaar of beroep openstaat tegen beschikkingen die strekken tot het vaststellen van een financiële verplichting of aanspraak.

<sup>176</sup> Widdershoven e.a. 2007, p. 82.

Voor wat betreft de bezwaarfase zijn wel verschillende uitzonderingen op het hoorrecht in de Awb opgenomen.<sup>177</sup> Ten eerste kan van horen worden afgezien wanneer het bezwaar kennelijk niet-ontvankelijk<sup>178</sup> of, ten tweede, kennelijk ongegrond<sup>179</sup> is. Ten derde bestaat een uitzondering op het hoorrecht wanneer belanghebbenden uitdrukkelijk hebben verklaard geen gebruik te willen maken van het recht te worden gehoord.<sup>180</sup> Ten vierde kan van horen worden afgezien wanneer de belanghebbende niet binnen een door het bestuursorgaan gestelde redelijke termijn verklaart dat hij gebruik wil maken van zijn recht op horen.<sup>181</sup> Als laatste uitzondering geldt dat het horen achterwege kan blijven indien aan het bezwaar volledig tegemoet is gekomen en andere belanghebbenden daardoor niet in hun belangen worden geschaad.<sup>182</sup> Indien het onduidelijk is of een van de uitzonderingsgronden van toepassing is, dan ligt het horen, gezien het belang dat wordt gehecht aan het horen in de bezwaarfase, in de rede.<sup>183</sup>

#### 4.2.1.5 *Schorsende werking van bezwaar*

Het instellen van bezwaar en beroep heeft in principe geen schorsende werking van het besluit tot gevolg.<sup>184</sup> Op grond van het onschuldvermoeden is in de literatuur echter betoogd dat voor bestraffende besluiten een uitzondering dient te worden gemaakt op deze hoofdregel.<sup>185</sup> In de MvT van de Awb zijn dan ook mogelijkheden genoemd om in bijzondere wetgeving van deze hoofdregel af te wijken, bijvoorbeeld wanneer in de primaire fase geen hoorplicht geldt. In deze situatie 'kan schorsende werking van het bezwaar nuttig zijn om feitelijke onjuistheden nog voor het invorderbaar worden van de boete te kunnen herstellen'.<sup>186</sup>

De Mw voorzag, in tegenstelling tot de Awb, in een uitzondering door te voorzien in de schorsende werking van een beschikking waarin een bestuurlijke boete werd opgelegd.<sup>187</sup> Met de komst van de Instellingswet ACM heeft de wetgever echter besloten om aan te sluiten bij de hoofdregel van artikel 6:16 Awb. De argumenten voor deze koerswijziging zijn het bevorderen van een efficiënter gebruik van rechtsmiddelen

<sup>177</sup> Artikel 7:3 Awb.

<sup>178</sup> Artikel 7:3 sub a Awb.

<sup>179</sup> Artikel 7:3 sub b Awb. Men kan pas spreken van kennelijke ongegrondheid indien uit het bezwaarschrift zelf al direct, dat wil zeggen zonder enig verder onderzoek, blijkt dat de aangevoerde bezwaren ongegrond zijn en er redelijkerwijs over die conclusie geen twijfel mogelijk is. CRvB 11april 1995, KG 1995/245.

<sup>180</sup> Artikel 7:3 sub c Awb. Het horen kan alleen achterwege blijven als betrokkene aantoonbaar te kennen heeft gegeven dat hij niet wil worden gehoord. Dit mag dus niet te snel worden aangenomen. Een belanghebbende dient het afzien van horen expliciet aan te geven. Zie ABRvS 3 maart 2004, AB 2004/252, m.nt. N. Verheij, ECLI:NL:RVS:2004:AO4777. Zie ook HR 15 mei 2009, AB 2009/342, m.nt. B.W.N. de Waard, ECLI:NL:HR:2009:BI3751.

<sup>181</sup> Artikel 7:3 sub d Awb.

<sup>182</sup> Artikel 7:3 sub e Awb.

<sup>183</sup> Koenraad, *Gst.* 2008/45, p. 202.

<sup>184</sup> Artikel 6:16 Awb.

<sup>185</sup> Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 191-192.

<sup>186</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 135 (MvT).

<sup>187</sup> Artikel 63 Mw.

en het verkorten van de doorlooptijden van ACM-zaken.<sup>188</sup> Met het oog op de rechtsbescherming van marktorganisaties, en de over het algemeen ‘forse boetes’ die de ACM kan opleggen, heeft de wetgever de schorsende werking niet volledig achterwege gelaten. Op grond hiervan heeft de wetgever gekozen voor een systeem met een beperkte schorsende werking van bezwaar tegen een boetebesluit bestaande uit de opschorting van de werking van de beschikking met 24 weken.<sup>189</sup> Met deze bepaling is de schorsende werking van bezwaar en (hoger) beroep bij boetebesluiten vervangen door een vaste termijn voor zaken waarin bezwaar is ingesteld. Voor (hoger) beroep is de schorsende werking echter geheel afgeschaft.

#### 4.2.2 *Vergelijking met het Unierecht*

##### 4.2.2.1 *Het horen in de primaire besluitvormingsfase*

Op grond van het Unierecht dient een hoorzitting plaats te vinden in alle ‘bezwarende’ zaken. Een bestuurlijke boete valt onder een dergelijke ‘bezwarende’ zaak zoals het Hof in de zaak *Hoffman La Roche* specifiek voor de bestuurlijke boete heeft bevestigd.<sup>190</sup> Dit betekent dat in de klassieke boeteprocedure een hoorzitting op grond van het Unierecht vereist is. Een beperking op het hoorrecht is enkel mogelijk wanneer de beperking beantwoordt aan specifieke doelstellingen van algemeen belang. Er is echter geen doelstelling van algemeen belang bekend die een beperking op het hoorrecht in mededingingszaken kan rechtvaardigen. De hoorzitting in klassieke boeteprocedures in Nederland wijkt op verschillende punten af van de praktijk in Europese mededingingsprocedures. In de primaire besluitvormingsfase biedt de Awb enkel de mogelijkheid tot het mondeling en schriftelijk indienen van zienswijzen. Theoretisch bezien kan dus niet worden gesproken van een *recht* op een hoorzitting. In de praktijk biedt de ACM echter altijd een hoorzitting aan, mits de ACM hierover afwijkende afspraken heeft gemaakt met de betreffende partijen. Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, waarin het hoorrecht voor de administratieve fase is opgenomen, wordt echter niet expliciet toegepast. De ACM volgt daarmee een handhavingspraktijk die, hoewel een duidelijke wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, in overeenstemming is met het Unierecht. De praktijk van de ACM is daarmee te vergelijken met de praktijk van de Commissie die ook voor het nemen van een boetebesluit de betrokken partijen hoort. Een groot verschil is echter gelegen in de wijze waarop de ACM en de Commissie horen. De hoorzitting van de Commissie heeft immers meer het karakter van een hoorzitting tijdens een terechtzitting, omdat de hoorzitting wordt begeleid en voorgezeten door de raadadviseur-auditeur die in beginsel onafhankelijk is van degene die het onderzoek hebben geleid en die

<sup>188</sup> Door de afschaffing van bezwaar wordt volgens de wetgever de afweging van marktorganisaties of zij al dan niet in bezwaar of (hoger) beroep gaan uitsluitend genomen op basis van de inschatting dat bezwaar of (hoger) beroep zal leiden tot een aanpassing of vernietiging van het besluit. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33622, 1, p. 24 (MvA).

<sup>189</sup> Artikel 12p Instellingswet ACM.

<sup>190</sup> HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, *Jur.* 1978, p. 461 (*Hoffmann-La Roche III*).

uiteindelijk de beslissing nemen. De ACM kende ook een soortgelijke opzet in de bezwaarfase waar de Adviescommissie bezwaarschriften ACM de hoorzitting voorzat. Zoals reeds vermeld, is deze Adviescommissie echter opgeheven. Dat de wijze van horen tussen de ACM en de Commissie verschilt, levert vanuit het perspectief van de fundamentele procesrechten geen problemen op. Het Unierecht schrijft immers geen specifieke regels voor over de wijze en invulling van het hoorrecht. Wel kan de praktijk van de Commissie, zoals in hoofdstuk 9 uitvoerig wordt besproken, illustratief zijn voor het wegnemen van de verschillende knelpunten die bestaan ten aanzien van de handhaving door de ACM.

Een ander verschil heeft betrekking op het horen van derden. Een derde heeft in Nederlandse mededingingszaken, in tegenstelling tot de Europese mededingingszaken, meer mogelijkheden om gehoord te worden. Op nationaal niveau kunnen derden-belanghebbenden om een hoorzitting verzoeken op grond van artikel 4:8 Awb.<sup>191</sup> Op Unieniveau worden klagers pas gehoord wanneer zij zeer nauw verbonden zijn aan de procedure. Een gemotiveerd verzoek daartoe moet door de klager worden ingediend bij de raadadviseur-auditeur.<sup>192</sup> Derden, niet zijnde klagers, worden enkel gehoord wanneer de raadadviseur-auditeur van mening is dat de mondelinge verklaring van de derde een significante bijdrage kan leveren aan de waarheidsvinding.<sup>193</sup> De beslissing omtrent het horen van derden ligt dus geheel in handen van de raadadviseur-auditeur.

#### 4.2.2.2 *Het horen in de bezwaarfase*

Voor wat betreft het horen in de bezwaarfase is wel een expliciete rechtsgrondslag te vinden in de Awb. In de jurisprudentie van de Unierechters in mededingingszaken zijn echter geen aanwijzingen te vinden dat een hoorzitting ook verplicht zou moeten zijn in bezwaarprocedures. Dit heeft te maken met het feit dat in Europese mededingingsprocedures niet wordt voorzien in een bezwaarfase; tegen een besluit van de Commissie staat beroep open bij het Gerecht. Er is slechts beperkte algemene jurisprudentie bekend over de hoorzitting in de bezwaarfase. In een prejudiciële procedure die Nederland had ingesteld, verduidelijkte het HvJ EU of het pas horen in de bezwaarfase in overeenstemming was met de rechten van verdediging. Volgens het HvJ EU is dit onder bepaalde voorwaarden in overeenstemming met het recht om te

<sup>191</sup> Zoals ook bleek uit deelparagraaf 4.2.1.2 is het hoorrecht van artikel 4:8 Awb evenwel beperkt omdat de bepaling zelf specifieke voorwaarden aan het hoorrecht verbindt. Bovendien zijn aan het hoorrecht van artikel 4:8 Awb verschillende uitzonderingen verbonden die zijn opgenomen in de artikelen 4:11 en 4:12 Awb. Deze uitzonderingen hebben echter niet het grondrechtelijke karakter van het verdedigingsbeginsel. De uitzonderingen zijn dan ook primair opgenomen om te voorkomen dat de hoorplicht een te grote belasting oplevert voor bestuursorganen. *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 104 (MvT). Het ligt ook voor de hand dat het hoorrecht voor een overtreder, die immers bedreigd wordt met een sanctie, verder strekt dan het hoorrecht voor derden. Zie Gerbrandy 2011, p. 107.

<sup>192</sup> Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFEU, par. 32-33.

<sup>193</sup> Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFEU, par. 34.

worden gehoord, mits opschorting van het bezwarende besluit mogelijk is. Een nationale regeling die dus niet voorziet in een eventuele opschorting van het bezwarende besluit doet volgens het HvJ EU in ieder geval afbreuk aan het recht om te worden gehoord.<sup>194</sup> Opschorting moet zeker het geval zijn als er redenen zijn om aan de rechtsgeldigheid te twijfelen van de in het geding zijnde maatregel of als de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden.<sup>195</sup> Het verschuiven van de uitoefening van het recht om te worden gehoord naar een tijdstip na dat van het nemen van een nadelige individuele maatregel is daarmee aan strikte voorwaarden onderworpen.<sup>196</sup> De nationale mededingingsprocedure voorziet in een beperkte opschortende werking van het besluit van 24 weken. Het is onduidelijk hoe deze beperkte opschortende werking van het besluit zich verhoudt tot het Unierecht waar in principe een onbeperkte (niet gelimiteerd tot 24 weken) opschortende werking van het besluit wordt verdedigd. Een probleem zal waarschijnlijk ontstaan wanneer de ACM na de 24 weken nog niet tot een heroverweging van het besluit is gekomen. Het is immers niet uit te sluiten dat de belanghebbende – wanneer het bezwarende besluit niet meer is geschorst – na deze 24 weken alsnog onherstelbare schade zal lijden.

#### 4.2.3 *Vergelijking met het EVRM*

##### 4.2.3.1 *Het hoorrecht*

Artikel 6 EVRM vereist dat het horen plaatsvindt door een administratieve autoriteit of een rechterlijke orgaan dat de eigenschappen bezit van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht met volledige rechtsmacht.<sup>197</sup> Daarnaast verlangt artikel 6 EVRM een openbare hoorzitting. In hoofdstuk 5 is echter de conclusie getrokken dat de ACM niet de kenmerken van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht bezit. Bovendien vinden de hoorzittingen achter gesloten deuren plaats. In principe betekent dit dat de hoorzitting in de bestuurlijke besluitvormingsfase niet voldoet aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt. In hoofdstuk 4, waar ook de doorwerking van artikel 6 EVRM naar de bestuurlijke besluitvormingsfase aan bod is gekomen, is echter gesteld dat artikel 6 EVRM wel degelijk zijn schaduw achteruitwerpt naar de bestuurlijke besluitvormingsfase. Dit kan betekenen dat nadere institutionele vormgevingseisen gesteld kunnen worden aan de ACM zodat zij wel voldoet aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen van artikel 6 EVRM (zie hierover ook hoofdstuk 9).

Dit zou betekenen dat ondernemingen in een administratieve procedure de mogelijkheid dienen te hebben om, in ieder geval schriftelijk, te reageren op de standpunten van de ACM. Vervolgens is het de vraag of partijen ook mondeling gehoord moeten worden (ervan uitgaande – zoals hiervoor aangestipt – dat de ACM

<sup>194</sup> HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kamino/Datema*). Zie over deze uitspraak meer: Buijze 2014, p. 299-304.

<sup>195</sup> Zie de uitspraken van het HvJ EU in de zaken *Texdata Software* (HvJ EU 26 september 2013, C-418/11 (n.n.g.) (*Texdata Software*)) en *Kamino* (HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kamino/Datema*)).

<sup>196</sup> Inghelram 2015, p. 238.

<sup>197</sup> EHRM 4 maart 2014, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 en 18698/10 (*Grande Stevens e.a. t. Italië*).



gelijkgesteld kan worden met een onafhankelijke en onpartijdige instantie). Op grond van artikel 6 EVRM luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, tenzij de zaak uitsluitend op grond van de schriftelijke stukken beoordeeld kan worden (zie verder deelparagraaf 4.3 over de hoorzitting in clementieprocedures). Uit de jurisprudentie van het EHRM over het recht om gehoord te worden, volgt echter wel de specifieke eis dat de personen aanwezig zijn die de uiteindelijke beslissing nemen. De zaak *Grande Stevens* van het EHRM illustreert echter dat het horen door de sanctiedienst (vergelijkbaar met de Juridische Dienst van de ACM) en niet door de Commissie (die de beslissing nam) in strijd was met artikel 6 EVRM. Het was immers theoretisch mogelijk dat de Commissie afweek van de bevindingen van de sanctiedienst op grond van, door de Commissie gesignaleerde, foutieve juridische of feitelijke interpretaties. In dat geval werd de sanctiedienst verzocht om over te gaan tot een heroverweging van de feitelijke of juridische vaststellingen. Op dit moment vindt echter alleen een hoorzitting plaats die door de Juridische Dienst van de ACM wordt georganiseerd en wordt bijgewoond door de partijen tegen wie de ACM een onderzoek heeft ingesteld. De raad van bestuur van de ACM is uiteindelijk degene die de beslissing neemt. De raad van bestuur kan dan ook de Juridische Dienst, nadat een conceptbesluit is voorgelegd, weer terugsturen naar de tekentafel en heeft daarmee aanzienlijke bevoegdheden bij het nemen van de uiteindelijke beslissing. Voor deze situaties vereist het EHRM dan ook een hoorzitting die plaatsvindt in de aanwezigheid van de raad van bestuur van de ACM. Dit is het binnen de huidige handhavingspraktijk niet het geval.

#### 4.2.3.2 *De beperkingen op het hoorrecht*

Het hoorrecht uit het EVRM is echter niet absoluut. Zo is een hoorzitting niet vereist wanneer publieke belangen zich tegen een hoorzitting verzetten of de zaak eerlijk en redelijk kan worden beoordeeld op basis van de schriftelijke stukken. Met betrekking tot de twee beperkingsgronden heeft het EHRM, in de regelmatig besproken uitspraak *Jussila*, immers bepaald dat een hoorzitting de regel is, maar dat van deze regel onder omstandigheden kan worden afgeweken. Een hoorzitting is weliswaar het uitgangspunt, maar de feitelijke en juridische vragen die in een zaak spelen kunnen ertoe leiden dat de zaak enkel schriftelijk wordt afgedaan. In een klassieke boeteprocedure, waarin de belanghebbenden hoogstwaarschijnlijk zowel de feitelijke als juridische gronden zullen aanvechten, zal echter niet snel van een hoorzitting afgeweken (kunnen) worden. Mededingingsprocedures zijn immers zeer complex en de beoordeling van een mogelijke inbreuk vindt plaats aan de hand van de concrete marktsituatie alsmede de juridische en economische context waarbinnen de ondernemingen opereren. Een hoorzitting biedt partijen de mogelijkheid hun standpunten ten aanzien van deze complexe materie toe te lichten en eventuele verklaringen (die in de onderzoeksfase zijn verzameld) te beoordelen op hun betrouwbaarheid. Daarnaast heeft de hoorzitting een rechtsbeschermingsfunctie die de

kern raakt van de verdedigingsrechten die de belanghebbenden toekomen.<sup>198</sup> Op grond van de nationale rechtspraak kan, hetgeen echter niet de praktijk is,<sup>199</sup> in de primaire besluitvormingsfase een hoorzitting achterwege blijven wanneer de belanghebbenden reeds hun schriftelijke zienswijzen hebben ingediend. Deze, in het licht van artikel 6 EVRM, te ruime beperking op het hoorrecht wordt echter hersteld door de bezwaarschriftprocedure waar de gronden om af te zien van een hoorzitting zeer beperkt zijn. Deze gronden zien voornamelijk toe op de houding van de belanghebbende en vereisen bijvoorbeeld dat de belanghebbende zelf een verzoek voor een hoorzitting indient. Voor alle overige situaties is een hoorzitting in de bezwaarfase verplicht. De praktijk in de klassieke boeteprocedure voldoet op dit punt aan de eisen van artikel 6 EVRM.

#### 4.2.4 Voorlopige bevindingen

Een analyse van de hoorrechten in het EVRM en het Unierecht, en een vergelijking van deze rechten met de praktijk van de ACM in de klassieke boeteprocedure, levert een gemengd beeld op. De analyse laat zien dat er een duidelijk verschil zit tussen wat de ACM op grond van nationale wetgeving rechtens verplicht is en wat uiteindelijk de praktijk is. Het verschil leidt echter niet tot een verslechtering, maar juist tot een verbetering van de rechtspositie van belanghebbenden. De hoorzitting in de primaire besluitvormingsfase is, op grond van artikel 5:53 Awb, overbodig wanneer de belanghebbenden reeds schriftelijk hun zienswijzen naar voren hebben gebracht. In de praktijk vindt echter zowel in de primaire besluitvormingsfase als in de bezwaarfase een hoorzitting plaats. Met deze praktijk wordt aangesloten bij het Unierecht waar een hoorzitting wordt verlangd voordat het daadwerkelijke bezwarende besluit wordt genomen. Het horen vindt dus in de primaire besluitvormingsfase plaats, maar kan op grond van het Unierecht ook in de bezwaarfase plaatsvinden mits een mogelijkheid bestaat tot het opschorten van het bezwarende besluit. Ook het EVRM verlangt een hoorzitting op het moment dat sprake is van een mogelijke strafvervolgning. Van een met artikel 6 EVRM in overeenstemming zijnde hoorzitting kan echter pas gesproken worden wanneer een hoorzitting plaatsvindt voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Wanneer een bestuursorgaan (zoals de ACM) deze kenmerken niet bezit, dan moet dit procedurele gebrek hersteld worden in beroep. In hoofdstuk 4 zijn, en deze worden in hoofdstuk 9 uitgewerkt, verschillende argumenten naar voren gebracht die ervoor pleiten dat artikel 6 EVRM wel geldt voor de bestuurlijke besluitvormingsprocedure. Daarnaast worden in hoofdstuk 9 aanbevelingen gedaan voor het implementeren van meer onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsgaranties binnen de ACM. De hoorzitting van de ACM kan dan ook in overeenstemming met artikel 6 EVRM zijn wanneer deze aanbevelingen worden opgevolgd en de ACM bovendien

<sup>198</sup> Volgens sommige auteurs zijn deze hoge boetes zogeheten *hardcore criminal charges* in plaats van boetes die binnen de periferie van het strafrecht vallen. Zie Bronckers & Vallery 2011, p. 535-570. Meer hierover in hoofdstuk 4 van dit proefschrift, deelparagraaf 4.2.3.

<sup>199</sup> Zie hiervoor de bevindingen in deelparagraaf 4.2.1.1 van dit hoofdstuk.

voorziet in een mogelijkheid dat het beslissende orgaan in mededingingszaken (de raad van bestuur) aanwezig is bij de hoorzitting.

### 4.3 Het hoorrecht in clementieprocedures

#### 4.3.1 *Status quo*

De bespreking hiervoor over het hoorrecht in de klassieke boeteprocedure geldt ook voor de clementieprocedure. Met betrekking tot het recht om gehoord te worden maakt de ACM terecht geen onderscheid tussen ondernemingen die wel en ondernemingen die geen clementieverzoek hebben ingediend. Elke onderneming die wordt genoemd in het boeterapport heeft dan ook het recht om schriftelijk en mondeling te reageren op de bevindingen van de ACM. Het horen van de clementieverzoeker vindt gelijktijdig met de andere ondernemingen plaats; de clementieprocedure voorziet niet in een aparte hoorzitting. Voordat de ACM een rapport uitbrengt, en een hoorzitting plaatsvindt, zullen de clementieverzoekers en de ACM regelmatig met elkaar in contact treden. De betreffende onderneming moet immers een clementieaanvraag indienen (eventueel mondeling<sup>200</sup>) en gedurende de onderzoeksfase medewerking verlenen aan de ACM. Totdat het rapport aan de betrokkenen wordt verzonden, maakt de ACM de hoedanigheid van de clementieverzoeker echter niet aan derden bekend.<sup>201</sup> Voor het rapport vindt dus ook geen formele of informele hoorzitting plaats waaraan de bij het kartel betrokken ondernemingen kunnen deelnemen. Na het rapport vindt een hoorzitting plaats met alle ondernemingen die bij de mededingingsovertreding zijn betrokken (tenzij de vertrouwelijkheid zich tegen het gezamenlijk horen verzet). De clementieverzoekers kunnen eventueel afzien van een hoorzitting. In bijvoorbeeld de zaak *Paprika* zag de clementieverzoeker af van de mogelijkheid om mondeling zijn standpunt nader toe te lichten.<sup>202</sup>

#### 4.3.2 *Vergelijking met het Unierecht*

Net zoals in de nationale clementieprocedure verleent de Europese clementieprocedure de mogelijkheid aan clementieverzoekers om gehoord te worden. Ook hier is de ratio dat clementieverzoekers gedurende de gehele besluitvormingsprocedure in een vergelijkbare positie verkeren als de niet-clementieverzoekers en daarom in principe toegang hebben tot dezelfde verdedigingsrechten. Het Unierecht voorziet, in tegenstelling tot de Awb, in een open categorie van mogelijke beperkingen op het recht

<sup>200</sup> Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ/12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving, waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving ('Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM'), *Stcrt.* 11214, 24 april 2013, artikel 2.31.

<sup>201</sup> Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, artikel 2.44.

<sup>202</sup> ACM 15 mei 2012, 7036 (*Paprika*).

om te worden gehoord. Deze beperkingen moeten voldoen aan doelstellingen van algemeen belang. Een algemeen belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de snelle inning van de middelen van de Unie.<sup>203</sup> Dit zou kunnen betekenen dat de Commissie tot het oordeel komt dat in bepaalde Europese clementieprocedures de proces-economische voordelen die behaald kunnen worden bij het achterwege laten van een hoorzitting zwaarder wegen dan het behartigen van de rechten van verdediging van de clementieverzoekers. Tot op heden heeft deze situatie nog niet plaatsgevonden. Het Unierecht sluit deze beperking op het hoorrecht echter niet uit.

#### 4.3.3 *Vergelijking met het EVRM*

Net zoals het Unierecht vereist het EVRM in principe een hoorzitting. Ook ten aanzien van clementieaanvragers is immers sprake van een strafrechtelijke vervolging. Het EVRM biedt echter ruimte om af te wijken van deze regel wanneer het een zaak betreft die binnen de periferie van het strafrecht valt. Conform de *Jussila*-uitspraak kan van een hoorzitting worden afgeweken wanneer de aard van de zaak, gezien de juridische en feitelijke kwesties die spelen, zich daarvoor leent. De beperking hoeft dus niet, zoals het geval is in het Unierecht, gerelateerd te zijn aan de behartiging van een algemeen belang.

Vooral – maar niet uitsluitend – in clementieprocedures kunnen de weinige feitelijke en juridische vragen die nog resteren ertoe leiden dat het beslissende orgaan afziet van een hoorzitting. In een clementieprocedure dienen de betreffende ondernemingen immers een clementieverzoek in met daarin onder andere een verklaring van deelname aan het kartel en een gedetailleerde omschrijving van het kartel, waaronder de betrokken goederen of diensten, de geografische reikwijdte, de duur, de werkwijze, de geschatte marktvolumes die door het kartel zijn behaald alsmede de specifieke data, locaties, inhoud van en betrokkenen bij de mededingingsbeperkende gedragingen. Daarnaast bevat een clementieverzoek bewijsmateriaal ter staving van de verklaring.<sup>204</sup> Het is goed mogelijk dat de ACM, na de indiening van het clementieverzoek en het geleverde bewijsmateriaal, in staat is een inbreuk vast te stellen of een gerichte inspectie uit te voeren. Het is dan ook de vraag of een hoorzitting in een dergelijke situatie nog toegevoegde waarde heeft. Welke (mogelijke) resterende juridische en feitelijke twistpunten kunnen nog spelen tussen de ACM en de clementieaanvrager die een hoorzitting vereisen? De clementieaanvrager moet immers gedetailleerde informatie aanleveren alvorens in aanmerking te kunnen komen voor een boetekorting of boetevrijstelling. Daarnaast treden de clementieaanvrager en de ACM regelmatig met elkaar in contact waardoor eventuele feitelijke of juridische onduidelijkheden in een eerder stadium aan bod kunnen komen. Vanuit het perspectief van de clementieaanvrager is de hoorzitting daarmee geen platform meer om bepaalde verklaringen of feiten aan te vechten. Het is dan ook goed verdedigbaar dat van een

<sup>203</sup> HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kamino/Datema*).

<sup>204</sup> Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, artikel 2.30.

hoorzitting wordt afgezien in mededingingszaken die zijn gestoeld op de medewerking van clementieaanvragers. Aan deze beperking op het recht om gehoord te worden zijn wel een aantal voorwaarden verbonden.

Ten eerste geldt deze beperking alleen voor de ondernemingen die clementie hebben aangevraagd. Ten tweede sluit deze beperking niet uit dat de clementieverzoekers alsnog op de hoorzitting dienen te verschijnen wanneer de betrokken ondernemingen een verzoek hebben ingediend om de clementieverzoekers als getuigen te ondervragen (zie hierover de derde casestudie over het recht om getuigen te horen). De omstandigheid dat de clementieverzoekers alsnog op de hoorzitting aanwezig zullen zijn, volgt dan niet uit hun eigen uitgeoefende recht op een hoorzitting (zoals hiervoor reeds is aangegeven), maar uit het recht van de andere ondernemingen om op grond van artikel 6 lid 3 sub d EVRM de clementieaanvrager te ondervragen. Als laatste voorwaarde geldt dat deze beperking niet te formalistisch toegepast mag worden. In bepaalde zaken is het goed mogelijk dat ook de clementieverzoekers gebruiken willen maken van hun hoorrecht wanneer specifieke discussiepunten bestaan tussen de ACM en de clementieverzoekers. Een voorbeeld is de discussie tussen de ACM en de clementieverzoekers over de plaatsing van het clementieverzoek in de rangorde van clementieaanvragen (1<sup>e</sup>, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> clementieaanvrager). Deze plaatsing heeft grote financiële consequenties voor de betreffende onderneming aangezien het (mede) de hoogte van de boetekorting bepaalt. Een ander voorbeeld zijn discussiepunten omtrent de vaststellingen van de ACM ten aanzien van de zwaarte van de inbreuk of de duur van de inbreuk. Deze voorbeelden illustreren dat, hoewel de clementieprocedure zich goed leent voor een *Jussila*-benadering ten aanzien van de hoorzitting, een hoorzitting in sommige clementieprocedures nog wel degelijk vereist kan zijn op grond van artikel 6 EVRM.

#### 4.3.4 Voorlopige bevindingen

Net zoals in de klassieke boeteprocEDURE hebben ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend het recht om te worden gehoord. Zowel in Nederlandse als Europese clementieprocedures vindt dan ook een hoorzitting plaats waaraan zowel de clementieverzoekers als de niet-clementieverzoekers deelnemen. Op grond van het EVRM kan van deze praktijk worden afgeweken wanneer de geloofwaardigheid van de feiten ook schriftelijk kan worden beoordeeld. In clementieprocedures waar de clementieverzoeker zelf het bewijs aandraagt dat grondslag vormt voor de inbreukvaststelling, mag men ervan uitgaan dat de clementieverzoeker geen twijfels heeft omtrent de feiten die hij/zij zelf naar voren heeft gebracht. Een schriftelijke behandeling van de zaak kan dan ook volstaan tenzij sprake is van een onenigheid met de ACM over de interpretatie van deze feiten en deze onenigheid niet in een eerder stadium is opgelost. Het EVRM biedt met *Jussila* ruimte om flexibel van het hoorrecht af te wijken. Deze flexibele beperkingsmogelijkheid is ook te vinden in het Unierecht waar een beperking op het hoorrecht is toegestaan wanneer de beperking een doelstelling van algemeen belang nastreeft.

## 4.4 Het hoorrecht in overige procedures

### 4.4.1 *Status quo*

#### 4.4.1.1 *De toezeggingsprocedure*

In principe begint een procedure niet als een toezeggingsprocedure. Alhoewel het theoretisch mogelijk is om zonder lopend onderzoek een toezeggingsaanvraag te doen, dienen ondernemingen een dergelijke aanvraag tijdens een lopend onderzoek in of nadat de ACM een redelijk vermoeden van een overtreding heeft vastgelegd in een rapport.<sup>205</sup> Deze paragraaf gaat uit van de situatie waarin de aanvraag is ingediend voordat een officiële hoorzitting heeft plaatsgevonden.

In principe hebben ondernemingen geen recht op een officiële hoorzitting wanneer zij in gesprek zijn getreden met de ACM over eventuele toezeggingen. De ondernemingen krijgen immers veelvuldig de kans om (informeel) in dialoog te treden met de ACM over de ingediende toezeggingen. De voorbereiding van een toezeggingsbesluit vindt plaats met inachtneming van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.<sup>206</sup> Deze procedure verlangt dat de ACM een ontwerpbesluit voor een periode van zes weken ter inzage moet leggen. Door de terinzagelegging krijgen niet alleen de betrokken ondernemingen, maar ook derden-belanghebbenden, bijvoorbeeld afnemers of concurrenten, de mogelijkheid om schriftelijk<sup>207</sup> te reageren op de ingediende toezeggingen.<sup>208</sup> Desgewenst kunnen de derden-belanghebbenden hun zienswijze ook mondeling kenbaar maken. Voor het indienen van een mondelinge zienswijze dient contact te worden opgenomen met de in het ontwerpbesluit genoemde contactpersoon. Door het bestuursorgaan kan ook worden bepaald dat anderen gehoord moeten worden.<sup>209</sup> Een analyse van alle toezeggingzaken die de ACM tot op heden heeft afgerond, illustreert dat in geen enkele toezeggingenzaak formele zienswijzen zijn ingediend door derden-belanghebbenden.<sup>210</sup> Door geen zienswijzen in te dienen hebben deze derden-belanghebbenden ook hun recht verspeeld om in beroep te gaan.<sup>211</sup>

Onduidelijk is wat de gevolgen zijn voor de bij de toezegging betrokken ondernemingen wanneer de toezegging niet bindend wordt verklaard. Kunnen de bij de toezegging betrokken ondernemingen alsnog een hoorzitting eisen? Het antwoord op deze vraag zou bevestigend moeten luiden. Wanneer de ACM weigert een

<sup>205</sup> Artikel 49a Mw. Volgens de Mw vervalt de mogelijkheid voor een toezeggingsbesluit wanneer de ACM een sanctiebesluit heeft genomen en daarmee officieel heeft vastgesteld dat sprake is van een overtreding.

<sup>206</sup> Artikel 49b Mw. Zie voor de uniforme voorbereidingsprocedure afdeling 3.4 Awb. De uniforme openbare voorbereidingsprocedure is een facultatieve procedure die van toepassing is op de voorbereiding van besluiten indien dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan is bepaald. Zie artikel 3:10 lid 1 Awb.

<sup>207</sup> Artikel 3:15 lid 1 Awb.

<sup>208</sup> Artikel 3:16 Awb.

<sup>209</sup> Artikel 3:15 lid 2 Awb.

<sup>210</sup> Elkerbout & Wolders, *Nederlands Juristenblad* 2012/19, p. 1324.

<sup>211</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 522, C (MvA), p. 17. Zie ook artikel 6:13 Awb.

toezegging bindend te verklaren, zal zij overgaan tot een andere wijze van handhaven zoals het opleggen van een bestuurlijke sanctie. In een boeteprocedure hebben de betrokken ondernemingen recht op een hoorzitting. Wanneer de toezegging is gedaan nadat de ACM het rapport heeft opgesteld en de hoorzitting heeft plaatsgevonden, dan is deze vraag niet relevant aangezien de betreffende partijen reeds zijn gehoord door de ACM. Tenzij voor de besluitvorming belangrijke (nieuwe) feiten aan het licht zijn gekomen, zal de ACM niet overgaan tot het, wederom, horen van de betreffende ondernemingen.

#### 4.4.1.2 *De overige procedures*

Voor de drie overige procedures, procedures waarin een last onder dwangsom, zelfstandige last of bindende aanwijzing wordt opgelegd, geldt dat noch in de Awb, noch in de Mw of de Instellingswet bepalingen zijn te vinden die betrekking op de mogelijkheid voor de betrokken partijen om schriftelijk en/of mondeling hun zienswijzen naar voren te brengen in de primaire besluitvormingsfase. In het verleden vond echter wel een hoorzitting plaats in de procedure waarin de ACM een last onder dwangsom oplegde.<sup>212</sup> Onduidelijk was echter of de bepaling in de Awb, waarnaar de Mw verwees, en waarin een grens van € 340 was vastgesteld voor de verplichte hoorzitting, wel van toepassing kon zijn op procedures waarin sprake is van een lastoplegging. Wat was de verhouding tussen de grens van € 340 en last onder dwangsommen? Dat een recht om gehoord te worden ontbreekt in procedures betreffende lastopleggingen, betekent dat de belanghebbenden pas in bezwaar hun zienswijzen mondeling kunnen toelichten. Het CBb heeft dit ook specifiek aangegeven in een zaak waar de belanghebbende niet was gehoord voordat in een ontwerpbesluit een bindende aanwijzing werd opgelegd. Volgens het CBb was de belanghebbende in bezwaar alsnog in de gelegenheid gesteld om datgene in te brengen waartoe het toezenden van het ontwerpbesluit aanleiding had kunnen geven. Het CBb gaf dan ook aan dat de belanghebbende niet door het gebrek was benadeeld.<sup>213</sup>

### 4.4.2 *Vergelijking met het Unierecht*

#### 4.4.2.1 *Toezeggingsprocedures*

Het Unierecht verlangt een hoorzitting wanneer sprake is van een bezwarend besluit. In een toezeggingsprocedure, die zich voornamelijk kenmerkt als een informele handhavingsprocedure, wordt door de ACM geen inbreuk geconcludeerd of sanctie opgelegd. Het is daarom moeilijk te verdedigen dat hier sprake is van een bezwarend besluit. Ook in Europese toezeggingsprocedures vindt geen officiële hoorzitting plaats. Wel biedt het Unierecht, vergelijkbaar met de Awb, de mogelijkheid aan derden-belanghebbenden of klagers om te reageren op de toezeggingen die de betreffende

<sup>212</sup> Artikel 59 lid 2 Mw. In deze bepaling werd afdeling 5.4.2 Awb van toepassing verklaard.

<sup>213</sup> Zie CBb 21 februari 2012, AB 2012/84 m.nt. I. Sewandono, ECLI:NL:CBb:2012:BV7304.



onderneming voorstelt. Een samenvatting van de zaak en de inhoud van de toezeggingen worden daartoe gepubliceerd in het Publicatieblad van de Unie.<sup>214</sup>

#### 4.4.2.2 *Overige procedures*

De praktijk waarin de ACM partijen in theorie niet hoort in procedures die kunnen leiden tot een lastoplegging wijkt af van het Unierecht. De rechtspraak van het HvJ EU vereist immers dat elke onderneming die adressant is van een besluit dat zijn belangen aanmerkelijk raakt, gehoord moet worden.<sup>215</sup> Deze regel is een algemeen rechtsbeginsel dat geldt voor alle nationale mededingingsprocedures met een Uniedimensie.<sup>216</sup> Dat de last onder dwangsom gericht is op het voorkomen van verdere overtredingen, en daarmee een herstellend karakter heeft, sluit niet uit dat de sanctie nadelig kan zijn voor degene die met de last onder dwangsom wordt geconfronteerd. Hetzelfde geldt voor de zelfstandige last en de dwingende aanwijzing. Concreet betekent de kwalificatie van deze handhavingsinstrumenten als bezwarende maatregelen dat de onderneming die wordt geconfronteerd met een dergelijke sanctie de mogelijkheid moet krijgen om gehoord te worden. Het Unierecht sluit echter niet uit dat het horen pas in bezwaar plaatsvindt. Daaraan is wel de eis verbonden dat wordt voorzien in de opschortende werking van het bezwarende besluit. Het is onduidelijk of de opschortende werking van het besluit met 24 weken volstaat (zie ook deelparagraaf 4.3.1.5).

#### 4.4.3 *Vergelijking met het EVRM*

##### 4.4.3.1 *Toezeggingsprocedures*

Het EVRM is alleen van toepassing op strafrechtelijke en civielrechtelijke zaken. In hoofdstuk 4 is de conclusie getrokken dat de toezeggingsprocedure buiten deze categorieën valt. In principe vereist het EVRM daarom niet dat ondernemingen in een toezeggingsprocedure worden gehoord. Deze conclusie kan anders luiden wanneer daadwerkelijk de eigendomsrechten van de belanghebbenden zijn getroffen door de toezegging (zie hierover hoofdstuk 4, deelparagraaf 4.4.2). In dat geval kan uit artikel 1 EP de eis voortvloeien dat wordt voorzien in een effectieve rechtsgang wanneer iemand wordt geconfronteerd met een inmenging van zijn eigendomsrechten. De eis van de effectieve rechtsgang kan dan zo uitgelegd worden dat hieronder ook specifieke procedurele rechten vallen, zoals het recht op een hoorzitting. Een voorbeeld is de zaak *Megadot.com* die bestond uit een eigendomsinmenging door het intrekken van een vergunning van een internetonderneming. De omstandigheid dat de nationale telecomunicatie- en informatieautoriteit niet voorzag in een hoorzitting was mede

<sup>214</sup> Verordening 773/2004, artikel 27 lid 4.

<sup>215</sup> Zie de bevindingen in deelparagraaf 3.3.1 van dit hoofdstuk.

<sup>216</sup> Dezelfde eis is neergelegd in artikel 41 Handvest waarin het recht van eenieder is opgenomen om te worden gehoord voordat een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen. Zoals aangegeven in hoofdstuk 3 in dit proefschrift, deelparagraaf 3.2.2, is deze bepaling alleen gericht tot de EU-instellingen.

een reden voor het EHRM om een schending aan te nemen. Volgens het EHRM had op nationaal niveau sprake moeten zijn van een betrouwbare en consistente procedure waarin de mogelijke ongeldigheid van de vergunningen beoordeeld werd.<sup>217</sup> Het gebrek aan een mogelijkheid om als benadeelde partij, ten overstaan van de verantwoordelijke autoriteit, zienswijzen naar voren te brengen over de voorgenomen maatregel die een eigendomsinmenging tot gevolg kan hebben, is dan ook mogelijk strijdig met artikel 1 EP.<sup>218</sup>

#### 4.4.3.2 *Overige procedures*

Het rechtsbeschermingsniveau dat geldt voor strafprocedures is, conform de bevindingen in hoofdstuk 4, deelparagraaf 4.5, niet van toepassing op procedures waarin een last onder dwangsom, zelfstandige last of bindende aanwijzing wordt opgelegd. In deze gevallen is sprake van een procedure betreffende een conflict over burgerlijke rechten of plichten. Ten aanzien van civiele procedures is het EHRM milder in het toestaan van een beperking op het recht om gehoord te worden. Een mondelinge behandeling (dus een hoorzitting) is vereist wanneer mondelinge verklaringen daadwerkelijk van toegevoegde waarde zijn voor de uitkomst van de procedure. Dit kan het geval zijn in zaken waarin het persoonlijke karakter en de levensstijl van de betrokken partij of het gedrag van de betrokken partij geanalyseerd dient te worden. Per geval zal gekeken moeten worden of een hoorzitting noodzakelijk is voor de beslechting van de zaak en of de zaak op basis van de schriftelijke stukken kan worden afgedaan. Wel geldt de eis dat een mogelijkheid moet bestaan om een hoorzitting te verzoeken. Dit verzoek kan vervolgens afgewezen worden, mits deze afwijzing gemotiveerd plaatsvindt. Het EVRM schrijft niet voor dat de hoorzitting reeds in de primaire besluitvormingsfase dient plaats te vinden. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat het (pas) horen in bezwaar in overeenstemming is met het EVRM. Dit geldt vanzelfsprekend ook voor de toezeggingsprocedure die in deelparagraaf 4.4.3.1 hiervoor is besproken.

#### 4.4.4 *Voorlopige bevindingen*

De toezeggingsprocedure is, voor wat het hoorrecht betreft, in overeenstemming met het Unierecht en het EVRM. De omstandigheid dat ondernemingen in toezeggingsprocedures niet officieel worden gehoord, levert geen schending van het EVRM en het Unierecht op. Bij een lastoplegging gaat het niet om een strafrechtelijke vervolging, maar om een dispuut over civielrechtelijke rechten en plichten. Op grond van de rechtspraak van het EVRM zal de beslissing om partijen te horen afhangen van de aard van de zaak. De Awb verlangt noch voor de last onder dwangsom noch voor de zelfstandige last of de bindende aanwijzing dat de betrokken partijen worden gehoord in de primaire besluitvormingsfase. Uit de jurisprudentie van het EHRM over

<sup>217</sup> EHRM 8 april 2008, 21151/04, *EHRC 2008*, 75 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*), par. 73-79.

<sup>218</sup> EHRM 24 november 2011, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), par. 134.

artikel 6 EVRM valt niet af te leiden dat in deze fase reeds gehoord moet worden. Dit betekent dat het horen in bezwaar ook kan volstaan. Eenzelfde redenering kan gevolgd worden wanneer het Unierecht wordt vergeleken met het horen in procedures waarin sprake is van een lastoplegging. Het Unierecht verlangt een hoorzitting in elke procedure die kan leiden tot een bezwarende maatregel. Deze eis geldt dus ook voor procedures waarin de ACM een last oplegt. Net als in de jurisprudentie over artikel 6 EVRM kan uit de jurisprudentie over het verdedigingsbeginsel niet worden afgeleid dat het horen in de primaire besluitvormingsfase problematisch is, mits een mogelijkheid tot het horen in de bezwaarfase bestaat. Op grond van andere argumenten, die wellicht niet direct verbonden zijn aan de jurisprudentie over de verschillende procesrechten, kan desalniettemin worden bepleit dat reeds gehoord moet worden in de fase voorafgaand aan het nemen van een belastend besluit. Zie hierover de aanbevelingen in hoofdstuk 9.

#### 4.5 Het hoorrecht in de rechterlijke procedure

##### 4.5.1 *Status quo*

Het horen bij de bestuursrechter kan zowel tijdens het vooronderzoek als tijdens de zitting plaatsvinden. Tijdens het vooronderzoek biedt de bestuursrechter partijen minimaal één keer de mogelijkheid om een schriftelijke uiteenzetting over de zaak te geven.<sup>219</sup> Verder kan de bestuursrechter partijen oproepen om in persoon dan wel bij gemachtigde te verschijnen om te worden gehoord, al dan niet voor het geven van inlichtingen.<sup>220</sup> De bestuursrechter heeft de discretionaire bevoegdheid om te bepalen of partijen op een dergelijke comparitie moeten verschijnen en inlichtingen moeten verschaffen.<sup>221</sup> Van deze onderzoeksbevoegdheid wordt door de bestuursrechter echter weinig gebruik gemaakt.<sup>222</sup>

Na afloop van het vooronderzoek worden partijen uitgenodigd om op een zitting van de bestuursrechter te verschijnen.<sup>223</sup> Indien een partij daartoe wordt opgeroepen, is zij (net zoals bij een comparitie) verplicht te verschijnen en inlichtingen te verschaffen.<sup>224</sup> Het staat de bestuursrechter vrij om te eisen dat partijen zelf verschijnen dan wel ze de mogelijkheid te bieden om zich te laten vertegenwoordigen.<sup>225</sup> Als een rechtspersoon of een bestuursorgaan de partij is, kunnen specifieke bestuurders van de

<sup>219</sup> Artikel 8:43 Awb.

<sup>220</sup> De niet opgeroepen partijen worden in de gelegenheid gesteld het horen bij te wonen en een uiteenzetting over de zaak te geven. Zie artikel 8:44 Awb.

<sup>221</sup> De comparitie wordt dus alleen gehouden wanneer de rechter dat gelast, bijvoorbeeld om meer duidelijkheid te verkrijgen over de door de partijen naar voren gebrachte gronden. Barkhuysen e.a. 2007, p. 49.

<sup>222</sup> Barkhuysen e.a. 2007, p. 51. Zie bijvoorbeeld de empirische onderzoeken verricht door Marseille: Marseille 2010 en 2004.

<sup>223</sup> Artikel 8:56 Awb.

<sup>224</sup> Artikelen 8:59 en 8:27 Awb.

<sup>225</sup> Artikel 8:27 lid 1 Awb.

rechtspersoon of leden van het bestuursorgaan worden opgeroepen.<sup>226</sup> Deze verschijnings- en inlichtingenverplichting geldt niet onvoorwaardelijk: zowel de geheimhouding van bepaalde verklaringen<sup>227</sup> alsmede het zwijgrecht dat geldt in punitieve procedures kunnen de inlichtingenplicht beperken.<sup>228</sup> Aan het niet verschijnen kan de bestuursrechter gevolgen verbinden die hem gerade voorkomen.<sup>229</sup> Bij niet-naleving van de verschijningsplicht door de eiser kan de bestuursrechter bijvoorbeeld het beroep niet-ontvankelijk<sup>230</sup> of ongegrond verklaren.<sup>231</sup> De niet verschenen partij loopt immers het risico dat de argumenten die de wel verschenen partij naar voren brengt en verduidelijkt, onweersproken blijven en dat de rechter daarvan bij zijn beoordeling uitgaat.

De bestuursrechter kan echter bepalen dat het onderzoek ter zitting achterwege blijft indien partijen daarvoor toestemming verlenen<sup>232</sup> of wanneer sprake is van een vereenvoudigde behandeling van het beroep.<sup>233</sup> De hoorzitting heeft globaal twee functies. Ten eerste dient de bestuursrechter op de zitting in de gaten te houden dat het recht op hoor en wederhoor niet geschonden wordt. Ten tweede hebben partijen het recht om het woord te voeren en kan de bestuursrechter vragen stellen waardoor de hoorzitting ook fungeert als een middel waarmee de materiële waarheid achterhaald kan worden.<sup>234</sup> Het horen in de besluitvormingsfase heeft echter een andere functie dan het horen van belanghebbenden in de procedure voor de bestuursrechter, omdat tijdens de hoorzitting in de besluitvormingsfase ook beleidskwesties aan de orde komen.<sup>235</sup>

Bij een schending van de hoorplicht heeft de bestuursrechter twee mogelijkheden: of hij vernietigt de beslissing op bezwaar (eventueel met het in stand houden van de rechtsgevolgen)<sup>236</sup> of hij passeert de schending.<sup>237</sup> Het passeren is in principe alleen

<sup>226</sup> Artikel 8:27 lid 2 Awb.

<sup>227</sup> Artikel 8:29 Awb.

<sup>228</sup> Artikel 8:28a Awb. Dit zwijgrecht is voor bestraffende sancties ook neergelegd in artikel 5:10a Awb. Het zwijgrecht is ook van toepassing in hoger beroep.

<sup>229</sup> Artikel 8:31 Awb.

<sup>230</sup> Het niet-verschijnen zal pas de niet-ontvankelijkheid van de zaak tot gevolg hebben wanneer dat evenredig is met het handelen van de niet verschenen partij. Hierbij zal in overweging worden genomen of door dit handelen een goede beoordeling van het geschil onmogelijk wordt gemaakt. Zie bijvoorbeeld CRvB 30 november 1994, AB 1995/271, ECLI:NL:CRVB:1994:ZF1641.

<sup>231</sup> PG Awb II, p. 419.

<sup>232</sup> Artikel 8:57 Awb.

<sup>233</sup> Afdeling 8.2.4 Awb.

<sup>234</sup> Barkhuysen e.a. 2007, p. 52.

<sup>235</sup> CRvB 23 december 1996, AB 1997/239, m.nt. H.E. Bröring. In deze zaak liet de rechtbank het door het bestuursorgaan genomen besluit op bezwaar in stand, ondanks het feit dat het horen van belanghebbenden achterwege was gelaten. Het verschil tussen rechterlijke toetsing en bestuurlijke heroverweging in de bezwaarfase is volgens de CRvB duidelijker aanwezig indien sprake is van een discretionaire bevoegdheid, omdat het bestuur (in tegenstelling tot de rechter) ook beleidsaspecten bij zijn heroverweging kan betrekken. Nu volledig herstel van het gebrek door de mondelinge hoorzitting in beroep vanwege de ruimere beoordeling in bezwaar niet mogelijk is, ligt het passeren van een schending van de hoorplicht in die gevallen niet in de rede, aldus de CRvB.

<sup>236</sup> Artikel 8:72 lid 3 Awb.

<sup>237</sup> Artikel 6:22 Awb.

mogelijk wanneer geen andere uitkomst van de besluitvorming mogelijk was geweest indien de hoorplicht wel was nageleefd. Was een ander besluit mogelijk geweest, dan dient de schending te leiden tot de vernietiging van het besluit.<sup>238</sup> Wanneer het bestuur bepaalde discretionaire bevoegdheden bezit, dan ligt het passeren van de schending niet in de rede. In een dergelijke situatie is immers, in tegenstelling tot zaken waarin sprake is van gebonden bevoegdheden, nog een ander besluit mogelijk.<sup>239</sup>

#### 4.5.2 *Vergelijking met het Unierecht*

Het feit dat een bestuursrechter in principe overgaat tot het horen van partijen (tenzij partijen toestemming verlenen voor het afzien van een hoorzitting) is in lijn met het Unierecht. Het Unierecht schrijft evenwel slechts in vage bewoordingen een hoorzitting voor, namelijk door te eisen dat eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak. Het recht om gehoord te worden is daarmee een impliciet recht dat in het recht op een eerlijk proces is verweven. In Europese mededingingszaken vindt dan ook een hoorzitting plaats voor het Gerecht en kan een verzoek voor een hoorzitting ingediend worden bij het HvJ EU. Zowel het Gerecht als het HvJ EU kan van een hoorzitting afzien. Deze bevoegdheid is niet anders dan de bevoegdheid van de bestuursrechter die partijen 'kan oproepen' voor het geven van inlichtingen tijdens de hoorzitting.

Het niet-horen van partijen heeft volgens de Unierechters de vernietiging van het besluit tot gevolg wanneer de uitkomst van de zaak anders had geluid wanneer wel een hoorzitting had plaatsgevonden. Ook op grond van de nationale rechtspraak vindt de vernietiging van het besluit pas plaats wanneer een andere uitkomst mogelijk is. In tegenstelling tot het Unierecht is het passeren van de schending in nationale bestuurszaken evenwel mogelijk. Het passeren van de schending is echter beperkt tot de zaken waarin het besluit tot stand is gekomen op basis van gebonden bevoegdheden. In mededingingszaken is echter geen sprake van dergelijke gebonden bevoegdheden (zie deelparagraaf 4.3 van hoofdstuk 5 over de rechterlijke toetsing in mededingingszaken), waardoor ook op grond van het nationale recht het passeren van een schending van het hoorrecht niet is toegestaan.

#### 4.5.3 *Vergelijking met het EVRM*

De in deze deelparagraaf te maken vergelijking tussen de jurisprudentie van het EVRM en de hoorzitting van de bestuursrechter gaat uit van de situatie dat reeds in de besluitvormingsfase is gehoord. Of in beroep, dus in de fase voor de bestuursrechter, wederom een hoorzitting moet plaatsvinden, hangt volgens het EHRM af van verschillende omstandigheden. Ten eerste is het van belang of een hoorzitting heeft plaatsgevonden voor een bestuursorgaan dat voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM.

<sup>238</sup> PG Awb I, p. 313.

<sup>239</sup> Zie bijvoorbeeld CRvB 4 januari 2000, AB 2000/146. Zie verder de uitvoerige overzichtsnoot onder CRvB 27 augustus 2008, JB 2008/260, m.nt. C.L.G.F.F. Albers.

Is dat het geval, dan is de aard van de zaak bepalend of ook bij de bestuursrechter een hoorzitting moet plaatsvinden. Wanneer de procedure enkel betrekking heeft op rechtsvragen, dan is een hoorzitting vereist wanneer de rechter voorziet dat het besluit zal worden vernietigd of drastisch wordt aangepast. Wanneer de rechter moet oordelen over rechtsvragen en feitelijke vragen, dan verlangt artikel 6 EVRM een hoorzitting wanneer deze vragen niet adequaat op grond van de schriftelijke stukken kunnen worden beantwoord. Daarnaast kan het feit dat de rechter zich moet uitspreken over de straftoemeting reden zijn om partijen te horen. In het vierde hoofdstuk van dit proefschrift over de rechterlijke toetsing in mededingingszaken kwam naar voren dat de inbreukvaststelling door de ACM voldoende wordt getoetst.<sup>240</sup> Bij de toetsing van sancties is sprake van een volledige toetsing en beoordeelt de bestuursrechter ook de juistheid van de opgelegde sanctie en kan hij eventueel zelf in de zaak voorzien na vernietiging van een boete.<sup>241</sup> Het feit dat in nationale mededingingsprocedures sprake is van een volledige toetsing van de opgelegde boete maakt dat een hoorzitting in principe vereist is. Het enkel op basis van de schriftelijke stukken beoordelen van de zaak zal waarschijnlijk beperkt zijn tot (civiele) zaken waarin enkel rechtsvragen aan bod komen en geen twijfels bestaan over de interpretatie van het bewijs.

#### 4.5.4 Voorlopige bevindingen

De procedure voor de bestuursrechter voldoet aan de eisen die het EVRM en het Unierecht stellen ten aanzien van het recht om gehoord te worden. Men kan zelfs stellen dat de bestuursrechter wellicht meer bescherming biedt dan op grond van het EVRM noodzakelijk is. Het EVRM stelt immers dat de bestuursrechter partijen niet hoeft te horen wanneer reeds een hoorzitting heeft plaatsgevonden voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Nadat een hoorzitting voor de rechtbank in eerste aanleg (in mededingingszaken: de rechtbank Rotterdam) heeft plaatsgevonden, hoeft de bestuursrechter in hoger beroep (in mededingingszaken: het CBB) in principe niet nogmaals partijen te horen, tenzij het CBB het voornemen heeft om het besluit drastisch te wijzigen of te vernietigen. Ter voorkoming van een situatie waarin de bestuursrechter de partijen onterecht niet hoort en gezien de aard van de beroepsgronden die in mededingingsprocedures de revue kunnen passeren (rechten en feiten), zullen de bestuursrechters in de meeste zaken overgaan tot het horen van belanghebbenden. Deze rechtspraktijk is daarmee volledig in overeenstemming met artikel 6 EVRM en waarschijnlijk ook met het Unierecht. Ten aanzien van het Unierecht geldt echter het voorbehoud dat tot op heden nog geen duidelijke richtlijnen bestaan waaruit kan worden afgeleid dat, nadat gehoord is in de besluitvormingsfase, ook gehoord moet worden in de rechterlijke fase en/of in een daaropvolgende hogerberoepsfase. De praktijk van de Unierechters illustreert echter dat – hoewel deze beslissing in hun handen ligt – een hoorzitting wel dient plaats te vinden.

<sup>240</sup> In tegenstelling tot de rechterlijke toetsing door de Unierechters is deze rechtmatigheidstoets niet beperkt tot de gronden die in het VWEU zijn opgesomd. Zie hoofdstuk 5 van dit proefschrift, deelparagraaf 3.3.

<sup>241</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT), p. 128.

## 5 CONCLUSIE

Deze casestudie illustreert dat het recht om gehoord te worden in grote lijnen wordt nageleefd in nationale mededingingsprocedures. Het uitgangspunt van het EVRM is dat partijen altijd worden gehoord in zaken waarin sprake is van een strafrechtelijke vervolging. De zaak *Grande Stevens* illustreert echter dat de hoorzitting plaats moet vinden voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De omstandigheid dat de ACM niet lijkt te voldoen aan de onpartijdigheids- en onafhankelijkheidseisen van het EHRM heeft tot paradoxaal gevolg dat het bestuursorgaan in principe geen verplichting heeft om te voorzien in een hoorzitting. In hoofdstuk 4 (deelparagraaf 2.2.2) en hoofdstuk 9 (deelparagraaf 2.2.1) zijn echter verschillende argumenten naar voren gebracht waarom, in afwijking van deze jurisprudentie van het EVRM, artikel 6 EVRM wel van toepassing is op de bestuurlijke besluitvormingsprocedure. Voor wat betreft het hoorrecht geldt als extra argument dat tijdens de hoorzitting voor het bestuursorgaan andere onderwerpen aan bod kunnen komen dan tijdens de hoorzitting van de bestuursrechter. Bovendien verlangt het Unierecht wel dat partijen worden gehoord voordat een bezwarend besluit wordt genomen. Hoewel het EVRM dit dus strikt genomen niet vereist, kan uit het Unierecht wel direct de eis worden afgeleid dat belanghebbenden reeds in de bestuurlijke besluitvormingsfase de mogelijkheid moeten krijgen om gehoord te worden. Aangezien de ACM de partijen altijd hoort, voldoet de praktijk aan de eisen die het EVRM en het Unierecht hebben neergelegd. Een *proper hearing* garandeert niet alleen dat de beslissing van de ACM makkelijk wordt geaccepteerd, maar biedt ook de mogelijkheid aan partijen om direct elkaars (tegenstrijdige) argumenten te weerleggen. Daarnaast biedt het de mogelijkheid voor het horen van getuigen. Vanzelfsprekend vereist dit de aanwezigheid van de raad van bestuur die uiteindelijk over de zaak beslist.<sup>242</sup>

Het EHRM biedt voor de zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen een mogelijkheid om van dit uitgangspunt af te wijken. Op grond van de *Jussila*-jurisprudentie kan een hoorzitting achterwege gelaten worden wanneer de aard van de zaak zich daarvoor leent. De Unierechters ondersteunen het onderscheid dat het EHRM maakt tussen hardcore strafzaken en zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen,<sup>243</sup> maar het is onduidelijk of de Unierechters hieraan ook de gevolgtrekking zullen verbinden dat een hoorzitting niet noodzakelijk hoeft te zijn voor zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen.<sup>244</sup> In dit hoofdstuk zijn parameters aangegeven waarmee voorspeld kan worden of een hoorzitting nodig is. De conclusie is getrokken dat sommige zaken die zijn afgehandeld middels een clementieverzoek

<sup>242</sup> Slater, Thomas & Waelbroeck 2004, p. 38.

<sup>243</sup> Zie hoofdstuk 4 van dit proefschrift, deelparagraaf 4.2.3.

<sup>244</sup> De Unierechters kunnen ook ervoor kiezen om gebruik te maken van hun bevoegdheid om meer rechtsbescherming te bieden dan het EVRM. Zie artikel 52 lid 3 Handvest: 'Voor zover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.'



zich kunnen lenen voor een schriftelijke behandeling van de zaak. Voor deze conclusie zijn verschillende argumenten aan te dragen. Ten eerste treden partijen reeds regelmatig (informeel) met de mededingingsautoriteit in overleg. Deze dialogen dragen daarmee bij aan de waarheidsvinding. Interessant is dat de Awb, voor wat betreft het hoorrecht in artikel 4:8 Awb (dat echter niet van toepassing is op adressanten van een boetebesluit van de ACM), in een uitzondering op het hoorrecht voorziet wanneer belanghebbenden reeds eerder in de gelegenheid zijn gesteld om hun zienswijzen naar voren te brengen.<sup>245</sup> Een tweede argument is dat ondernemingen hun deelname aan een mededingingsinbreuk opbiechten waardoor de functie van het hoorrecht als verdedigingsrecht zijn waarde voor een deel verliest. Als laatste argument geldt dat clementieverzoekers, willen zij in aanmerking komen voor een boetevrijstelling of boetekorting, een clementieverzoek moeten indienen dat gedetailleerde informatie bevat over het kartel. Het clementieverzoek moet verder gesteund worden door het bewijs dat clementieverzoekers moeten aandragen. Naar aanleiding van de informatie die clementieverzoekers indienen, is het de vraag in hoeverre nog feitelijke conflicten bestaan die een hoorzitting vereisen. Interessant is dat de Europese schikkingsprocedure reeds voorziet in een *waiver* van het recht om gehoord te worden, mits de Commissie haar beslissing alleen steunt op die punten waarover de ondernemingen zich hebben kunnen uitspreken. Alhoewel dus een mogelijkheid bestaat om van een hoorzitting af te zien, gebeurt dit in de praktijk zelden. Hoewel de rechtsbasis hiervoor ontbreekt, en de ACM in haar besluiten nog steeds verwijst naar een bepaling in de Mw die is ingetrokken, worden ondernemingen en feitelijk leidinggevendenden altijd gehoord in procedures die kunnen leiden tot een boete. Men zou zich kunnen afvragen of redenen van proceseconomische aard er niet toe kunnen nopen dat in sommige zaken van een hoorzitting wordt afgeweken (zie hierover hoofdstuk 9).

De praktijk dat de partijen altijd worden gehoord voordat de ACM een besluit neemt, vindt waarschijnlijk geen doorgang in zaken waar de ACM een last onder dwangsom, zelfstandige last of bindende aanwijzing oplegt. Voor deze procedures is in ieder geval niet in een wettelijke basis voorzien die het mogelijk maakt dat partijen reeds in de primaire besluitvormingsfase worden gehoord; een mogelijkheid daartoe wordt pas geboden in de bezwaarfase. Het verschuiven van het horen naar de bezwaarfase is niet direct in strijd met het EVRM of het Unierecht. Het Unierecht lijkt echter wel de eis te stellen dat het bezwarende besluit wordt geschorst. De Mw voorziet in een dergelijke schorsende werking van het bezwarende besluit, maar deze schorsende werking is beperkt tot een periode van 24 weken. Het niet-horen in de primaire besluitvormingsfase kan dus hersteld worden in bezwaar. Wanneer noch in de primaire besluitvorming noch in de bezwaarfase wordt gehoord, dan kan dit gebrek alleen worden hersteld wanneer het bestuursorgaan over gebonden bevoegdheden

<sup>245</sup> Artikel 4:11 sub b Awb. De wetgever heeft echter wel benadrukt dat deze versoepeling van de hoorplicht de verantwoordelijkheid op het bestuursorgaan legt om na te gaan of het informele contact inhoudelijk heeft voldaan aan de strekking van de hoorplicht. Ook mogen er zich later geen nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan. Zie PG Awb I, p. 257-258.

bezit. Wanneer het bestuursorgaan discretionaire bevoegdheden bezit, dan ligt het passeren van het gebrek niet in de rede. In een dergelijke situatie kan het niet-horen dus niet gerepareerd worden door de bestuursrechter.



## 7 Casestudie II. Het inzagerecht

### 1 INLEIDING

In deze casestudie staat het dossier centraal en wordt de vraag beantwoord in hoeverre, op grond van het recht op een eerlijk proces, overtreders inzage (moeten) krijgen in het dossier van de ACM. Het dossier van de ACM bevat gegevens die de ACM – door gebruikmaking van bepaalde onderzoeksbevoegdheden – zelf heeft vergaard en gegevens die de ondernemingen, in sommige gevallen vrijwillig, hebben verstrekt. Een besluit van de ACM, ongeacht of het een boetebesluit betreft, wordt dan ook ondersteund door het dossier van de ACM. Het dossier vormt niet alleen de grondslag voor een inbreukvaststelling, maar is tevens het eerste referentiepunt voor de bestuursrechter. Het is immers niet noodzakelijk dat de bestuursrechter het onderzoek van de ACM nog eens over doet – de bestuursrechter kan zich verlaten op bepaalde stukken uit het dossier wanneer daarover geen discussie bestaat. Het dossier van de ACM is dus niet alleen belangrijk voor de zorgvuldige besluitvorming, en vanzelfsprekend voor de te treffen rechtsbescherming, maar speelt ook een beduidende rol in de rechterlijke fase. Alhoewel het in mededingingsprocedures vaak omvangrijke dossier een prominente plek inneemt, is nochtans onduidelijk welke gegevens in het dossier opgenomen moeten worden en wie vervolgens toegang kan krijgen tot het dossier. Deze onduidelijkheid is niet alleen ingegeven door discussies over het vertrouwelijke karakter van bepaalde documenten, maar volgt ook uit de verschillende aanwezige belangen die spelen bij vragen over de inhoud van en toegang tot het dossier van de ACM. Aan de ene kant bevinden zich de belangen van de ondernemingen die voorwerp zijn van het onderzoek van de ACM. Deze ondernemingen willen zelf zo veel mogelijk toegang krijgen tot het dossier. Aan de hand van deze informatie kunnen zij immers hun ontlastende argumenten kracht bijzetten. Het inzagerecht vormt dan ook een belangrijk onderdeel van de door de ondernemingen uit te oefenen verdedigingsrechten. Aan de andere kant hebben de ondernemingen er belang bij dat het tegen hen gevormde dossier niet op straat komt te liggen. Zo bevat het dossier regelmatig vertrouwelijke bedrijfsgegevens, waarvan de betrokken onderneming liever niet heeft dat derden die kunnen inzien. Het is dan ook begrijpelijk dat ondernemingen het begrip vertrouwelijke bedrijfsgegevens in deze situatie ruimer uitleggen dan de ACM zelf. Tussen deze moeilijk met elkaar te verzoenen belangen staat de ACM die ook weer een eigenbelang heeft, namelijk het belang dat de conclusies voldoende steun vinden in de gegevens uit het dossier. De ACM zal het begrip ‘vertrouwelijke informatie’ zo beperkt mogelijk willen interpreteren wanneer de betreffende informatie relevant kan zijn voor de schuldvaststelling. Daarnaast zal de ACM niet alleen de gegevens zelf zo integraal mogelijk willen opnemen in het dossier, maar is zij ook gebaat bij de opname van zo veel mogelijk belastende documenten. Bij de collectie van deze belastende documenten kunnen echter, wederom, belangen van ondernemingen spelen die het gebruik van deze documenten bij de schuldvaststelling beperken. Het gaat dan om documenten die

door de ondernemingen zelf zijn verstrekt en die in essentie bijdragen aan de schuldvaststelling en daarmee strijdig zijn met het recht van ondernemingen om zichzelf niet te hoeven beschuldigen.

In dit hoofdstuk zullen de verschillende belangen worden besproken in het licht van de verschillende mensenrechtenbepalingen. In dit hoofdstuk wordt alleen het inzagerecht, als onderdeel van het recht op een eerlijk proces (waaruit verschillende verdedigingsrechten zijn te distilleren), besproken en niet het recht op 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 naar gelang het inzagerecht verbonden is met het recht op een eerlijk proces of niet. Het inzien van stukken in het kader van de rechten van de verdediging heeft dan ook een ander karakter dan in het kader van openbaarheid van bestuur. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk staat het inzagerecht van de overtreder centraal onder het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM (paragraaf 2). Vervolgens wordt gekeken naar het Unierecht en zullen kwesties omtrent de vorming, inhoud en toegang tot het dossier aan bod komen (paragraaf 3). In de paragraaf daarna zullen de Nederlandse wetgeving (Awb en Mw), rechtspraak en praktijk van de ACM over de inhoud van en toegang tot het dossier worden besproken (paragraaf 4). Tot slot volgen in paragraaf 5 concluderende opmerkingen over de vraag of de huidige praktijk, voor wat betreft het inzagerecht van de overtreiders en de bevoegdheden van de ACM omtrent beslissingen over het verlenen van inzage tot het dossier, in overeenstemming zijn met het EVRM en het Unierecht.

## 2 HET EVRM

### 2.1 Inleiding

Een recht op toegang tot documenten is niet expliciet in het EVRM en zijn protocollen te vinden.<sup>1</sup> Het Straatsburgse Hof behandelt het vraagstuk van de toegang tot documenten onder artikel 6 EVRM impliciet, namelijk vanuit het oogpunt van een eerlijk proces.<sup>2</sup> De manier waarop nationaal recht voorziet in inzage van documenten is dan ook niet relevant; doorslaggevend is dat de andere partij op de hoogte is van de documenten of opmerkingen die in een procedure zijn ingebracht en dat een partij daadwerkelijk de mogelijkheid krijgt om daarop te reageren.<sup>3</sup> Daarnaast dient een eventuele weigering om toegang te verlenen te worden gemotiveerd.<sup>4</sup> In de

<sup>1</sup> Principieel laat het EHRM de regels over de toelaatbaarheid van het bewijs en de toegang tot documenten over aan de staten zelf. EHRM 12 juli 1988, *Series A* vol. 114 (*Schenk t. Zwitserland*); EHRM 15 juni 1992, *Series A* vol. 238 (*Lüdi t. Zweden*); en EHRM 24 juni 1993, *Series A* vol. 263 (*Schuler-Zraggen t. Zwitserland*).

<sup>2</sup> Kranenborg 2007, p. 56.

<sup>3</sup> EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (*Brandstetter t. Oostenrijk*), par. 67.

<sup>4</sup> EHRM 22 april 1992, *Series A* vol. 35 (*Vidal t. België*), par. 34.

deelparagrafen 2.2.1 en 2.2.2 zullen de inzagerechten worden besproken van de partijen in strafprocedures en civiele procedures. Vervolgens zullen de toegestane beperkingen op het inzagerecht besproken worden die volgen uit artikel 6 EVRM en uit artikel 8 EVRM (deelparagraaf 2.3). In deze deelparagraaf zal ook de procedure voor de geheimhouding van documenten aan bod komen. De paragraaf wordt afgesloten met een discussie over het moment waarop toegang tot het dossier verleend moet worden (deelparagraaf 2.4).

## 2.2 Het inzagerecht in het EVRM

### 2.2.1 Het inzagerecht in strafrechtelijke zaken

#### 2.2.1.1 Het inzagerecht op grond van artikel 6 lid 1 EVRM

Voor strafprocedures volgt het recht op toegang tot documenten niet alleen uit het recht op een eerlijk proces (en de daarbij behorende beginselen), maar ook uit artikel 6 lid 3 sub a EVRM dat vereist dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld in kennis wordt gesteld van de aard en de reden van de beschuldiging.<sup>5</sup> In de context van het recht op een eerlijk proces heeft het EHRM geoordeeld dat de vervolgende instanties aan de verdachte toegang moeten verlenen tot alle ontlastende en belastende documenten.<sup>6</sup> Wat telt is dat de verdachte op enig moment in het strafproces de kwaliteit van het bewijs kan betwisten.<sup>7</sup> In de zaak *M.S.* onderstreepte het EHRM het belang om over relevant materiaal te worden geïnformeerd:

*‘What is particularly at stake here is the confidence of the parties of criminal proceedings in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.’<sup>8</sup>*

Het recht op toegang tot documenten strekt zich uit tot alle documenten, waaronder de opmerkingen die door de tegenpartij (zoals de ‘aanklager’) zijn ingediend.<sup>9</sup> De

<sup>5</sup> Een verdachte dient zowel over de aard als van de redenen van de tegen hem ingebrachte beschuldiging te worden geïnformeerd. Dit betekent dat niet alleen de feiten, maar ook de juridische kwalificatie ervan aan de verdachte medegedeeld moet worden. Zie Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 586.

<sup>6</sup> EHRM 16 december 1992, *Series A* vol. 247 (*Edwards t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46.

<sup>7</sup> EHRM 27 september 1990, *Series A* vol. 186 (*Windisch t. Oostenrijk*), par. 26. Zie ook EHRM 20 november 1989, *Series A* vol. 166 (*Kostovski t. Nederland*), par. 41.

<sup>8</sup> EHRM 22 maart 2005, 46601/99 (*M.S. t. Finland*). Zie ook EHRM 20 juli 2001, 30882/96 (*Pellegrini t. Italië*), par. 45; en EHRM 28 juni 2001, 37292/97 (*F.R. t. Zwitserland*), par. 39.

<sup>9</sup> EHRM 28 augustus 1991, nr. 11034/84 (*Brandstetter t. Oostenrijk*), par. 64-67. In de zaak *Brandstetter* waren de kopieën van de schriftelijke opmerkingen van de officier van justitie niet ter beschikking gesteld aan de gedaagde. De gedaagde was daarnaast niet op de hoogte gebracht van de nieuwe stukken die waren ingediend. Volgens de regering van Oostenrijk kon de gedaagde de documenten direct opvragen bij de officier van justitie. Daarnaast waren de observaties van de officier van justitie bijna letterlijk overgenomen in de betreffende uitspraak. Het EHRM stelde echter wel een schending vast; een puur hypothetische en indirecte mogelijkheid voor een gedaagde om te reageren op de argumenten van de openbare aanklager kon volgens het EHRM niet gezien worden als een daadwerkelijke vervanging voor het recht om opmerkingen van de tegenpartij te onderzoeken en van commentaar te voorzien.

ongelimiteerde toegang tot documenten, en indien noodzakelijk, de mogelijkheid om kopieën van de relevante documenten te ontvangen, zijn volgens het EHRM belangrijke waarborgen voor een eerlijk proces in strafzaken.<sup>10</sup> De toegang tot documenten is niet beperkt tot direct bewijs, maar betreft ook indirect bewijs dat relevant is voor een oordeel over de ontvankelijkheid, betrouwbaarheid en volledigheid van het directe bewijs.<sup>11</sup> Het recht van de verdachte om kennis te nemen van documenten kan onder omstandigheden worden beperkt indien zijn raadsman in staat is dat materiaal in te zien.<sup>12</sup> Voorwaarde is dan wel dat de raadsman in de gelegenheid moet zijn de informatie met de verdachte te delen.<sup>13</sup>

Voor wat betreft zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen, lijkt het EHRM geen onderscheid te maken tussen strafprocedures en civiele procedures. In verschillende zaken, zoals de hierna te bespreken zaken *Forum* en *Bendenoun*, verwees het EHRM voornamelijk naar oudere zaken die een civiel geschil betroffen. Zo constateerde het EHRM in een mededingingszaak, de zaak *Fortum*, het volgende:

*'In the circumstances of the present case and in light of the parties' agreement that Article 6 § 1 is applicable the Court need not determine whether this provision applies under its "civil" or "criminal" head.'*<sup>14</sup>

Ondanks dat wel sprake was van een *criminal charge* zocht het EHRM voor de invulling van het recht op toegang tot documenten aansluiting bij eerdere zaken die betrekking hadden op civiele procedures.<sup>15</sup> Op grond van deze rechtspraak stelde het EHRM in de zaak *Fortum* een schending van artikel 6 EVRM vast, omdat geen toegang was verleend tot de memoranda (met zakengeheimen en beroepsgronden van Neste van 6 maart en 19 juni 1995) die de mededingingsautoriteit aan de rechter had overlegd.<sup>16</sup>

Ook in de zaak *Bendenoun* verwees het EHRM enkel naar civiele zaken.<sup>17</sup> In de zaak *Bendenoun* stelde het EHRM echter geen schending vast, omdat de Franse fiscus zich ter bepaling van de schuld van Bendenoun uitsluitend baseerde op stukken die wel in het procesdossier waren opgenomen. Deze stukken had Bendenoun wel volledig ingezien. Dit sluit volgens het EHRM niet uit dat ook andere stukken dan die waarop

<sup>10</sup> EHRM 24 april 2007, 38184/03 (*Matyjek t. Polen*), par. 59 en 63; EHRM 15 januari 2008, 37469/05 (*Luboch t. Polen*), par. 64 en 68; en EHRM 9 oktober 2008, 62936/00 (*Moiseyev t. Rusland*), par. 217.

<sup>11</sup> EHRM 11 december 2008, 6293/04 (*Mirilashvili t. Rusland*), par. 200. Zie ook EHRM 27 september 1990, *Series A* vol. 186 (*Windisch t. Oostenrijk*), par. 28; en EHRM 27 januari 2004, 54445/00 (*Verhoek t. Nederland*).

<sup>12</sup> EHRM 21 september 1993, *Series A* vol. 269 (*Kremzow t. Oostenrijk*), par. 52. Wanneer de verdachte de taal van de rechtspleging niet begrijpt, volstaat het dat zijn raadsman kennis kan nemen van de bewijsstukken. Zie EHRM 19 december 1989, *Series A* vol. 168 (*Kamasinski t. Oostenrijk*).

<sup>13</sup> EHRM 9 september 1998, 35138/97 (*Ayyildiz t. Nederland*); en EHRM 12 mei 2005, 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*).

<sup>14</sup> EHRM 15 oktober 2003, 32599/96 (*Fortum t. Finland*), par. 40.

<sup>15</sup> Verwezen wordt naar EHRM 19 juli 1995, *Series A* vol. 322 (*Kerojärvi t. Finland*), par. 42; en EHRM 18 februari 1997, 18990/91 (*Nideröst Huber t. Zwitserland*), par. 24.

<sup>16</sup> EHRM 15 juli 2003, 32559/96 (*Fortum Corporation t. Finland*).

<sup>17</sup> In deze zaak werd, naast de in *Fortum* (EHRM 15 juli 2003, 32559/96 (*Fortum Corporation t. Finland*)) aangehaalde jurisprudentie, verwezen naar EHRM 24 juni 1993, *Series A* vol. 263 (*Schuler-Zraggen t. Zwitserland*).



overheid en rechter zich baseren, of zelfs het gehele dossier, ter inzage moeten worden verstrekt aan de belanghebbende. In een dergelijk geval moet de belanghebbende ‘only briefly’ specifieke redenen geven waarom hij inzage wil in die documenten. De plicht om bijzondere redenen voor inzage te geven, geldt in zaken met omvangrijke dossiers des te meer; in een dergelijk geval moet de inzage in het volledige dossier enige bijdrage kunnen leveren aan een betere loop van het (proces)recht.<sup>18</sup> Eenzelfde redenering volgde het EHRM in de zaak *Messier*. In *Messier* was de Franse beurstoezichthouder (COB), die later door het leven ging als Autorité des marchés financiers, een onderzoek gestart naar Vivendi Universal, een beursconglomeraat dat na fusies in 2000 in financiële problemen was gekomen. Voorafgaand aan de zitting van de sanctiecommissie van de Franse toezichthouder klaagde Messier dat zijn verdedigingsrechten waren geschonden, mede omdat bepaalde (ontlastende) documenten buiten het dossier waren gehouden. Ook in deze zaak stelde het EHRM allereerst vast dat het ging om een uitzonderlijk omvangrijk dossier van tienduizenden bladzijden. Ondanks de omvang van het dossier oordeelde het EHRM dat Messier voldoende tijd gegund was om het dossier te bestuderen en te becommentariëren. Het dossier bevatte materiaal dat relevant was voor de zaak. Desalniettemin was volgens het EHRM geen sprake geweest van het weigeren van toegang tot bepaalde elektronische stukken, omdat de toezichthouder – in beroep – aangeboden had om desgevraagd de nog ontbrekende stukken te leveren. Messier had echter van dat aanbod geen gebruik gemaakt. Bovendien had hij wel een lijst overhandigd van de volgens hem ontbrekende (papieren) stukken, maar daarbij niet vermeld wat het belang was van die stukken. Ook had hij achterwege gelaten om de (hem bekende) auteurs van beweerdelijk niet-gevoegde documenten te horen. Aangezien Messier beschikte over middelen om toevoeging aan het dossier te bewerkstelligen, kwam het EHRM tot het oordeel dat geen afbreuk was gedaan aan het tegensprekelijke en eerlijke karakter van de procedure.<sup>19</sup>

In de zaken *Fortum*, *Bendenoun* en *Messier* bood het EHRM dus ruimte aan vervolgende instanties om, zeker wanneer het een zeer omvangrijk dossier betrof, een onderscheid te maken tussen documenten uit het dossier die (volgens de vervolgende instantie) relevant zijn voor de oordeelsvorming en overige documenten. Artikel 6 EVRM vereist dat de voor de zaak relevante documenten aan het dossier worden toegevoegd en dat het dossier op gelijke voet ter beschikking staat aan de verdediging en de sanctionerende instantie. Een instantie kan vervolgens – bijvoorbeeld op grond van overwegingen van proceseconomische aard – de niet-relevante stukken buiten het dossier houden.<sup>20</sup> Een verdachte die deze niet-relevante stukken wil inzien, dient kort daarvoor een verzoek tot inzage in te dienen. Het EHRM verlangt immers van de verdediging een zekere actieve opstelling – ‘procedurele luiheid van de verdediging

<sup>18</sup> EHRM 24 februari 1994, 12547/86, BNB 1994/175 m.nt. P.J. Wattel (*Bendenoun t. Frankrijk*), par. 52.

<sup>19</sup> EHRM 30 juni 2011, 25041/07, EHRC 2011-135 (m.nt. M.J.N. Vermeij & R.E. van Zijl) (*Messier t. Frankrijk*).

<sup>20</sup> Zie hierover Trechsel 2006, p. 225.

wordt door het EHRM niet beloond'.<sup>21</sup> Dit betekent dat degene die om inzage verzoekt, aangeeft waarom bepaalde door de instantie aangemerkte niet-relevante documenten toch relevant kunnen zijn voor de verdediging. Wanneer een dergelijk verzoek wordt ingediend, moet de betreffende instantie in principe inzage verlenen. Deze inzageverplichting wordt geïllustreerd door de zaak *Chambaz*. In deze zaak verzocht Chambaz om toegang tot het onderzoeksdossier dat de Zwitserse fiscus had samengesteld. Het verzoek werd niet gehonoreerd. Het EHRM verwees in de uitspraak naar de zaak *Bendenoun* waar het had geoordeeld dat de fiscus in sommige gevallen verplicht is om alle documenten over te leggen, ook als deze documenten niet specifiek zijn gebruikt door de fiscus. Het verlenen van toegang kan alleen worden geweigerd wanneer vitale nationale belangen of fundamentele rechten van derden zich tegen inzage verzetten. Aangezien de fiscus geen specifieke redenen had gegeven voor het weigeren van toegang tot de bewijsstukken – de weigering was gebaseerd op Chambaz' 'attitude adoptée [...] en procédure' (namelijk de weigering om bepaalde verklaringen af te leggen) – concludeerde het EHRM een schending van het 'equality of arms'-beginsel. Dit gebrek was niet door de appelrechter hersteld aangezien de appelrechter zonder eigen feitenonderzoek en zonder alsnog het volledige dossier ter inzage te geven de uitspraak van de administratieve rechter had bekrachtigd.<sup>22</sup> Een interessant detail in deze zaak betreft de, zoals het lijkt, omkering van de motiveringsverplichting. In deze zaak stelde Chambaz dat de gevraagde documenten duidelijke verbonden waren met de lopende procedure. Volgens het EHRM was het vervolgens aan de fiscus om te motiveren waarom inzage in deze documenten – op basis van de genoemde uitzonderingsgronden – niet werd verleend.

#### 2.2.1.2 *Het inzagerecht op grond van artikel 6 lid 3 EVRM*

Verwant aan het recht op inzage in de stukken is het recht om informatie te ontvangen en het recht op vertaling van de stukken. Het recht op informatie houdt in dat een partij ingelicht moet worden over het feit dat een onderzoek wordt ingesteld en over de verweten feiten. Artikel 6 lid 3 sub a EVRM schrijft voor dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld het recht heeft onverwijld, in een taal die hij verstaat, op de hoogte te worden gesteld van de aard en reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging.<sup>23</sup> Dit betekent dat een verdachte geïnformeerd wordt over de vermeende strafbare feiten, de plaats en datum van deze feiten, de toepasselijke wetsartikelen en de naam van de verdachte.<sup>24</sup> Het Hof heeft in verschillende zaken benadrukt dat de informatieverstrekking zodanig dient te zijn dat verdedigingsrechten

<sup>21</sup> Aldus Vermeij & Van Zijl in hun annotatie onder de zaak *Messier*. Zie EHRM 30 juni 2011, 25041/07, EHRC 2011-135 (m.nt. M.J.N. Vermeij & R.E. van Zijl) (*Messier t. Frankrijk*).

<sup>22</sup> EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*), par. 66-67. Zie ook Baker, *European Taxation* 2012/52.

<sup>23</sup> Voor wat betreft strafprocedures beoordeelt het EHRM een klacht inzake een schending van het recht op toegang tot documenten dan ook aan de hand van beide bepalingen, artikel 6 lid 3 EVRM en artikel 6 lid 1 EVRM. EHRM 10 juni 1996, 22399/93 (*Pullar t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45

<sup>24</sup> EHRM 19 december 1989, 10964/84 (*Brozicek t. Italië*), par. 41-42.

effectief kunnen worden verwezenlijkt.<sup>25</sup> Indien een verdachte niet de taal beheerst van het land waar hij wordt vervolgd, schrijft deze bepaling niet voor dat alle stukken (zoals de dagvaarding) vertaald worden. Ook artikel 6 lid 3 sub e EVRM, dat niet alleen betrekking heeft op het recht op een tolk tijdens de terechtzitting maar ook op de vertaling van processtukken,<sup>26</sup> verlangt geen volledige vertaling van het procesdossier:

*'Article 6 (3) (e) does not go so far as to require a written translation of all items of written evidence of official documents in the proceedings.'*

Een verdachte moet de vertaling van die stukken krijgen die nodig zijn voor de verdediging en die het mogelijk maken om zijn versie te geven over de gestelde overtreding.<sup>27</sup> Het kan daarmee voldoende zijn dat de betrokkene door middel van een mondelinge toelichting is geïnformeerd over de aard en de grond van de beschuldiging.<sup>28</sup> De parameters waarmee de noodzakelijkheid van een vertaling kan worden vastgesteld zijn de taalvaardigheden van de betrokkene alsmede de complexiteit van de materie:

*'... in the context of the application of paragraph 3 (e), the issue of the defendant's linguistic knowledge is vital and the court must also examine the nature of the offence with which the defendant is charged and any communications addressed to him by the domestic authorities, in order to assess whether they are sufficiently complex to require a detailed knowledge of the language used in court.'*<sup>29</sup>

Een andere relevante bepaling over het informatierecht in strafzaken is artikel 6 lid 3 sub b EVRM dat het recht regelt om te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van de verdediging. Volgens het EHRM volgt uit deze bepaling onder andere de verplichting om een verdachte voldoende tijd te geven om het (omvangrijke) dossier in te zien en te bestuderen,<sup>30</sup> en te informeren over de wijze waarop toegang tot het dossier wordt verleend.<sup>31</sup> Een voorbeeld is de zaak *Öcalan* waar de verdachte pas twee weken voor de zitting toegang kreeg tot het dossier. Het dossier omvatte 17.000 pagina's. De raadsman van de verdachte kreeg bovendien een beperkt

<sup>25</sup> EHRM 12 oktober 1992, 14104/88 (*T. t. Italië*).

<sup>26</sup> In de zaak *Luedicke, Belkacem & Koc t. Duitsland* (EHRM 10 maart 1980, 6210/73) heeft het EHRM voor het eerst bepaald dat deze bepaling zich uitstrekt tot de 'translation or interpretation of all those documents or statements in the proceedings instituted against him which it is necessary for him to understand in order to have the benefit of a fair trial'.

<sup>27</sup> EHRM 19 december 1989, *Series A* vol. 168, NJ 1994/26 (*Kamasinski t. Oostenrijk*).

<sup>28</sup> EHRM 19 december 1989, *Series A* vol. 168, NJ 1994/26 (*Kamasinski t. Oostenrijk*). Zie ook EHRM 9 maart 2010, 60705/08 (*Petuhovs t. Oostenrijk*). Voor een andere uitkomst: EHRM 19 december 1989, 10964/84 (*Brozicek t. Italië*).

<sup>29</sup> EHRM 28 juni 2005, 18114/02 (*Hermi t. Italië*), par. 71.

<sup>30</sup> EHRM 12 mei 2005, 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*), par. 142-147.

<sup>31</sup> Volgens het EHRM moet de verdachte voldoende worden ingelicht over de wijze waarop toegang tot het dossier wordt verleend. Zie EHRM 26 juli 2011, 35485/05, 45553/05, 35680/05, 36085/05 (*Huseyn en andere t. Azerbeidzjan*), par. 177.

bezoekrecht waardoor het voor de raadsman moeilijk was om het dossier met de verdachte door te nemen. Het EHRM concludeerde dan ook dat sprake was van een schending van artikel 6 EVRM aangezien de verdachte pas in een zeer laat stadium van de procedure toegang kreeg tot het dossier, en het de raadsman daardoor zeer moeilijk werd gemaakt om de zaak voor te bereiden.<sup>32</sup>

## 2.2.2 Het inzagerecht in civielrechtelijke zaken

### 2.2.2.1 Het inzagerecht op grond van artikel 6 lid 1 EVRM

Voor civiele procedures vloeit het recht op toegang tot documenten voort uit het recht op een eerlijk proces en de daarin vervatte beginselen van gelijkheid der wapenen en van een procedure op tegenspraak.<sup>33</sup> Met betrekking tot civiele procedures vloeit uit artikel 6 EVRM een beperkt recht op toegang tot documenten voort.<sup>34</sup> Met het oog op het beginsel van gelijkheid der wapenen en het recht op een procedure op tegenspraak moeten partijen toegang krijgen tot alle documenten die het oordeel van de rechter kunnen beïnvloeden. In de zaak *Yvon t. Frankrijk* heeft het EHRM de reikwijdte van het recht op toegang tot documenten in civiele procedures als volgt verwoord:

*‘The Court points out that the concept of fair trial implies in principle the right for the parties to a trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed (see Lobo Machado v. Portugal and Vermeulen v. Belgium, judgments of 20 February 1996, Reports 1996-I, pp. 206-07, § 31, and p. 234, § 33, respectively, and Nideröst-Huber and Kress, both cited above, p. 108, § 24, and § 74 respectively). In its opinion, the adversarial principle, thus defined, does not require that each party in “civil” cases must transmit to its opponent documents which, as in the instant case, have not been presented to the court either.’<sup>35</sup>*

Elke partij moet dus kennis kunnen nemen van het in de zaak gebruikte bewijs.<sup>36</sup> Het recht op toegang tot de documenten is daarmee beperkt tot de documenten die de grondslag vormen voor de schuldvaststelling door de rechter.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> EHRM 12 mei 2005, 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*), par. 138-147. Zie ook EHRM 21 april 1998, 22600/93 (*Daud t. Portugal*); EHRM 7 oktober 2008, 35228/03 (*Bogumil t. Portugal*); en EHRM 15 november 2007, 26986/03 (*Galstyan t. Armenië*).

<sup>33</sup> Zie EHRM 19 juli 1995, *Series A* vol. 322 (*Kerojärvi t. Finland*), par. 42; en EHRM 18 maart 1997, 21497/93 (*Mantovanelli t. Frankrijk*), par. 33.

<sup>34</sup> Deze beperkte inzagemogelijkheid is te verklaren doordat in een civiele procedure, althans in minder mate, sprake lijkt te zijn van ongelijkwaardige partijen waarvan er één processuele bescherming behoeft.

<sup>35</sup> EHRM 24 april 2003, 44962/98 (*Yvon t. Frankrijk*), par. 38.

<sup>36</sup> EHRM 18 maart 1997, 21497/93 (*Mantovanelli t. Frankrijk*).

<sup>37</sup> EHRM 24 februari 1995, 16424/90 (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*), par. 80. In de zaak *McMichael t. Verenigd Koninkrijk* werd de niet-openbaarmaking van rapporten van de sociale dienst over de plaatsing van een kind in strijd geacht met het recht op een procedure op tegenspraak, ondanks het feit dat de ouders van de inhoud van de rapporten op de hoogte waren gebracht tijdens de hoorzitting.

*'In its reasoning, the Court explained that, in the particular cases in question, granting to the applicant such rights and opportunities would have had no effect on the outcome of the proceedings as the legal approach adopted was not open to discussion.'*<sup>38</sup>

Dit betekent dat ook documenten die afkomstig zijn van derden onder de inzageverplichting kunnen vallen wanneer deze de uiteindelijke beslissing kunnen beïnvloeden.<sup>39</sup> Zo heeft het EHRM in verschillende zaken een inbreuk op artikel 6 EVRM vastgesteld doordat de observaties van de advocaat-generaal niet ter beschikking van partijen waren gesteld.<sup>40</sup>

Het bovenstaande betekent, *a contrario*, dat het inzagerecht zich niet uitstrekt tot een recht op toegang tot documenten die niet voorgelegd zijn aan de rechter. In de zaak *Schuler-Zraggenm* kreeg een belanghebbende geen inzage in een medisch rapport. In deze zaak overwoog het EHRM dat de rechter het rapport niet had gezien en dus de beslissing daar niet op had gebaseerd. Aangezien het document niet relevant was voor de schuldvaststelling, en de inzagemogelijkheid met betrekking tot de overige stukken (in tweede rechterlijke instantie) was hersteld, meende het EHRM dat geen schending van artikel 6 lid 1 EVRM had plaatsgevonden.<sup>41</sup>

## 2.3 De beperkingen op het inzagerecht

### 2.3.1 De beperkingen op het inzagerecht onder artikel 6 EVRM

#### 2.3.1.1 De toegestane beperkingen

Het recht op toegang tot documenten is zowel in zaken betreffende een strafrechtelijke vervolging als civiele zaken niet absoluut. Het feit dat bepaalde bewijsstukken in het dossier ontbreken, hoeft niet automatisch tot een schending te leiden. In de zaak *Chambaz* verwees het EHRM naar vitale nationale belangen of fundamentele rechten van derden als redenen voor het weigeren van toegang tot het volledige dossier.<sup>42</sup> Voorbeelden van beperkingen die met het recht op het toegang tot documenten kunnen

<sup>38</sup> EHRM 27 april 2010, 23083/05 (*Hudáková en andere t. Slowakije*), par. 26-27. Zie ook 15 juni 2004, 1814/02 (*Stepinska t. Frankrijk*), par. 18; EHRM 21 maart 2006, 39765/04 (*Sale t. Frankrijk*), par. 18; en EHRM 15 februari 2007, 43432/02 (*Verdú Verdú t. Spanje*), par. 26-28.

<sup>39</sup> EHRM 21 juni 2007, 25053/05 (*Ferreira Alves t. Portugal (No. 3)*), par. 36-41. Vergelijkbare zaken zijn de zaak *K.S. t. Finland* waarin een schending van artikel 6 EVRM werd geconcludeerd, omdat de adviezen die de 'Employment Commission' had uitgebracht niet waren verstrekt aan de klager (EHRM 31 mei 2005, 29346/95 (*K.S. t. Finland*), par. 23-24) en de zaak *GÖÇ t. Turkije* waarin niet-overlegging van een document van de advocaat-generaal in strijd werd geacht met het recht op een procedure op tegenspraak (EHRM 11 juli 2002, 36590/97 (*Göç t. Turkije*), par. 55).

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 27 maart 1998, 21351/93 (*J.J. t. Nederland*); EHRM 20 februari 1996, 15764/89 (*Lobo Machado t. Portugal*); EHRM 20 februari 1996, 19075/91 (*Vermeulen t. België*); EHRM 25 juni 1997, 20122/92 (*Van Orshoven t. België*); EHRM 27 maart 1998, 21981/93 (*K.D.B. t. Nederland*); EHRM 7 juni 2006, 39594/98 (*Kress t. Frankrijk*); en EHRM 12 april 2006, 58675/00 (*Martinie t. Frankrijk*).

<sup>41</sup> EHRM 24 juni 1993, *Series A* vol. 263, FED 1993/920 m.nt. M.W.C. Feteris (*Schuler-Zraggen t. Zwitserland*), par. 52.

<sup>42</sup> EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*), par. 61. Zie ook EHRM 24 september 2003, 39482/98 (*Dowsett t. Verenigd Koninkrijk*), par. 42.

conflicteren zijn de bescherming van de staatsveiligheid, de bescherming van getuigen (tegen het risico van represailles) of de bescherming van het publieke belang bij het geheimhouden van opsporingsmethoden.<sup>43</sup>

Uit jurisprudentie van het EHRM zijn drie voorwaarden te distilleren waaraan een procedure moet voldoen wanneer sprake is van een beperking van het inzagerecht. Ten eerste moet het gaan om maatregelen die strikt noodzakelijk zijn en die dus een beperking van het inzagerecht legitimeren.<sup>44</sup> Er mag dus geen sprake zijn van een automatisme waarin stevast informatie wordt afgeschermd zodra een beroep wordt gedaan op fundamentele rechten van derden of een algemeen belang.<sup>45</sup> Bovendien moeten deze beperkingen worden afgewogen tegen het recht van een verdachte op openbaarmaking van bewijsstukken.<sup>46</sup> In principe is het aan de nationale rechter voorbehouden om een belangenafweging te maken (belang openbaarmaking versus belang publieke belang bij afscherming van documenten) en om te bepalen of de beperking strikt noodzakelijk is. Wanneer omwille van de rechten van derden informatie voor de verdediging wordt afgeschermd, toetst het EHRM echter ook zelf of de beperking van het verdedigingsrecht strikt noodzakelijk is, of dat een minder vergaande beperking volstaat.<sup>47</sup> Ten tweede moet in een procedure de beperking op het inzagerecht worden gecompenseerd (zie deelparagraaf 2.3.1.2). Mocht geen sprake zijn van voldoende procedurele waarborgen, dan is het ten derde nog de vraag wat het belang is van de achtergehouden informatie voor de uitkomst van de procedure. Is de achtergehouden informatie niet gebruikt in een procedure, dan zal minder snel aangenomen worden dat sprake is van een schending van de rechten van verdediging.<sup>48</sup>

### 2.3.1.2 *De compenserende maatregelen voor de beperking*

Mocht de staat op grond van een publiek belang of het belang van derden informatie toch achterhouden, dan dienen de nadelen die de verdediging daardoor ondervindt zo veel mogelijk te worden gecompenseerd. Met andere woorden: er moeten *adequate safeguards* worden geboden om de belangen van de verdachte te garanderen. In de zaak *Chambaz* legde het EHRM in geval van een weigering tot inzage een bijzondere procedure op: de weigering moet worden beoordeeld door een onafhankelijke en

<sup>43</sup> EHRM 26 maart 1996, 20524/92 (*Doorson t. Nederland*), par. 70.

<sup>44</sup> EHRM 23 april 1997, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, NJ 1997/635 (*Van Mechelen t. Nederland*), par. 58.

<sup>45</sup> Franken 2004b, p. 22.

<sup>46</sup> EHRM 26 maart 1996, 20524/92 (*Doorson t. Nederland*), par. 70. Zie ook EHRM 22 juli 2003, 39647/98 en 40461/98 (*Edwards & Lewis t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46.

<sup>47</sup> Franken 2004b, p. 23. Zie ook EHRM 23 april 1997, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, NJ 1997/635 (*Van Mechelen t. Nederland*); en EHRM 14 februari 2002, 26668/95, NJ 2002, 378 (*Visser tegen Nederland*).

<sup>48</sup> In de zaken *Jasper t. Verenigd Koninkrijk* en *Fitt t. Verenigd Koninkrijk* vormde het achtergehouden materiaal geen onderdeel van de zaak die de openbaar aanklager had voorgelegd aan de jury. In de zaak *Edwards & Lewis t. Verenigd Koninkrijk* kon het materiaal wel van beslissend belang zijn voor de uitkomst van de zaak. Zie EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 februari 2000, 29777/96 (*Fitt t. Verenigd Koninkrijk*); en EHRM 22 juli 2003, 39647/98 en 40461/98 (*Edwards & Lewis t. Verenigd Koninkrijk*). Zie verder ook Franken 2004b, p. 23.



onpartijdige rechter die de opportuniteit van de beslissing kan nagaan en daarvoor toegang krijgt tot de litigieuze stukken. Wanneer de overlegging van geheimgehouden informatie in eerste instantie niet aan een nauwkeurige controle van een rechtsinstantie is onderworpen, kan het gebrek aan een eerlijk proces slechts in beroep worden hersteld door een totale en algehele overlegging van de litigieuze stukken, aldus het EHRM.<sup>49</sup>

De afweging van belangen, enerzijds de invloed van het ontbreken van bepaalde stukken op de verdedigingsrechten en anderzijds het algemeen belang bij geheimhouding, heeft zich vooral gemanifesteerd in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk.<sup>50</sup> In deze zaken is op basis van de zogeheten '*public interest immunity*' aanvaard dat bepaalde informatie geheim mag worden gehouden voor de verdediging wanneer dit in het algemeen belang is.<sup>51</sup> Uit deze rechtspraak volgt dat het niet uitsluitend aan het OM is om te bepalen welk bewijsstuk aan het dossier wordt toegevoegd en welk bewijsstuk niet.<sup>52</sup> De '*public interest immunity*'-procedure houdt in dat de vervolgende instantie de zittingsrechter<sup>53</sup> kan verzoeken bepaald materiaal achter te houden. Vervolgens maakt de rechter die kennis neemt van het desbetreffende materiaal, dus niet de vervolgende autoriteit zelf, een belangenafweging.<sup>54</sup> Wil deze belangafweging in overeenstemming zijn met artikel 6 EVRM, dan moet de rechter daadwerkelijk kennis nemen van de inhoud van het achtergehouden materiaal.<sup>55</sup> De verdediging kan vervolgens bezwaar maken en aangeven waarom het materiaal van belang is; de verdediging moet dus om inzage van achtergehouden materiaal kunnen verzoeken en de mogelijkheid krijgen om haar stem hierover te laten horen.<sup>56</sup> Zo werd in de zaak *Edwards & Lewis* een inbreuk op artikel 6 lid 1 EVRM geconstateerd omdat de verdediging de afscherming van het belastende materiaal niet kon aanvechten terwijl de rechter wel kennis had genomen van het

<sup>49</sup> EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*), par. 62. Het EHRM verwijst naar EHRM 19 september 2000, 29522/95, 30056/96 en 30574/96 (*I.J.L. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 118.

<sup>50</sup> EHRM 16 februari 2000, 28901/95 (*Roue & Davis t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 24 september 2003, 39482/98 (*Dowsett t. Verenigd Koninkrijk*); en EHRM 18 november 2003, 54109/00 (*Chadwich t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>51</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 593.

<sup>52</sup> Stijnen 2011, p. 739.

<sup>53</sup> De zittingsrechter in het Verenigd Koninkrijk is wezenlijk anders dan de Nederlandse zittingsrechter. De Nederlandse zittingsrechter moet in tegenstelling tot de rechter in juryzaken ook over de bewijsvraag beslissen. In de zaak *McKeown t. Verenigd Koninkrijk* betrof het echter geen zittingsrechter maar een zogeheten *disclosure judge*. Zie EHRM 11 januari 2011, 6684/05 (*McKeown t. Verenigd Koninkrijk*). Een *disclosure judge* is te vergelijken met de rol van de rechter-commissaris in het vooronderzoek in strafzaken. Zie hierover: Wet van 1 december 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de herziening van de regels inzake de processtukken, de verslaglegging door de opsporingsambtenaar en enkele andere onderwerpen (herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken), *Stb.* 2011, 601.

<sup>54</sup> EHRM 10 juli 1998, 20390/92 en 21322/92 (*Tinnelly & Sons Ltd e.a. & McElduff e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>55</sup> EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*); en EHRM 16 februari 2000, 29777/96 (*Fitt t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>56</sup> EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*), par. 55-56. Het EHRM oordeelde in de zaak *V. t. Finland*, in tegenstelling tot haar uitspraak in de zaak *Jasper t. Verenigd Koninkrijk*, dat wel sprake was van een schending van artikel 6 EVRM omdat de verdediging niet op de hoogte was gehouden van en niet betrokken was bij de besluitvorming. Zie EHRM 24 april 2007, 40412/98 (*V. t. Finland*).



achtergehouden materiaal.<sup>57</sup> Mocht de verdediging in de loop van de procedure een standpunt innemen dat door het achtergehouden materiaal kan worden onderbouwd, dan moet de procedure de rechter de mogelijkheid bieden alsnog openbaarmaking te bevelen.<sup>58</sup> Van belang is dus dat de zittingsrechter gedurende de voortgang van het proces in het oog blijft houden of de achtergehouden informatie niet toch zodanig relevant wordt voor de verdediging dat deze alsnog moet worden geopenbaard. Dit is een lastige opgave aangezien de rechter, bij de beoordeling van de vraag of bepaald materiaal relevant is, ‘in de huid van de verdediging moet kruipen en deze twee rollen zijn nu eenmaal moeilijk te verenigen’.<sup>59</sup>

Naast deze procedure kan de verdediging ook op andere wijzen inzage krijgen in de stukken, bijvoorbeeld door het aanstellen van een *special counsel* die, in afwezigheid van de verdachte en zijn raadsman, de belangen van de verdachte behartigt in de procedure waarin over de afscherming van informatie wordt beslist. Het EHRM heeft echter nadrukkelijk het belang onderkend dat de verdachte zelf kennis kan nemen van het dossier.<sup>60</sup> De verdachte is immers degene die, beter dan zijn raadsman, de relevantie van documenten kan bepalen.<sup>61</sup> De speciale advocaat kan dan ook zijn functie alleen op zinvolle wijze vervullen wanneer de verdachte beschikt over voldoende specifieke informatie met betrekking tot de tegen hem geuite beschuldigingen, zodat hij de advocaat effectieve instructies kan geven.<sup>62</sup>

In sommige gevallen kan de compensatie geboden worden door de mogelijkheid te bieden om getuigen te horen. In de zaak *Cornelis* beoogde de verdediging te onderzoeken of een overeenkomst met een getuige/medeverdachte (die leidde tot een positief gratieadvies en de intrekking van het OM-appel) rechtmatig tot stand was gekomen. Toegang tot de op de overeenkomst betrekking hebbende stukken werd echter geweigerd. Wel kreeg de verdediging ruimte om getuigen te horen over dit onderwerp, hetgeen voor het EHRM afdoende was.<sup>63</sup>

### 2.3.2 De beperkingen op het inzagerecht onder artikel 8 EVRM

#### 2.3.2.1 Een inmenging op het privéleven van rechtspersonen

Een speciale beperking op het inzagerecht is het recht op eerbiediging van het privéleven dat verankerd is in artikel 8 EVRM. Blijkens de rechtspraak van het EHRM kan het begrip privéleven zo worden uitgelegd dat de beroeps- of handelsactiviteiten

<sup>57</sup> EHRM 22 juli 2003, 39647/98 en 40461/98 (*Edwards & Lewis t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>58</sup> Boksem e.a. 2010, par. 24.5.3.d.

<sup>59</sup> Zie de noot van Spronken EHRM 16 februari 2000, 29777/96, EHRC 2000/32 m.nt. T. Spronken (*Fitt t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>60</sup> EHRM 12 mei 2005, 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*).

<sup>61</sup> Franken 2004b, p. 25.

<sup>62</sup> EHRM 20 juli 2010, 4900/06, AB 2011/132, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2010/113 m.nt. A. Woltjer (*A. t. Nederland*).

<sup>63</sup> EHRM 25 mei 2004, 994/03 (*Cornelis t. Nederland*).

van een rechtspersoon onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM kunnen vallen.<sup>64</sup> Het ruimere, overkoepelende recht op eerbiediging van het privéleven omvat kwesties zoals de bescherming van vertrouwelijke gegevens,<sup>65</sup> de bescherming van persoonsgegevens<sup>66</sup> of de bescherming van correspondentie.<sup>67</sup> Een bijzondere inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM betreft de schending van het beroepsgeheim van advocaten. Een voorbeeld is de zaak *Michaud* waar een advocaat uit Parijs de geldigheid van zijn meldingsplicht van ongebruikelijke transacties betwistte. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat de meldingsplicht een inbreuk opleverde op de bescherming van vertrouwelijke correspondentie tussen advocaat en cliënt.<sup>68</sup> In een andere zaak, *André*, oordeelde het EHRM dat een doorzoeking bij een advocaat, en de daaruit voortvloeiende schending van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt, tevens een inbreuk kan opleveren op het door artikel 6 EVRM gegeven verbod van zelfincriminatie.<sup>69</sup>

### 2.3.2.2 De rechtvaardiging voor de inmenging op het privéleven

Een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM kan gerechtvaardigd zijn wanneer voldaan is aan de drie voorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM: de inbreuk moet bij de wet zijn voorzien, de inmenging moet strekken tot bescherming van een van de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde belangen en de inbreuk moet in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ter bescherming van deze belangen. Het niet voldoen aan deze voorwaarden betekent dat – aangezien sprake is van een schending van artikel 8 EVRM – de betreffende vertrouwelijke gegevens niet aan het dossier van bijvoorbeeld een toezichthouder of rechter mogen worden gevoegd en dus ook geen onderdeel mogen uitmaken van documenten waarvan inzage verstrekt dient te worden.

Aan de voorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM was bijvoorbeeld in de hiervoor besproken zaak *Michaud* voldaan, omdat de meldplicht beperkt was tot activiteiten die verwijderd waren van de kerntaak van de advocaat die was toegelaten tot de balie (i.e. het bijstaan van cliënten in gerechtelijke procedures) en een filter was gecreëerd ter bescherming van het beroepsgeheim. Verder werd de verplichte melding gedaan aan

<sup>64</sup> EHRM 16 december 1992, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 320, m.nt. E. Myjer (*Niemitz*); EHRM 2 oktober 2014, 97/11, *EHRC* 2015/28 (*Delta Pekámy t. Tsjechië*); en EHRM 16 april 2002, *EHRC* 2002/46, m.nt. H.J. Janssen, *NJCM-Bulletin* 2003/1, m.nt. A.Q.C. Tak (*Cola Est*). Zie over deze zaak verder Barkhuysen 2002, p. 236 e.v.

<sup>65</sup> Deze vaststelling is echter niet verrassend, aangezien de reikwijdte van artikel 8 behoorlijk is uitgerekt. Artikel 8 EVRM is een soort van ‘*content creep*’ – de standaarden en principes die in de context van de andere EVRM-bepalingen zijn ontwikkeld, zijn in verschillende variaties ook geïmporteerd in artikel 8 EVRM. Zie Harris e.a. 2014, p. 523.

<sup>66</sup> EHRM 26 maart 1987, *Series A* vol. 116 (*Leander t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>67</sup> EHRM 12 juni 2007, 70204/01 (*Frérot t. Frankrijk*), par. 53-54.

<sup>68</sup> EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud t. Frankrijk*), par. 92-93. Ook in eerdere uitspraken heeft het EHRM geoordeeld dat vertrouwelijke correspondentie tussen advocaten en cliënten onder het bereik van artikel 8 lid 1 EVRM kan vallen. Zie bijvoorbeeld EHRM 20 juni 1988, *Series A* nr. 137 (*Schonenberger & Durmaz t. Zwitserland*), en (over het tappen van de telefoon van een advocaat) EHRM 25 maart 1998, *EHRC* 1998-II (*Kopp t. Zwitserland*).

<sup>69</sup> EHRM 24 juli 2008, 18603/03 (*André e.a. t. Frankrijk*), par. 14-20.

de deken en niet (rechtstreeks) aan de publieke toezichthouder.<sup>70</sup> Uit deze uitspraak volgt dat de correspondentie tussen advocaten en cliënten in principe onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat valt, tenzij de – in eerste instantie als vertrouwelijk aangemerkte – documenten geen betrekking hebben op de bescherming van de verdedigingsbelangen van de cliënten in (gerechtelijke) procedures. Een zaak waar een rechtvaardiging voor een inbreuk op artikel 8 EVRM niet aanwezig werd geacht, is de zaak *Vinci*. In deze zaak inspecteerde de Franse mededingingsautoriteit de bedrijfslokalen van twee ondernemingen (Vinci en GTM). Hoewel de inspectie bij wet was voorzien, en de bescherming van het economisch welzijn van Frankrijk tot doel had, was de inspectie niet proportioneel omdat de inspectie niet de vertrouwelijkheid van correspondentie van de advocaat en diens cliënt respecteerde. Verder konden de ondernemingen de inbeslagname van de (vertrouwelijke) documenten niet voorkomen en kon de rechter vervolgens geen gedetailleerd oordeel geven over de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten en ook niet de teruggave van de documenten eisen.<sup>71</sup> In de zaak *Vinci* bevestigt het EHRM niet alleen dat correspondentie tussen advocaten en cliënten bescherming geniet, maar ook dat de inspectie *an sich*, en de inbeslagname van documenten, omringd moeten zijn door bepaalde procedurele waarborgen bestaande uit de mogelijkheid om dergelijke beslissingen effectief aan te kunnen vechten voor een rechter.<sup>72</sup>

Een voorbeeld waar echter geen sprake is van een inbreuk op artikel 8 EVRM is de zaak *Bernh Larsen*. In deze zaak verzocht de Noorse belastingdienst de onderneming Bernh Larsen om gegevens beschikbaar te stellen die op een computerserver stonden. Het verzoek had volgens het EHRM impact op het recht van de onderneming op eerbiediging van haar bedrijfslocaties en correspondentie aangezien het verzoek bindend was en een bestuurlijke boete opgelegd kon worden wanneer de betreffende onderneming haar verplichtingen niet zou nakomen. Door toegang te verkrijgen tot de server waarop privédocumenten, correspondentie van werknemers en vertrouwelijke commerciële informatie van de ondernemingen en andere ondernemingen stonden, mengde de Noorse belastingdienst zich in het privéleven van de betreffende ondernemingen. Het EHRM oordeelde echter dat de inmenging van de Noorse belastingdienst gerechtvaardigd was. Interessant zijn de overwegingen van het EHRM over de noodzakelijkheid van deze inbreuk. De noodzakelijkheidsvoorwaarde verlangt dat de inbreuk op het privéleven niet onevenredig is in verhouding tot het doel dat wordt verwezenlijkt. Deze proportionaliteitstoets vergt een belangenafweging tussen het algemeen belang en de op het spel staande privébelangen. Het EHRM bevestigt in deze uitspraak<sup>73</sup> dat de nationale autoriteiten een bepaalde beoordelingsvrijheid hebben ten aanzien van de beoordeling of de beperking proportioneel is en dat deze

<sup>70</sup> EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud t. Frankrijk*).

<sup>71</sup> EHRM 2 april 2015, 63629/10 en 60567/10 (*Vinci & GTM t. Frankrijk*).

<sup>72</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2010, 29613/08 (*Primagaz t. Frankrijk*); en EHRM 21 december 2010, 29408/08 (*Societe Canal Plus t. Frankrijk*).

<sup>73</sup> Zie voor een eerdere uitspraak de zaak *Niemietz*: EHRM 16 december 1992, *Series A* nr. 251 (*Niemietz t. Duitsland*), par. 31.

beoordelingsvrijheid ruimer is wanneer de maatregel betrekking heeft op rechtspersonen.<sup>74</sup> Alhoewel het verzoek van de Noorse belastingdienst ‘particularly far-reaching was’ omdat ook inzage werd verleend in documenten die niet direct relevant waren voor het belastingonderzoek, waren de omstandigheden dat de nationale wetgeving belangrijke beperkingen verbond aan de bevoegdheden van de Noorse belastingdienst en voorzag in doeltreffende en passende waarborgen tegen misbruik, voldoende om de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM te rechtvaardigen.<sup>75</sup>

## 2.4 Het moment van openbaarmaking

### 2.4.1 De openbaarmaking gedurende de bestuurlijke besluitvormingsfase

Na de vaststelling dat een procespartij recht heeft op inzage in bepaalde documenten, resteert de vraag wanneer de vervolgende instantie of de rechter ook daadwerkelijk moet overgaan tot het verlenen van inzage. In principe dient de vervolgende autoriteit zo spoedig mogelijk, in eerste aanleg, documenten openbaar te maken. Het EHRM kijkt echter voornamelijk naar de eerlijkheid van de procedure in zijn geheel en of gebreken in een voorprocedure hersteld kunnen worden in daaropvolgende (rechterlijke) fases.<sup>76</sup> Alhoewel het EHRM de procedure in zijn geheel in aanmerking neemt bij de beoordeling of een schending van artikel 6 EVRM heeft plaatsgevonden, kan het onthouden van informatie in de bestuurlijke fase wel degelijk een inbreuk op artikel 6 EVRM opleveren. In de zaak *McGinley & McEgan* stelde het EHRM dat:

*‘the respondent State had, without good cause, prevented the applicants from gaining access to, or falsely denied the existence of, documents in its possession which would have assisted them in establishing before the PAT that they had been exposed to dangerous levels of radiation, this would have been to deny them a fair hearing in violation of Article 6 § 1.’<sup>77</sup>*

<sup>74</sup> Interessant is dat het EHRM specifiek voor mededingingszaken heeft geoordeeld dat de staten een bijzonder ruime beoordelingsvrijheid hebben. Zie bijvoorbeeld de zaak *Markt Intern* over de persvrijheid in het licht van artikel 10 EVRM: ‘Such a margin of appreciation is essential in commercial matters and, in particular, in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition’ (EHRM 20 november 1989, 10572/83 (*Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann t. Duitsland*)). Zie over deze zaak, en de zaak *Colas Est* (EHRM 16 april 2002, 37971/97, *Colas Est e.a. t. Frankrijk*) over de inspectiebevoegdheden van mededingingsautoriteiten en artikel 8 EVRM: Emberland 2006, hoofdstuk 5.

<sup>75</sup> EHRM 14 maart 2013, 24117/08, EHRC 2013/123 (*Bernh Larsen t. Noorwegen*).

<sup>76</sup> EHRM 18 maart 1997, 21497/93 (*Mantovanelli t. Frankrijk*), par. 34. Zie, *mutatis mutandis*, EHRM 12 juli 1988, Series A vol. 140 (*Schenk t. Zwitserland*), par. 46; EHRM 6 december 1988, Series A vol. 146 (*Barberà, Messegué & Jabardo t. Spanje*); EHRM 19 december 1990, Series A vol. 191 (*Delta t. Frankrijk*); EHRM 19 februari 1991, Series A vol. 194 (*Isgrò t. Italië*); EHRM 26 september 1996, 18978/91 (*Mialhe t. Frankrijk* (no. 2)); en EHRM 7 augustus 1996, 19874/92 (*Ferrantelli en Santangelo t. Italië*).

<sup>77</sup> In deze zaak hadden de klagers echter nagelaten gebruik te maken van een bepaalde nationale procesregel tot inzage. Daarnaast hadden klagers hun bewering dat bepaalde informatie daadwerkelijk in het bezit van de overheid zou zijn niet gesubstantieerd. Volgens het EHRM was artikel 6 lid 1 EVRM niet geschonden. EHRM 9 juni 1998, 10/1997/794/995-996 (*Mc Ginley & Egan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 86. Zie over deze zaak ook de annotatie van Barkhuysen 1999. In een vergelijkbare zaak, de zaak *Roche*, concludeerde het EHRM een schending, echter niet op basis van artikel 6 EVRM, maar van artikel 8 EVRM. EHRM 19 oktober 2005, 32555/96 (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*), par. 167. Zie bijvoorbeeld ook de

Uit deze zaak volgt dat een gebrek in de bestuurlijke fase, bestaande uit het niet overleggen van bepaalde documenten (in deze zaak ging het om documenten die als bewijs konden dienen voor de bewering van de klagers dat zij aan een gevaarlijke straling waren blootgesteld) mogelijk niet reparabel is in een later stadium bij de rechter. Alhoewel het in artikel 6 EVRM vervatte beginsel van *equality of arms* enkel van toepassing is op de rechterlijke procedure, kan het dus ook van doorslaggevende betekenis zijn voor het vaststellen van een schending gedurende de bestuurlijke besluitvormingsprocedure voorafgaand aan de rechterlijke procedure.

#### 2.4.2 De openbaarmaking gedurende de rechterlijke procedure

Het uitgangspunt van artikel 6 EVRM is dat de verdediging toegang moet krijgen tot alle relevante documenten uit een gerechtelijke dossier.<sup>78</sup> Een rechter moet ambtshalve alle documenten die hij bezit aan partijen toezenden; een expliciet verzoek daartoe is niet nodig.<sup>79</sup> Wanneer de rechter in eerste aanleg geen of onvolledig inzage verleent in het zaakdossier, dan kan de rechter in hoger beroep dit gebrek herstellen door alsnog het volledige zaakdossier beschikbaar te stellen. In sommige gevallen is een dergelijk herstel niet meer mogelijk. Zo kunnen incidenten tijdens het vooronderzoek zodanig de positie van de verdachte verzwakken dat het onderzoek ter terechtzitting geen compensatie meer kan bieden.<sup>80</sup> In de zaak *Rowe & Davis* leverde het (alsnog) in hoger beroep openbaren van achtergehouden materiaal een schending op van artikel 6 lid 1 EVRM omdat de klagers de achtergehouden informatie in eerste aanleg hadden kunnen gebruiken om de geloofwaardigheid van een belastende getuigenverklaring te ondermijnen.<sup>81</sup> Ook in de zaak *Dowsett* werd een schending aangenomen. In deze zaak had de vervolgende instantie het bewijsmateriaal in eerste aanleg achtergehouden zonder kennisgeving daarvan aan de rechter of de verdediging. Het openbaren van het materiaal in hoger beroep was volgens het EHRM onvoldoende om een inbreuk op artikel 6 EVRM te herstellen.<sup>82</sup>

---

zaken *Leander en Guerra* waarin het recht om toegang te krijgen tot documenten werd beoordeeld onder artikel 8 EVRM. EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander t. Zweden*); en EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a. t. Italië*). Zaken waarin het recht op toegang tot documenten wordt gelinkt aan artikel 8 EVRM hebben meestal betrekking op situaties die voor betrokkenen gevaar kunnen opleveren voor lijf, goed of gezondheid (zie bijvoorbeeld de zaak *Guerra* over de verplichting van de overheid om aan omwonenden van een chemische fabriek informatie te verstrekken over de risico's waaraan zij zijn blootgesteld). In een dergelijk situatie heeft de overheid een actieve informatieverplichting die niet alleen geldt binnen het kader van de bestuurlijke besluitvorming, maar zich ook uitstrekt tot informatie over betrokkene zelf, of algemene informatie die van belang is voor een groot aantal betrokkenen. Zie hierover: Simon 2003, p. 173.

<sup>78</sup> EHRM 24 februari 1997, 19983/92 (*De Haes en Gijssels t. België*).

<sup>79</sup> EHRM 19 juli 1995, *Series A* vol. 322 (*Kerojäävi t. Finland*), par. 42.

<sup>80</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 464.

<sup>81</sup> EHRM 16 februari 2000, 28901/95 (*Rowe & Davis t. Verenigd Koninkrijk*), par. 65. Zie ook de vergelijkbare uitspraak van het EHRM in de zaak *Atlan*: EHRM 16 juni 2001, 36533/97 (*Atlan t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>82</sup> EHRM 24 september 2003, 39482/98 (*Dowsett t. Verenigd Koninkrijk*).

In de zaak *Edwards* kon het gebrek (geen toegang tot belastende documenten) in eerste aanleg wel gerepareerd worden in hoger beroep waardoor de procedure uiteindelijk in overeenstemming werd geacht met artikel 6 EVRM. In deze zaak was de appelrechter op alle fronten ingelicht, werd de verdediging aan het woord gelaten en werd het afgeschermd materiaal in hoger beroep alsnog geopenbaard. Daarnaast had de verdediging geen onderzoek laten verrichten (zoals getuigenverhoor) naar aanleiding van het achtergehouden bewijsmateriaal waardoor de hogerberoepsrechter het achtergehouden materiaal kon beoordelen in het licht van de in eerste aanleg ingenomen stellingen van de verdediging.<sup>83</sup>

Uit deze arresten volgt dat het EHRM een verband legt tussen het karakter en de wijze van herstel van het achtergehouden bewijs. In principe kan een document in hoger beroep alsnog ter beschikking gesteld worden aan de wederpartij, maar een belastende verklaring door een getuige (zaak *Rowe and Davis*) zal in dergelijke omstandigheden opnieuw moeten worden afgelegd. Daarnaast is het in zijn geheel achterhouden van documenten zonder kennisgeving daarvan aan de rechter of de verdediging, ook al worden de documenten in hoger beroep alsnog geopenbaard (zaak *Dowsett*), in strijd met artikel 6 EVRM.

## 2.5 Deelconclusie

In artikel 6 EVRM is geen expliciet inzagerecht opgenomen – het recht is als impliciete bepaling in het EVRM ‘ingelesen’. Het recht op toegang tot documenten is verbonden aan het recht op een eerlijk proces en vereist dat partijen in civiele procedures toegang krijgen tot alle documenten die relevant zijn voor de schuldvaststelling en dat partijen in strafprocedures inzage krijgen in alle belastende en ontlastende stukken. Daarnaast bevat artikel 6 lid 3 EVRM een bijkomend informatierecht voor strafvervolgingen, namelijk het recht om zo spoedig mogelijk op de hoogte gebracht te worden van de beschuldigen. Verder dient een verdachte over voldoende tijd en faciliteiten te beschikken voor het bestuderen van de stukken en zullen bepaalde stukken vertaald moeten worden.

Het inzagerecht is niet absoluut: fundamentele rechten van derden of vitale nationale belangen kunnen het recht op toegang tot documenten beperken. Het recht op bescherming van het privéleven (artikel 8 EVRM), zoals bijvoorbeeld de bescherming van vertrouwelijke bedrijfsgegevens, is zo’n fundamenteel recht van een derde dat een limitatie van het inzagerecht rechtvaardigt. Vereist is wel dat de beperking noodzakelijk is en voldoende procedureel wordt gecompenseerd. Deze procedurele waarborgen zien erop toe dat een partij zich moet kunnen uitlaten over het achtergehouden bewijs en dat een rechter moet kunnen oordelen of het bewijs inderdaad achtergehouden mag worden. Daarnaast dient gekeken te worden naar het belang van het achtergehouden bewijs voor de beoordeling van het geschil. Een

<sup>83</sup> EHRM 16 december 1992, 13071/87 (*Edwards t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 19 september 2000, 29522/95, 30056/96, 30574/96 (*I.J.L. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).



inbreuk kan in principe gerepareerd worden in een latere fase van de procedure. Het Straatsburgse Hof kijkt immers naar de procedure *as a whole* en of deze *fair* is in het licht van artikel 6 EVRM. In sommige zaken is het gebrek echter niet meer te repareren, bijvoorbeeld wanneer een partij, door het achterhouden van documenten, wordt beperkt in het formuleren en aanvoeren van bepaalde argumenten.

### 3 HET UNIERECHT

#### 3.1 Inleiding

Wanneer het gaat om het recht op toegang tot documenten, dan kan een beroep worden gedaan op drie verschillende Unierechtelijke bepalingen. Ten eerste verleent het Unierecht een recht op toegang tot documenten op grond van het verdedigingsbeginsel en het beginsel op een behoorlijk bestuur als algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Uit hoofdstuk 3 volgde dat het verdedigingsbeginsel verschillende deelaspecten kent, waaronder het recht om inlichtingen te ontvangen en op inzage in de stukken.<sup>84</sup> Verder bestaat op grond van artikel 41 Handvest het recht op een behoorlijk bestuur dat onder andere verlangt dat een geadresseerde van een beslissing van het Europese bestuur toegang krijgt tot het dossier. De laatste rechtsgrondslag is in artikel 42 Handvest opgenomen en regelt het recht op toegang tot informatie van de EU-instellingen. Deze bepaling is uitgewerkt in Verordening 1049/2001, de zogeheten 'Eurowob', en zal verder in dit hoofdstuk niet aan bod komen. Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. In deelparagraaf 3.2.1 wordt gekeken worden naar het inzagerecht als algemeen rechtsbeginsel en vervolgens naar het inzagerecht dat volgt uit artikel 41 Handvest (deelparagraaf 3.2.2). Het overgrote deel van paragraaf 3.3 staat in het teken van het inzagerecht in mededingingsprocedures gezien de rijke jurisprudentie over de reikwijdte van het inzagerecht in mededingingsprocedures. Deze paragraaf bespreekt de volgende onderwerpen: de inzagemogelijkheden in het boeterapport (deelparagraaf 3.3.1.1) en -besluit (deelparagraaf 3.3.1.2), de beperkingen op het inzagerecht (deelparagraaf 3.3.2), de behandeling van vertrouwelijke documenten (deelparagraaf 3.3.3) en het inzagerecht gedurende de gerechtelijke procedure (deelparagraaf 3.3.4). In deelparagraaf 3.4 worden de bevindingen samengevat.

#### 3.2 Het inzagerecht in het Unierecht

##### 3.2.1 *Het inzagerecht als algemeen rechtsbeginsel*

Het recht op toegang tot informatie als verdedigingsbeginsel omvat het recht om op de hoogte te worden gebracht van de beschuldigingen en vervolgens het recht op toegang tot het dossier waarop het nadelige besluit is gebaseerd. Het recht op inzage in de

<sup>84</sup> Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 182-185. Zie ook Galligan 1996, p. 224 en Jacobs 1999, p. 149.



stukken dient dan ook ter verwezenlijking van het recht om te worden gehoord.<sup>85</sup> Het recht om gehoord te worden stelt immers weinig voor indien men geen toegang heeft tot de informatie waarover de andere partij beschikt.<sup>86</sup> In Europa (en ook in Nederland) heeft de ontwikkeling van het verdedigingsbeginsel voornamelijk plaatsgevonden in mededingingszaken. Een verdere bespreking van het inzagerecht als verdedigingsbeginsel volgt dan ook in deelparagraaf 3.3.1.2 over het recht op toegang tot het mededingingsdossier.

Weinig zaken zijn gewezen over het inzagerecht als algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur. In de toelichting bij artikel 41 Handvest wordt verwezen naar een aantal arresten waarin de Unierechter het beginsel van behoorlijk bestuur heeft toegepast. Relevant om te vermelden is dat het recht op toegang tot documenten in geen van deze arresten wordt gekoppeld aan het beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>87</sup> Buiten de zaken die worden genoemd in de toelichting bij artikel 41 Handvest heeft het HvJ EU enkel in de zaak *Tradax* het recht op toegang tot documenten behandeld onder het beginsel van behoorlijk bestuur. In deze zaak oordeelde het HvJ EU dat het van behoorlijk bestuur zou getuigen indien de Europese Commissie de voornaamste informatie bekendmaakte die zij bij beoordeling van de zaak in aanmerking had genomen. Volgens het HvJ EU omvatte dit niet de verplichting om individuele vragen te beantwoorden of om alle door de Commissie verzamelde gegevens te laten inzien.<sup>88</sup> Uit deze uitspraak kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat het recht op toegang tot documenten, zijnde een onderdeel van het beginsel van behoorlijk bestuur, niet inhoudt dat een partij een algemeen recht op het dossier kan invoeren.

In de epiloog van de zaak *Tradax* is het recht op toegang tot documenten niet meer verbonden aan het beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>89</sup> Een mogelijke verklaring voor het gebrek aan jurisprudentie waarin het HvJ EU het recht op toegang tot documenten behandelt onder het beginsel van behoorlijk bestuur is dat het beginsel van behoorlijk bestuur *an sich* geen rechten toekent aan particulieren.<sup>90</sup> In hoofdstuk 3, deelparagraaf 3.2.1, kwam reeds naar voren dat het beginsel van behoorlijk bestuur een ‘*umbrella*’-bepaling is waaronder verschillende deelaspecten vallen. Bovendien kan voor de invulling van het recht op toegang tot documenten aansluiting gezocht worden bij het verdedigingsbeginsel. Het feit dat in de toelichting bij artikel 41 Handvest verwezen wordt naar jurisprudentie waarin deelaspecten van het recht op een behoorlijk bestuur worden besproken onder het verdedigingsbeginsel, verklaart wellicht het gebrek aan jurisprudentie over het inzagerecht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

<sup>85</sup> HvJ EG 4 juli 1963, 32/62, *Jur.* 1963, p. 49 (*Alvis t. Raad*); HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche t. Commissie*); HvJ EG 10 juli 1986, 234/84, *Jur.* 1986, p. 2263 (*België t. Commissie*); en HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373 (*Commissie Lisrestal e.a. t. Commissie*).

<sup>86</sup> Widdershoven e.a. 2007, p. 80.

<sup>87</sup> Zie tevens hoofdstuk 3 van dit proefschrift.

<sup>88</sup> HvJ EG 15 maart 1984, 64/82, *Jur.* 1984, p. 1359 (*Tradax*), par. 23.

<sup>89</sup> Nehl 2009, p. 328.

<sup>90</sup> GvEA EG 6 december 2001, T-196/99, *Jur.* 2001, p. II-3597 (*Area Cova t. Raad en Commissie*), par. 34.

### 3.2.2 *Het inzagerecht in artikel 41 Handvest*

In artikel 41 lid 2 sub b Handvest wordt het recht op inzage in de documenten verwoord als 'het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim'. Deze bepaling beperkt het inzagerecht tot inzage in het hem betreffende dossier. Het recht op inzage in de stukken geldt dus alleen voor de geadresseerden van bezwarende handelingen.<sup>91</sup> Artikel 41 Handvest omvat daarmee bijvoorbeeld niet de (controverciële) mogelijkheid voor derden om in kartelzaken toegang te krijgen tot het boetedossier van de Commissie.<sup>92</sup> In lijn met de casestudie over het hoorrecht speelt wederom de vraag hoe deze beperking zich verhoudt tot artikel 21 van de 'Europese Code van Goed Administratief Gedrag' waarin een breder bereik van het inzagerecht wordt voorgestaan. In deze bepaling staat dat de verantwoordelijke ambtenaar desgevraagd informatie verstrekt 'aan de leden van het publiek', tenzij de ambtenaar de gevraagde informatie wegens het vertrouwelijke karakter ervan niet mag vrijgeven.

## 3.3 Het inzagerecht in mededingingsprocedures

### 3.3.1 *Het inzagerecht in de administratieve procedure*

#### 3.3.1.1 *De inzage in het boeterapport*

Zoals gezegd heeft het inzagerecht zich voornamelijk ontwikkeld in mededingingsprocedures. In mededingingsprocedures vindt het verlenen van inzage in twee fases plaatst. Ten eerste wordt inzage verleend in het boeterapport en vervolgens in het boetedossier. Met het boeterapport informeert de Commissie de vermeende overtreders over het feit dat zij een onderzoek heeft ingesteld.<sup>93</sup> Door middel van de zogenoemde punten van bezwaar worden de ondernemingen op de hoogte gebracht van de verweten feiten,<sup>94</sup> de kwalificatie van de feiten, de bewijsmiddelen waarop de Commissie zich baseert en de namen van de rechtspersonen waaraan eventueel een boete zal worden opgelegd.<sup>95</sup> De punten van

<sup>91</sup> Het recht van artikel 41 Handvest is dus enkel van toepassing op het nemen van beslissingen in een individuele zaak. Het algemene rechtsbeginsel op een behoorlijk bestuur heeft echter een bredere reikwijdte en is ook relevant voor de wetgevende macht. Zie hierover Hofmann & Mihaescu 2013, p. 86-88.

<sup>92</sup> Kanska 2004, p. 318.

<sup>93</sup> Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004) *PbEU* L 123, artikel 10, lid 1.

<sup>94</sup> Volgens het Hof volstaat het niet wanneer feiten in de punten van bezwaar wel ter sprake worden gebracht, maar niet voldoende worden gekwalificeerd of met elkaar in verband worden gebracht. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 september 2009, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, *Jur.* 2009, p. I-7191 (*Papierfabrik August Koehler*); en HvJ EG 15 juli 1970, 45/69, *Jur.* 1970, p. 661 (*ACF Chemiefarma e.a. t. Commissie (Quinine)*).

<sup>95</sup> GvEA EG 15 maart 2006, T-15/02, *Jur.* 2006, p. II-497 (*BASF t. Commissie*), par. 46-49. Verwezen wordt naar de volgende uitspraken: HvJ EU 7 juni 1983, 100/80-103/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique diffusion française*

bezwaar werken door in de besluitvormingsprocedure aangezien de Commissie geen andere beschuldigingen ten grondslag mag leggen dan die in de punten van bezwaar zijn genoemd.<sup>96</sup> Deze regel gaat niet op wanneer de Commissie de nieuwe beschuldigingen in nieuwe punten van bezwaar meedeelt<sup>97</sup> en partijen voldoende tijd geeft om op de beschuldigingen te reageren.<sup>98</sup>

Interessant is de eis van het HvJ EU dat de Commissie in de punten van bezwaar uitdrukkelijk moet verklaren of zij mogelijk aan de betrokken ondernemingen geldboeten zal opleggen. Van de Commissie wordt dan ook verwacht dat zij de feiten noemt die mogelijk een boeteverhoging of -verlaging tot gevolg kunnen hebben, zoals het feit dat een onderneming als leider van een kartel optrad.<sup>99</sup> De informatieverplichting ten aanzien van de geldboete gaat echter niet zo ver dat de Commissie zich ook moet uitlaten over de manier waarop het de verschillende omstandigheden (zoals de duur van de inbreuk) in aanmerking neemt bij de vaststelling van de boetehoogte. Een mogelijke rechtvaardiging voor het niet exact opnemen van de geplande boetevaststelling is het feit dat de Unierechters hoe dan ook volledige rechtsmacht<sup>100</sup> hebben ten aanzien van de boetevaststelling.<sup>101</sup> Desalniettemin is beargumenteerd dat ondernemingen ook op de hoogte gebracht zouden moeten worden van de boetehoogte die de Commissie van plan is op te leggen.<sup>102</sup> Het Gerecht van de EU heeft niettemin duidelijk gemaakt dat het geven van aanwijzingen omtrent de boetehoogte erop neerkomt dat de Commissie (op ongepaste wijze) vooruitloopt op

---

*e.a. t. Commissie*), par. 21; GvEA EG 20 maart 2002, T-16/99, *Jur.* 2002, p. II-1633 (*Lögstör Rör t. Commissie*), par. 193 (en hoger voorziening HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, P. I-5425 (*Dansk Rorindustri e.a. t. Commissie*), par. 428.

<sup>96</sup> Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 183. Het feit dat de punten van bezwaar de exacte grondslag zijn voor de uiteindelijke beslissing houdt niet in dat de beslissing van de Commissie een replica van de punten van bezwaar moet zijn. De Commissie kan bijvoorbeeld beschuldigingen intrekken of wijzigen op basis van de opmerkingen die de ondernemingen hebben ingediend. Zie verder HvJ EG 17 november 1987, 142/84 en 156/84, *Jur.* 1987, p. 4487 (*BAT & Reynolds t. Commissie*), par. 13-14.

<sup>97</sup> De vorm waarin de Commissie de nieuwe beschuldiging aan de ondernemingen bekendmaakt is niet relevant. Wanneer nieuwe feiten aan het licht komen (die de beschuldigingen bevestigen), dan zal de Commissie de feiten onder de aandacht brengen bij de ondernemingen middels een brief. Feiten die leiden tot een nieuwe beschuldiging worden bekendgemaakt middels een 'supplementary statement of objections'. Zie Mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU, *PbEU* 2011, C 308/06, par. 54. Zie verder Giannakopoulos 2011, p. 160-173.

<sup>98</sup> GvEA EG 23 februari 1994, T-39/92 en T-40/92, *Jur.* 1994 p. II-49 (*Carte Blue t. Commissie*), par. 58 en 60.

<sup>99</sup> GvEA EG 27 september 2006, T-59/02, *Jur.* 2006, p. II-3627 (*Archer Daniels Midland t. Commissie*), par. 89-90.

<sup>100</sup> Zie voor de volledige rechtsmacht van het Gerecht Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2003) *PbEG* L1/1, artikel 31 (hierna: 'Verordening 1/2003').

<sup>101</sup> GvEA EG 14 december 2006, T-259/02 tot T-264/02 en T-271/02, *Jur.* 2006, p. II-5169 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a. t. Commissie*), par. 369; en HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, P. I-5425 (*Dansk Rorindustri e.a. t. Commissie*), par. 428, 433-435.

<sup>102</sup> Joshua 1991, p. 34.

haar beslissing.<sup>103</sup> Hetzelfde geldt voor het ter sprake brengen van het 10%-plafond (het plafond voor de maximale boete).<sup>104</sup>

### 3.3.1.2 De inzage in het boetedossier

Nadat de ondernemingen op de hoogte zijn gesteld van de beschuldiging kunnen de ondernemingen hun (schriftelijke en mondelinge) zienswijze naar voren brengen. In Europese mededingingszaken wordt de toegang tot het dossier op verzoek en normaal gesproken bij een enkele gelegenheid geboden,<sup>105</sup> namelijk na de mededeling van de punten van bezwaar.<sup>106</sup> Ontlastende of belastende documenten die na de mededeling van de punten van bezwaar in de administratieve procedure zijn ingebracht, behoeven niet beschikbaar gesteld te worden tenzij deze documenten relevant zijn voor het vaststellen van de inbreuk of voor het bewijzen dat een partij de leider van de inbreuk was.<sup>107</sup> Van belang is dat de adressanten over een toereikende termijn beschikken voor het bestuderen van deze documenten,<sup>108</sup> zodat zij effectief en volledig kunnen reageren op deze documenten.<sup>109</sup>

De betrokken ondernemingen hebben recht op toegang tot het dossier op basis waarvan het bestuursorgaan een mogelijk schending zal vaststellen.<sup>110</sup> In bijna alle

<sup>103</sup> GvEA EG 26 april 2007, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, *Jur.* 2007, p. II-947 (*Bolloré SA e.a. t. Commissie*), par. 403; en GvEA EG 30 april 2009, T-13/03, *Jur.* 2009, p. II-975 (*Nintendo en Ninento Europa t. Commissie*), par. 174.

<sup>104</sup> GvEA EG 13 december 2006, T-217/03 en T-245/03, *Jur.* 2006, p. II-4987 (*FNCBV e.a. t. Commissie*), par. 222.

<sup>105</sup> Mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en Verordening (EG) 139/2004 van de Raad, *PbEU* 2005, C 325/07, par. 8 (hierna: 'Mededeling Commissie toegang dossier').

<sup>106</sup> Het antwoord van de andere partijen op de mededeling van de punten van bezwaar, en de documenten die daarna in de procedure zijn gebracht, behoren in beginsel niet tot de stukken van het onderzoeksdossier die partijen kunnen inzien. GvEA EG 30 september 2009, T-161/05, *Jur.* 2009, p. II-3555 (*Hoechst t. Commissie*), par. 163 en GvEA EG 15 maart 2000, T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, *Jur.* 2000, p. I-491 (*Cimenteries CBR e.a. t. Commissie*), par. 380.

<sup>107</sup> GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, *Jur.* 2006, p. II-3085 (*Avebe t. Commissie*), par. 50. In een dergelijk geval moeten de partijen in de procedure in staat worden gesteld zich over dat bewijsstuk uit te spreken. GvEA EG 8 juli 2004, T-50/00, *Jur.* 2004, p. II-2395 (*Dalmine SpA t. Commissie*), par. 60; en in hoger beroep HvJ EU 25 januari 2007, C-407/04 P, *Jur.* 2007, p. I-829 (*Dalime SpA t. Commissie*).

<sup>108</sup> HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*), par. 37.

<sup>109</sup> Kerse 1998, p. 174. Volgens het Hof staat het aan de lidstaten (met inachtneming van het effectiviteits- en gelijkheidsbeginsel) om voor de nationale regelingen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen termijnen vast te stellen die vooral in verhouding staan tot het belang van de te nemen besluiten voor de belanghebbenden, de complexiteit van de toe te passen procedures en wetgeving, het aantal personen dat door het besluit kan worden geraakt en de overige in aanmerking te nemen publieke of particuliere belangen. Zie Gerecht EU 27 september 2012, T-343/06 (n.n.g.) (*Shell e.a. t. Commissie*), par. 88. Mededeling Commissie toegang dossier, par. 27.

<sup>110</sup> Verordening 1/2003, artikel 27 lid 2. Zie ook Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004) *PB* L 123, artikel 15 lid 1 (hierna: 'Verordening 773/2004'); en Mededeling Commissie toegang dossier, par. 25-26. Zie ook HvJ EG 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P tot C-252/99 P en C-254/99 P, *Jur.* 2002, p. I-08375 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*), par. 315; HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-

‘kleinere’ zaken stelt de Commissie alle documenten uit het dossier ter beschikking. In grotere kartelzaken geeft de Commissie in principe alleen toegang tot de documenten die gebruikt zijn als bewijs voor de vaststelling van de inbreuk en tot de documenten die overduidelijk voor de ondernemingen ontlastend zijn.<sup>111</sup> De fundamentele vraag hier is wie vaststelt welke documenten aan het dossier worden gevoegd en welke documenten (die het etiket ‘vertrouwelijk’ hebben) buiten bereik van de ondernemingen worden gehouden. Het HvJ EU heeft aangegeven dat het niet alleen aan de Commissie is om te bepalen welke documenten relevant kunnen zijn voor de verdediging van de betreffende onderneming. Dit druist volgens het HvJ EU in tegen het principe van gelijkheid der wapenen dat inhoudt dat de beschuldigde onderneming over dezelfde kennis van de elementen van de procedure dient te beschikken als de Commissie.<sup>112</sup> De Commissie dient dan ook een gedetailleerde lijst op te stellen van de niet bij de punten van bezwaar gevoegde stukken zodat de betrokken ondernemingen inzage kunnen vragen in specifieke stukken die dienstig kunnen zijn voor de verdediging.<sup>113</sup> Wanneer een onderneming toegang verzoekt tot documenten die in eerste instantie niet aan de betreffende onderneming zijn overgelegd, dan dient dat verzoek gepaard te gaan met een specifieke vermelding van de documenten die geopenbaard moeten worden (dit ter voorkoming van zogeheten *fishing expeditions*).<sup>114</sup> Speculatieve verzoeken zullen niet gehonoreerd worden; de ondernemingen moeten voldoende specificeren waarom bepaalde documenten noodzakelijk zijn voor de verdediging.<sup>115</sup> Stukken die niet relevant zijn, zoals documenten die geen connectie hebben met de feiten die ten grondslag liggen aan de beschuldiging, hoeven niet overgelegd te worden aan de onderneming.<sup>116</sup> In sommige zaken zal de Commissie de

123 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 68; HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, *Jur.* 2003, p. I-11177 (*Corus UK t. Commissie*), par. 125; GvEA 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay*), par. 81.

<sup>111</sup> Giannakopoulos 2011, p. 176-177.

<sup>112</sup> GvEA EG 29 juni 1995, T-37/91, *Jur.* 1995, p. II-1901 (*ICI t. Commissie*), par. 64.

<sup>113</sup> GvEA EG 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay*), par. 59, 83 en 101; GvEA EG 19 mei 1999, T-175/95, *Jur.* 1999, p. II-1581 (*BASF t. Commissie*), par. 46. T-30/91; en GvEA 29 juni 1995, T-37/91, *Jur.* 1995, p. II-1901 (*ICI t. Commissie*), par. 69 en 111. Interessant is dat het Gerecht in de zaak *Solvay II* het niet overleggen van een opsommende lijst van documenten die zich in het dossier van de Commissie bevonden niet als een reden zag om de beslissing van de Commissie te annuleren. Volgens het Gerecht had de onderneming desalniettemin voldoende mogelijkheden gehad om zich te verdedigen tegen de substantiële beschuldigingen van de Commissie. Gerecht EU 17 december 2009, T-57/01, *Jur.* 2009, p. II-4621 (*Solvay SA t. Commissie (Solvay II)*), par. 330.

<sup>114</sup> HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78-215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*FEDETAB*), par. 36-40. Het is dus niet noodzakelijk dat de ondernemingen bewijzen dat de uitkomst van de beslissing van de Commissie anders was geweest wanneer zij toegang hadden gekregen tot de betreffende documenten. Zie verder HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, *Jur.* 2003, p. I-11177 (*Chorus UK t. Commissie*), par. 128.

<sup>115</sup> Giannakopoulos 2011, p. 180.

<sup>116</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 126. Zie ook GvEA EG 30 september 2009, T-161/05, *Jur.* 2009, p. II-3555 (*Hoechst t. Commissie*), par. 168 en 169. In deze zaak oordeelde het Gerecht dat een antwoord op de punten van bezwaar (dat niet was medegedeeld aan de onderneming) de onderneming niet weerhield op een effectieve wijze haar standpunten naar voren te brengen. Daarnaast zou het overleggen van het betreffende document geen invloed hebben gehad op de uitkomst van de zaak.

stukken beschikbaar stellen in een zogeheten *dataroom* die beschikbaar is voor vertegenwoordigers van de betreffende ondernemingen.<sup>117</sup>

### 3.3.1.3 *Het inzagerecht van derden*

Derden kunnen niet onder dezelfde voorwaarden als de vervolgende ondernemingen aanspraak maken op een recht op toegang tot de stukken die de Commissie onder zich houdt.<sup>118</sup> Het HvJ EU heeft echter wel erkend dat klagers de mogelijkheid moeten hebben om in een administratieve procedure hun legitieme belangen te verdedigen.<sup>119</sup> Te dien einde kunnen klagers een kopie ontvangen van de niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van de punten van bezwaar.<sup>120</sup> Naast het recht op een niet-vertrouwelijke versie van de punten van bezwaar hebben klagers het recht om in kennis gesteld te worden van het voornemen van de Commissie om de klacht te verwerpen en toegang te krijgen tot de documenten waarop de Commissie het oordeel (om de klacht te verwerpen) heeft gebaseerd.<sup>121</sup>

Naast klagers kunnen ook andere derden belang hebben bij een lopende inbreukprocedure en de documenten die in een dergelijke procedure zijn verzameld. Het is mogelijk (in tegenstelling tot klagers is dit voor derden geen 'recht'<sup>122</sup>) dat een derde een niet-vertrouwelijke versie van de punten van bezwaar ontvangt wanneer hij aantoonst dat hij in voldoende mate belang heeft bij deze informatie.<sup>123</sup> Een toelating van een derde partij tot de procedure is daarvoor noodzakelijk.<sup>124</sup> Een toegelaten derde heeft het recht om geïnformeerd te worden over de aard en het onderwerp van de procedure.<sup>125</sup> Voor de rest ligt het geheel in de bevoegdheid van de Commissie om te bepalen hoe een derde verder wordt geïnformeerd. Wel worden derden geïnformeerd over een mogelijk toezeggingsbesluit. In toezeggingszaken publiceert de Commissie

<sup>117</sup> Zie voor de procedure: Mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU, *PbEU* 2011, C 308/06.

<sup>118</sup> *GvEA* EG 15 juli 1994, T-17/93, *Jur.* 1994, p. II-595 (*Matra-Hachette SA t. Commissie*), par. 34; *HvJ* EG 24 juni 1986, nr. 53/85, *Jur.* 1986, p. 1965 (*AKZO*). Zie ook Mededeling Commissie toegang dossier, par. 30.

<sup>119</sup> *GvEA* 15 juli 1994, T-17/93, *Jur.* 1994, p. II-595 (*Matra-Hachette SA t. Commissie*), par. 20.

<sup>120</sup> Verordening 773/2004, artikel 6.

<sup>121</sup> Verordening 773/2004, artikel 8 lid 1. De Commissie verleent toegang tot deze documenten na het toezenden van de brief waarin de klager in kennis wordt gesteld van het voornemen van de Commissie zijn klacht te verwerpen. Mededeling Commissie toegang dossier, par. 31.

<sup>122</sup> Besluit van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures, 2011/695/EU, artikel 7 lid 2 (hierna: 'Besluit 2011/695/EU').

<sup>123</sup> *GvEA* EG 20 december 2001, T-213/01 R, *Jur.* 2001, p. II-3963 (*Österreichische Postsparkasse AG t. Commissie*), par. 106.

<sup>124</sup> Een verzoek om een derde toe te laten tot de procedure kan schriftelijk ingediend worden bij de raadadviseur-auditeur. De raadadviseur-auditeur laat enkel natuurlijke of rechtspersonen toe die een aanmerkelijk belang kunnen aantonen en die (potentieel) een bijdrage kunnen leveren aan de waarheidsvinding en een oordeel kunnen vormen over de relevantie van de in de procedure onderliggende feiten en omstandigheden (uitgesloten zijn derden die exclusief private belangen hebben in de procedure). Besluit 2011/695/EU, par. 12-13.

<sup>125</sup> Verordening 773/2004, artikel 13 lid 3.



namelijk een beknopte samenvatting van de zaak en de hoofdlijnen van de voorgenomen toezeggingen.<sup>126</sup>

### 3.3.2 De beperkingen op het inzagerecht in de administratieve procedure

Ondanks het belang van het recht op toegang tot documenten is het recht niet onbeperkt; vertrouwelijke documenten (waaronder bedrijfsgeheimen) zijn uitgesloten van openbaarmaking.<sup>127</sup> Zoals hiervoor aangestipt, beperken artikel 41 lid 2 Handvest en Verordening 1/2003 het recht op toegang tot het dossier tot documenten die niet het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim aantasten.<sup>128</sup> Het HvJ EU heeft de bescherming van bedrijfsgeheimen als algemeen beginsel erkend.<sup>129</sup> Naast vertrouwelijke informatie zijn interne documenten van de Commissie en correspondentie tussen de Commissie en de lidstaten uitgesloten van openbaarmaking.<sup>130</sup>

#### 3.3.2.1 Vertrouwelijke informatie

De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zijn gehouden om vertrouwelijke inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen niet openbaar te maken<sup>131</sup> wanneer de openbaarmaking schade kan opleveren voor de personen die deze hebben verstrekt (of voor derden).<sup>132</sup> Ondanks de verschillende expliciete verwijzingen naar de vertrouwelijke behandeling van bepaalde documenten volgt uit Europese wetgeving geen exacte definitie van vertrouwelijke informatie. Wel volgen uit de jurisprudentie van de Unierechten en mededelingen van de Commissie verschillende categorieën van vertrouwelijke documenten.

1. Ten eerste is de Commissie in boeteprocedures gehouden tot geheimhouding van haar voornemen tot het opleggen van een bepaalde boete totdat de boete definitief is goedgekeurd en uitgesproken. De ratio van deze bepaling is de noodzaak om de

<sup>126</sup> Verordening 1/2003, artikel 27, lid 4.

<sup>127</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 68.

<sup>128</sup> Ook bij de bekendmaking van de uiteindelijke beschikking van de Commissie wordt rekening gehouden met het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven. Verordening 1/2003, artikel 30 lid 2.

<sup>129</sup> HvJ EG 24 juni 1986, 53/85, *Jur.* 1986, p. 1965 (AKZO), par. 28, en HvJ EG 19 mei 1994, C-36/92 P, *Jur.* 1994, p. I-1911 (*SEP t. Commissie*), par. 37.

<sup>130</sup> Zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, 1990, ECR I-163, par. 12-18; GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, *Jur.* 1993, p. II-389 (*British Gypsum*), par. 29-34; en HvJ EG 6 april 1995, C-310/93 P, *Jur.* 1995, P I-865 (*BPB Industries en Britisch Gypsum t. Commissie*), par. 25-27.

<sup>131</sup> Zie artikel 339 VWEU. Verordening 1/2003, artikel 28 lid 2. Deze plicht geldt volgens deze bepaling ook voor alle vertegenwoordigers en deskundigen van lidstaten die vergaderingen van het adviescomité bijwonen.

<sup>132</sup> GvEA EG 30 mei 2006, T-198/03, *Jur.* 2006, p. II-1429 (*Bank Austria Creditanstalt AG t. Commissie*), par. 71.



reputatie van de betrokken onderneming te eerbiedigen zolang de schending nog niet definitief is vastgesteld.<sup>133</sup>

2. Ten tweede vallen bedrijfsgeheimen onder de geheimhoudingsplicht. Wat bedrijfsgeheimen zoals technische inlichtingen)<sup>134</sup> gemeen hebben, is dat de openbaarmaking daarvan de commerciële belangen van degene die de informatie heeft geleverd (en eventuele andere rechtssubjecten) negatief kan beïnvloeden.<sup>135</sup> Naast technische informatie bevatten bedrijfsgeheimen zakelijke informatie over een onderneming.<sup>136</sup> Een mededeling van de Commissie specificeert welke documenten niet vertrouwelijk zijn. Niet vertrouwelijk is informatie over een onderneming die al bekend is buiten de onderneming, informatie die haar commerciële belang heeft verloren (bijvoorbeeld doordat de informatie verouderd is), en informatie over de omzet, verkopen, marktaandeelgegevens en vergelijkbare informatie van de partijen die meer dan vijf jaar oud is.<sup>137</sup> Voor wat betreft gegevens van vijf jaar of ouder kan een vertrouwelijke behandeling alleen bij uitzondering worden gegeven wanneer is aangetoond dat de gegevens nog steeds essentieel zijn voor de handelspositie van de betrokken onderneming.<sup>138</sup> In eerste instantie werden bedrijfsgeheimen per definitie als vertrouwelijk aangemerkt; deze mochten onder geen enkele omstandigheid worden vrijgegeven aan derden.<sup>139</sup> In latere jurisprudentie is ook ten aanzien van bedrijfsgeheimen geoordeeld dat het recht op bescherming van bedrijfsgeheimen afgewogen moet worden tegen de rechten van verdediging.<sup>140</sup> Volgens het Gerecht van de EU kunnen bedrijfs-

<sup>133</sup> Een dergelijk 'lek' heeft echter niet automatisch de annulering van de beslissing van de Commissie tot gevolg. Daarvoor dient de onderneming te bewijzen dat de beschikking een andere inhoud zou hebben gehad wanneer de onregelmatigheid niet had plaatsgevonden. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 december 1978, 40/73 – 48/73, 50/73, 54/73 – 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jur.* 1975, p. 1663 (*Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' e.a. t. Commissie*), par. 91.

<sup>134</sup> HvJ EU 10 december 2010, nr. T-19/07, *Jur.* 2010, p. II-6083 (*Systran SA e.a. t. Commissie*), par. 80. In deze zaak oordeelde het Hof dat technische inlichtingen 'naar hun aard slechts binnen de werkingssfeer van artikel 287 EG vallen, indien om te beginnen slechts een beperkt aantal personen hiervan op de hoogte is. Voorts moet het gaan om inlichtingen waarvan de openbaarmaking ernstige schade kan berokkenen aan de personen die deze hebben verstrekt aan derden. Ten slotte moeten de belangen die door de openbaarmaking van informatie kunnen worden geschaad objectief voor bescherming in aanmerking komen.'

<sup>135</sup> Mededeling Commissie toegang dossier, par. 17-18.

<sup>136</sup> Zoals financiële knowhow over de onderneming, kostberekeningsmethodes, productiegeheimen, informatie over de voorzieningsbronnen, productie- en verkoopresultaten, marktaandelen, klanten- en distributeursbestanden, marketingplannen, kosten- en prijsstructuren en verkoopstrategieën. Mededeling Commissie toegang dossier, par. 18. Zie ook Ehlermann & Drijber 1996, p. 382.

<sup>137</sup> Mededeling Commissie toegang dossier, par. 23.

<sup>138</sup> GvEA EG 27 september 2006, T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969 (*GSK t. Commissie*); en GvEA EG 10 april 2008, T-271/03, *Jur.* 2008, p. II-477 (*Deutsche Telekom t. Commissie*).

<sup>139</sup> HvJ EG 24 juni 1986, nr. 53/85, *Jur.* 1986, p. 1965 (*AKZO*), par. 28.

<sup>140</sup> GvEA EG 29 juni 1995, T-37/91, *Jur.* 1995, p. II-1901 (*ICI t. Commissie*), par. 98-100; en GvEA EG 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay*), par. 88-90.

geheimen ook beschermd worden door de gevoelige passages te verwijderen<sup>141</sup> of door een lijst van de documenten te sturen zodat de onderneming gemotiveerd kan aangeven of de documenten (die mogelijk zakengeheimen bevatten) relevant zijn voor de verdediging.<sup>142</sup>

3. Een derde categorie vertrouwelijke documenten zijn documenten die beschermd worden door het LPP. De LPP strekt zich uit tot briefwisselingen tussen een advocaat en een cliënt wanneer die hebben plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt en gewisseld zijn met een onafhankelijke advocaat (een advocaat die geen dienstbetrekking heeft met de betreffende onderneming).<sup>143</sup> Correspondentie tussen een 'in-house'-advocaat en een onderneming is dus uitgesloten van de LPP.<sup>144</sup>
4. Clementiedocumenten zijn voor derden vertrouwelijke informatie. Partijen, zoals klagers, krijgen geen toegang tot ondernemingsverklaringen. Derden kunnen echter wel toegang krijgen tot (i) de inhoud van de ondernemingsverklaring die door de clementieaanvrager zelf beschikbaar is gesteld,<sup>145</sup> en (ii) de reeds bestaande documenten. Onder reeds bestaande documenten (*pre-existing documents*) vallen alle overige documenten in verband met het vermeende kartel die de clementieverzoeker in bezit heeft en die dateren uit de periode van het vermeende kartel.<sup>146</sup> Ten aanzien van de overtreders zelf geldt dat toegang tot ondernemingsverklaringen alleen wordt verleend wanneer zijzelf – en de raadslieden die namens hen toegang krijgen – zich ertoe verbinden geen kopie te maken van informatie in de ondernemingsverklaringen en dat de verkregen informatie uitsluitend wordt gebruikt voor procedures voor de Commissie of bij beroepsprocedures voor de Unierechters of voor nationale rechters in zaken die rechtstreeks verband houden met de zaak waarin toegang tot het dossier werd verleend en waarbij het gaat (i) ofwel om de verdeling van een geldboete over karteldeelnemers, (ii) ofwel om het beroep tegen een inbreukbesluit dat door een nationale mededingingsautoriteit

<sup>141</sup> In de zaak *Hoechst* waren 101 pagina's bijna in zijn geheel gemarkeerd als 'zakengeheim'. Een niet-vertrouwelijke versie of een samenvatting van deze documenten was niet beschikbaar. Volgens het Gerecht ging dit in tegen het recht op toegang tot informatie aangezien de documenten relevant waren voor het onderzoek. Zie GvEA EG 18 juni 2008, T-410/03, *Jur.* 2008, p. II-881 (*Hoechst t. Commissie*), par. 150-162.

<sup>142</sup> GvEA EG 29 juni 1995, T-37/91, *Jur.* 1995, p. II-1901 (*ICI t. Commissie*), par. 102-104; en GvEA 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay*), par. 92-94.

<sup>143</sup> HvJ EG 18 mei 1982, 155/79, *Jur.* 1982, p. 1575 (*AM&S Europe t. Commissie*), par. 21.

<sup>144</sup> HvJ EU 14 september 2010, C-550/07 P, *Jur.* 2010, p. I-8301 (*AKZO t. Commissie*), par. 44.

<sup>145</sup> Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, PB 2006, C 298/11, par. 33 (hierna: 'EU Clementieregeling').

<sup>146</sup> Zie conclusie A-G Mazak van 16 december 2010 in de zaak HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, *Jur.* 2011, p. I-5151, par. 9b.

is vastgesteld.<sup>147</sup> Het niet naleven van het beperkte gebruik van clementiedocumenten kan verschillende sancties tot gevolg hebben.<sup>148</sup>

5. Een laatste categorie vertrouwelijke informatie betreft 'overige vertrouwelijke informatie'. Hierbij kan men denken aan gevoelige commerciële informatie die strikt genomen geen bedrijfsgeheimen bevat, maar waarvan openbaarmaking wel significante nadelige gevolgen kan hebben voor de betreffende onderneming.<sup>149</sup> Het kan bijvoorbeeld gaan om informatie die een onderneming kan gebruiken om commerciële of economische druk uit te oefenen op concurrenten of consumenten<sup>150</sup> of om te dreigen met represaillemaatregelen.<sup>151</sup> Daarnaast kan informatie over de identiteit van informanten onder overige vertrouwelijke informatie vallen.<sup>152</sup> Dit geldt met name wanneer de informatie op vrijwillige basis is vrijgegeven onder de voorwaarde dat de anonimiteit van de informatie gewaarborgd blijft.<sup>153</sup>

<sup>147</sup> Verordening (EU) 2015/1348 van de Commissie van 3 augustus 2015 tot wijziging van Verordening (EG) 773/2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2015, L 208/3.

<sup>148</sup> Zoals het intrekken van de voorwaardelijke clementietoezegging, het naar nationaal recht strafbaar stellen of het ter kennis brengen van de balie van de raadsman die bij de schending betrokken was met het oog op disciplinaire maatregelen. Zie Mededeling van de Commissie – Wijzigingen aan de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken *PbEU* 2015, C 256/01, punt 34.

<sup>149</sup> Giannakopoulos 2011, p. 190-191.

<sup>150</sup> Mededeling Commissie toegang dossier, par. 19-20. Zie ook HvJ EG 7 november 1985, 145/83, *Jur.* 1985, p. 3559 (*Adams t. Commissie*), par. 34-35.

<sup>151</sup> Denk bijvoorbeeld aan een dominante onderneming die geconfronteerd wordt met een mededeling van punten van bezwaar die is gegrond op informatie die een concurrerend bedrijf aan de Commissie heeft medegedeeld. Zie bijvoorbeeld GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, *Jur.* 1993, p. II-389 (*British Gypsum*); HvJ EG 6 april 1995, C-310/93 P, *Jur.* 1995, p. I-865 (*BPB Industries en British Gypsum*); GvEA EG 28 april 1999, T-221/95, *Jur.* 1999, p. II-1299 (*Endemol t. Commissie*), par. 69; en GvEA EG 25 oktober 2002, T-5/02, *Jur.* 2002, p. II-4381 (*Laval t. Commissie*), par. 98.

<sup>152</sup> Een procedure die wordt ingeleid op basis van inlichtingen waarvan de oorsprong niet bekend is, is regelmatig wanneer de betrokkene desalniettemin zijn standpunt kenbaar kan maken over de toedracht of het belang van de feiten, over de meegedeelde stukken, dan wel over de conclusies welke de Commissie daaraan verbindt. Zie HvJ 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche t. Commissie*), par. 14. Volgens het Hof is het, in het licht van een doeltreffende preventie en bestrijding van de verboden mededingingversturende praktijken, van cruciaal belang dat de Commissie de anonimiteit van sommige van haar informatiebronnen kan waarborgen. HvJ EG 7 november 1985, 145/83, *Jur.* 1985, p. 3539 (*Adams*), par. 34.

<sup>153</sup> HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (*Roquette Frères t. Commissie*), par. 64-65. Gezien het belang van geheimhouding van de identiteit van bepaalde informatiebronnen oordeelde het Hof dat de Commissie niet gedwongen mag worden aan nationale mededingingsautoriteiten informatie te verstrekken waaruit de identiteit van haar informatiebronnen blijkt of kan worden afgeleid. Het gevaar dat die identiteit aan derden wordt onthuld kan daardoor volgens het Hof, in het bijzonder vanwege de procedurevoorschriften van het recht van een lidstaat, worden vergroot. Zie verder GvEA EG 8 juli 2008, T-53/03, *Jur.* 2008, p. II-1333 (*BPB plc t. Commissie*), par. 36.

### 3.3.2.2 *Interne documenten*

Naast vertrouwelijke documenten zijn interne documenten van openbaarmaking uitgesloten. Interne documenten zijn aantekeningen, ontwerpdocumenten, adviezen,<sup>154</sup> memo's of notities van de Commissie.<sup>155</sup> Gezien het gebrek aan bewijskracht (dergelijke documenten maken geen deel uit van het bewijsmateriaal waarop de Commissie de inbreuk kan baseren) worden deze documenten niet ter beschikking gesteld.<sup>156</sup> Deze geheimhouding geldt echter niet per definitie voor verslagen van bijeenkomsten tussen de Commissie en de betreffende ondernemingen. Dergelijke verslagen kunnen, na goedkeuring van de betreffende onderneming en na het verwijderen van vertrouwelijke informatie, toegevoegd worden aan het boetedossier.<sup>157</sup>

### 3.3.2.3 *Correspondentie binnen het 'European Competition Network'*

Een specifieke categorie 'geheime' documenten betreft documenten die correspondentie bevatten tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten (en correspondentie tussen de nationale mededingingsautoriteiten onderling).<sup>158</sup> Binnen het 'European Competition Network' wisselen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten (vertrouwelijke) informatie<sup>159</sup> uit zoals informatie die is vergaard naar aanleiding van een clementieverzoek.<sup>160</sup> Aan deze uitwisseling van informatie zijn een aantal beperkingen verbonden.<sup>161</sup> Ten eerste mag informatie die onder de geheimhoudingsplicht valt niet geopenbaard worden.<sup>162</sup> Ten tweede mag de informatie alleen gebruikt worden als bewijs voor de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU.<sup>163</sup> Ten derde mag de 'ontvangende' lidstaat het bewijs niet gebruiken voor het opleggen van een sanctie waarin de wetgeving van de 'versturende' lidstaat niet voorziet.<sup>164</sup> De laatste beperking heeft betrekking op clementieverklaringen. Deze mogen alleen uitgewisseld worden wanneer de clementieverzoeker daarvoor toestemming heeft verleend<sup>165</sup> en de bescherming die de ontvangende lidstaat biedt

<sup>154</sup> Dit kunnen bijvoorbeeld studies zijn die verricht zijn in verband met een lopende procedure. Zie Mededeling Commissie toegang dossier, par. 12-14.

<sup>155</sup> GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, *Jur.* 1993, p. II-389 (*British Gypsum*), par. 33.

<sup>156</sup> Verordening 1/2003, artikel 27 lid 2; en Verordening 773/2004, artikel 15 lid 2.

<sup>157</sup> Mededeling Commissie toegang dossier, par. 12-13.

<sup>158</sup> Verordening 1/2003, artikel 27 lid 2; en Verordening 773/2004, artikel 15 lid 2.

<sup>159</sup> Verordening 1/2003, artikel 12 lid 1 jo. artikel 11; en Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PbEU* 2004 C 101/03, par. 27 (hierna: 'Mededeling samenwerking netwerk van mededingingsautoriteiten').

<sup>160</sup> Mededeling samenwerking netwerk van mededingingsautoriteiten, par. 39.

<sup>161</sup> Mededeling samenwerking netwerk van mededingingsautoriteiten, par. 28.

<sup>162</sup> Verordening 1/2003, artikel 28 lid 2.

<sup>163</sup> Verordening 1/2003, artikel 28 lid 1.

<sup>164</sup> Tenzij de ontvangende lidstaat in dezelfde rechtsbescherming voorziet als de versturende lidstaat. Verordening 1/2003, artikel 12 lid 3.

<sup>165</sup> Mededeling samenwerking netwerk van mededingingsautoriteiten, par. 40. Vanzelfsprekend geldt deze beperking niet wanneer de clementieverzoeker reeds een clementieverzoek heeft ingediend in de ontvangende lidstaat. Zie EU Clementieregeling, par. 7 en 35.

tegen openbaarmaking van deze verklaring gelijk is aan de bescherming die een clementieverzoeker geniet in de versturende lidstaat.<sup>166</sup>

### 3.3.3 *De procedure voor vertrouwelijkheidsclaims*

Ondernemingen, of eventueel derden die opmerkingen of informatie hebben ingediend bij de Commissie, dienen duidelijk aan te geven welke documenten vertrouwelijke informatie bevatten.<sup>167</sup> Bij verzoeken om vertrouwelijke behandeling bepaalt de Commissie een termijn waarbinnen de ondernemingen hun verzoek tot vertrouwelijke behandeling moeten indienen en waarbinnen zij een niet-vertrouwelijke versie van de documenten (dus waarin de vertrouwelijke passages zijn geschrapt) aan de Commissie dienen te verstrekken. Daarnaast moeten de betrokken ondernemingen binnen de genoemde termijn een beknopte omschrijving geven van alle geschrapte informatie.<sup>168</sup> Een algehele weigering van inzage volstaat niet; niet-vertrouwelijke samenvattingen moeten beschikbaar zijn om de inhoud van de documenten te kunnen identificeren en de relevantie van de documenten voor de verdediging te kunnen bepalen.<sup>169</sup>

Het is mogelijk dat de Commissie niet instemt met de vertrouwelijkheidsclaim van de onderneming, bijvoorbeeld wanneer de door de onderneming als vertrouwelijk aangemerkte informatie noodzakelijk is om een vermeende inbreuk vast te stellen of om een onderneming van blaam te zuiveren. In een dergelijk situatie zal de Commissie de relevantie (c.q. de onmisbaarheid) van de informatie bestuderen en afwegen tegen de mate van gevoeligheid van de informatie.<sup>170</sup> De Commissie mag de betreffende documenten echter niet inzien totdat de onderneming de mogelijkheid heeft gehad om beroep in te stellen bij het Gerecht.<sup>171</sup> Wanneer de Commissie besluit de vertrouwelijke informatie te openbaren, informeert zij de betrokken onderneming over dit voornemen. Wanneer de onderneming het niet eens is met deze beslissing, dan kan de onderneming de kwestie voorleggen aan de raadadviseur-auditeur.<sup>172</sup> De beslissing van de Commissie om bepaalde documenten niet openbaar te maken kan – afhankelijk van de vraag of het vertrouwelijke of niet-vertrouwelijke informatie betreft – in een aparte gerechtelijke procedure worden aangevochten.<sup>173</sup> Met betrekking tot beslissingen over

<sup>166</sup> EU Clementieregeling, par. 35.

<sup>167</sup> Verordening 773/2004, artikel 16 lid 2.

<sup>168</sup> Verordening 773/2004, artikel 16 lid 3. De niet-vertrouwelijke versies en de omschrijvingen van de geschrapte informatie moeten op een zodanige wijze worden vastgesteld dat elke partij die toegang tot het dossier heeft, in staat is vast te stellen of de geschrapte informatie voor haar verdediging relevant kan zijn, en of er dus voldoende gronden zijn om de Commissie om toegang te verzoeken tot de beweerdelijk vertrouwelijke informatie. Mededeling Commissie toegang dossier, par. 38.

<sup>169</sup> GvEA EG 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay*), par. 90-95.

<sup>170</sup> Giannakopoulos 2011, p. 209.

<sup>171</sup> HvJ EU 14 september 2010, C-550/07, *Jur.* 2010, p. I-8301 (*AKZO*).

<sup>172</sup> Mededeling Commissie toegang dossier, par. 40-42.

<sup>173</sup> Zulke beslissingen, ook al kunnen deze een schending van de rechten van verdediging tot gevolg hebben, produceren enkel beperkte juridische effecten en worden dan ook gekarakteriseerd als voorbereidingshandelingen die onderdeel uitmaken van de onderzoeksfase van de administratieve procedure. Enkel besluiten die een direct en een onherroepelijk effect hebben op de rechtspositie van een

de vertrouwelijkheid van informatie staat vast dat deze beslissingen appellabele beslissingen zijn.<sup>174</sup> Voor wat betreft beslissingen over de openbaarmaking van niet-vertrouwelijke informatie geldt dat deze algemene maatregelen zijn ter voorbereiding op een eindbeschikking; een dergelijke maatregel kan enkel gezamenlijk met de definitieve beslissing van de Commissie worden aangevochten.<sup>175</sup> Een uitzondering betreft de beslissing om derden toegang te geven tot de mededelingen van de punten van bezwaar. Deze beslissing is, in tegenstelling tot de hoofdregel dat de punten van bezwaar procedurele voorbereidingshandelingen zijn,<sup>176</sup> wel voor beroep vatbaar.<sup>177</sup>

### 3.3.4 Het inzagerecht in de rechterlijke procedure

#### 3.3.4.1 De reikwijdte van het inzagerecht

In procedures bij de Unierechters zijn het de partijen die de omvang van het geschil bepalen. De procespartijen kunnen alle stukken in het geding brengen die zij voor het ondersteunen van hun standpunten kunnen gebruiken.<sup>178</sup> Het uitgangspunt is dat de procespartijen toegang hebben tot alle documenten die in het geding zijn gebracht, ongeacht of deze vertrouwelijke informatie bevatten.<sup>179</sup>

*‘Onverminderd het bepaalde in artikel 67 lid 3 van het Reglement voor de procesvoering kan een door de verzoekende partij ingediend verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in het dossier ten aanzien van de verwerende partij niet in overweging worden genomen. De verwerende partij kan evenmin een dergelijk verzoek indienen ten aanzien van de verzoekende partij.’<sup>180</sup>*

---

onderneming legitimeren de ontvankelijkheid van een vordering tot nietigverklaring voordat de Commissie de administratieve procedure heeft afgesloten. Zie GvEA EG 18 december 1992, T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, *Jur.* 1992, p. II-2667 (*Cimenteries*), par. 42.

<sup>174</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Gerecht EU van 28 januari 2015, T-341/12 (n.n.g.) (*Evonik Degussa GmbH t. Commissie*) waar de onderneming Degussa beroep instelde tegen een, namens de Commissie genomen, besluit van de raadadviseur-auditeur. Zie voor eerdere rechtspraak: GvEA EG 1 december 1994, T-535/94 R, *Jur.* 1994, p. II-1141 (*Postbank*), par. 25.

<sup>175</sup> Giannakopoulos 2011, p. 185. Hiertoe behoren dus niet voorlopige maatregelen ter voorbereiding van de eindbeschikking. Zie arresten HvJ EG 11 november 1981, 60/81, *Jur.* 1981, p. 2639 (*IBM*), par. 9 en 10; 18 maart 1997, C-282/95 P, *Jur.* 1997, p. I-1503 (*Guérin automobiles*), alsmede GvEA EG van 10 juli 1990, T-64/89, *Jur.* 1990, p. II-367 (*Automec*), par. 42; en GvEA EG 14 maart 1996, T-134/95, *Jur.* 1996, p. II-181 (*Dysan Magnetics en Review Magnetics*), par. 20.

<sup>176</sup> HvJ EG 11 november 1981, 60/81, *Jur.* 1981, p. 2639 (*IBM*), par. 21.

<sup>177</sup> GvEA EG 20 december 2001, T-213/01 R, *Jur.* 2001, p. II-3963 (*Österreichische Postsparkasse AG t. Commissie*), par. 51.

<sup>178</sup> Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van de Europese Unie, *PbEU* 2015, L105/1, artikel 38 lid 1 en artikel 64 (hierna: ‘Procesreglement Gerecht’); en Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, *PbEU* 2012, L 265/2, artikel 120, 124 lid 1 en 132 lid 2 (hierna: ‘Procesreglement HvJ EU’).

<sup>179</sup> Het Statuut van het Hof spreekt ook van een schriftelijke procedures die gestoeld is op ‘alle documenten’. Zie artikel 20 van het Protocol tot vaststelling van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

<sup>180</sup> Instructies voor de griffier van het Gerecht van 5 juli 2007, beschikbaar via: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/00184.nl.pdf>, artikel 6 lid 1.



Deze benadering van de Unierechters is begrijpelijk wanneer het beginsel van een procedure op tegenspraak in overweging wordt genomen.<sup>181</sup> Alleen door toegang te krijgen tot alle ingediende stukken kunnen de partijen reageren op elkaars standpunten. Een rechter kan daarom geen oordeel vellen op basis van bewijs dat niet ter beschikking is gesteld aan een van de procespartijen.<sup>182</sup> Met andere woorden: de Unierechters mogen hun uitspraak alleen stoelen op documenten die de procespartijen hebben ingezien.<sup>183</sup> Een partij kan echter beslissen om bepaalde documenten niet in het geding te brengen. In dat geval zal de tegenpartij, die toegang wil krijgen tot deze documenten, de documenten moeten identificeren en gegevens moeten verstrekken die aannemelijk maken dat die documenten van nut zijn voor de beslechting van het geschil.<sup>184</sup> Of de Unierechters een soortgelijk verzoek honoreren, hangt af van de context van de procedure en kan ingegeven zijn door de omstandigheid dat een partij, in tegenstelling tot de wederpartij, lastig bewijs kan verkrijgen.<sup>185</sup> De Unierechters zijn echter verplicht om de overlegging van stukken te gelasten wanneer de stukken kunnen helpen de juistheid van bepaalde stellingen te verifiëren.<sup>186</sup>

#### 3.3.4.2 *De procedure voor de geheimhouding van documenten*

Het uitgangspunt van de Unierechters dat vertrouwelijke documenten geen bijzondere bescherming genieten, kan stuiten op problemen. Problemen doen zich vooral voor wanneer documenten uit het dossier van de Commissie ter beschikking gesteld moeten worden die, soms van derden afkomstig zijnde, vertrouwelijke informatie bevatten. De Unierechters moeten dan de vertrouwelijkheid afwegen tegen de vereisten van het recht op effectieve rechtsbescherming en met name het beginsel van een procedure op tegenspraak. Het Gerecht van de EU heeft, in tegenstelling tot het HvJ EU, twee opties in zijn procesreglement opgenomen die deze twee belangen kunnen verzoenen. Ten eerste kan het Gerecht van de EU beslissen dat de inlichting, ondanks de vertrouwelijkheid ervan, ter kennis van de andere procespartij wordt gebracht. In dat geval kan het Gerecht van de EU de vertegenwoordigers van de andere procespartij, met een maatregel tot organisatie van de procesgang, uitnodigen om de verbintenis aan te gaan dat zij de vertrouwelijkheid van de stukken zullen bewaren door de inhoud van de vertrouwelijke stukken niet aan hun lastgever of een derde te zullen meedelen.<sup>187</sup> Het niet-nakomen van deze verbintenis leidt tot uitsluiting van de

<sup>181</sup> Zie hierover ook Fountoukakos & Puech-Baron 2014, p. 331-336,

<sup>182</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 2 december 2009, C-89/08 P, *Jur.* 2009, p. I-11245 (*Europese Commissie t. Ierland e.a.*), par. 52 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

<sup>183</sup> HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, *Jur.* 2003, p. I-11177 (*Chorus UK t. Commissie*), par. 19; en HvJ EG 22 maart 1961, 42/59 en 49/59, *Jur.* 1961, p. 103 (*SNUPAT t. Hoge Autoriteit*).

<sup>184</sup> GvEA EG 17 december 1998, nr. C-185.95 P, *Jur.* 1998, p. I-8417 (*Baustahlgewebe t. Commissie*), par. 93.

<sup>185</sup> Lenaerts, Maeslis & Gutman 2014, par. 23.59.

<sup>186</sup> HvJ EG 4 maart 1999, C-119/97 P, *Jur.* 1999, p. I-1341 (*Ufex e.a. t. Commissie*), par. 111. In deze zaak kwam het Hof tot het oordeel dat het Gerecht onvoldoende onderzoek had gedaan naar de bruikbaarheid van documenten waartoe inzage werd verzocht. Het Gerecht had volgens het Hof de redenen uiteen moeten zetten waarom het verzochte document niet relevant was voor de beslechting van het geschil.

<sup>187</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 103 lid 3. Zie verder Praktische uitvoeringsbepalingen voor het Reglement voor de Procesvoering van het Gerecht, *PbEU* 2015, L 152/1, par. 227-232.



advocaat van de procedure.<sup>188</sup> Deze optie is reeds voor de inwerkingtreding van het nieuwe procesreglement toegepast. In de zaak *Cementos Portland* stond het Gerecht van de EU het gebruik toe van zogeheten vertrouwelijkheidsringen (*confidentiality rings*) (zie hierover ook deelparagraaf 4.2.3.3 van de aanbevelingen in hoofdstuk 10). In deze zaak bevatte de ring vertrouwelijke documenten die het Gerecht van de EU nodig had voor het beoordelen van de zaak.<sup>189</sup> Een tweede optie is het verstrekken van een niet-vertrouwelijke versie van de gegevens. De informatie kan bijvoorbeeld in de vorm van een samenvatting worden toegezonden. Indien het Gerecht van de EU van oordeel is dat de andere hoofdpartij haar rechten van verdediging niet dienstig kan uitoefenen, kan het Gerecht van de EU bepalen dat alsnog de vertrouwelijke informatie wordt toegezonden zodat de procedure inderdaad op tegenspraak verloopt.<sup>190</sup>

Deze twee opties, vertrouwelijkheidsringen en niet-vertrouwelijke versies, zien op de geheimhouding van procedures van de Unierechters zelf. Het HvJ EU heeft in de zaak ZZ, een vreemdelingenzaak, echter ook een oordeel geveld over de vraag waaraan een nationale procedure moet voldoen wanneer deze voor een deel in het geheim plaatsvindt. Het HvJ EU heeft in deze uitspraak onderkend dat het zeer moeilijk is om de verschillende belangen, het algemeen belang dat zich tegen openbaarmaking verzet versus het belang in openbaarmaking, te verzoenen. Het HvJ EU geeft aan dat de oplossing gezocht kan worden in het toepassen van bepaalde technieken en procesregels. Deze oplossing is een kwestie die de lidstaten in hun nationale wetten moeten regelen. Volgens het HvJ EU moet een procedure voor geheimhouding van documenten voorzien in een volledige toetsing van het onderliggende besluit en de geheimhouding. Bij deze beoordeling moet het beginsel van hoor en wederhoor worden gewaarborgd. Het beginsel van hoor en wederhoor verlangt dat de essentie van de redenen van het geheimhoudingsbesluit wordt meegedeeld. Daarnaast rust op de nationale autoriteiten een verplichting om daadwerkelijk bewijs te leveren dat de geheimhouding noodzakelijk is voor de bescherming van de ingeroepen belangen. Het is vervolgens aan de nationale rechter om de beperking – die van invloed kan zijn op de bewijskracht van het vertrouwelijke bewijsmateriaal – te beoordelen.<sup>191</sup> Het HvJ EU benadrukt in deze uitspraak, in navolging van haar uitspraak in de zaken *Varec*<sup>192</sup> (een aanbestedingsgeschil) en *Mobistar*<sup>193</sup> (telecommunicatiezaak), dat de rechter zowel de geheimhouding als het besluit moet toetsen. Dit betekent dat de beslissende rechter ‘noodzakelijkerwijs’ over al de informatie, dus ook de vertrouwelijke informatie, moet kunnen beschikken. Deze informatie heeft de rechter immers nodig om een belangenafweging uit te kunnen voeren tussen het recht op hoor en wederhoor en het recht op bescherming van de vertrouwelijke documenten.

<sup>188</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 55.

<sup>189</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Gerecht EU van 14 maart 2014, T-29611 (*Cementos Portland Valderrias SA t. Commissie*).

<sup>190</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 103 lid 3.

<sup>191</sup> HvJ EU 4 juni 2013, C-300/11 (ZZ t. *Secretary of State for the Home Department*), n.n.g.. Zie over deze zaak de bespreking van De Bree 2013, p. 333-338.

<sup>192</sup> HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, *Jur.* 2008, p. I-581, AB 2008, 341, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Varec*).

<sup>193</sup> HvJ EG 13 juli 2006, C-438/04, *Jur.* 2006, p. I-6675 (*Mobistar*).

### 3.3.4.3 De gevolgen van een schending van het inzagerecht

In mededingingszaken levert de uitsluiting van bepaalde documenten een schending van de verdedigingsrechten op wanneer de schuldvaststelling of de strafmaat aan de hand van deze documenten vastgesteld kan worden. Indien de stukken de betrokkene op een andere wijze hebben bereikt, is er geen reden tot nietigverklaring wegens schending van verdedigingsrechten.<sup>194</sup> Om een schending te bewijzen moet degene van wie de verdedigingsrechten mogelijk zijn geschonden genoegzaam aantonen hij zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen. Voor het vaststellen van een schending van het recht op toegang tot documenten maakt het Hof een onderscheid tussen belastende en ontlastende stukken.

Met betrekking tot een belastend stuk moet een belanghebbende aantonen dat (i) de Commissie het document heeft gebruikt om de beschuldiging te staven, en (ii) de beschuldiging enkel bewezen kon worden aan de hand van het betreffende belastende stuk. Van belang is dus de vraag of de autoriteit tot een ander resultaat zou zijn gekomen indien dat document buiten beschouwing was gelaten.<sup>195</sup> Wanneer het betreffende belastende document van invloed was op de uiteindelijke beslissing van de Commissie, dan heeft dit de vernietiging van de beslissing tot gevolg.<sup>196</sup>

Bij een ontlastend stuk moet aangetoond worden dat de niet-overlegging daarvan het verloop van de procedure en de inhoud van de beslissing in het nadeel van de belanghebbende heeft kunnen beïnvloeden:

*‘Het volstaat dat de onderneming aantoont dat zij die ontlastende stukken voor haar verweer had kunnen gebruiken in de zin dat zo zij zich tijdens de administratieve procedure daarop had kunnen beroepen, zij elementen had kunnen aanvoeren die niet overeenstemden met de deducties die de Commissie in dat stadium had verricht en dus op enigerlei wijze het oordeel van de Commissie in de eventuele beschikking had kunnen beïnvloeden, althans wat de zwaarte en de duur van het haar verweten gedrag betreft en derhalve het bedrag van de geldboete.’<sup>197</sup>*

Het juridische gevolg van het niet in het geding brengen van een ontlastend stuk (dat zich wel in het dossier van de Commissie bevindt) is de vernietiging van de beslissing,

<sup>194</sup> GvEA EG 25 oktober 2002, T-5/02, Jur. 2002, p. II-4381 (*Tetra Laval t. Commissie*).

<sup>195</sup> Zie HvJ EG arrest van 9 november 1983, 322/81, Jur. 1983, p. 3461 (*Michelin t. Commissie*), par. 7 en 9; HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82, Jur. 1983, p. 3151, (*AEG t. Commissie*), par. 24-30.

<sup>196</sup> HvJ EG 15 juli 1970, 45/69, Jur. 1970, p. 661 (*ACF Chemiefarma e.a. t. Commissie (Quinine)*), par. 42; en HvJ EG 10 juli 1980, 30/78, Jur. 1980, p. 2229 (*Distillers t. Commissie*), par. 26.

<sup>197</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jur. 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 74 en 75. Zie verder HvJ EG 8 juli 1999, C-51/92 P, Jur. 1999, p. I-4235 (*Hercules Chemicals t. Commissie*), par. 81; en HvJ EG 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P tot C-252/99 P en C-254/99 P, Jur. 2002, p. I-08375 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*), par. 318. Dit onderscheid geldt ook voor de documenten die na de mededeling van de punten van bezwaar zijn ingediend. Zie GvEA EG 27 september 2006, T-43/02, Jur. 2006 p. II-3435 (*Jungbunzlauer t. Commissie*), par. 351-359.

aangezien het resultaat van de procedure niet te voorspellen is wanneer het ontlastende stuk wel was overhandigd.<sup>198</sup>

Een schending van het inzagerecht kan niet worden gerepareerd in een gerechtelijke procedure.<sup>199</sup> Volgens het Hof heeft dit te maken met het feit dat de betreffende ondernemingen hun aangevoerde middelen baseren op het dossier zoals de betreffende ondernemingen dat van de Commissie hebben ontvangen. Door de verlate kennisneming van bepaalde stukken van het dossier wordt een belanghebbende niet teruggebracht in de positie waarin de belanghebbende zou zijn geweest wanneer hij zich voor de indiening van zijn schriftelijke en mondelinge opmerkingen bij de Commissie op die stukken had kunnen baseren.<sup>200</sup> Wanneer desalniettemin in het stadium van de gerechtelijke procedure toegang wordt gegeven tot het dossier, dan hoeft de belanghebbende enkel aan te tonen dat hij die stukken voor zijn verweer had kunnen gebruiken.<sup>201</sup> Een belanghebbende hoeft niet te bewijzen dat de beslissing van de administratieve autoriteit anders had geluid indien hij toegang had gekregen tot de documenten.<sup>202</sup>

### 3.4 Deelconclusie

Een recht op toegang tot documenten vloeit uit verschillende Europese bepalingen voort. Ten eerste is het recht op toegang tot documenten in (Europese) administratieve procedures, met diens codificatie in artikel 41 Handvest, verheven tot een fundamenteel recht. Gezien de toelichting bij artikel 41 Handvest (en het gebrek aan verdere jurisprudentie) kan voor de invulling van dit recht op toegang tot documenten, als deelaspect van het recht op een behoorlijk bestuur, aangesloten worden bij het verdedigingsbeginsel dat als algemeen rechtsbeginsel is opgenomen in de Europese rechtsorde en dat ook van toepassing is wanneer de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen. Het Europese verdedigingsbeginsel verlangt onder meer dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon inzage krijgt in het dossier wanneer hij/zij wordt geconfronteerd met een bezwarende handeling. In Europese mededingingszaken houdt het inzagerecht in dat een onderneming, op grond van Verordening 1/2003, toegang krijgt tot alle documenten die relevant zijn voor de schuldvaststelling of die

<sup>198</sup> GvEA 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay t. Commissie*), par. 97 en 98.

<sup>199</sup> HvJ EG 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P tot C-252/99 P en C-254/99 P, *Jur.* 2002, p. I-08375 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*), par. 316.

<sup>200</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>201</sup> In de zaak *Solvay* was de Commissie gehele subdossiers kwijtgeraakt en ontbrak de inhoudsopgave van de subdossiers. Volgens het Hof bevatten de subdossiers stukken die voor de onderneming relevant hadden kunnen zijn waardoor sprake was van een schending van de rechten van verdediging. Zie HvJ EG 25 oktober 2011, C-110/10 P, *Jur.* 2011, p. I-10439 (*Solvay SA t. Commissie*), par. 60-62.

<sup>202</sup> HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, *Jur.* 2003, p. I-11177 (*Corus UK t. Commissie*), par. 128; HvJ EG 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P tot C-252/99 P en C-254/99 P, *Jur.* 2002, p. I-08375 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*), par. 316 en HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 131.

mogelijk een ontlastend karakter hebben. Dit volledige inzagerecht geldt alleen voor de betrokken partijen. Daarnaast zijn vertrouwelijke en interne documenten van openbaarmaking uitgesloten en mogen de documenten slechts worden gebruikt voor rechterlijke en administratieve procedures met het oog op de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU.

## 4 DE NATIONALE (RECHTS)PRAKTIJK IN MEDEDINGINGSPROCEDURES

### 4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de bevindingen over het inzagerecht onder het EVRM en het Unierecht toegepast op de verschillende procedures waarin de ACM een mededingingsinbreuk beslecht, en waarin de rechter deze beslissingen, in beroep, toetst. De opbouw van deze paragraaf is in lijn met de andere casestudies. Deelparagraaf 4.2 bespreekt de procedure waarin de ACM een bestuurlijke boete oplegt. Voor zover deze deelparagraaf ook algemene aspecten van de besluitvormingsprocedure behandelt, die niet alleen relevant zijn voor boeteprocedures, zal dit worden aangegeven. Vervolgens komt in deelparagraaf 4.3 de clementieprocedure aan bod. De tegenstrijdige belangen van ondernemingen en de ACM bij de openbaarmaking van documenten uit het dossier van de ACM komen vooral in deze deelparagraaf naar voren. In deelparagraaf 4.4 gaat het om het inzagerecht in de toezeggingsprocedure en overige procedures van de ACM (de last onder dwangsom, zelfstandige last en bindende aanwijzing). Deelparagraaf 4.5 bespreekt ten slotte de inzagerechten in een procedure voor de bestuursrechter. Speciale aandacht gaat uit naar de procedure die het bestuursprocesrecht biedt voor de geheimhouding van documenten.

### 4.2 Het inzagerecht in de ‘klassieke’ boeteprocedure

#### 4.2.1 *Status quo*

##### 4.2.1.1 *Het inzagerecht in het boeterapport*

Een van de inzagerechten van de overtreders betreft de inzage in het boeterapport. Het boeterapport is facultatief bij een boete onder de € 340 maar is conform de relevante bepalingen in de Awb verplicht voor bestuurlijke boetes die het boetebedrag van € 340 overschrijden:

*‘Artikel 5:48 Awb*

- 1. Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.*
- 2. Het rapport is gedagtekend en vermeldt:*
  - a. de naam van de overtreder;*
  - b. de overtreding alsmede het overtreeden voorschrijft;*

*c. zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd.*

*3. Een afschrift van het rapport wordt uiterlijk bij de bekendmaking van de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete aan de overtreder toegezonden of uitgereikt.'*

*'Artikel 5:53 Awb*

*1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.*

*2. In afwijking van artikel 5:48 wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.'*

Met het boeterapport worden de overtredders dus op de hoogte gesteld van de beschuldiging en kunnen op basis daarvan hun verdediging voorbereiden.<sup>203</sup> Het boeterapport heeft daarmee een functie die te vergelijken is met een tenlastelegging in het strafrecht.<sup>204</sup> De in de Awb opgenomen bepaling wijkt af van de oude bepaling in de Mw. Deze bepaling schreef voor dat de ACM steeds een boeterapport opmaakt wanneer sprake is van een redelijk vermoeden dat een overtreding is begaan die gesanctioneerd wordt met een bestuurlijke boete of last onder dwangsom,<sup>205</sup> en niet alleen wanneer de bestuurlijke boete de € 340 overschrijdt. De bepaling in de Mw schreef bovendien voor welke informatie het rapport moest bevatten, namelijk de feiten en omstandigheden op grond waarvan een overtreding werd vastgesteld alsmede waar en wanneer deze feiten en omstandigheden zich hadden voorgedaan.<sup>206</sup> Door uitvoerig informatie te verschaffen over de overtreding bood de Mw meer bescherming dan de Awb die informatie over bijvoorbeeld de plaats en het tijdstip van de overtreding niet als verplicht onderdeel van het boeterapport ziet.<sup>207</sup> In de praktijk bevat het boeterapport van de ACM informatie over de procedure en de aard van het bewijs, de feiten en omstandigheden van de zaak (organisatie, marktgedrag, marktafbakening, afspraken, etc.), een juridische kwalificatie van deze feiten en een beoordeling in het licht van de relevante wettelijke bepalingen. Het rapport bevat echter geen informatie over de (hoogte van de) op te leggen boete.<sup>208</sup>

Het boeterapport is echter niet alleen een essentieel vereiste voor het uitoefenen van de verdedigingsrechten van de overtreder. Het rapport heeft namelijk ook een nuttige functie ten aanzien van de bewijsvoering en de toetsing door de rechter doordat het voor de verdere procedure 'de buitengrens' vormt. Dit houdt in dat de procedure daarna betrekking moet hebben op de overtredingen waarvan een rapport is

<sup>203</sup> Rb. Rotterdam 19 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY4888.

<sup>204</sup> Artikel 261 Sv.

<sup>205</sup> Artikel 59 lid 1 Mw.

<sup>206</sup> Zie artikel 59 lid 2 Mw. Uit de toelichting bij artikel 59 van de Mw blijkt dat dit artikel was geschreven in het kader van artikel 6 EVRM. Daarin is het recht van de betrokkene neergelegd om onverwijld op de hoogte te worden gebracht van de aard en reden van de jegens hem gerichte beschuldiging, teneinde zich daartegen te kunnen verdedigen.

<sup>207</sup> Zie artikel 5:48 lid 2 sub c Awb.

<sup>208</sup> Jans & Outhuijse 2013, p. 8. Jans & Outhuijse verwijzen bijvoorbeeld naar een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221.

opgemaakt.<sup>209</sup> Het is dus niet mogelijk om een boetebesluit te baseren op overtredingen die wel uit het boetedossier blijken, maar die niet in het boeterapport zijn neergelegd. Voor nieuwe gedragingen moet dus een nieuw rapport worden opgesteld.<sup>210</sup> Het feit dat een bestuursorgaan een rapport uitbrengt, sluit niet uit dat de grondslag van het boetebesluit, na het uitbrengen van het boeterapport, nimmer meer kan worden gewijzigd of uitgebreid. Het bestuursorgaan kan immers gedurende de gehele besluitvormingsfase nader onderzoek verrichten en fouten herstellen. Ook is het mogelijk dat na het opmaken van het rapport (bijvoorbeeld na het horen van de vermeende overtredders) geen boetebeschikking volgt.<sup>211</sup>

#### 4.2.1.2 *Het inzagerecht van belanghebbenden in het boetedossier*

Na de toezending van het rapport ontvangen de overtredders alle op de zaak betrekking hebbende stukken.

*‘Artikel 5:49 Awb*

*1. Het bestuursorgaan stelt de overtredder desgevraagd in de gelegenheid de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe, berust, in te zien en daarvan afschriften te vervaardigen.*

*2. Voor zover blijkt dat de verdediging van de overtredder dit redelijkerwijs vergt, draagt het bestuursorgaan er zoveel mogelijk zorg voor dat deze gegevens aan de overtredder worden medegedeeld in een voor deze begrijpelijke taal.’*

In de Instellingswet is daarnaast opgenomen dat de ACM de bevoegdheid heeft om gegevens of inlichtingen te verstrekken aan degene op wie de gegevens of inlichtingen betrekking hebben voor zover deze gegevens of inlichtingen door of namens hem zijn verstrekt.<sup>212</sup>

Het inzagerecht omvat documenten die van belang zijn voor de ‘bewezen-verklaring’ en de ‘strafmaat’ en kan zich ook uitstrekken tot stukken die ontlastende informatie bevatten.<sup>213</sup> Wanneer een belanghebbende in een procedure opkomt tegen een opgelegde boete, dan moet hij immers in staat worden gesteld om alles aan te voeren wat in het belang van zijn verdediging is.<sup>214</sup> Ook in de bezwaarfase legt de ACM alle op de zaak betreffende stukken ter inzage.<sup>215</sup> Een belangrijk verschil met het inzagerecht in de primaire besluitvormingsfase is dat voor de bezwaarfase specifiek de

<sup>209</sup> Damen e.a. 2013, p. 721.

<sup>210</sup> CBb 5 augustus 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AL1845.

<sup>211</sup> CBb 17 november 2004, AB 2005/81, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034. De kennisgeving dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

<sup>212</sup> Artikel 7 lid 3 Instellingswet.

<sup>213</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 147.

<sup>214</sup> CBb 6 november 2009, AB 2010/215, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641; en CBb 19 januari 2009, JOR 2009/194, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2009:BH0436.

<sup>215</sup> Artikel 7:4 lid 2 Awb.

gronden zijn opgenomen waarop het bestuursorgaan van de inzageverplichting kan afwijken.<sup>216</sup>

*‘Artikel 7:4 Awb*

*2. Het bestuursorgaan legt het bezwaarschrift en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken voorafgaand aan het horen gedurende ten minste een week voor belanghebbenden ter inzage. [...]*

*6. Het bestuursorgaan kan, al dan niet op verzoek van een belanghebbende, toepassing van het tweede lid voorts achterwege laten, voor zover geheimhouding om gewichtige redenen is geboden. Van de toepassing van deze bepaling wordt mededeling gedaan.*

*7. Gewichtige redenen zijn in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting bestaat een verzoek om informatie, vervat in deze stukken, in te willigen.’*

Een belangrijk vraagstuk in de jurisprudentie en de literatuur betreft de reikwijdte van het inzagerecht: welke stukken vallen onder het criterium ‘op de zaak betrekking hebbend’. Deze vraag is vooral aan bod gekomen bij de bestuursrechter. Voor een bespreking van dit criterium wordt dan ook verwezen naar deelparagraaf 4.5.1 van dit hoofdstuk. In het kader van de besluitvormingsfase volgt een drietal algemene opmerkingen.

#### *Het onderzoeksdossier versus het boetedossier*

Ten eerste moet een onderscheid worden gemaakt tussen het onderzoeksdossier en het ‘geschoonde’ boetedossier. De ACM is niet verplicht om automatisch het gehele onderzoeksdossier, ook wel aangeduid als ‘moederdossier’, integraal ter inzage te leggen.<sup>217</sup> Zo heeft de ACM in het verleden een verzoek tot inzage van alle dossierstukken geweigerd omdat deze stukken volgens de ACM niet relevant waren voor de zaak. In deze zaak oordeelde de ACM dat, waar het gaat om eventueel ontlastend materiaal, ondernemingen als comparatief voordeel hebben dat zij inzage hebben in al hun eigen stukken en daarom bij uitstek zelf in staat zijn ontlastend materiaal te ontdekken.<sup>218</sup> In een andere zaak, de zaak *Paprika*, verzochten de eisers inzage in stukken die betrekking hadden op andere groentesoorten dan paprika. Deze stukken konden van belang zijn om aan te tonen dat ‘de door ACM als bewijs voor de “afsprake” opgevoerde gedragingen niet uitsluitend bij de verkoop van paprika voorkwamen’. De rechtbank zag echter geen noodzaak om stukken uit het

<sup>216</sup> De memorie van toelichting volstaat met de constatering dat uit art. 6 EVRM volgt dat alle voor de boeteoplegging relevante stukken aan de overtreder ter beschikking moeten worden gesteld. Daarbij wordt gerefereerd aan deze uitspraak van de rechtbank Rotterdam en wordt – voor de bezwaarfase – gesteld dat het recht op inzage in die stukken ‘derogeeert aan art. 7:4 lid 5 Awb’. Zie *Kamerstukken II*, 2003/04, 29702, 3, p. 147.

<sup>217</sup> In een zaak waar de ACM werkte met een algemeen dossier en een individueel dossier volstond het wanneer de ACM het algemeen dossier (gelet op de omvang ervan) ter inzage legde (in plaats van het in zijn geheel aan partijen toe te zenden). CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2037, par. 3.2.4.

<sup>218</sup> Besluit ACM 15 september 2006, zaaknr. 3064/291 (*Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland*), par. 47 en 48.



‘moederdossier’ aan het paprikadossier toe te voegen nu eisers op basis van de beschikbare stukken in staat waren op adequate wijze te reageren op het standpunt van de ACM inzake de marktafbakening.<sup>219</sup>

### *De motiveringsplicht*

Ten tweede, en deze opmerking houdt verband met de vorige opmerking, sluit het criterium ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ niet uit dat een overtreder wel degelijk toegang krijgt tot stukken die zich in het onderzoeksdossier bevinden en die volgens de ACM geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces. Uit deze stukken kunnen immers feiten of omstandigheden blijken die relevant zijn voor de verdediging.<sup>220</sup> In de vorige opmerking ging het om de vraag of de ACM automatisch, voorafgaand aan de hoorzitting, het gehele onderzoeksdossier op tafel moet leggen – dit is niet geval. Wel behoort een overtreder zelf te kunnen bepalen wat voor hem op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Een toezichthouder zoals de ACM kan zich dus niet baseren op het standpunt dat, op basis van de functiescheidingseis, alleen de stukken uit het geschoonde dossier als op de zaak betrekking hebbende stukken kunnen worden aangemerkt.<sup>221</sup> Hoewel de ACM in eerste instantie wel zelf beslist welke stukken en aan wie deze stukken ter inzage worden gelegd, stelt zij een inventarisatielijst beschikbaar aan de hand waarvan een belanghebbende een verzoek tot inzage kan indienen. Het verzoek moet echter wel gemotiveerd zijn – de algemene formulering dat bepaalde stukken mogelijk ontlastend materiaal bevatten – is onvoldoende. Zo werd een verzoek tot inzage in de zaak *Giant* afwezen. In deze zaak achtte het CBb het van belang dat een boetebesluit was gebaseerd op een omvangrijk dossier en Giant de mogelijkheid had om zich gemotiveerd te verweren tegen deze stukken en de daaruit door de NMa (nu: ACM) getrokken conclusies. Het had volgens het CBb op de weg van Giant gelegen om in het kader van dit verweer met enige specificatie aan te geven waarom zij verwachtte dat zich in de bedoelde andere dossiers stukken bevonden die voor haar verdediging van belang waren.<sup>222</sup>

### *De vertaling van stukken*

Een laatste opmerking betreft de eis van de Awb dat het bestuursorgaan er zo veel mogelijk zorg voor draagt dat de gegevens worden meegedeeld in een voor de overtreder begrijpelijke taal (in zoverre de verdediging van de overtreder dit vergt).<sup>223</sup> Dit betekent echter niet dat een overtreder die het Nederlands niet beheerst een vertaling van het hele dossier kan eisen. In de *Duitse garnalen*-zaak sprak het CBb zich uit over de vraag in hoeverre Duitse producentenorganisaties voor de garnalenvisserij (aan wie de toenmalige NMa een boete had opgelegd) recht hadden op een vertaling van de stukken. In deze zaak overwoog het CBb dat uit het EVRM (dat volgens het CBb

<sup>219</sup> Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689, par. 7.4

<sup>220</sup> CBb 6 november 2009, AB 2010/215, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641.

<sup>221</sup> CBb 6 november 2009, AB 2010/215, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641.

<sup>222</sup> CBb 4 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.

<sup>223</sup> Artikel 5:49 lid 2 Awb.

‘ook ingevolge het gemeenschapsrecht’ geldt) volgt dat de overtreders, ten einde in staat te zijn om een effectieve verdediging te voeren, moeten weten welke stukken een rol hebben gespeeld in de besluitvorming die leidde tot de oplegging van een bestraffende boete. Het bestuursorgaan dient dus de relevante stukken in een voor hem begrijpelijke taal beschikbaar te stellen. Daarnaast dient de overtreder de gelegenheid te krijgen om, aan de hand van een inzichtelijk en voor hem in een begrijpelijke taal gestelde inventarislijst, aan te geven en te motiveren welke stukken naar zijn oordeel nodig zijn voor de verdediging. Het bestuursorgaan kan dan alsnog besluiten deze stukken te vertalen.<sup>224</sup> In deze zaak had de NMa (nu: ACM) de gevraagde stukken vertaald, waardoor het – in eerste instantie door het CBB geconstateerde gebrek – was hersteld. Volgens het CBB hadden de belanghebbenden geen andere argumenten naar voren gebracht dan zij in een eerder stadium, zonder de kennisname van de betreffende stukken, al hadden aangevoerd, waardoor hun mogelijkheden tot het voeren van een adequate verdediging niet waren geschaad.<sup>225</sup>

In een andere kartelzaak verzochten de betrokken ondernemingen een vertaling in het Engels van het boeterapport en enkele andere stukken van de inventarislijst. In deze zaak oordeelde het CBB echter dat het niet toezenden van een vertaling van de gevraagde documenten in strijd was met het recht op vertaling zoals opgenomen in artikel 6 lid 3 onder a EVRM, artikel 48 lid 2 Handvest en artikel 59 lid 4 Mw. Alleen door het vertalen van deze documenten konden de belanghebbenden op de hoogte worden gesteld van de tegen hen ingebrachte beschuldiging en zich daartegen verdedigen. Door het niet honoreren van een verzoek om vertaling werden de belanghebbenden rechtstreeks in hun belangen getroffen, hetgeen volgens de rechtbank meebracht dat deze beslissing rechtstreeks vatbaar was voor bezwaar of beroep.<sup>226</sup>

#### 4.2.1.3 De beperkingen op het inzagerecht

Zoals reeds eerder opgemerkt bevatten noch de Mw noch de Awb bepalingen, met uitzondering van de regeling voor schriftelijke stukken die een advocaat met zijn cliënt wisselt (zie deelparagraaf 4.2.1.4), die specifieke uitzonderingsgronden op het inzagerecht noemen. De enige regeling die houvast biedt is de regeling dat niet van gewichtige redenen (voor het beperken van het inzagerecht) sprake kan zijn wanneer op grond van de Wob de verplichting bestaat om een informatieverzoek in te willigen.<sup>227</sup> In mededingingsprocedures zijn het vooral vertrouwelijke stukken (zoals bedrijfsgeheimen) die van openbaarmaking zijn uitgesloten. Niet geopenbaarde vertrouwelijke stukken kunnen dan ook niet als bewijs fungeren. In het licht van het recht op het voeren van een adequate verdediging kan de ACM dergelijke stukken

<sup>224</sup> Zie CBB 19 januari 2009, JOR 2009/194, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, AB 2009, 100, m.nt. I. Sewandono, ECLI:NL:CBB:2009:BH0436. Zie voor de verdere afwikkeling van de zaak CBB 12 februari 2010, AB 2010/297, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2010:BM1689.

<sup>225</sup> CBB 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8077.

<sup>226</sup> Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, JOR 2014/12, m.nt. S.C.M. Nuijten, ECLI:NL:RBROT:2014:8382.

<sup>227</sup> Rb. Rotterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3381.

immers niet bepalend laten zijn voor de bewezenverklaring en de strafmaat.<sup>228</sup> Deze rechtsregel formuleren is echter ‘eenvoudiger dan haar naleven’.<sup>229</sup> De ACM zal dus per zaak moeten overwegen welke gegevens wel en welke gegevens niet aan een boetebesluit ten grondslag mogen worden gelegd. Vervolgens moet de ACM aangeven welke gegevens aan de belanghebbenden ter inzage verstrekt mogen worden. Gezien de hoeveelheid aan bedrijfsvertrouwelijke gegevens in het geding is dit geen gemakkelijke opgave. Bovendien vindt de afweging over de vertrouwelijkheid van de gegevens op ad-hocbasis plaatst en ontbreken algemene, duidelijke beleidslijnen. Alleen ten aanzien van digitaal onderzoek en het geheimhoudingsprivilege voor advocaten heeft de ACM een werkwijze gepubliceerd.<sup>230</sup> Wanneer de ACM van oordeel is dat er gewichtige redenen zijn voor de geheimhouding van bepaalde stukken, dan moet van het achterwege laten expliciet mededeling worden gedaan aan de belanghebbenden.<sup>231</sup> Een dergelijke beslissing is een feitelijke handeling (of voorbereidings-handeling in de zin van artikel 6:3 Awb) en geen besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.<sup>232</sup> Deze beslissing kan dus alleen in bezwaar of beroep tegen het besluit over het al of niet opleggen van een boete aan de orde worden gesteld,<sup>233</sup> tenzij een belanghebbende rechtstreeks door de beslissing in zijn belang wordt getroffen.<sup>234</sup> Verder kan de civiele voorzieningenrechter om een voorlopige voorziening worden gevraagd,<sup>235</sup> tenzij de voorlopige voorzieningenprocedure draait om de beantwoording van principiële rechtsvragen.<sup>236</sup>

#### 4.2.1.4 De LPP

Een specifieke categorie vertrouwelijke documenten betreft documenten die correspondentie tussen advocaten en cliënten bevatten. Deze documenten vallen onder het geheimhoudingsprivilege. Documenten die niet onder het geheimhoudingsprivilege vallen, kunnen door de ACM worden gebruikt voor het vaststellen van een inbreuk en

<sup>228</sup> Rb. Rotterdam 26 november 2002, *AB* 2003/385, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219. Zie ook voor de bevestiging in hoger beroep CbB 28 mei 2004, *AB* 2004/449, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AP1336.

<sup>229</sup> Zie Jansen 2002.

<sup>230</sup> ACM Werkwijze onderzoek analoge en digitale gegevens 2013; en ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014.

<sup>231</sup> Zie artikel 7:4 lid 6 Awb. Indien het bestuursorgaan beschikt over een externe adviescommissie, dan beslist deze commissie over de geheimhouding van stukken. Zie artikel 7:13 lid 4 Awb.

<sup>232</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Voorzieningenrechter Den Haag 22 januari 2003, *AM* 2003, p. 37-40, m.nt. B.A. Nijs, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF3195. Al is het volgens Gerbrandy geen uitgemaakte zaak dat beslissingen omtrent vertrouwelijke gegevens bij openbaarmaking van een besluit geen beschikking zouden zijn. Gerbrandy 2011, p. 193. Gerbrandy verwijst naar een uitspraak van de Afdeling van 16 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH990, waarin de mededeling dat de Opta bepaalde gegevens in een besluit al dan niet als vertrouwelijk aanmerkte wel als een besluit werd aangemerkt. In de literatuur is verdedigd dat deze beslissing een appellabel besluit zou moeten zijn.

<sup>233</sup> Voorzieningenrechter Rotterdam 24 december 2002, *AB* 2004/65, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:RBROT:2002:AF2989. Zie ook Van der Meulen 1999, p. 125-126.

<sup>234</sup> Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, *JOR* 2014/332, m.nt. S.M.C. Nuijten, ECLI:NL:RBROT:2014:8382.

<sup>235</sup> Zie Rb. Rotterdam 24 december 2002, *LJN* AF 2989.

<sup>236</sup> Rb. Rotterdam 15 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3805.

kunnen daarmee deel uitmaken van het dossier waarin inzage kan worden verleend. Op grond van de LPP is de ACM niet bevoegd om schriftelijke stukken op te vragen die correspondentie bevatten tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze regeling volgt uit artikel 12g Instellingswet en wordt ook wel aangeduid als het ‘afgeleid verschoningsrecht’:

‘Artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op geschriften, gewisseld tussen een marktorganisatie en een advocaat, die zich bij de marktorganisatie bevinden, doch waarop, indien zij zich zouden bevinden bij die advocaat, artikel 5:20, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zou zijn.’<sup>237</sup>

Het afgeleid verschoningsrecht ziet toe op alle geschriften, ongeacht of deze betrekking hebben op de toepassing van mededingingsregels.<sup>238</sup> Daarnaast is deze regeling niet beperkt tot de advocaat die is toegelaten tot de balie, maar strekt zich uit tot zowel externe advocaten als advocaten in loondienst.<sup>239</sup> Uit de toelichting op de Stroomlijnswet blijkt dat deze beperking niet nodig is nu advocaten een beschermde titel hebben die alleen gevoerd mag worden door iemand die als advocaat is ingeschreven bij de rechtbank. De ACM-werkwijze bevat een gedetailleerde beschrijving van het proces voor het aanmerken van documenten als geprivilegieerd. Voor het vaststellen van het geprivilegieerde karakter van documenten kan de toezichthoudend ambtenaar de documenten ‘vluchtig inzien’.<sup>240</sup> Een functionaris verschoningsrecht toetst uiteindelijk of de documenten inderdaad als geprivilegieerd aangemerkt dienen te worden.<sup>241</sup> Volgens de werkwijze voert de functionaris verschoningsrecht de hem toegekende taken onafhankelijk uit.<sup>242</sup>

## 4.2.2 *Vergelijking met het Unierecht*

### 4.2.2.1 *Het boeterapport*

Het inzagerecht, zowel ten aanzien van het boeterapport als het boetedossier, is in grote lijnen in overeenstemming met het Unierecht. Zowel het Unierecht als het nationale recht zien het recht op informatie en het inzagerecht als verdedigingsrechten die in een boeteprocEDURE gewaarborgd dienen te worden.<sup>243</sup> Zo is het boeterapport dat in nationale mededingingsprocedures wordt opgesteld te vergelijken met de

<sup>237</sup> Hetzelfde geldt voor artikel 5:16 Awb. Zie Rb. Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2448.

<sup>238</sup> In het verleden stelde de toenmalige NMa zich op het standpunt dat het recht had op inzage in advocaat-clientcorrespondentie voor zover die correspondentie niet betrekking had op een mededingingsrechtelijke kwestie.

<sup>239</sup> *Kamerstukken II*, 2012/13, 33622, nr. 3, p. 1. Zie hierover Alipour & Louisse 2014, p. 13-17.

<sup>240</sup> ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, artikel 3.

<sup>241</sup> ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, artikel 5.1.

<sup>242</sup> ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, artikel 2.1.

<sup>243</sup> Rb. Rotterdam 8 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI7165. Zie voor de uitspraak in hoger beroep: CBb 28 augustus 2012, AB 2012/380, m.nt. W. Sauter, ECLI:NL:CBB:2012:BX7256.

mededeling van de punten van bezwaar die de Commissie in Europese mededingingszaken toezendt aan de vermeende overtreders van de mededingingsregels. Een verschil tussen het nationale en Europese ‘rapport’ is dat de ACM geen informatie over de boetehoogte verstrekt, zodat belanghebbenden, na het uitbrengen van het rapport, zich niet kunnen uitlaten over alle formele en materiële onderwerpen omtrent de boeteoplegging. In tegenstelling tot de ACM geeft de Commissie wel de feiten aan die mogelijk een boeteverhoging of -verlaging tot gevolg kunnen hebben.<sup>244</sup> Daarnaast is het rapport in nationale mededingingsprocedures alleen verplicht gesteld voor procedures waarin het bestuursorgaan een boete oplegt van € 340 of hoger, terwijl in bestuurlijke boeteprocedures, hetgeen de praktijk is in Europese mededingingsprocedures, in het algemeen een recht op volledige informatie omtrent de vaststelling van de inbreuk zou moeten gelden.<sup>245</sup>

#### 4.2.2.2 *Het boetedossier*

Met betrekking tot de inzage in het boetedossier vereist het Unierecht dat een vermeende overtreder toegang krijgt tot de stukken waarop de bezwarende maatregel is gestoeld. Ook in nationale boeteprocedures krijgen overtreders toegang tot het dossier waarop de ACM de inbreuk baseert. Zowel het Unierecht als het nationale mededingingsrecht beperken het inzagerecht tot de documenten die relevant zijn voor het boetebesluit en daarmee betrekking hebben op de zaak. Voor wat betreft de beperkingen op het inzagerecht voorzien zowel het EU-recht als het nationale recht in uitzonderingsgronden die voornamelijk zien op de vertrouwelijkheid van documenten. In de Awb wordt echter alleen gesproken over ‘gewichtige redenen’,<sup>246</sup> terwijl het vertrouwelijke karakter van documenten wel als expliciete uitzonderingsgrond is opgenomen in Verordening 1/2003.<sup>247</sup> De rechtszekerheid zou erbij gebaat zijn wanneer de ACM zou aangeven welke documenten als vertrouwelijk aangemerkt mogen worden (zie de aanbeveling in deelparagraaf 3.2.3.2 van hoofdstuk 9). Voor wat betreft nationale mededingingszaken die een link met het Unierecht hebben, geldt dat voor de vertrouwelijkheid van documenten aansluiting gezocht kan worden bij de praktijk van de Commissie (die is gestoeld op Verordening 1/2003). Met betrekking tot de LPP is het vermeldenswaardig dat op grond van het nationale recht meer bescherming wordt geboden dan door het Unierecht. Het HvJ EU is immers niet bereid tot een uitbreiding van het LPP tot bedrijfsjuristen of juristen die tevens advocaat in dienstbetrekking zijn, omdat zij volgens het Hof niet in een voldoende onafhankelijke positie verkeren ten opzichte van hun werkgever.<sup>248</sup> Bovendien geldt dat de documenten niet per definitie betrekking hoeven te hebben op de toepassing van de mededingingsregels.<sup>249</sup> Het HvJ

<sup>244</sup> Giannakopoulos 2011, p. 168.

<sup>245</sup> Van Russen Groen 1998, p. 215-224. Volgens Russen Groen is specifieke informatie omtrent het gepleegde feit en de redenen waarom een boete (van een bepaalde hoogte) zal worden (of wordt) opgelegd vereist.

<sup>246</sup> Voor de invulling van gewichtige redenen is aansluiting gezocht bij artikel 10 lid 2 Wob.

<sup>247</sup> Verordening 1/2003, artikel 27 lid 2.

<sup>248</sup> Zie voor het Europese standpunt: HvJ EU 14 september 2010, C-550/07, *Jur.* 2010, p. I-8301 (AKZO). Zie verder Prompers 2014, p. 23-24.

<sup>249</sup> ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014.

EU heeft immers de eis gesteld dat de briefwisseling plaatsvindt in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt.<sup>250</sup> Deze verschillen kunnen tot gevolg hebben dat de vermeende overtreders – bij toepassing door de ACM van de Europese bevoegdheden op grond van Verordening 1/2003 – een beperktere LLP genieten, dan wanneer de ACM alleen het nationale mededingingsrecht toepast. De vraag is dan ook gesteld of de ACM, ondanks het gebrek aan specifieke secundaire Uniewetgeving, de Nederlandse reikwijdte van de LPP moet blijven hanteren. In deze context is gesteld dat de eenheid van het Unierecht en de effectiviteit van de handhaving in gevaar komen wanneer de ACM een andere notie van LPP hanteert bij de gelijktijdige toepassing van het Nederlandse en het Europese mededingingsrecht.<sup>251</sup>

#### 4.2.2.3 De geheimhoudingsprocedure

Opmerkelijk is dat zowel de Commissie als de ACM zelf kunnen beslissen welke documenten tot het boetedossier behoren. De vermeende overtreders kunnen enkel aan de hand van een index gemotiveerd aangeven waarom zij wel inzicht moeten krijgen in documenten die volgens de Commissie of de ACM niet in het boetedossier opgenomen hoeven te worden. Tussen de Europese en nationale geheimhoudingspraktijk bestaan echter twee belangrijke verschillen. Ten eerste is in Europese mededingingsprocedures een rol weggelegd voor de raadadviseur-auditeur die als onafhankelijk orgaan benaderd kan worden wanneer een conflict bestaat tussen de Commissie en de betrokken partijen over de reikwijdte van het inzagerecht. Op nationaal niveau maakt de ACM alleen gebruik van een functionaris verschoningsrecht die enkel uitspraak doet over vermeende geprivilegieerde stukken.<sup>252</sup> Ten tweede zijn de toezichthoudende ambtenaren van de ACM bevoegd om de als LPP aangemerkte correspondentie ‘vluchtig’ in te zien, tenzij de betrokken onderneming ‘aannemelijk maakt’ dat het vluchtig inzien reeds het geprivilegieerde karakter kan schaden, terwijl de Commissie, ook niet ‘vluchtig’, de als vertrouwelijk aangemerkte documenten kan inzien totdat het Gerecht zich over deze documenten heeft gebogen. Hierdoor wordt voorkomen dat de Commissie, door het ‘vluchtig inzien’ van deze correspondentie, alsnog de LPP schaadt. In beide gevallen, de beperkte rol van de functionaris verschoningsrecht van de ACM en het vluchtig inzien van mogelijk geprivilegieerde documenten, is een aansluiting op de Commissiepraktijk vanuit een rechtsbeschermingsperspectief wenselijk.<sup>253</sup>

<sup>250</sup> HvJ EG 18 mei 1982, 155/79, *Jur.* 1982, p. 1575 (*AM&S Europe t. Commissie*), par. 21.

<sup>251</sup> Een hogere bescherming kan immers betekenen dat de ACM minder makkelijk overtredingen van het Europees mededingingsrecht kan vaststellen, hetgeen de doeltreffendheid van het Europees mededingingsrecht aantast. Zie hierover Veenbrink 2015, p. 116-125.

<sup>252</sup> Zie ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, artikel 2.

<sup>253</sup> Zie hierover meer deel III van het proefschrift.



### 4.2.3 *Vergelijking met het EVRM*

#### 4.2.3.1 *Het inzagerecht*

Alhoewel een rapport in nationale mededingingsprocedures de praktijk is, kent de Awb (die bij gebrek aan specifieke bepalingen in de Mw en de Instellingswet het referentiepunt is) als zodanig geen rapportageplicht. Alleen in ‘zware’ boeteprocedures geldt een recht op inzage in het boeterapport. Het is echter de vraag of deze beperking tot ‘zware’ boeteprocedures in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Ook in procedures waar het opgelegde boetebedrag minder dan € 340 bedraagt (dus in ‘lichte’ boeteprocedures) kan sprake zijn van een strafvervolgning. Voor wat betreft strafvervolgingen vereist artikel 6 lid 3 sub a EVRM vervolgens dat de verdachte op de hoogte wordt gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldigingen. In de meeste specifieke bijzondere bestuurswetten is hierop geanticipeerd door altijd een rapport verplicht te stellen wanneer een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Dit is echter niet geval in de mededingingswetgeving. Met betrekking tot de boeteprocedure geldt bovendien de eis dat de vermeende overtreeders, in een voor hen te begrijpen taal, op de hoogte worden gesteld van de beschuldiging. Dit betekent dat de ACM in ieder geval het boeterapport vertaalt en, indien daarom wordt verzocht, ook andere stukken uit het boetedossier.

Naast het recht op inzage in het boeterapport geldt dat sprake moet zijn van inzagerecht in het boetedossier. Het EHRM vereist, op grond van artikel 6 EVRM, dat toegang wordt verleend tot alle ontlastende en belastende documenten. De zaak *Chambaz* illustreert dat een bestuursorgaan, wanneer de verdediging daarom verzoekt, alle documenten moet overleggen, ook wanneer deze documenten niet specifiek zijn gebruikt door het bestuursorgaan. Hier doet zich een mogelijke spanning voor tussen de uitleg die het EHRM geeft aan het inzagerecht en de praktijk van de ACM. Het EHRM neemt immers redelijk snel aan dat het verzochte document een link heeft met de zaak; in de zaak *Bendenoun* spreekt het EHRM over het ‘only briefly’ specificeren van de documenten. Deze ‘only briefly, specific reasons’ vormen een lichtere stelplicht dan het voldoende gemotiveerd stellen zoals de ACM vereist. Een knelpunt bij de motiveringsverplichting die de ACM hanteert, is dat van de eisers wordt verwacht dat zij bij voorbaat, voordat zij überhaupt de documenten hebben ingezien, weten wat de inhoud is van de documenten waarvan zij inzage verzoeken. De ACM neemt immers alleen gemotiveerde verzoeken in aanmerking die zien op specifieke documenten. Door het stellen van strenge motiveringseisen wordt immers een, voor de verdediging van de belanghebbende, nadelige drempel opgeworpen die niet in lijn is met artikel 6 EVRM.<sup>254</sup>

#### 4.2.3.2 *De beperkingen op het inzagerecht*

Ten aanzien van de toegestane beperkingen is het volgens het EHRM aan de staten zelf om te bepalen in hoeverre een bepaalde uitzonderingsgrond zich voordoet. Zo erkent

<sup>254</sup> Zie ook Trechsel 2006, p. 229.



het EHRM dat een schending van de LPP in strijd is met artikel 8 EVRM, maar stelt het zich terughoudend op ten aanzien van de exacte invulling van de LPP. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dan ook niet de eis dat de LPP zich moet uitstrekken tot elke advocaat, ongeacht of deze in dienstbetrekking is van de betreffende onderneming. Er is dus ook geen duidelijke discrepantie waar te nemen tussen het nationale verschoningsrecht en de eisen van het EHRM. Het EHRM heeft in deze context duidelijk aangegeven dat de nationale autoriteiten een beslissingsvrijheid (*margin of discretion*) hebben ten aanzien van de beoordeling of de beperking (bijvoorbeeld de LPP) proportioneel is en dat deze beslissingsvrijheid ruimer is toegemeten wanneer de beperking betrekking heeft op rechtspersonen.<sup>255</sup> Deze beslissing moeten volgens het EHRM wel omringd zijn met voldoende procedurele waarborgen. Deze waarborgen kunnen bestaan uit de aanwezigheid van een onafhankelijke en onpartijdige rechter die beslist over het verzoek tot inzage. In mededingingsprocedures zijn dergelijke procedurele waarborgen beperkt aanwezig. De beslissing om geen toegang te verlenen tot bepaalde stukken is geen besluit (op grond van artikel 1:3 Awb), maar een feitelijke handeling of algemene voorbereidingshandeling, en kan dus ook niet als zodanig worden aangevochten voor de bestuursrechter. Ook een voorlopige voorziening van de civiele rechter biedt niet altijd voldoende compensatie (zie deelparagraaf 4.1.1.2 van hoofdstuk 9). Het gebrek dat het overleggen van vertrouwelijke informatie in eerste instantie niet aan een nauwkeurige rechterlijke controle is onderworpen, kan echter worden hersteld door het overleggen van alle stukken in beroep. In een dergelijke procedure bij de bestuursrechter is het echter mogelijk dat, wederom, niet alle stukken in het geding worden gebracht (zie deelparagraaf 4.5.1 over de inzagemogelijkheden bij de bestuursrechter). In dat geval is mogelijk sprake van een schending van artikel 6 EVRM.

#### 4.2.4 Voorlopige bevindingen

In de klassieke boeteprocedure is sprake van een strafvervolgning. Deze kwalificatie brengt met zich mee dat een overtreder zowel op de hoogte gebracht moet worden van de beschuldiging (in een taal die de overtreder begrijpt) als toegang moet krijgen tot alle ontlastende en belastende documenten. Een analyse van de praktijk van de ACM en de Commissie illustreert discrepanties. Zo wordt door de Commissie meer informatie over de boetevaststelling gegeven in het boeterapport dan door de ACM. De ACM kent echter weer een ruimer opgezet LPP. Deze verschillen betreffen niet de kern,

<sup>255</sup> Interessant is dat het EHRM specifiek voor mededingingszaken heeft geoordeeld dat de staten een bijzonder ruime beoordelingsvrijheid hebben. Zie bijvoorbeeld de zaak *Markt Intern* over de persvrijheid in het licht van artikel 10 EVRM: 'Such a margin of appreciation is essential in commercial matters and, in particular, in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition' (EHRM 20 november 1989, 10572/83 (*Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann t. Duitsland*)). Zie over deze zaak, en de zaak *Colas Est* (EHRM 16 april 2002, 37971/97, *Colas Est e.a. t. Frankrijk*) over de inspectiebevoegdheden van mededingingsautoriteiten en artikel 8 EVRM: Emberland 2006, hoofdstuk 5.

maar de invulling van het inzagerecht, en zijn te verklaren door het beginsel van procedurele autonomie (zie hierover ook de conclusie van dit proefschrift). De rechtszekerheid zou echter wel gebaat zijn wanneer – aan de hand van beleidsregels – duidelijk wordt welke documenten de ACM buiten het dossier mag houden. In lijn met de jurisprudentie van het EHRM en de Unierechters maakt de ACM een eerste selectie van documenten die volgens de ACM op de zaak betrekking hebben. Spanningen met de eisen van artikel 6 EVRM kunnen zich echter voordoen wanneer de ACM de notie ‘vertrouwelijke documenten’ te ruim interpreteert of wanneer de overtreder gemotiveerd moet aangegeven welke documenten nog meer beschikbaar gesteld moeten worden. Het uitgangspunt van het EHRM is immers dat aan een dergelijk informatieverzoek moet worden voldaan. Bovendien stelt het EHRM paal en perk aan de bevoegdheid van de ACM om – in de hoedanigheid van degene die opspoort en sanctioneert – te besluiten welke documenten in het niet-vertrouwelijke dossier moeten komen. Deze beslissing moet immers omringd zijn met voldoende procedurele waarborgen.

### 4.3 Het inzagerecht in clementieprocedures

#### 4.3.1 *Status quo*

##### 4.3.1.1 *Het inzagerecht*

In boeteprocedures waarin één of meer ondernemingen (of feitelijke leidinggevendenden) een clementieverzoek hebben ingediend, gelden dezelfde eisen die zijn vastgesteld voor de klassieke boeteprocedure. Ook belanghebbenden in een clementieprocedure krijgen inzage in alle stukken die relevant zijn voor de schuldvaststelling. Er zijn echter wel duidelijke verschillen tussen de klassieke boeteprocedure en de clementieprocedure. Het eerste verschil betreft de start van de onderzoeksfase van de ACM en, daaraan verwant, de actoren die betrokken zijn bij de dossiervorming. Bij een clementieprocedure vangt de onderzoeksfase aan op het moment dat een onderneming een clementieverzoek indient. Het clementiebureau van de ACM, en niet het onderzoeksteam, behandelt de clementieverzoeken die bij de ACM binnenkomen. Het clementiebureau zal dus als eerste een dossier opbouwen dat vervolgens, wanneer de onderneming heeft besloten om clementie in te dienen, naar het onderzoeksteam van de directie mededinging zal worden gezonden. Dit betekent dat reeds in een eerdere fase een ‘opschoning’ van het dossier plaatsvindt.

Een tweede verschil betreft de omstandigheid dat een clementieverzoeker vrijwillig informatie verstrekt aan de ACM zoals een ondernemingsverklaring en bewijs dat de ondernemingsverklaring kan ondersteunen (hierna ook wel aangeduid als ‘clementiemateriaal’). De ACM kan het clementiemateriaal gebruiken voor de schuldvaststelling en daarmee aanmerken als op de zaak betrekking hebbende stukken. Wel geldt de eis dat de geadresseerden van het boeterapport, die vervolgens inzage krijgen in het clementiemateriaal, schriftelijk moeten toezeggen dat zij de clementieverklaring of het transcript hiervan niet zullen kopiëren, fotograferen, of op een andere wijze vastleggen. Verder mag de in de clementieverklaring vervatte informatie alleen

gebruikt worden in de bestuursrechtelijke procedure met betrekking tot het kartel.<sup>256</sup> Een overtreder kan vervolgens ook inzage vorderen in clementiemateriaal dat de ACM niet ter inzage heeft gelegd. In de zaak *Isolerend dubbelglas* betwistten de eisers de geloofwaardigheid van de afgelegde clementieverklaringen die ten grondslag waren gelegd aan het sanctiebesluit. Op grond hiervan vorderden zij inzage in documenten die zagen op andere glasproducten en op een andere periode zodat zij de clementiedocumenten in het aan hun eigen zaak verwante dossier in de context van de vermeende ongeloofwaardigheid van de verklaringen konden beoordelen. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat de ACM inderdaad de volledige clementieverklaringen had moeten aanmerken als de op de zaak betrekking hebbende stukken en zij de verzoeken van eisers had moeten honoreren.<sup>257</sup> Ook mondeling afgelegde clementieverklaringen dienen in principe ter inzage te worden gelegd. Het succes van het clementieprogramma van de ACM weegt volgens het CBb minder zwaar dan het verdedigingsbelang wanneer de inhoud van de clementieverklaringen bekend is bij de niet-clementieverzoekers en de betrokkenheid van de clementieverzoekers bij de door de ACM gestelde overtredingen ook kan worden afgeleid uit andere (niet-vertrouwelijke) stukken.<sup>258</sup>

#### 4.3.2 *Vergelijking met het Unierecht*

De procedure voor het verlenen van toegang tot de clementieprocedure en de reikwijdte ervan op grond van het Unierecht is praktisch identiek aan de nationale (rechts)praktijk in clementieprocedures. Zo krijgen alleen de vermeende overtredders toegang tot de clementieverklaringen van de Commissie, mits zij geen kopieën maken van de clementieverklaring.<sup>259</sup> Voor wat betreft het gebruik van het clementiemateriaal door de vermeende overtredders voorziet de nationale clementieregeling in een extra beperking. Op grond van de nationale clementieregeling mag het clementiemateriaal immers alleen worden gebruikt in de bestuursrechtelijke procedure met betrekking tot het kartel. Op grond van het Unierecht kan de informatie echter ook worden gebruikt voor zaken die rechtstreeks verband houden met de zaak waarin toegang tot het dossier werd verleend.

#### 4.3.3 *Vergelijking met het EVRM*

De verschillen die in deelparagraaf 4.2.3 over de inzagerechten in de klassieke boeteprocedure zijn genoemd, gelden ook voor de clementieprocedure. Ook in een clementieprocedure kan de ACM zich niet per definitie verschuilen achter het vermeende vertrouwelijke karakter van clementiemateriaal. Wel heeft het EHRM

<sup>256</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels, artikel 27 lid 1 (hierna: 'Beleidsregel clementie').

<sup>257</sup> Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.

<sup>258</sup> CBb 2 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:388.

<sup>259</sup> EU Clementieregeling, par. 33-34.

aangegeven dat een bestuursorgaan de documenten in eerste instantie mag selecteren alvorens deze aan het dossier te voegen. Een voor de clementieprocedure bijkomstig knelpunt betreft deze extra documentenshifting. In tegenstelling tot de klassieke boeteprocedure is het in de clementieprocedure het clementiebureau dat de ingekomen clementiedocumenten selecteert. Het clementiebureau levert zelf een dossier aan en zowel voor de directie mededinging (de opsporende directie) en de directie juridische zaken (de sanctionerende dienst) als voor de vermeende overtredders is het onduidelijk welke documenten het clementiebureau buiten het geschoonde dossier laat. De enige partijen die dat wel weten zijn het clementiebureau zelf en de clementieverzoekers. Theoretisch gezien is het mogelijk dat, voor de niet-clementieverzoekers, ontlastend materiaal is achtergelaten. Deze niet-transparante wijze van dossiervorming is slecht te verzoenen met de eis van het EHRM dat een vermeende overtredder in principe toegang moet kunnen krijgen tot alle ontlastende en belastende documenten. Voor de vermeende overtredder is het op deze wijze immers onmogelijk om stukken op te vragen waarvan hij het bestaan niet weet. Dit gebrek kan ook niet worden hersteld aangezien de directie juridische zaken van de ACM ook geen toegang heeft gekregen tot de documenten die het clementiebureau eventueel, bewust of onbewust, buiten het clementiedossier heeft gelaten. In een eventueel beroep kan de ACM dus ook niet het volledige dossier, dus het onderzoeksdossier en het clementiedossier, overleggen aan een rechter die over de inzage beslist. In hoofdstuk 9 zullen aanbevelingen gedaan worden om, door middel van het introduceren van bepaalde compenserende maatregelen, het verlenen van toegang tot de inhoud van clementieverklaringen mogelijk te maken.

#### 4.3.4 *Voorlopige bevindingen*

De clementieprocedure is een bijzondere procedure waarbij de gevoeligheid van de openbaarmaking van bepaalde documenten meer op de voorgrond staat dan bij de klassieke boeteprocedure. De reden hiervoor is dat zowel de clementieverzoekers zelf als de mededingingsautoriteit terughoudend zijn bij het overleggen van clementiemateriaal. Het belang van de mededingingsautoriteit bij het beschermen van de effectiviteit van het clementieprogramma is – zoals recente wetgevingsinitiatieven illustreren<sup>260</sup> – doorslaggevend.<sup>261</sup> Een vergelijking van de Europese met de nationale praktijk in clementieprocedures illustreert dat deze in grote lijnen overeenkomen. In beide procedures is de inzage in het clementiemateriaal beperkt tot degene tegen wie de mededingingsautoriteit een procedure is gestart. Wel lijkt het Unierecht meer ruimte te bieden voor het gebruik van clementiemateriaal in andere aanverwante bestuursrechtelijke zaken. Wanneer de clementieprocedure wordt vergeleken met het

<sup>260</sup> Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, L349/1.

<sup>261</sup> Door het verlenen van toegang tot clementiemateriaal zouden potentiële clementieverzoeker worden afgeschrikt om clementie in te dienen. Zie hierover bijvoorbeeld Beumer & Karpetas 2012, p. 123-151.

EVRM, dan is het voornaamste struikelblok (wederom) de discretionaire bevoegdheid die de ACM bezit bij het beoordelen of de door de clementieverzoeker ingebrachte documenten aan het voor de partijen beschikbare dossier worden toegevoegd.

#### 4.4 Het inzagerecht in overige procedures

##### 4.4.1 *Status quo*

###### 4.4.1.1 *Toeleggingsprocedure*

Met betrekking tot de toeleggingsprocedure is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing. Op grond van deze procedure wordt in een openbare kennisgeving aangegeven (bijvoorbeeld in de Staatscourant) waar en wanneer de stukken ter inzage zullen liggen die de grondslag vormen voor de toelegging en wie zienswijzen naar voren kunnen brengen.<sup>262</sup> Vervolgens legt het bestuursorgaan het gehele ontwerpbesluit en andere relevante stukken ter inzage<sup>263</sup> zoals gegevens en bescheiden die bij de aanvraag zijn gevoegd en eventuele adviezen en rapporten die over een te nemen beslissing zijn uitgebracht.<sup>264</sup> Het artikel is te zien als een uitwerking van de algemene verplichting van de actieve openbaarmakingsplicht van de Wob.<sup>265</sup> Uitgezonderd zijn stukken die onder de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob vallen.<sup>266</sup>

###### 4.4.1.2 *Procedures betreffende lastopleggingen*

Deelparagraaf 4.2.1.1 over de klassieke boeteprocEDURE laat zien dat er in zware boeteprocEDURES een verplichting voor een rapport bestaat.<sup>267</sup> Het opmaken van een rapport voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom is echter niet (meer) verplicht.<sup>268</sup> Het niet langer vereisen van het opmaken van een rapport voor lasten onder dwangsom maakt dat een last onder dwangsom slagvaardiger kan worden ingezet omdat het dossier niet behoeft te worden overgedragen aan personen die niet bij het onderzoek betrokken zijn geweest. Met andere woorden: met het vervallen van de rapportageverplichting is ook de personele scheiding vervallen voor het opleggen van een last onder dwangsom.<sup>269</sup> In de Mw, en ook in de Awb, zijn geen specifieke bepalingen opgenomen over de inzagemogelijkheden van belanghebbenden die worden geconfronteerd met een lastoplegging. De Awb omvat enkel een bepaling die voorschrijft dat de last onder dwangsom de te nemen herstelmaatregelen omschrijft.<sup>270</sup> Of verder inzage wordt verleend in het dossier van de ACM en/of de

<sup>262</sup> Artikel 3:12 Awb.

<sup>263</sup> Artikel 3:11 lid 1 Awb.

<sup>264</sup> PG Awb I, p. 224-226.

<sup>265</sup> PG Awb I, p. 224-226.

<sup>266</sup> Artikel 3:11 lid 2 Awb.

<sup>267</sup> Artikel 5:53 lid 2 Awb jo. artikel 5:48 Awb.

<sup>268</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3 (MvT).

<sup>269</sup> Artikel 12q Instellingswet.

<sup>270</sup> Artikel 3:32a Awb.

inzage in de beschikking beperkt is tot de overtreder, is onbekend. De inmiddels ingetrokken bepaling in de Mw, artikel 59 lid 2 Mw, verwees voor de last onder dwangsom naar de eisen die afdeling 5.4.2 stelt aan de besluitvorming in het geval het bestuursorgaan een bestuurlijke boete wenst op te leggen. De in afdeling 5.4.2 opgenomen bepaling, artikel 5:49 lid 1 Awb, regelt de inzage in de stukken die relevant zijn voor de besluitvorming. Deze afdeling is voor mededingingsprocedures echter komen te vervallen.

#### 4.4.2 *Vergelijking met het Unierecht*

##### 4.4.2.1 *Toezeggingsprocedures*

De Europese toezeggingsprocedure volgt een vergelijkbaar stramien als die van de ACM. Net als de ACM publiceert de Commissie de voorgenomen toezegging voordat de toezegging ook daadwerkelijk bindend wordt verklaard. In tegenstelling tot de ACM, die het ontwerpbesluit publiceert, maakt de Commissie enkel een beknopte samenvatting van de zaak en de hoofdlijnen van de toezegging bekend. Daarnaast legt de ACM voor belanghebbenden alle relevante op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage. Zowel Verordening 1/2003 als Verordening 773/2004 voorzien echter niet in een recht op inzage in stukken uit het toezeggingsdossier.<sup>271</sup> Het ACM gaat dus een stap verder in de te verlenen rechtsbescherming door, naast het ontwerpbesluit, ook alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage te leggen.

##### 4.4.2.2 *Procedures betreffende lastopleggingen*

Het Unierecht voorziet in een inzagerecht voor primaire besluitvormingsprocedures waarin een last onder dwangsom wordt opgelegd. De omvang van het inzagerecht, dus de inzage in het boeterapport en boetedossier, lijkt in eerste instantie ruimer dan het inzagerecht in nationale mededingingsprocedures die leiden tot een lastoplegging. In nationale procedures is de ACM immers niet verplicht om, voordat zij het besluit neemt, alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage te leggen. Deze verplichting vangt pas aan wanneer de belanghebbenden bezwaar instellen tegen het besluit. Artikel 7:4 lid 2 Awb schrijft voor dat de ACM alle stukken voorafgaand aan het horen ter inzage legt voor belanghebbenden. Het is vooralsnog niet duidelijk of het pas in de bezwaarfase ter inzage leggen van stukken in overeenstemming is met het Unierecht. De Unierechters hebben zich alleen uitgesproken over het horen in de bezwaarfase en daarvan geoordeeld dat het later horen, dus in de bezwaarfase, geoorloofd is mits wordt voorzien in de opschortende werking van het besluit waartegen bezwaar is ingesteld.

---

<sup>271</sup> Mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU, *PbEU* 2011, C 308/06, par. 101.

### 4.4.3 *Vergelijking met het EVRM*

#### 4.4.3.1 *Toezeggingsprocedures*

In toezeggingsprocedures gaat het noch om een strafrechtelijke vervolging noch om een dispuut over civielrechtelijke rechten en plichten waardoor in principe, op grond van artikel 6 EVRM, geen inzagerecht bestaat voor de overtreders. Desalniettemin kunnen belanghebbenden (en dus niet alleen de overtreders) – wanneer de ACM ervoor kiest om de uniforme voorbereidingsprocedure te volgen – inzage krijgen in het ontwerpbesluit en alle op het ontwerpbesluit betrekking hebbende stukken. Nu bij een toezegging eigendomsrechten in het geding kunnen zijn (zie hierover hoofdstuk 4, paragraaf 4.4), wordt – door toch te voorzien in een inzagemogelijkheid – tegemoetgekomen aan de jurisprudentie van het EHRM waarin is bepaald dat schendingen van eigendomsrechten effectief aangevochten moeten kunnen worden. Een effectieve rechtsgang voor schendingen van eigendomsrechten kan dan vervolgens een inzageverplichting eisen, ook als artikel 6 EVRM dit niet direct verlangt. Bovendien ondervangt deze inzagemogelijkheid de leemte in rechtsbescherming die kan ontstaan wanneer de toezeggingsprocedure uiteindelijk niet leidt tot het bindend verklaren van de toezegging. In dat geval zullen de betreffende ondernemingen die de toezeggingsaanvraag hebben ingediend inzage willen krijgen (en dat recht hebben ze dan ook) in alle documenten die de ACM tot dan toe heeft verzameld. Hetzelfde geldt ook voor informele toezeggingsprocedures.

#### 4.4.3.2 *Procedures betreffende lastopleggingen*

Bij de lastoplegging gaat het om een geschil over burgerlijke rechten en plichten en zijn de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM van toepassing, waaronder de eis dat partijen toegang moeten krijgen tot alle documenten die het oordeel van de rechter, of het beslissende bestuursorgaan, kunnen beïnvloeden. Het recht op toegang is daarmee beperkt tot de documenten die de grondslag vormen voor de schuldvaststelling. Deze bepaling sluit niet goed aan bij de huidige praktijk waarin het inzagerecht pas in de bezwaarfase wordt geactiveerd. Het EVRM heeft echter bepaald dat in sommige gevallen het gebrek aan inzage in voor de schuldvaststelling relevante stukken hersteld kan worden. Op grond van de Awb vindt dit herstel plaats in bezwaar. In bezwaar heroverweegt het bestuursorgaan het besluit immers volledig en zal het feiten en omstandigheden meenemen die zich na het nemen van het besluit hebben voorgedaan. Het nationale recht inzage de lastoplegging is daarmee in lijn met het EVRM. Deze conclusie geldt ook voor de eventuele rapportageverplichting van het bestuursorgaan; artikel 6 lid 3 sub a EVRM is immers alleen van toepassing op strafprocedures.

### 4.4.4 *Voorlopige bevindingen*

De in deze deelparagraaf besproken inzagemogelijkheden in de overige handhavingsprocedures van de ACM leveren een gedifferentieerd beeld op. Enerzijds zijn de inzagemogelijkheden in de stukken die hebben geleid tot een toezeggingsbesluit ruimer dan de praktijk in Europese mededingingsprocedures en bovendien geheel in



lijn met de eisen van het EVRM. De ACM biedt immers niet alleen, zoals de Commissie in Europese mededingingsprocedures, inzage in een samenvatting van de toezegging, maar legt ook het ontwerpbesluit zelf en alle relevante stukken ter inzage. Hiermee komt de ACM derden tegemoet die mogelijk bezwaarlijke gevolgen ondervinden van de mededingingsbezwarende gedragingen die onderwerp zijn van het toezeggingsbesluit. Anderzijds hebben de vermeende overtreders geen recht op inzage van de stukken die kunnen leiden tot een lastoplegging. Een inzagerecht bestaat pas wanneer belanghebbenden bezwaar instellen tegen het betreffende besluit. Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel vereist echter dat belanghebbenden inzage krijgen in de stukken voordat het bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt. Of het verkrijgen van inzage in de stukken in de bezwaarfase de gestelde schending van de verdedigingsrechten herstelt, blijft in het ongewisse. De Unierechters hebben zich alleen over het in eerste instantie horen in de bezwaarfase uitgesproken en daarover geoordeeld dat deze praktijk in overeenstemming is met het Unierecht, mits het besluit waartegen bezwaar is ingesteld, wordt opgeschort.

#### 4.5 Het inzagerecht in de rechterlijke procedure

##### 4.5.1 *Status quo*

###### 4.5.1.1 *Het inzagerecht van belanghebbenden*

In de rechterlijke procedure krijgen partijen toegang tot het dossier van het verwerende bestuursorgaan:

*‘Artikel 8:42 Awb*

*1. Binnen vier weken na de dag van verzending van het beroepschrift aan het bestuursorgaan zendt dit de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter en dient het een verweerschrift in.’*

Zo nodig kan de bestuursrechter het bestuur en de partijen verzoeken om bepaalde inlichtingen te geven of stukken te produceren.<sup>272</sup> De verplichting om stukken over te leggen is niet onbeperkt. Voor de geheimhouding van stukken in de rechterlijke procedure bestaat een met de bezwaarprocedure vergelijkbare bepaling.<sup>273</sup> Evenals in de bestuurlijke bezwaarprocedure kan in de rechterlijke procedure van openbaarmaking worden afgezien wanneer geheimhouding om gewichtige redenen is geboden.<sup>274</sup> Zo heeft het CBb het volgende overwogen:

<sup>272</sup> Artikel 8:45 Awb.

<sup>273</sup> Artikel 8:29 Awb. De Afdeling heeft geoordeeld dat artikel 8:29 Awb een geoorloofde beperking vormt op artikel 6 EVRM en het vereiste van *equality of arms*. Zie ABRvS 8 april 2009, AB 2009/375, m.nt. C.M. Bitter, ECLI:NL:RVS:2009:BI0419.

<sup>274</sup> Artikel 8:29 lid 1 Awb. Zie verder HR 25 april 2008, AB 2009/407, m.nt. L.J.A. Damen, JB 2008/123, NJB 2008/1042 ECLI:NL:HR:2008:BA3823.

*‘Andere belangen kunnen zich daartegen verzetten, zoals de nationale veiligheid, de bescherming van fundamentele rechten van andere individuen en de geheimhouding van opsporingsmethoden. Deze belangen dienen in voorkomende gevallen te worden afgewogen tegen de belangen van de verdediging (EHRM 26 maart 1996, Doorson t. Nederland, nr. 54/1994/501/583, NJ 1996, 741, punt 69-70, EHRM 1 februari 2000, Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk, nr. 28901/95, BNB 2000, 259, punt 60-62).’<sup>275</sup>*

Om te bepalen of sprake is van ‘gewichtige redenen’ in de zin van artikel 8:29 Awb moet de rechter dus een afweging maken tussen enerzijds het belang dat partijen over dezelfde informatie beschikken en het belang dat de rechter beschikt over de relevante informatie die nodig is om tot een zorgvuldig oordeel te komen en anderzijds het belang dat bepaalde gegevens niet, of beperkt, openbaar worden.<sup>276</sup> Interessant is dat voor de invulling van het recht op inzage in stukken geen onderscheid gemaakt wordt tussen de besluitvormingsprocedure en de rechterlijke procedure.<sup>277</sup> Het is immers de bestuursrechter die oordeelt of geheimhouding in de besluitvormingsprocedure of de rechterlijke procedure gerechtvaardigd is.

Uit de rechtspraak volgt dat een eventuele schending van het inzagerecht niet per definitie de vernietiging van het besluit tot gevolg hoeft te hebben. Het passeren van een schending van het inzagerecht is echter alleen mogelijk wanneer een belanghebbende is gehoord en niet is gebleken dat hij door het niet kunnen inzien van de stukken is benadeeld.<sup>278</sup> Op grond hiervan is gesteld dat de basis van het nationale inzagerecht ligt bij de zorgvuldige besluitvorming en niet bij de rechten van verdediging.<sup>279</sup> Een andere mogelijkheid is dat de bestuursrechter, bijvoorbeeld wanneer partijen de verzochte documenten niet overleggen, daaruit ‘de gevolgtrekkingen maakt die hem geraden voorkomen’.<sup>280</sup> In het uiterste geval kan de gevolgtrekking zijn dat het beroep gegrond wordt verklaard, de beslissing op bezwaar wordt vernietigd<sup>281</sup> (eventueel met het in stand houden van de rechtsgevolgen)<sup>282</sup> en het bestuursorgaan de proceskosten moet vergoeden.<sup>283</sup>

<sup>275</sup> CBB 22 januari 2009, AB 2009, 186, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2009:BH6932.

<sup>276</sup> Vgl. PG AwbII, p. 417-418.

<sup>277</sup> Wenders 2010, p. 279.

<sup>278</sup> Zie bijvoorbeeld CBB 23 mei 1995, AB 1995/455, m.nt. J.H. van der Veen, ECLI:NL:CBB:1995:ZG0724.

<sup>279</sup> Gerbrandy 2011, p. 307. Volgens Gerbrandy geldt deze relativiteit ook in het Unierecht waar het recht op toegang tot het dossier een belangrijk onderdeel vormt van de verdedigingsrechten, maar niet wordt aangemerkt als zelfstandig beginsel: het betreft een uitwerking van het recht om te worden gehoord.

<sup>280</sup> Artikel 8:31 Awb.

<sup>281</sup> De vernietiging kan plaatsvinden op grond van artikel 7:4 Awb, artikel 7:18 lid 3 of artikel 3:2 Awb (eventueel in samenhang met de artikelen 7:4 of 7:18 Awb). Zie bijvoorbeeld over de vernietiging van een uitspraak wegens schending van het recht op inzage in processtukken CRvB 13 mei 2009, JB 2009/184, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4912; en ABRvS 25 juni 1996, AB 1996/411, m.nt. I.C. van der Vlies, ECLI:NL:RVS:1996:AN5166.

<sup>282</sup> Zie artikel 8:72 lid 3 Awb. In een zaak die was ingesteld tegen de ACM (die bepaalde stukken niet aan het dossier had toegevoegd) oordeelde de rechtbank Amsterdam dat het besluit moest worden vernietigd met instandhouding van de rechtsgevolgen voor zover het besluit betrekking had op de openbaarmaking van de overige documenten. Zie Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5346.

<sup>283</sup> Damen e.a. 2013, p. 232.

#### 4.5.1.2 *De geheimhoudingsprocedure*

In de Awb regelt artikel 8:29 de procedure ter beoordeling van het beroep op geheimhouding. Deze bepaling voorziet dat een partij (het bestuursorgaan of de belanghebbende) de overlegging van stukken kan weigeren. Voor het van inzage uitsluiten van documenten dient de partij die zich op geheimhouding beroept het betreffende document aan de rechter te overleggen met een beroep op de vertrouwelijkheid van stukken<sup>284</sup> of op gewichtige redenen.<sup>285</sup> De rechter toetst vervolgens de noodzaak tot geheimhouding.<sup>286</sup> Wanneer inderdaad reden bestaat voor geheimhouding, dan hoeven de stukken niet overgelegd te worden aan de betrokken partijen.<sup>287</sup> Als de partijen daarmee instemmen, kan de rechter die stukken ook betrekken bij zijn oordeel. Het toestemmingsvereiste is opgenomen zodat voor partijen en derden zo veel mogelijk duidelijk is op welke wijze de rechter tot zijn oordeel is gekomen.<sup>288</sup> Wordt deze toestemming niet verleend, dan oordeelt een andere rechter (een rechter-commissaris of een enkelvoudige geheimhoudingskamer<sup>289</sup>) over de geheimhouding dan de rechters die de (hoofd)zaak beslechten.<sup>290</sup> Zodoende kunnen andere rechters (die de geheim te houden documenten niet kennen), of eventueel de geheimhoudingskamer<sup>291</sup>, zich een oordeel vormen over de zaak zonder dat de vertrouwelijke gegevens daarop invloed kunnen uitoefenen.<sup>292</sup> Hoewel in de memorie van toelichting wordt onderkend dat de belanghebbenden in hun procespositie worden aangetast wanneer de stukken geheim blijven, moeten een actieve rechter<sup>293</sup> en het recht om toestemming te verlenen de vertrouwelijke stukken in de procedure te betrekken deze aantasting compenseren.<sup>294</sup>

Deze procedure voor het behandelen van een vertrouwelijkheidsclaim, en met name het daarin opgenomen toestemmingsvereiste, levert echter bepaalde problemen

<sup>284</sup> Als het bestuursorgaan later aangeeft dat sommige stukken toch niet als vertrouwelijk zijn aan te merken, en de rechtbank voegt deze stukken toe aan het dossier, is dat niet in strijd met de rechten van verdediging. Zie CBb 3 juli 2008, AB 2009/305, m.nt. I. Sewandono, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629.

<sup>285</sup> Ook hier geldt dat de Wob de 'bodemopenbaarheid' verschaft. Zie Damen e.a. 2013, p. 235.

<sup>286</sup> Artikel 8:29 lid 3 Awb. Wanneer de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting en hoeft de weigerende partij de desbetreffende gegevens niet in de procedure te brengen. Zie artikel 8:29 lid 4 Awb. Zie Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003/385, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219. In beroep behoort de rechtbank de vertrouwelijkheid van stukken door een aparte kamer (art. 8:29 lid 5 Awb) te laten beoordelen. Zie CBb 17 november 2004, AB 2005/81, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034, r.o. 8.3.2.

<sup>287</sup> Artikel 8:29 lid 4 Awb.

<sup>288</sup> PG Awb II, p. 417-418.

<sup>289</sup> Van Rijn van Alkemade 2011, p. 383.

<sup>290</sup> Artikel 8:29 lid 5 Awb.

<sup>291</sup> Deze geheimhoudingskamer moet wel kennis kunnen nemen van het gehele dossier omdat anders een juiste beoordeling over de geheimhouding niet kan plaatsvinden, aldus de Hoge Raad. Zie HR 10 oktober 2007, AB 2007/326, m.nt. R. Ortleip, JB 2007/203, ECLI:NL:HR:2007:BA0582; en Hoge Raad 7 december 2007, AB 2008/82 m.nt R. Ortleip, ECLI:NL:HR:2007:BB9389.

<sup>292</sup> Damen e.a. 2013, p. 235.

<sup>293</sup> Volgens Schuurmans komt het eerste aspect niet duidelijk naar voren in de jurisprudentie. Schuurmans 2005, p. 33.

<sup>294</sup> PG Awb II, p. 417-418.

op. Ten eerste kan op grond van deze procedure een situatie ontstaan waarin het bestuursorgaan en één of meer partijen wel, maar de rechtbank niet de beschikking heeft over bepaalde stukken. Aldus wordt in deze situatie recht gedaan aan het recht op een eerlijk proces, maar beschikt de rechter mogelijk niet over voor de uitkomst cruciale informatie en kan de rechter niet met volledige kennis van zaken een zorgvuldige uitspraak doen. Verder kan het niet verlenen van toestemming ertoe leiden dat de partij die geheimhouding verlangt niet kan slagen in het bewijs. Het van inzage uitsluiten van vertrouwelijke gegevens kan dus nadelig uitwerken, aangezien de rechter de stukken (waarvan hij geen kennis heeft kunnen nemen) nodig kan hebben om te beoordelen of het besluit inderdaad vernietigd moet worden.<sup>295</sup> De gevolgen van het niet verlenen van toestemming kan dus voor rekening van de weigerende partij komen. De Afdeling bestuursrechtspraak schetst in haar vaste rechtspraak dat 'een partij door haar weigering de Afdeling toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb te verlenen, de Afdeling in zoverre de mogelijkheid ontnemt de rechtmatigheid van het bestreden besluit te toetsen.'<sup>296</sup>

Verwant hieraan is de situatie waarin een beboete onderneming vertrouwelijke, ontlastende documenten wil inbrengen in de procedure. Als de beboete onderneming om beperking van de kennisneming vraagt en de rechter deze beperking toestaat, kan de rechter de vertrouwelijke gegevens slechts met toestemming van alle partijen bij zijn oordeel betrekken. Dit betekent dat de beboete onderneming in een spagaat terechtkomt: of zij geeft de andere belanghebbenden (bijvoorbeeld een concurrent) toegang tot de vertrouwelijke informatie of ze accepteert dat de ontlastende informatie mogelijk niet gebruikt kan worden.

#### 4.5.2 *Vergelijking met het Unierecht*

De benadering van de nationale bestuursrechters enerzijds en de Unierechters anderzijds ten aanzien van het verlenen van inzage in documenten verschilt op bepaalde punten. Met betrekking tot de reikwijdte van het inzagerecht zijn de procedures praktisch identiek. Beide rechters baseren hun uitspraak alleen op documenten die alle procespartijen hebben ingezien en beiden hebben een zekere beoordelingsvrijheid bij het bepalen of inzage achterwege gelaten moet worden. In nationale mededingingsprocedures wordt bij deze beslissing, naast de verdedigingsrechten van belanghebbenden, de zorgvuldige besluitvorming in overweging genomen.<sup>297</sup> Van de Unierechters is echter alleen bekend dat zij de bescherming van de verdedigingsrechten voorop stellen. Dit verschil verklaart wellicht ook waarom de bestuursrechter in nationale mededingingsprocedures minder snel tot de vernietiging

<sup>295</sup> Damen e.a. 2013, p. 236.

<sup>296</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9644.

<sup>297</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het CBb waarin het oordeelde dat 'het feit dat degene die binnen AFM tenslotte besliste dat een boete zou worden opgelegd, niet bekend was met de alsnog overgelegde stukken, achteraf gezien, geen inhoudelijke onzorgvuldigheid van dat besluit tot gevolg gehad'. Zie CBb 6 november 2009, AB 2010/215, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBb:2009:BK2641.

van het besluit overgaat wanneer sprake is van een schending van het inzagerecht. De bestuursrechter kan immers ook de schending passeren wanneer een belanghebbende is gehoord en niet is gebleken dat deze door het achterwege laten van de stukken is benadeeld. In het nationale bestuursrecht kan de bestuursrechter dus zelf bepalen welk gevolg hij wil toekennen aan een schending (de vernietiging van de uitspraak, het herstellen van het gebrek of het passeren van de schending). Op grond van het Unierecht vindt vernietiging plaats wanneer het achterhouden van een belastend document van invloed was op de beslissing van de Commissie en het achterhouden van een ontlastend document het verloop van de procedure kon beïnvloeden.

Een tweede verschil betreft de procedure voor de geheimhouding van documenten. In de zaken *ZZ*, *Varec* en *Mobistar* heeft het Hof eisen gesteld aan een dergelijke procedure: het besluit zelf en de geheimhouding moeten volledig worden getoetst door een rechter en de rechter moet de essenties van de redenen van het weigeringsbesluit motiveren. Het Hof accepteert in deze zaken dat spanningen tussen het recht op een eerlijk proces en bijvoorbeeld het recht op bescherming van zakengeheimen niet altijd opgelost kunnen worden en dat onder omstandigheden een keuze gemaakt moet worden tussen beide rechten. Het Hof volgt dus een ander afwegingskader dan de nationale bestuursrechter in het kader van artikel 8:29 Awb. Dit artikel bepaalt immers dat, wanneer partijen hiervoor geen toestemming verlenen, de over de zaak beslissende rechter de vertrouwelijke stukken niet onder ogen krijgt en dus de geheimhouding niet zelf kan toetsen. In deze situatie doet de bestuursrechter, door geen beschikking te hebben over alle informatie, mogelijk uitspraak zonder volledige kennis van zaken. Gelet op de uitspraken van het Hof in de zaken *ZZ*, *Mobistar* en *Varec* is het een interessante vraag of de eis van het Hof dat de rechter over alle informatie moet kunnen beschikken die noodzakelijk is om uitspraak te doen ook breder van toepassing is op andere terreinen zoals het mededingingsrecht. Aangezien het in deze zaak om totaal uiteenlopende rechtsgebieden ging – het aanbestedingsrecht, het telecommunicatierecht en het vreemdelingenrecht – is een dergelijke, al dan niet vrijwillige, adoptie niet uitgesloten.

#### 4.5.3 *Vergelijking met het EVRM*

Het EVRM vereist dat partijen inzicht krijgen in het dossier van de rechter. Eventuele beperkingen op het inzagerecht moeten noodzakelijk zijn en moeten voorzien in voldoende procedurele waarborgen. Zo is het aan de rechter, en niet aan de vervolgende instantie, om te bepalen welke stukken geheim mogen blijven. De rechter die kennisneemt van het desbetreffende materiaal maakt dan een belangenafweging. De verdediging moet vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om bezwaar te maken. Mocht tot geheimhouding worden overgegaan, dan moet de verdediging op enigerlei wijze gecompenseerd worden. De rechter dient vervolgens, aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden, over te gaan tot een volledige toetsing. Het EHRM heeft voor wat betreft een vreemdelingenzaak bepaald dat de procedure van

artikel 8:29 Awb als zodanig niet in strijd is met het EVRM.<sup>298</sup> Alhoewel de Awb in overeenstemming met het EVRM is geacht, zijn vraagtekens te plaatsen bij de aanwezigheid van voldoende procedurele compensatiemaatregelen in procedures die leiden tot een punitieve sanctie. Kern van deze rechtspraak is immers dat een getroffen individu op effectieve wijze bepaalde beschuldigingen moet kunnen weerleggen, ook als die zijn gebaseerd op geheime informatie. De gevolgen van een weigering tot kennisneming, wat op grond van artikel 8:29 Awb leidt tot een beperktere toetsing van de rechtmatigheid van het besluit, verhoudt zich dan minder goed tot de eis van het EHRM dat een rechter de zaak volledig moet kunnen toetsen (zie hierover hoofdstuk 5).

#### 4.5.4 Voorlopige bevindingen

Deze paragraaf over het inzagerecht voor de bestuursrechter staat voornamelijk in het teken van de procedure die de bestuursrechter volgt bij het al dan niet achterhouden van vermeende, geheime documenten. De verschillen tussen de nationale rechtspraak en de eisen die volgen uit het Unierecht en het EVRM zien ook voornamelijk op deze procedure en niet op de reikwijdte van het inzagerecht als zodanig. Het Unierecht eist bijvoorbeeld dat de rechter zowel het besluit zelf als de geheimhouding van de documenten volledig moeten kunnen toetsen. Een soortgelijke eis kan ook gelezen worden in de jurisprudentie van het EHRM dat net zoals het Unierecht een volledige toetsing van het besluit eist. De procedure van artikel 8:29 Awb, waarbij partijen toestemming kunnen verlenen voor het op de zaak betrekken van geheime documenten, en bij gebrek aan toestemming andere rechters of een geheimhoudingskamer over de geheimhouding beslissen, wijkt op bepaalde punten niet alleen af van jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU, maar is bovendien praktisch bezien niet wenselijk. Partijen die zich op de geheimhouding beroepen lopen op grond van artikel 8:29 Awb immers het risico dat voor de zaak beslissende documenten niet door de rechter worden meegenomen bij de beoordeling. Deze praktijk kan voor deze partijen nadelig uitvallen; de gevolgen van het niet verlenen van toestemming kan namelijk voor de rekening van de weigerende partij komen.

## 5 CONCLUSIE

Deze casestudie bevestigt de verschillende dilemma's waar de bestuursrechters en de mededingingsautoriteit voor staan bij beslissingen over het inzagerecht. Deze beslissingen komen in de kern neer op een '*balancing act*' waarbij verschillende belangen, en bescherming van bepaalde documenten tegen de belangen bij een open en eerlijke procedure worden afgewogen. In klassieke boeteprocedures en clementie-

<sup>298</sup> EHRM 20 juli 2010, EHRC 2010/113, AB 2011, 132, m.nt. T. Barkhuysen & M. van Emmerik (*A t. Nederland*).

procedures moeten ondernemingen in principe toegang krijgen tot alle belastende en ontlastende documenten. Conform de huidige praktijk beslist de ACM zelf of ondernemingen toegang krijgen tot de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. Het EHRM heeft bevestigd dat – omwille van proceseconomische overwegingen – autoriteiten een selectie mogen maken van de documenten die in het dossier gevoegd moeten worden. Het is vervolgens aan de verdediging om aan te geven tot welke documenten, die zich niet in het boetedossier (maar wel in het onderzoeksdossier) bevinden, toegang verleend moet worden. De zaak *Chambaz* illustreert dat aan de motivering van een dergelijk verzoek geen strenge eisen worden gesteld. Het aangeven van een link met de betreffende zaak is voldoende om inzage te krijgen. Een te beperkte interpretatie van de stukken die volgens de ACM ‘op de zaak betrekking hebben’ is echter niet in overeenstemming met artikel 6 EVRM. Voor wat betreft de niet-bestaftende procedures, zoals een procedure waarin een last onder dwangsom, zelfstandige last of een bindende aanwijzing wordt opgelegd, voldoet het wanneer de ACM alleen toegang verleent tot documenten die relevant waren voor de inbreukvaststelling. Bij toezeggingsprocedures is het van belang dat alle stukken worden geregistreerd en bewaard zodat, mocht de toezegging niet bindend worden verklaard, de belanghebbenden toegang kunnen krijgen tot het dossier. Het niet voldoen aan de inzageverplichting kan volgens het EHRM in de zaak *Chambaz* alleen worden hersteld door in beroep alle stukken over te leggen. Wanneer een conflict over het verlenen van inzage in beroep wordt aangekaart, dan stellen beide hoven, het HvJ EU en het EHRM, dat het gebrek hersteld kan worden, tenzij de instantie bewust documenten heeft achtergehouden zonder kennisgeving daarvan aan de betrokken partijen.

Op grond van artikel 6 EVRM en het Unierecht kan het inzagerecht worden beperkt wanneer de beperking een publiek belang of een fundamenteel recht van een derde beoogt te beschermen. De beperking moet bovendien proportioneel zijn. Dit betekent dat per geval moet worden beoordeeld voor welke stukken – gehele of gedeeltelijke – geheimhouding noodzakelijk is en welke gevolgen dat heeft voor het beginsel van een procedure op tegenspraak. Deze weging dient als uitkomst te hebben dat zowel aan de belangen van de betrokken ondernemingen als aan het recht op een eerlijk proces op een zo evenwichtig mogelijk wijze recht wordt gedaan. Met betrekking tot deze proportionaliteitstoets hebben staten volgens het EHRM een bijzonder ruime beoordelingsmarge wanneer het vertrouwelijke informatie betreft die afkomstig is van rechtspersonen. Behalve de eis dat de beperking noodzakelijk moet zijn, verlangt het EHRM procedurele waarborgen die de beperkingen op de rechten van een eerlijk proces zo veel mogelijk compenseren.

Een belangrijke eis die het EHRM stelt, is de eis dat de weigering van de vervolgende autoriteit om geen inzage te verlenen, beoordeeld moet kunnen worden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter die de opportuniteit van de beslissing moet kunnen nagaan en daarvoor toegang moet kunnen krijgen tot alle stukken. De Awb voorziet, met artikel 8:29 Awb, in een aparte procedure voor de geheimhouding van documenten. Hoewel deze procedure ‘EHRM-proof’ is bevonden, is het de vraag of het wenselijk is dat de rechter die over de zaak beslist de vertrouwelijke documenten niet mee kan nemen in de beoordeling. Alleen wanneer partijen daarmee instemmen,



kan de rechter vertrouwelijke stukken betrekken bij zijn oordeel. Verlenen partijen die toestemming niet, dan oordeelt een andere rechter dan degene die de toetsing deed over de zaak. Deze procedure druist in tegen het vereiste dat de rechter die in de hoofdzaak beslist ook het geschil over de geheimhouding van bepaalde documenten moet kunnen toetsen. De bestuursrechter zal vervolgens een passende afweging moeten maken tussen de verschillende belangen en moet daarbij de eventuele inmenging in de verdedigingsrechten tot een minimum beperken. Eventuele andere procedurele waarborgen kunnen gelegen zijn in de aanstelling van speciale raadslieden die, in tegenstelling tot de ondernemingen zelf, wel toegang krijgen tot de vertrouwelijke informatie. Deze suggesties zullen in hoofdstuk 9 aan bod komen.



## 8 Casestudie III. Het ondervragingsrecht

### 1 INLEIDING

In mededingingsprocedures komt het voor dat de ACM voor het bewijzen van een inbreuk gebruikmaakt van verklaringen die, al dan niet vrijwillig, zijn afgelegd. Het gaat dan om verklaringen die tijdens de onderzoeksfase zijn verzameld. Zo kan de ACM haar opsporingsbevoegdheden inzetten en zelf verklaringen afnemen of kan een onderneming vrijwillig naar de ACM stappen in de hoop dat zij met het afleggen van een zogeheten clementieverklaring een boetekorting kan veiligstellen. Men kan hier spreken van ‘getuigenverklaringen’ in de ruimste zin van het woord, al is het woord ‘getuigen’ wellicht verwarrend aangezien het ook kan gaan om de belanghebbenden zelf. Daarnaast is het mogelijk dat niet-belanghebbenden als getuigen worden opgeroepen voor een verhoor. In dat geval gaat het wel om een officieel getuigenverhoor. In beide scenario’s geldt dat belanghebbenden de mogelijkheid moet worden geboden deze verklaringen te betwisten. In sommige zaken zal hierbij de inzage in een schriftelijke uitwerking van de verklaringen volstaan, maar in andere zaken zal ook het getuigenverhoor een uitkomst kunnen bieden. Illustratief is bijvoorbeeld de zaak *Musique Diffusion Francaise*, waar de vervalste verklaringen pas aan het licht kwamen tijdens het getuigenverhoor. In deze zaak biechte één van de getuigen (dhr. Schreiber) tijdens het verhoor op dat hij het verhaal over een leveringsweigering verzonnen had zodat hij een fout die hijzelf gemaakt had in de prijsberekening kon verbergen.<sup>1</sup> Een ander voorbeeld is de Amerikaanse kartelzaak *Stolt-Nielsen* waar de in het vooruitzicht liggende strafvermindering een duidelijke stimulans was om valse verklaringen af te leggen.<sup>2</sup>

Beide zaken illustreren het belang van een getuigenverhoor, waarbij de tweede zaak vooral het belang van een getuigenverhoor in clementieprocedures onderstreept. In clementieprocedures bestaat immers het gevaar dat de clementieverzoeker, waarschijnlijk degene die de tweede in de rang is en geen boete-immuniteit kan verkrijgen, gekleurde verklaringen aflegt die de eigen bijdrage aan de mededingingsinbreuk minimaliseren en die van de andere kartellisten vergroten om zodoende de korting veilig te stellen. Door middel van een getuigenverhoor kunnen deze gekleurde verklaringen eventueel worden gefilterd. Dit is de instrumentele functie van het getuigenverhoor: een getuigenverhoor kan achtergehouden ontlastend materiaal boven water halen, het kan fouten in een eerder afgelegde verklaring wegnemen en het kan de getuige in diskrediet brengen. Een getuigenverhoor kan dus de bewijswaarde van

---

<sup>1</sup> HvJ EG 7 juni 1983, C-100/80 t/m 103/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique Diffusion Francaise t. Commissie*), par. 37-60. Alhoewel het Hof de tegenstrijdigheid van de verklaringen erkende, kwam het tot de verrassende conclusie dat de verklaring van dhr. Schreiber als bewijs meegenomen kon worden en dat het niet noodzakelijk was om een oordeel te vormen over de geloofwaardigheid van de verklaringen van dhr. Schreiber.

<sup>2</sup> U.S. v. Stolt-Nielsen S.A., 524 F.Supp.2d 609 (E.D. Pa. 2007).

een getuigenverklaring compleet vernietigen en daarmee een mogelijke onterechte schuldvaststelling voorkomen.<sup>3</sup> Naast deze instrumentele functie – de functie waarmee de betrouwbaarheid van het bewijs wordt getest – heeft het getuigenverhoor ook een procedurele functie. Het ondervragen van getuigen biedt de verdediging immers de mogelijkheid een volledig beeld te krijgen van het bewijs. Het maakt daarmee onderdeel uit van het recht van de verdediging op een eerlijk proces. De grondslag van het ondervragingsrecht is dus tweedelig: het ondervragingsrecht waarborgt zowel het belang bij procedurele rechtvaardigheid als het belang bij adequate waarheidsvinding.<sup>4</sup>

Gezien het belang van het getuigenverhoor voor de waarheidsvinding en het waarborgen van de verdedigingsrechten staat in deze casestudie de vraag centraal of in mededingingsprocedures een mogelijkheid bestaat om getuigen (dus eventueel ook derden-belanghebbenden) te horen. Wanneer dit niet het geval is, speelt de vraag of aan ondernemingen in een mededingingsprocedure een ondervragingsrecht toekomt zoals neergelegd in artikel 6 lid 3 sub d EVRM en artikel 48 Handvest. Bij een bevestigend antwoord resteert de laatste vraag, namelijk hoe een dergelijk ondervragingsrecht ingevuld moet worden. In lijn met de vorige casestudies is deze casestudie als volgt opgebouwd. In de tweede paragraaf komt de EHRM-jurisprudentie over het ondervragingsrecht aan bod. De daaropvolgende derde paragraaf behandelt het getuigenverhoor in Europese mededingingsprocedures, waarbij specifiek aandacht wordt besteed aan de mogelijkheden om getuigen te horen en de bewijswaarde die aan getuigenverklaringen wordt toegekend. De vierde paragraaf vormt de kern van deze casestudie en analyseert voor de verschillende mededingingsprocedures de status quo ten aanzien van het getuigenverhoor en vergelijkt deze met de eisen die door het EVRM en het Unierecht worden gesteld. In de laatste, vijfde, paragraaf worden de verschillende bevindingen samengevat.

## 2 HET EVRM

### 2.1 Inleiding

Deze paragraaf staat stil bij de eisen die het EHRM stelt aan het getuigenverhoor in het kader van het recht op een eerlijk proces. Aangezien het EHRM de nationale wetgever verantwoordelijk stelt voor het regelen van het bewijsrecht,<sup>5</sup> en de nationale rechter de relevantie laat beoordelen van bewijsmiddelen,<sup>6</sup> zal deze jurisprudentie betrekking hebben op de vraag wanneer een procedure – waarin wel of juist geen getuigenverhoor plaatsvindt – als geheel eerlijk bevonden wordt.

Het recht op het horen van getuigen is geregeld in artikel 6 lid 3 sub d EVRM en omvat, met nog drie rechten die in artikel 6 lid 3 EVRM zijn genoemd, de verdedigings-

<sup>3</sup> Dennis 2010, p. 266.

<sup>4</sup> Fedorova 2012, p. 337-338.

<sup>5</sup> EHRM 23 april 1997, 21363/93 (*Van Mechelen t. Nederland*), par. 50.

<sup>6</sup> EHRM 12 februari 2004, 43284/98, EHRC 2004/28 (*Morel t. Frankrijk*), par. 63.

rechten van degene tegen wie een strafrechtelijke vervolging is ingesteld. Deze bepaling is, zoals zal blijken in deelparagraaf 2.2.1, gebaseerd op het principe dat een verdachte al het geproduceerde bewijsmateriaal moet kunnen betwisten. Onder het geproduceerde bewijsmateriaal kunnen belastende verklaringen van getuigen vallen. Voor de eerlijkheid van de procedure is het van belang dat de verdachte deze verklaringen kan beoordelen. Hoewel het recht om getuigen te horen in beginsel alleen van toepassing is op strafprocedures, heeft het EHRM ook eisen gesteld aan het getuigenverhoor in civiele procedures. Hierover meer in deelparagraaf 2.2.2. In de daaropvolgende deelparagrafen staan de notie 'getuige' (deelparagraaf 2.2.3), het moment waarop het ondervragen van getuigen kan/moet plaatsvinden (deelparagraaf 2.2.4) en de mogelijkheden om afstand te doen van het ondervragingsrecht (deelparagraaf 2.2.5) centraal. Vervolgens volgt een bespreking van toegestane beperkingen op het ondervragingsrecht (deelparagraaf 2.3), waarbij specifieke aandacht uitgaat naar de bewijswaarde van getuigenverklaringen en de aanwezigheid van compenserende maatregelen voor het geval de getuige niet of beperkt gehoord kan worden. Gezien de relevantie van deze beperking voor dit onderzoek komt in de laatste paragraaf (deelparagraaf 2.4) één toegestane beperking uitvoerig aan bod, namelijk het zwijgrecht. De paragraaf wordt afgesloten met enkele slotbeschouwingen over het recht om getuigen te horen van artikel 6 EVRM.

## 2.2 Het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM

### 2.2.1 Het getuigenverhoor in strafprocedures

Artikel 6 lid 3 sub d EVRM schrijft voor dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld het recht heeft:

*'de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge'.<sup>7</sup>*

Het ondervragingsrecht omvat in wezen twee deelrechten: het recht om getuigen te ondervragen die zijn opgevoerd door de vervolgende instantie (getuigen à charge) en het oproepen en ondervragen van getuigen door de verdediging (getuigen à décharge). Met betrekking tot beide deelrechten geldt dat zij, zoals de bepaling zelf ook expliciet weergeeft, beperkt zijn tot zaken waarin sprake is van een strafrechtelijke vervolging. De toepassing van deze deelrechten in strafprocedures is niet afhankelijk van het karakter van het strafstelsel; zowel in inquisitoriale als adversaire strafprocedures dient de verdachte met betrekking tot het oproepen en ondervragen van getuigen op

<sup>7</sup> Zie voor een uitvoerige bespreking van de EHRM-jurisprudentie over artikel 6 lid 3 sub d EVRM: De Wilde 2015.

gelijke voet te staan met de aanklager.<sup>8</sup> Het EHRM heeft het ondervragingsrecht in de zaak *Lucà* als volgt verwoord:

*'As a general rule, paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6 require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him.'*<sup>9</sup>

Het EHRM heeft vervolgens deze regel uitgewerkt door te bepalen dat het ondervragingsrecht onder meer verlangt dat de verdediging de gelegenheid krijgt om rechtstreeks en ongehinderd vragen te stellen aan de getuige zonder tussenkomst van derden.<sup>10</sup> Daarnaast moet de verdediging ook daadwerkelijk een antwoord krijgen op deze vragen en op de hoogte zijn van de identiteit van de getuige.<sup>11</sup> Een onbeperkte ondervraging in een procedure op tegenspraak is dus het uitgangspunt.<sup>12</sup>

Het ondervragingsrecht geeft de verdachte echter geen onbeperkt recht om getuigen te horen.<sup>13</sup> Het is aan de nationale rechter om te bepalen of een getuigenverhoor noodzakelijk is.<sup>14</sup> Van een getuigenverhoor kan worden afgezien wanneer er geen noodzaak is tot het testen van de geloofwaardigheid van bepaalde verklaringen of het aanvechten van de feiten.<sup>15</sup> In beginsel laat het EHRM zich niet uit over het wel/niet gebruiken van getuigenverklaringen als bewijs en de waarde die aan de verklaringen toegekend moet worden; het gebruik en de waarde van getuigenverklaringen valt binnen het domein van de nationale wetgever. Zoals gezegd beoordeelt het EHRM in beginsel enkel of de procedure in zijn geheel eerlijk verlopen is.<sup>16</sup>

## 2.2.2 Het getuigenverhoor in civiele procedures

Het recht om getuigen te horen is in principe beperkt tot procedures waarin sprake is van een strafrechtelijke vervolging. In artikel 6 lid 1 EVRM ontbreekt dan ook een expliciet recht op het ondervragen van getuigen. Zoals reeds in eerdere hoofdstukken aangegeven, moet de procedure (civielrechtelijk en strafrechtelijk) in zijn geheel eerlijk

<sup>8</sup> In een adversaire strafprocedure zijn het in principe de procespartijen zelf die beslissen welke getuigen zij willen oproepen. De partijen (of diens vertegenwoordigers) zullen dan ook degenen zijn die de getuigen ondervragen. In een inquisitoire procedure beslist de rechter zelf welke getuigen opgeroepen dienen te worden en is het de rechter zelf die de getuigen ondervraagt. Zie Rainey e.a. 2014, p. 207.

<sup>9</sup> EHRM 27 februari 2001, 33354/96, NJ 2002, 101 m.nt. T.M. Schalken (*Lucà t. Italië*), par. 39.

<sup>10</sup> Een recht op ondervraging bestaat in beginsel ook wanneer de verdediging al wel rechtstreeks vragen heeft kunnen stellen aan de getuige, maar er nieuw bewijs naar voren is gekomen dat aanleiding geeft tot het stellen van nadere vragen aan de getuige. Zie EHRM 10 mei 2012, 28328 (*Aigner t. Oostenrijk*).

<sup>11</sup> EHRM 23 april 1997, 21363/93, 21364/93, 21427/93 en 22056/93 (*Van Mechelen e.a. t. Nederland*), par. 62.

<sup>12</sup> EHRM 6 mei 1985, *Series A*, 92 (*Bönisch t. Oostenrijk*), par. 88 en EHRM 28 augustus 1991, 13468/87, 11170/84 en 12876/87 (*Brandstetter t. Oostenrijk*).

<sup>13</sup> Het ondervragingsrecht kan, hetgeen uitvoerig wordt besproken in de deelparagrafen 2.3.2 en 2.4.1, op gerechtvaardigde gronden beperkt worden, bijvoorbeeld omdat de getuige niet traceerbaar is of een beroep doet op het zwijgrecht.

<sup>14</sup> EHRM 7 juli 1989, *Series A*, 158 (*Bricmont t. België*); en EHRM (besl.) 7 maart 1964, 1404/62 (*Wiechert t. Duitsland*).

<sup>15</sup> Zie hierover de bespreking van de zaak *Jussila* in deelparagraaf 3.2.1.1. van hoofdstuk 4.

<sup>16</sup> EHRM 26 maart 1996, NJ 1996/741 (*Doornson t. Nederland*). Zie ook Dubelaar 2014, p. 120.

zijn verlopen.<sup>17</sup> De uitleg van het ondervragingsrecht doet het EHRM daarom volgens vaste rechtspraak in samenhang met artikel 6 lid 1 EVRM. De specifieke uitleg van het ondervragingsrecht uit artikel 6 lid 3 sub d EVRM wordt dan opgehangen aan het beginsel van een procedure op tegenspraak en het beginsel van gelijkheid der wapenen (zie hoofdstuk 2, paragrafen 2.3 en 2.4).<sup>18</sup> Op grond van deze beginselen kunnen verschillende eisen aan het getuigenverhoor gesteld worden die ook van toepassing zijn op civiele procedures. Ten eerste moet de nationale rechter in civiele procedures de afwijzing van een verzoek tot het horen van getuigen voldoende motiveren:<sup>19</sup> het afwijzen van het verzoek mag niet tot gevolg hebben dat betrokkene daardoor geen redelijke kans heeft gehad om zijn stellingen te bewijzen.<sup>20</sup> Een schending van artikel 6 EVRM kan worden aangenomen wanneer een aanbod tot getuigenbewijs wordt afgewezen, terwijl het horen van getuigen de enige mogelijkheid vormt voor een betrokkene om zijn stelling te bewijzen.<sup>21</sup> Een voor de Nederlandse praktijk interessante uitspraak is de zaak *Gillissen* die tegen Nederland was aangespannen. In het geding was een vermeend onterecht ontvangen WAO-uitkering vanwege aanvullende inkomsten (uit een besloten vennootschap) die de heer Gillissen genereerde. De heer Gillissen stelde echter dat het genereren van extra inkomsten was geaccepteerd door de heer G. van de uitkeringsinstantie (nu: UWV). De heer G. werd echter niet door de Centrale Raad van Beroep als getuige opgeroepen. Dit leverde volgens het EHRM een schending van artikel 6 EVRM op, omdat de verklaring van de heer G. beslissend kon zijn voor de uitkomst van de zaak.<sup>22</sup>

Andere situaties die tot een schending van het beginsel van gelijkheid der wapenen kunnen leiden, zijn de situaties waar één van de partijen wel en de andere partij niet als getuige wordt gehoord,<sup>23</sup> en waar één van de partijen geen enkele gelegenheid krijgt tot getuigenbewijs, terwijl de wederpartij wel de zelf opgeroepen getuigen mag ondervragen.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> EHRM 22 april 1992, 12351/86, (*Vidal t. België*), par. 33; EHRM 27 oktober 1993, 14448/88 (*Dombo t. Nederland*), e 31. Zie verder Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 386.

<sup>18</sup> Trechsel 2006, p. 292.

<sup>19</sup> Zie over de motiveringsplicht inzake afwijzingen tot het horen van getuigen: EHRM 5 februari 2009, 22330/05 (*Olujić t. Kroatië*), par. 82; en EHRM 18 augustus 2004, 56651/00, EHRC 2004/73 m.nt. T. Spronken (*Destreham t. Frankrijk*), par. 40-45. Ten aanzien van de motiveringsplicht inzake de toelating van schriftelijke stukken zie EHRM 1 juli 2003, 37801/97 (*Suominen t. Finland*), par. 33-38.

<sup>20</sup> EHRM 18 juni 2002, 24541/94 (*Wierzbicki t. Polen*), par. 45.

<sup>21</sup> Zie De Vaate 2012, p. 58.

<sup>22</sup> EHRM 15 maart 2016, 39966/09 (*Gillissen t. Nederland*), par. 54.

<sup>23</sup> EHRM 27 oktober 1993, 14448/88 (*Dombo t. Nederland*), par. 35. In de zaak *Ankerl* was dit geen reden voor de EHRM om een schending aan te nemen aangezien het verschil in behandeling de betrokkene niet in een 'substantial disadvantage vis-à-vis his opponent' bracht. Zie EHRM 23 oktober 1996, nr. 17748/91 (*Ankerl t. Zwitserland*), par. 38.

<sup>24</sup> EHRM 27 maart 2008, nr. 34499/06 (*Perić t. Kroatië*); en EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05 (*Olujić t. Kroatië*).



### 2.2.3 Het ondervragen van getuigen

#### 2.2.3.1 De autonome interpretatie

In het derde lid van artikel 6 EVRM wordt gesproken van een recht op het ondervragen van getuigen. Voor de uitoefening van ondervragingsrecht is het derhalve van belang om vast te stellen welke personen als getuigen aangemerkt kunnen worden. Zoals bij alle begrippen van het EVRM dient aan het begrip getuige een autonome betekenis te worden toegekend. De autonome interpretatie van het begrip getuige brengt mee dat de kwalificatie naar nationaal recht niet beslissend is voor de uitleg van het begrip.<sup>25</sup> Op deze manier wordt voorkomen dat de nationale wetgever of rechter de rechtsbescherming die het EVRM tracht te bieden *de facto* uitholt.<sup>26</sup> Het betreft echter een *one-way* autonome interpretatie: een getuige naar nationaal recht is ook een getuige in het licht van artikel 6 EVRM.<sup>27</sup> De autonome betekenis die het EHRM geeft aan het begrip getuige moet ruim worden uitgelegd.<sup>28</sup> Volgens Straatsburgse jurisprudentie valt onder getuige iedere persoon die in de loop van de strafrechtelijke procedure een verklaring heeft afgelegd en wiens verklaring in de oordeelsvorming is meegenomen.<sup>29</sup> Met andere woorden: elke verklaring kan gekwalificeerd worden als een getuigenverklaring wanneer deze verklaring voor het bewijs is gebruikt.<sup>30</sup> Het is daarbij niet van belang wie het belastend bewijs naar voren heeft gebracht:

*‘where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction, then, irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply’.*<sup>31</sup>

Het begrip getuige is dus niet beperkt tot personen die mondeling ter terechtzitting een verklaring afleggen, maar omvat bijvoorbeeld ook verklaringen die door medeverdachten of slachtoffers zijn afgelegd.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> De verklaring van de getuige afgelegd ten overstaan van de politie wordt naar Nederlands recht gekwalificeerd als een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar en dus niet als getuigenverklaring. Dat laat onverlet dat het EHRM dit als een getuigenverklaring in de zin van artikel 6 lid 3 onder d EVRM beschouwt. Zie bijvoorbeeld EHRM 20 november 1989, 11454/85 (*Kostovski t. Nederland*), par. 41.

<sup>26</sup> Mols 2003, p. 368-369.

<sup>27</sup> Maffei 2006, p. 73.

<sup>28</sup> EHRM 20 november 1989, 11454/85 (*Kostovski t. Nederland*), par. 40. Zie ook Trechsel 2005, p. 291.

<sup>29</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2012/56, mn.t T. Spronken, par. 2. Zie ook Spencer 2008, p. 43.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 28 september 2010, 40156/07 (*A.S. t. Finland*).

<sup>31</sup> EHRM 27 februari 2001, 33354/96, NJ 2002, 101 m.nt. T.M. Schalken (*Lucà t. Italië*), par. 41.

<sup>32</sup> Zie voor de kwalificatie van een medeverdachte als getuige bijvoorbeeld EHRM 4 december 2008, 1111/02 (*Trofimov t. Rusland*), par. 37; EHRM 7 augustus 1996, ECHR 1996-III (*Ferrantelli en Santangelo t. Italië*), par. 51-52; EHRM 27 februari 2001, 33354/96, NJ 2002, 101 m.nt. T.M. Schalken (*Lucà t. Italië*), par. 41; en EHRM 9 november 2006, ECHR 2006-XIII (*Kaste en Mathisen t. Noorwegen*), par. 5.

### 2.2.3.2 De medeverdachte als getuige

Een medeverdachte kan dus als een getuige worden aangemerkt wanneer de medeverdachte een verklaring heeft afgelegd die voor het bewijs is gebruikt. Het moment en de wijze waarop de verklaring is afgelegd, is niet van belang voor de kwalificatie van deze verklaring als getuigenverklaring. Het EHRM is wel van mening dat de verklaringen van medeverdachten voorzichtig beoordeeld dienen te worden. Het gevaar bestaat immers dat de verklaring onbetrouwbaar is gezien de mogelijke interesse van de medeverdachte in het verschuiven van zijn schuld of het verkrijgen van een strafvermindering. Volgens het EHRM is daarom een ‘higher degree of scrutiny’ ten aanzien van getuigenverklaringen van medeverdachten noodzakelijk.<sup>33</sup> Medeverdachten verklaren niet onder ede, hetgeen volgens het EHRM het afleggen van valse verklaringen in de hand werkt.<sup>34</sup> Deze voorzichtigheid is temeer geboden wanneer een medeverdachte bepaalde (sanctie)voordelen heeft gekregen ter compensatie van de afgelegde verklaring:<sup>35</sup>

*‘As they ran the risk of losing the advantages they had been given if they went back on their previous statements or retracted their confessions, their statements were open to question.’<sup>36</sup>*

Het risico dat een persoon op basis van ‘gekleurde’ verklaringen wordt vervolgd, mag dan ook niet worden onderschat.<sup>37</sup> Het gebruik van deze verklaringen maakt echter nog niet dat de procedure per definitie oneerlijk verlopen is;<sup>38</sup> de eerlijkheid van de procedure hangt af van de omstandigheden van het individuele geval. In de zaak *Cornelis* was de nationale rechter zich bijvoorbeeld welbewust van de deal die de getuige had gemaakt met de openbare aanklager en stelde uitvoerig vragen aan de getuige teneinde zich een oordeel te kunnen vormen over de betrouwbaarheid van diens verklaringen. Verder was de schuld van de verdachte niet enkel gestoeld op deze getuigenverklaring, maar omvatte het bewijs ook andere getuigenverklaringen. Op grond van deze omstandigheden concludeerde het EHRM dat geen inbreuk was gemaakt op artikel 6 EVRM.<sup>39</sup>

### 2.2.3.3 De ontlastende getuige

Veruit de meeste jurisprudentie van het EHRM gaat over getuigen die een belastende verklaring hebben afgelegd. Het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM ziet echter ook op getuigen die door de verdediging worden opgeroepen en ontlastende verklaringen kunnen afleggen. De term ontlastende getuige, de ‘*witness on his behalf*’,

<sup>33</sup> EHRM 14 januari 2010, 23610/03 (*Melnikov t. Rusland*), par. 75; en EHRM 24 juli 2008, 41461/02 (*Vladimir Romanov t. Rusland*), par. 102.

<sup>34</sup> EHRM 24 juli 2008, 41461/02 (*Romanov t. Rusland*), par. 103.

<sup>35</sup> EHRM 6 oktober 1976, 7306/75 (*X t. Verenigd Koninkrijk*), par. 115 en 118.

<sup>36</sup> EHRM 21 oktober 1993, 17265/90 (*Alvaro Baragiola t. Zwitserland*), par. 122.

<sup>37</sup> EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita t. Italië*), par. 157.

<sup>38</sup> EHRM 27 januari 2004, 44484/98 (*Lorsé t. Nederland*); en EHRM 27 januari 2004, 54445/00 (*Verhoeck t. Nederland*).

<sup>39</sup> EHRM 5 mei 2005, 994/03 (*Cornelis t. Nederland*).

wordt door het EHRM niet specifiek gedefinieerd. Een ontlastende getuige wordt door het EHRM dan ook op dezelfde wijze geïnterpreteerd als een belastende getuige. Ook hier gaat het erom of de beslissende instantie de verklaring in aanmerking heeft genomen. In de literatuur bestaat onenigheid of onder ontlastende getuigen de getuigenverklaringen vallen die de beslissing op een gunstige manier kunnen beïnvloeden of de verklaringen van getuigen die door de verdediging zijn opgeroepen. In het tweede geval, bij de door de verdediging opgeroepen getuigen, kunnen de verklaringen (zelfs in de zaak zelf) zowel ontlastend als belastend van karakter zijn. Een treffend voorbeeld betreft de zaak *Miminoshvili* waar een belastende verklaring was afgelegd door een medeverdachte. De verdachte wilde echter diezelfde medeverdachte ondervragen over een kwestie waarover de medeverdachte een ontlastende verklaring zou kunnen afleggen. Het ging volgens het EHRM in deze situatie om een ontlastende getuige.<sup>40</sup>

Bij getuigen die worden opgeroepen is het van belang dat de verdediging zich voldoende actief heeft opgesteld. Dit betekent dat de verdediging in beginsel een gemotiveerd getuigenverzoek moet hebben gedaan.<sup>41</sup> Het verzoek moet plaatsvinden voor de beslissende instantie die in eerste aanleg over de feiten moet oordelen<sup>42</sup> en moet in het teken staan van de waarheidsvinding<sup>43</sup> en de bescherming van de rechten van verdediging.<sup>44</sup> Bovendien moeten de formele nationale procesregels worden gevolgd.<sup>45</sup> Getuigen die belastende verklaringen hebben afgelegd moeten in beginsel steeds door de verdediging ondervraagd kunnen worden. Met betrekking tot getuigen die een ontlastende verklaring kunnen afleggen heeft het EHRM geoordeeld dat de rechten op een eerlijk proces niet vereisen dat een getuigenverhoor daadwerkelijk plaatsvindt. Het is aan de beslissende instantie om te bepalen of een dergelijke maatregel noodzakelijk is.<sup>46</sup> Het EHRM geeft in dat geval dus een veel grotere beleidsvrijheid aan de nationale rechter om te beslissen over het getuigenverzoek.<sup>47</sup> Exceptionele omstandigheden kunnen er echter toe leiden dat het EHRM een beslissing van de nationale rechter om geen getuigen te horen in strijd acht met artikel 6 EVRM.<sup>48</sup> Een dergelijke exceptionele omstandigheid speelde in de zaak *Vidal* waar de 'complete

<sup>40</sup> EHRM 28 juni 2011, 20197/03 (*Miminoshvili t. Rusland*), par. 123-130.

<sup>41</sup> EHRM 8 juni 1976, *Series A*, 22 (*Engel e.a. t. Nederland*). EHRM 23 maart 2000, 36707/97 (*Haralambidis Y Haralambidis Liberpa SA & Liberpa Ltd t. Griekenland*), par. 8; en EHRM 3 februari 2004, 50230/99 (*Laukkanen en Manninen t. Finland*), par. 36.

<sup>42</sup> EHRM 19 maart 1991, 11069/84 (*Cardot t. Frankrijk*), par. 34.

<sup>43</sup> De rechter mag een verzoek weigeren wanneer de verklaring van de betreffende getuige irrelevant is voor de uitkomst van de zaak. Zie EHRM 7 maart 1964, 1404/62 (*Wiechert t. Duitsland*).

<sup>44</sup> EHRM 6 mei 2003, 48898/99 (*Perna t. Italië*), par. 29; en EHRM 3 maart 2009, 4411/04 (*Bacanu e.a. t. Roemenië*), par. 75. Wanneer de nationale autoriteiten van plan zijn om het verzoek te weigeren, dan dient deze weigering met voldoende redenen te zijn omkleed. Dit geldt temeer wanneer het verzoek om een getuige te horen voldoende is gemotiveerd, relevant is voor de zaak en de positie van de verdediging kan versterken. Zie EHRM 10 oktober 2013, 51355/10 (*Topić t. Kroatie*), par. 42; en EHRM 29 januari 2009, 77018/01 (*Polyakov t. Rusland*), par. 34-35.

<sup>45</sup> EHRM 6 april 1994, 20774/92 (*Hoos t. Nederland*).

<sup>46</sup> EHRM 24 oktober 1989, *Series A*, 162 (*H. t. Frankrijk*).

<sup>47</sup> EHRM 22 april 1992, 12351/86 (*Vidal t. België*).

<sup>48</sup> EHRM 7 juli 1989, 10857/84 (*Bricmont t. België*), par. 89.

*silence*' van de rechter ten aanzien van het getuigenverzoek een inbreuk op artikel 6 EVRM opleverde.<sup>49</sup>

#### 2.2.4 Het moment van ondervragen

Het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3 sub d EVRM is gebaseerd op het principe dat al het bewijsmateriaal geproduceerd moet worden op een openbare terechtzitting.<sup>50</sup> Op deze manier wordt de verdediging in staat gesteld om de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van het bewijs effectief te onderzoeken.<sup>51</sup> Hoewel artikel 6 EVRM is geschreven voor het onderzoek ter terechtzitting, acht het EHRM het niet noodzakelijk dat alle getuigen tijdens een terechtzitting worden gehoord.<sup>52</sup> In principe kan het ondervragen ook tijdens het vooronderzoek plaatsvinden door de instantie die de overtreding moet opsporen:

*'In principle, all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument (...). This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6 provided the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that an accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either at the time the witness was making his statement or at some later stage of the proceedings.'*<sup>53</sup>

Op schrift gestelde getuigenverklaringen kunnen dan ook als bewijs fungeren. Dergelijk bewijs wordt bewijs van horen zeggen genoemd, *hearsay evidence*.<sup>54</sup> Wanneer de verdediging adequaat de tijdens het vooronderzoek afgelegde verklaringen kan toetsen, is toelating van deze verklaringen als bewijs niet in strijd met artikel 6 EVRM.<sup>55</sup> De vraag is dan wat het EHRM bedoelt met het adequaat toetsen van deze verklaringen. In het kort dient een verdachte, in het licht van de eisen die verbonden zijn aan een procedure op tegenspraak, de mogelijkheid te hebben om de getuigen te ondervragen. De in de onderzoeksfase uitgewerkte getuigenverklaringen kunnen dus in de procedure worden ingebracht, mits de verdachte de getuige op enig moment in de procedure kan confronteren met het bewijs. Het stellen van schriftelijke vragen aan

<sup>49</sup> EHRM 22 april 1992, 12351/86 (*Vidal t. België*).

<sup>50</sup> EHRM 6 december 1988, EHRR 1989, 11 (*Barbera, Messegué en Jabardo t. Spanje*), par. 78.

<sup>51</sup> EHRM 20 november 1989, 11454/85 (*Kostovski t. Nederland*), NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema.

<sup>52</sup> Maffei 2006, p. 73.

<sup>53</sup> EHRM 2 juli 2002, 34209/96 (*S.N. t. Zweden*), par. 44; en EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. E.A. Alkema (*Kostovski t. Nederland*).

<sup>54</sup> EHRM 19 december 1990, 11444/85 (*Delta t. Frankrijk*), par. 32.

<sup>55</sup> EHRM 27 januari 2011, 42224/02 (*Krivosphapkin t. Rusland*), par. 54; en EHRM 1 maart 2007, 72967/01 (*Belevitskiy t. Rusland*), par. 117.

de getuige, wiens uitgewerkte getuigenverklaringen onderdeel zijn van het bewijs, voldoet in beginsel niet.<sup>56</sup>

Vanuit het oogpunt van een accurate feitenvaststelling valt echter veel te zeggen voor het uitoefenen van het ondervragingsrecht ten overstaan van de personen die de verklaring uiteindelijk op haar waarde moeten beoordelen. Het EHRM heeft dan ook de mogelijkheid tot het horen van getuigen in het vooronderzoek genuanceerd in de zaak *Karpenko*:

*‘The Court reiterates that it occasionally accepted that the reading out of witness statements obtained at the pre-trial stage was not inconsistent with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. At the same time, it has seen that situation as an exception which required convincing justification, such as an impossibility to examine an absent or otherwise missing witness when the authorities’ reasonable efforts to secure his or her presence were futile (...).’<sup>57</sup>*

In deze zaak benadrukte het EHRM dat het bewijs ‘live’ dient te worden gepresenteerd ten overstaan van de beslissende instantie.<sup>58</sup> Het EHRM geeft hiermee aan dat het wenselijker is wanneer het getuigenverhoor plaatsvindt voor degene die over de zaak moet beslissen.<sup>59</sup> Deze eis is waarschijnlijk ingegeven door de gedachte dat de geloofwaardigheid van een getuige beter kan worden beoordeeld wanneer de beslissende instantie en de verdachte de getuige zelf kunnen gadeslaan. In de zaak *Doornson* had de getuige op de terechtzitting een andere verklaring afgelegd dan in het vooronderzoek. Volgens het EHRM stond het de nationale rechter vrij om gebruik te maken van de schriftelijke verklaringen uit het vooronderzoek.<sup>60</sup> Daarbij gaf het EHRM evenwel aan in beginsel meer waarde toe te kennen aan een ter zitting afgelegde verklaring. Dit is volgens het EHRM onder andere te verklaren doordat het vooronderzoek slechts in het teken staat van informatievergaring, terwijl tijdens de zitting de (on)schuld wordt vastgesteld ‘based on the direct examination of evidence in court’.<sup>61</sup>

### 2.2.5 Het (on)bewust afstand doen van het recht om getuigen te horen

Zoals hiervoor aangegeven, wordt van de verdediging de nodige activiteit verwacht bij de uitoefening van het ondervragingsrecht.<sup>62</sup> Het handelen of nalaten van bepaalde activiteiten kan onder omstandigheden tot gevolg hebben dat de verdediging

<sup>56</sup> EHRM 20 november 1989, 11454/85 (*Kostovski t. Nederland*), NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema, par. 42; en EHRM 10 mei 2005, 19354/02 (*Thomas t. Verenigd Koninkrijk*). Zie echter ook de niet-ontvankelijkheidsbeslissing: EHRM 11 september 2006, 22007/03 (*Sapunarescu t. Duitsland*).

<sup>57</sup> EHRM 13 maart 2012, 5605/04 (*Karpenko t. Rusland*), par. 70.

<sup>58</sup> EHRM 13 maart 2012, 5605/04 (*Karpenko t. Rusland*), par. 68.

<sup>59</sup> Jackson 2005, p. 737-750.

<sup>60</sup> EHRM 26 maart 1996, NJ 1996/741 (*Doornson t. Nederland*), par. 78.

<sup>61</sup> EHRM 26 juli 2011, 35485/05, EHRC 2011, 141, m.nt. P.T.C. van Kampen (*Huseun e.a. t. Azerbeidzjan*), par. 211.

<sup>62</sup> Zie hierover ook deelparagraaf 2.3.1 van dit hoofdstuk.

(on)bewust afstand doet van haar ondervragingsrecht. Het niet indienen van een gemotiveerd verzoek tot het horen van een getuige kan dus tot gevolg hebben dat een klacht over het niet horen van de getuige in beginsel niet zal slagen,<sup>63</sup> tenzij de verdediging wel in een eerder stadium uitdrukkelijk heeft geklaagd over het niet kunnen horen van de getuigen en ter terechtzitting de geloofwaardigheid van de afgelegde getuigenverklaring heeft betwist.<sup>64</sup> Met betrekking tot de keerzijde van de medaille, het afstand doen van het ondervragingsrecht, stelt het EHRM ook hoge eisen:

*'[...] the waiver of the right must be a knowing, voluntary and intelligent act, done with sufficient awareness of the relevant circumstances. Before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be [...]. It is not to be ruled out that, after initially being advised of his rights, an accused may himself validly renounce them and agree to proceed with the trial without, for instance, being afforded an opportunity to examine witnesses against him. The Court, however, considers that the right to confront witnesses, being a fundamental right among those which constitute the notion of fair trial, is an example of the rights which require the special protection of the knowing and intelligent waiver standard.'*<sup>65</sup>

Een verdachte kan dus alleen afstand doen van zijn ondervragingsrecht wanneer hij zich volledig bewust is van de aard van het recht en de gevolgen van het afstand doen van het ondervragingsrecht. Wanneer een verdachte zich daar niet bewust van is, mogen de nationale autoriteiten er niet van uitgaan dat de verdachte geen gebruik wil maken van het recht om getuigen te ondervragen. Het ondervragingsrecht is immers een van de fundamentele deelrechten van het recht op een eerlijk proces.<sup>66</sup>

## 2.3 De beperkingen op het recht om getuigen te horen

### 2.3.1 Het beslissingsmodel

In de praktijk is een ondervraging in volle omvang niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld vanwege getuigen die niet ter zitting verschijnen of zich beroepen op hun zwijgrecht. Het ondervragingsrecht is dan ook niet absoluut, maar kan worden beperkt indien het publieke belang of het belang van de getuige dit vraagt.<sup>67</sup> Niet elke beperking van het

<sup>63</sup> EHRM 19 maart 1991, 11069/84, NJ 1993/703 (*Cardot t. Frankrijk*).

<sup>64</sup> EHRM 10 juli 2012, 4570/07 (*Trampevski t. de voormalige Joegoslavische Republiek van Macedonië*). Volgens het EHRM kon uit de omstandigheid dat de verdediging niet expliciet een verzoek om de getuigen te horen had ingediend niet worden afgeleid dat de verdediging hiermee op ondubbelzinnige wijze afstand had gedaan van haar recht om de getuige te horen.

<sup>65</sup> EHRM 24 april 2012, 1413/05 (*Damir Sibgatullin t. Rusland*), par. 48.

<sup>66</sup> EHRM 8 juni 2006, 60018/00 (*Bonev t. Bulgarije*), par. 40; en EHRM 10 november 2005, 54789/00 (*Bocos-Cuesta t. Nederland*), par. 6.

<sup>67</sup> In de literatuur is de vraag geopperd hoe ver een beperking mag gaan. Mag de beperking van het ondervragingsrecht zo ver gaan dat de 'very essence' van het ondervragingsrecht wordt geraakt? Zie Dennis 2010, p. 272-273.

ondervragingsrecht leidt tot het aannemen van een schending van artikel 6 EVRM. Dit betekent dat een belangenafweging dient plaats te vinden tussen de rechten van de verdachte en de belangen van de getuigen. Voordat het EHRM een schending van artikel 6 lid 3 sub d EVRM aanneemt, beoordeelt het drie vragen:

1. Wat is de gerechtvaardigde beperking op het ondervragingsrecht (ervan uitgaande dat geen adequate en behoorlijke ondervragingsgelegenheid voor de verdediging aanwezig is)?
2. Is de verklaring van de getuige – die niet of slechts beperkt ondervraagd kon worden – van doorslaggevende betekenis voor de bewezenverklaring?
3. Zijn er voldoende compenserende factoren aanwezig, zoals procedurele waarborgen, die erop toezien dat de procedure (in zijn geheel) eerlijk is verlopen?<sup>68</sup>

Deze drie vragen fungeren als ‘communicerende vaten’; het antwoord op de ene vraag is van invloed op het antwoord op de andere vraag. Zo is de vraag naar compenserende factoren belangrijker wanneer de mogelijkheid om (beperkt) de getuigen te horen geringer is.<sup>69</sup> In oude EHRM-jurisprudentie was een bevestigend antwoord op de tweede vraag reeds voldoende om een schending van artikel 6 EVRM aan te nemen. In de zaak *Al-Khawaja & Tahery* heeft het EHRM echter geoordeeld dat een beperking op het ondervragingsrecht ook mogelijk is wanneer het een *sole or decisive* getuigenverklaring betreft, mits sprake is van voldoende compenserende factoren (*counterbalancing factors*).<sup>70</sup> Het EHRM heeft met deze uitspraak een nieuw beslissingsmodel geïntroduceerd dat van toepassing is op situaties waarbij gesproken kan worden van een afwezige of een beperkt aanwezige getuige.<sup>71</sup> Het gevolg van deze koerswijziging is dat het EHRM de beperkingen van het ondervragingsrecht aan een meer ‘plooibare beoordeling’ is gaan onderwerpen.<sup>72</sup>

### 2.3.2 Een gerechtvaardigde beperking?

Ten eerste benadrukt het EHRM dat een goede reden aanwezig moet zijn om een getuige niet of beperkt te horen. De afwezigheid van een goede reden kan op zichzelf een schending van artikel 6 EVRM opleveren.<sup>73</sup> In essentie zijn er twee mogelijke situaties te onderscheiden waarbij geen sprake (meer) is van een onbeperkte ondervra-

<sup>68</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 152.

<sup>69</sup> Spronk & Schalken 2012, punt 3.

<sup>70</sup> Zie over deze zaak bijvoorbeeld De Wilde 2012, p. 274-289; Van Lent 2012, p. 234-246; Schalken 2012; Spronken 2012.

<sup>71</sup> Het beslissingsmodel wordt niet alleen toegepast in gevallen waarin sprake is van een afwezige getuige, maar ook in die gevallen waarin het gaat om een beperkt aanwezige getuige (bijvoorbeeld doordat de verdediging niet op de hoogte is van de identiteit van de getuige of de getuige ter terechtzitting een beroep heeft gedaan op zijn verschoningsrecht).

<sup>72</sup> Drumpt & Wijnakker 2012, p. 126.

<sup>73</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 120. Zie ook EHRM 15 juni 1992, *Series A* vol. 238 (*Lüdi t. Zwitserland*); EHRM 26 juli 2005, 39481/98 en 40227/98 (*Mild en Virtanen t. Finland*); EHRM 8 juni 2006, 60018/00 (*Bonev t. Bulgarije*); en EHRM 12 april 2007, 11423/03 (*Pello t. Estland*).



gingsgelegenheid. Ten eerste is het mogelijk dat de getuige niet op de (door de verdediging) gestelde vragen antwoord kan geven, bijvoorbeeld omdat hij is overleden.<sup>74</sup> Een getuige kan ook weigeren te verschijnen. Van de nationale justitiële autoriteiten wordt dan verwacht dat zij de nodige activiteiten ontplooiën om de gewenste getuige op te sporen en voor ondervraging ter beschikking te stellen.<sup>75</sup> Deze groep laat zich het beste omschrijven als ‘afwezige getuigen’: personen die om een bijzondere reden geen verklaring kunnen of willen afleggen, terwijl hun aanwezigheid wel door de verdediging wordt verlangd ten behoeve van het uitoefenen van het ondervragingsrecht.

Ten tweede kan een situatie bestaan waarin de getuige niet op alle (door de verdediging) gestelde vragen antwoord kan geven: de ‘beperkt aanwezige getuige’. In deze situatie kan de verdediging een getuige wel vragen stellen, maar is een beperking aanwezig. Voorbeelden van deze beperkingen zijn getuigen die een beroep doen op hun zwijgrecht (zie paragraaf 2.4),<sup>76</sup> kwetsbare getuigen (zoals het slachtoffer dat als getuige optreedt),<sup>77</sup> getuigen die bang zijn om een verklaring af te leggen uit angst voor represailles<sup>78</sup> of getuigen die een beperkte verklaring afleggen omwille van de bescherming van een maatschappelijk belang (zoals het belang van het beschermen van politiemethodes).

Zowel bij de afwezige getuige als de beperkt aanwezige getuige is het mogelijk dat de getuige in een eerder stadium belastende verklaringen heeft afgelegd. Wanneer de verdediging vervolgens de verklaringen niet of slechts gedeeltelijk kan toetsen, zal er in beginsel geen sprake zijn van een adequate gelegenheid om de belastende getuige

<sup>74</sup> Het EHRM hecht veel waarde aan de vraag of de onbereikbaarheid van de getuige aan de overheid kan worden toegerekend. Als dat niet het geval is, zal de beperking niet direct ongerechtvaardigd zijn. EHRM 7 augustus 1996, 19874/92 (*Ferrantelli en Santangelo t. Italië*), par. 51.

<sup>75</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 120. De inspanningen van de overheid zullen nog meer in detail bekeken worden als de getuige onvindbaar is; dan kan een dergelijke inspanning namelijk alsnog een schending voorkomen. Zie EHRM 21 maart 2002, 59895/00 (*Calabro t. Italië en Duitsland*). Als de overheid zich onvoldoende heeft ingespannen, zal een schending van het EVRM het gevolg zijn. Voorbeelden hiervan zijn EHRM 26 juli 2005, 39481/98 en 40227/98 (*Mild en Virtanen t. Finland*), par. 45; en EHRM 19 juni 2003, 28490/95 (*Hulki Günes t. Turkije*), par. 88.

<sup>76</sup> Over het algemeen staat het de lidstaten vrij om een verschoningsrecht toe te kennen aan een getuige. Zie EHRM 3 april 2012, 42857/05 (*Van der Heijden t. Nederland*), par. 61-62; en EHRM 26 april 1991, nr. 12398/86 (*Asch t. Oostenrijk*), par. 28. Het is verder in beginsel aan de nationale rechter om te bepalen welke consequenties moeten worden verbonden aan een beroep op het verschoningsrecht. Zie EHRM 25 november 1999, 30509/96 (*Vilhunen t. Finland*).

<sup>77</sup> EHRM 20 december 2001, 33900/96 (*P.S. t. Duitsland*); EHRM 2 juli 2002, 34209/96 (*S.N. t. Zweden*); en EHRM 10 november 2005, 54789/00 (*Bocos-Cuesta t. Nederland*).

<sup>78</sup> Ten aanzien van angst voor represailles overweegt het EHRM dat een subjectieve vrees niet voldoende is; de rechter moet vaststellen of er objectieve gronden voor de angst bestaan en in hoeverre hier bewijs voor is. Als een getuige onder beschermende omstandigheden wel wil verklaren, worden beperkingen die daar het gevolg van zijn in de Straatsburgse jurisprudentie over het algemeen gerechtvaardigd geacht. EHRM 27 februari 2001, 33354/96 (*Lucà t. Italië*), par. 40. Om tot deze rechtvaardiging te komen, moet er naar het oordeel van het Hof wel worden vastgesteld dat de vrees van de getuige reëel is. EHRM 20 november 1989, 11454/85 (*Kostovski t. Nederland*), par. 19. Voor een zaak waarin de vrees niet aanwezig werd geacht, zie EHRM 14 februari 2002, 26668/95 (*Visser t. Nederland*), par. 47.

te toetsen. Een beperking op het ondervragingsrecht is dan een feit. Niet elke beperking op het ondervragingsrecht levert een schending op van artikel 6 EVRM. Het is in een dergelijke situatie aan de betreffende rechter om de verschillende belangen af te wegen waarbij de rechter een proportionaliteitstoets zal toepassen.<sup>79</sup> Dit betekent dat de rechtvaardiging van de beperking (i) daadwerkelijk moet bestaan, (ii) duidelijk is afgewogen, (iii) tot een minimum is behouden, en (iv) in verhouding staat tot het doel dat men beoogt te bereiken.<sup>80</sup>

### 2.3.3 De ‘sole or decisive’-getuigenverklaringen

Nadat het EHRM tot de conclusie is gekomen dat een gerechtvaardigde beperking bestaat op het ondervragingsrecht, stelt het EHRM zich de vraag of de verklaring van de niet of beperkt ondervraagde getuige van doorslaggevende betekenis is voor de veroordeling. Dit betreft de zogenoemde ‘sole or decisive’-regel, die door het Hof als volgt is geformuleerd:

*‘(...) where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6.’<sup>81</sup>*

In de kern houdt deze regel in dat een getuige – die een verklaring heeft afgelegd die van doorslaggevende betekenis is voor de bewezenverklaring – altijd en zonder te vergaande beperkingen ondervraagd moet kunnen worden. De vraag is dan evenwel: wanneer ziet het EHRM een getuige als doorslaggevend? Met andere woorden: wat betekent ‘solely or to a decisive degree’? Ten aanzien van de ‘sole or decisive’-regel verduidelijkte het EHRM in de zaak *Al-Khawaja en Tahery* dat de betekenis van ‘decisive’ is dat sprake is van een getuigenverklaring die bepalend is geweest voor de beslissing in de zaak.<sup>82</sup> In de meeste gevallen zal het doorslaggevende belang van een getuigenverklaring verminderen door de beschikbaarheid van voldoende steunbewijs.<sup>83</sup> Uit deelparagraaf 2.3.1 van dit hoofdstuk volgt dat het gebrek aan een ondervragingsmogelijkheid van een getuige wiens verklaring beslissend is geweest voor de bewezenverklaring niet automatisch een inbreuk oplevert:

*‘The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1.’<sup>84</sup>*

<sup>79</sup> Fedorova *Strafblad* 2012, p. 339; en Mols 2003, p. 388-390.

<sup>80</sup> Trechsel 2006, p. 313. Zie ook EHRM 20 december 2001, 33900/96, (*P.S. t. Duitsland*), par. 23; en EHRM 14 februari 2002, 26668/95 (*Visser t. Nederland*), par. 47.

<sup>81</sup> EHRM 27 februari 2001, 33354/96 (*Lucà t. Italië*), par. 40.

<sup>82</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 131.

<sup>83</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 130.

<sup>84</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 147.

De bewezenverklaring mag dus steunen op een beslissende verklaring wanneer er voldoende compenserende maatregelen aanwezig zijn.<sup>85</sup> De aanwezigheid van verschillende compenserende factoren kan de vraag naar steunbewijs doen verminderen en kan zelfs een schending van het ondervragingsrecht voorkomen.<sup>86</sup>

### 2.3.4 De compenserende maatregelen

Het EHRM beoordeelt vervolgens als laatste of de betrokkene – door het bieden van compenserende maatregelen – voldoende tegemoet is gekomen aan de beperking op het ondervragingsrecht.<sup>87</sup> Deze compenserende factoren moeten toezien op het toetsen van de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring anders dan door rechtstreekse ondervraging. Hierbij onderwerpt het EHRM de procedure aan ‘most searching scrutiny’:

*‘At the same time where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, to use the words of Lord Mance in R. v. Davis [...] and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.’<sup>88</sup>*

Het EHRM hecht dus veel waarde aan de aanwezigheid van compenserende factoren wanneer de getuigenverklaring beslissend was voor de schuldvaststelling. Compensatie is zelfs mogelijk wanneer een getuigenverklaring in zijn geheel niet is getoetst. De belangenafweging verlangt dus dat compenserende factoren aanwezig moeten zijn, zoals de aanwezigheid van procedurele waarborgen en steunbewijs.<sup>89</sup> Het is echter onduidelijk hoe dat steunbewijs zich nu verhoudt tot de vraag of de getuigenverklaring van beslissende betekenis is. Kennelijk is het mogelijk dat ander bewijsmateriaal niet voldoende is als steunbewijs in het kader van de bepaling van het gewicht van de getuigenverklaring, maar wel toelaatbaar als compenserende factor, namelijk als aanvullend bewijsmateriaal dat een bijdrage kan leveren aan een oordeel over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring. Het EHRM heeft in de zaken *Romanov* en *Trofimov* bijvoorbeeld verduidelijkt dat de verklaringen van medeverdachten

<sup>85</sup> EHRM 5 april 2005, 39209/02 (*Scheper t. Nederland*).

<sup>86</sup> EHRM 4 juli 2000, 43149/98 (*Kok t. Nederland*).

<sup>87</sup> EHRM 23 april 1997, 21363/93, 21364/93, 21427/93 en 22056/93 (*Van Mechelen e.a. t. Nederland*), par. 54; EHRM 26 maart 1996, 20524/92, NJ 1996/741, m.nt. G. Knigge (*Doornson t. Nederland*), NJB 1997/20 m.nt. B.E.P. Meyjer (zie over de zaak *Doornson* ook Myjer, NJCM-Bulletin 1996/21, p. 572-589).

<sup>88</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 147.

<sup>89</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), par. 156.

weliswaar als bewijs meegenomen mogen worden, maar in beginsel niet het enige steunbewijs mogen vormen, mits de medeverdachte onder ede als getuige gehoord kan worden.<sup>90</sup>

#### 2.3.4.1 *De beperkt aanwezige getuige*

De manier waarop de beperking gecompenseerd moet worden hangt sterk van de zaak af. Bij de beperkt aanwezige getuige is het horen wellicht mogelijk via tussenpersonen of door middel van andere communicatiemiddelen.<sup>91</sup> Bij anonieme getuigen is het van belang dat de rechter (of bijvoorbeeld de rechter-commissaris) wel moet kunnen toetsen of er voldoende redenen bestaan voor anonimiteit en hij moet derhalve de identiteit van de getuige kennen.<sup>92</sup> Daarnaast moet de raadsman (of verdachte) het verhoor kunnen waarnemen en de mogelijkheid krijgen vragen te (laten) stellen aan de getuige.<sup>93</sup> De toetsing van de maatregelen zal dus voornamelijk toezien op de vraag of de verdachte de mogelijkheid is geboden de betrouwbaarheid van het bewijs te toetsen. De door de verdediging gestelde vragen mogen dus niet dusdanig beperkt worden dat geen sprake meer is van een effectief ondervragingsrecht. De proportionaliteitsafweging vereist de minst verstrekkende beperking te kiezen waarbij de compensatie in elk geval iets moet voorstellen.<sup>94</sup>

#### 2.3.4.2 *De afwezige getuige*

Bij de getuige die niet meer beschikbaar is, zijn zulke maatregelen uiteraard lastiger te realiseren. De belastende verklaring, die in een eerder stadium is afgelegd, kan dan namelijk op geen enkele manier meer door de verdediging getoetst worden. Als de nationale rechter de belastende verklaring toch voor het bewijs wil gebruiken, acht het Hof het bieden van compensatie onveranderd noodzakelijk.<sup>95</sup> Een vorm van compensatie is het inroepen van een deskundige die een oordeel kan geven over de wijze van verhoren, over de getuige en over diens verklaring.<sup>96</sup> Daarnaast wordt de aanwezigheid van (belastend) steunbewijs van groot belang geacht voor gevallen waarin de getuige niet meer gehoord kan worden.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> EHRM 24 juli 2008, 41461/02 (*Romanov t. Rusland*); en EHRM 4 december 2008, 1111/02 (*Trofimov t. Rusland*).

<sup>91</sup> EHRM 2 juli 2002, 34209/96 (*S.N. t. Zweden*), par. 49-50.

<sup>92</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 26 maart 1996, NJ 1996/741, m.nt. G. Knigge, NJB 1997/20, m.nt. B.E.P. Meyjer (*Doorson t. Nederland*); EHRM 23 april 1997, 21363/93, NJ 1997/635, m.nt. G. Knigge, NJCM-Bulletin 1997, 1052, m.nt. P.J. Baauw (*Van Mechelen t. Nederland*); EHRM 13 januari 2009, nr. 926/05 (*Taxquet t. België*); en EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema (*Kostovski t. Nederland*).

<sup>93</sup> EHRM 20 november 1989, 1145/85, NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema (*Kostovski t. Nederland*).

<sup>94</sup> Federova 2012, p. 342.

<sup>95</sup> Federova 2012, p. 343.

<sup>96</sup> EHRM 20 december 2001, 33900/96 (*S.P. t. Duitsland*), par. 29.

<sup>97</sup> EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

## 2.4 Het zwijgrecht van getuigen

### 2.4.1 Het zwijgrecht

Een speciale uitzonderingsgrond op het ondervragingsrecht is het zwijgrecht. Het zwijgrecht is opgenomen in artikel 6 EVRM en omvat het recht om geen belastende verklaring tegen zichzelf af te hoeven leggen.<sup>98</sup> Met betrekking tot verklaringen van getuigen oordeelde het EHRM dat een wettelijke bepaling die het mogelijk maakt dat een getuige een beroep doet op het zwijgrecht niet in strijd is met artikel 6 lid 3 sub d EVRM.<sup>99</sup> Volgens het EHRM vormt het zwijgrecht de kern van het recht op een eerlijk proces.<sup>100</sup> Een veel geciteerde uitspraak aangaande het zwijgrecht is de zaak *Saunders*, de zaak waarin het EHRM het verbod op gedwongen zelfincriminatie verbindt aan het zwijgrecht. In deze zaak was een plotselinge koersdaling van Guinness aanleiding voor het Department of Trade and Industry (DTI) een onderzoek te initiëren. Tijdens dat onderzoek werd de directeur van Guinness, Saunders, gehoord door de DTI. De verklaringen van Saunders (die hij wettelijk verplicht moest afleggen) werden vervolgens in de latere strafprocedure tegen hem gebruikt in de bewijsvoering. Met het gebruik van deze verklaringen oordeelde het EHRM het volgende:

*‘The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings.’<sup>101</sup>*

De in de administratieve fase afgelegde verklaringen dienden dus te worden uitgesloten van het bewijs in de strafzaak.<sup>102</sup> Het EHRM heeft wel een uitzondering gegenereerd voor informatie die buiten de context van de strafvervolgning valt. Vragen over bijvoorbeeld het bedrijf en de financiële administratie zijn in principe wel vragen die gesteld mogen worden en waarop een verdachte dient te antwoorden.<sup>103</sup> Dit geldt echter weer niet wanneer reeds sprake is van een strafvervolgning. In de zaak *Shannon* oordeelde het EHRM immers dat de weigering van Shannon om naar het politiebureau te komen voor een verhoor gelegitimeerd was, aangezien er reeds sprake was van een strafvervolgning en de kans aanwezig was dat Shannon informatie zou moeten verschaffen die later tegen hem gebruikt zou worden.<sup>104</sup>

Het zwijgrecht ziet echter niet alleen toe op mondeling afgelegde verklaringen, maar heeft een ruimer toepassingsbereik. Onder het zwijgrecht kunnen ook documen-

<sup>98</sup> Zie over de interpretatie van het zwijgrecht onder artikel 6 EVRM: Berger 2006, p. 339-381.

<sup>99</sup> EHRM 26 april 1991, 12398/86 (*Asch t. Oostenrijk*). Zie verder EHRM 27 februari 2001, 33354/96 (*Lucà t. Italië*), par. 41.

<sup>100</sup> Het EHRM verwoordt het als volgt: ‘By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6.’ Zie EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>101</sup> EHRM 17 december 1996, NJ 1997/669 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*), par. 74.

<sup>102</sup> Zie voor een bevestiging van de Saunders-lijn bijvoorbeeld EHRM 20 oktober 1997, NJ 1998/758 (*Serves t. Frankrijk*); en EHRM 21 december 2000, 36887/97 (*Quinn t. Ierland*).

<sup>103</sup> EHRM 8 april 2004, 38544/97 (*Weh t. Oostenrijk*), par. 44-45.

<sup>104</sup> EHRM 4 oktober 2005, 6563/03 (*Shannon t. Verenigd Koninkrijk*), par. 58.

ten vallen. In de zaak *Saunders* maakte het EHRM duidelijk dat materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat echter niet onder het zwijgrecht valt:

*'The right not to incriminate oneself is primarily concerned however, with respecting the will of an accused to remain silent. (...) It does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect, such as inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.'*<sup>105</sup>

Met betrekking tot informatie die wilsonafhankelijk van een betrokkene is verkregen, geldt dus dat deze gebruikt kan worden in een strafzaak.<sup>106</sup> Dit betekent dat een medeverdachte die als getuige wordt opgeroepen zich niet kan beroepen op het zwijgrecht ten aanzien van vragen over wilsonafhankelijke documenten. Wilsafhankelijk materiaal dat onder druk van de betrokkene is verkregen, zal echter moeten worden uitgesloten als bewijs. Van druk kan niet worden gesproken wanneer een (mede)verdachte een dwangmiddeluitoefening zoals een doorzoeking of inbeslag-neming ondergaat, mits deze verzoeken tot het leveren van informatie gestoeld zijn op een wettelijke verplichting.<sup>107</sup> Daarnaast hangt het af van de aard en mate van uitgeoefende dwang, de aanwezigheid van procedurele waarborgen en het gebruik van het (met dwang verkregen) bewijs of in een specifieke zaak sprake is van een schending van artikel 6 EVRM.<sup>108</sup>

Wanneer de strafvervolgning echter is aangevangen, mag een betrokkene een vordering tot uitlevering van wilsafhankelijke informatie weigeren. Het EHRM illustreerde in de zaak *Chambaz* echter dat betrokkenen ook hun medewerking aan informatievergaring mogen weigeren in de fase voordat formeel sprake is van een strafvervolgning, namelijk wanneer een risico bestaat dat naar aanleiding van deze medewerking een strafvervolgning kan volgen.<sup>109</sup> In de zaak *Chambaz* kon Chambaz 'niet uitsluiten' dat hij op basis van de door hem aangeleverde gegevens zou worden beschuldigd van belastingontduiking. Dit was de reden voor het EHRM om het zwijgrecht (en het daaraan verbonden recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren) ook op deze situatie van toepassing te laten zijn.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> EHRM 17 december 1996, NJ 1997/669 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

<sup>106</sup> In de zaken *Funke* en *JB* verduidelijkte het EHRM dat een schending van het zwijgrecht aangenomen kan worden wanneer de overheid onder dwang van een betrokkene documenten vordert (terwijl reeds sprake is van een strafrechtelijke vervolging). Zie EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (*Funke t. Frankrijk*) en EHRM 3 mei 2001, NJ 2003/354 (*J.B. t. Zwitserland*).

<sup>107</sup> EHRM 10 september 2002, 76574, FED 2003, 589 (*Allen t. Verenigd Koninkrijk*); en EHRM 21 april 2009, 19235/03, FED 2009/68 (*Martinen t. Finland*).

<sup>108</sup> EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45-55.

<sup>109</sup> EHRM 5 april 2012, 11663/04, AB 2012/323 (*Chambaz t. Zwitserland*). Zie over deze zaak bijvoorbeeld: Asbreuk, *NTR Beschouwingen* 2012/27; en Zeeman & Feenstra, *TBS&H*, 2014-2, p. 49.

<sup>110</sup> Deze documenten kunnen echter wel gevorderd worden wanneer er procedurele waarborgen bestaan dat de, in de toezichtsfeer afgedwongen, informatie of documenten niet strafvorderlijk gebruikt zullen



### 2.4.2 Het zwijgrecht van medeverdachten

Wanneer een medeverdachte als getuige optreedt, zal het zwijgrecht noodzakelijk zijn aangezien de medeverdachte ook het recht toekomt zichzelf niet te hoeven beschuldigen.<sup>111</sup> Het toekennen van een zwijgrecht is dan een gerechtvaardigde beperking, mits het zwijgrecht niet verdergaat dan strikt noodzakelijk. Dit betekent dat alleen de vragen die samenhangen met het zwijgrecht onbeantwoord mogen blijven.<sup>112</sup>

De zaak *Sievert* ging over verklaringen van getuigen die van doorslaggevend belang waren voor de bewezenverklaring. De getuigen waren medeverdachten die zich beriepen op het zwijgrecht. Het beroep op het zwijgrecht was volgens het EHRM in deze zaak een goede reden voor het beperken van het ondervragingsrecht. In deze zaak waren volgens het EHRM voldoende compenserende factoren aanwezig waardoor de procedure als eerlijk gezien kon worden. Deze compenserende factoren bestonden uit het feit dat de verdediging de gang van zaken bij het verhoor van de getuigen door de rechters en aanklager op de zitting kon observeren. Op grond van deze observaties kon de verdediging de betrouwbaarheid van de getuige aanvechten. Bovendien was de rechter zich bewust van de inconsistente elementen bij de belastende getuigenverklaring en had hij zich daarvan rekenschap gegeven in de uitspraak. Als laatste was er nog steunbewijs aanwezig voor de belastende onderdelen uit de getuigenverklaring.<sup>113</sup>

Een andere zaak over het zwijgrecht van medeverdachten is de zaak *Vigden*. In deze zaak kwam het EHRM echter tot een andere conclusie. Net als in de zaak *Sievert* beriep de getuigende medeverdachte zich op zijn zwijgrecht omdat hem nog een vervolging te wachten stond. In deze zaak was de verklaring van de getuige M. niet alleen het doorslaggevende, maar ook het enige bewijs voor betrokkenheid van Vidgen bij de hem ten laste gelegde feiten. In deze zaak stelde de Nederlandse regering dat zij alle mogelijke inspanningen had verricht getuige M. op de zitting te horen. Volgens het EHRM vormen de inspanningen van de autoriteiten op zichzelf geen effectieve compensatoire maatregelen:

*‘Although it must be accepted that, as the Government stated, reasonable attempts were made to allow the applicant to obtain answers from M., his persistence to remain silent made such*

---

worden. Zie EHRM 21 april 2009, NJ 2009/557 (*Marttinen t. Finland*); en EHRM 5 april 2012, 11663/04, AB 2012/323 (*Chambaz t. Zwitserland*).

<sup>111</sup> EHRM 4 december 2008, 1111/02 (*Trofimov t. Rusland*), par. 37. Zie ook EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh t. Duitsland*), par. 100-102.

<sup>112</sup> De verdediging mag echter niet zonder meer aannemen dat de medeverdachte c.q. getuige zal weigeren te antwoorden. In de zaak *Huikko* stelde de raadsman geen enkele vraag aan de medeverdachte omdat deze zich in de procedure tegen hem consequent op zijn zwijgrecht beriep. Daarmee was volgens het EHRM echter niet gezegd dat hij ook zou zwijgen als hij als getuige in de zaak tegen zijn medeverdachte zou worden ondervraagd. EHRM 11 mei 1999, 30505/96 (*Huikko t. Finland*). Zie ook EHRM 11 mei 1999, 30409 (*Peltonen t. Finland*); en EHRM 25 november 1999, 30509/96 (*Vihunen t. Finland*).

<sup>113</sup> EHRM 19 juli 2012, 29881/07 (*Sievert t. Duitsland*), par. 63-67.



*questioning futile. The handicaps under which the defence laboured were therefore not offset by effective counterbalancing procedural measures.'*

De compensatie moest bestaan uit een mogelijkheid voor de verdachte om de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te toetsen. Aangezien dit niet het geval was (de getuige bleef zich op zijn zwijgrecht beroepen), was het ondervragingsrecht van de verdachte 'feitelijk onmogelijk en dus illusoir'.<sup>114</sup> Kortom: wanneer in zijn geheel geen antwoord wordt gegeven op vragen van de verdediging is er ook geen sprake van een effectieve ondervragingsgelegenheid.<sup>115</sup> Ook in de zaak *Hümmer* stelde het EHRM een schending van artikel 6 EVRM vast. Ook in deze zaak oordeelde het EHRM dat er onvoldoende steunbewijs aanwezig was (de verklaringen waren 'van horen zeggen' of tegenstrijdig waardoor de getuigenverklaring 'untested evidence' was).<sup>116</sup> Verder konden noch de rechters, noch de procespartijen zich een zelfstandig oordeel vormen over de betrouwbaarheid van de getuigen.<sup>117</sup> Dit alles zorgde er uiteindelijk voor dat er geen goed oordeel kon worden geveld over de betrouwbaarheid van de verklaringen. Dat een politiefunctionaris of onderzoeksrechter ter zitting was gehoord om de betrouwbaarheid van de door hen gehoorde getuigen te kunnen controleren, werd door het EHRM in elk geval niet als voldoende compensatoir beschouwd.

## 2.5 Deelconclusie

De rijke jurisprudentie van het EHRM over het ondervragingsrecht illustreert onder welke omstandigheden de verdediging een ondervragingsrecht toekomt. In principe is het ondervragingsrecht aan de orde wanneer afgelegde verklaringen onderdeel uitmaken van het bewijs. In dat geval dient de verdediging de mogelijkheid te krijgen om – door middel van een getuigenverhoor – de betrouwbaarheid van deze verklaringen te toetsen. Het moment waarop het getuigenverhoor plaatsvindt, is niet doorslaggevend. Het EHRM geeft echter de voorkeur aan een getuigenverhoor dat plaatsvindt ten overstaan van degene die over de zaak moet beslissen.

Soms is het echter niet of slechts beperkt mogelijk om een getuige te horen. Een dergelijke beperking op het ondervragingsrecht levert niet automatisch een schending op van artikel 6 lid 3 sub d EVRM. In de zaak *Al-Khawaja & Tahery* oordeelde het EHRM dat een beperking op het ondervragingsrecht gecompenseerd kan worden door de aanwezigheid van voldoende compenserende factoren. De vraag naar compenserende factoren is groter wanneer het belang van de getuigenverklaring voor de schuldvaststelling toeneemt. Het is echter niet duidelijk waar de compenserende factoren uit moeten bestaan omdat dat per zaak kan verschillen. Van belang is of de verdediging in staat is gesteld de betrouwbaarheid van het getuigenbewijs nauwkeurig

<sup>114</sup> EHRM 10 juli 2012, 29353/06 (*Vidgen t. Nederland*), par. 42 en 46. Zie verder De Bruijn-Lückers 2012; De Bruijn-Lückers 2013; en Kooijmans 2013, p. 134-141.

<sup>115</sup> De Wilde 2013, p. 56.

<sup>116</sup> EHRM 19 juli 2012, 26171/07 (*Hümmer t. Duitsland*), par. 44.

<sup>117</sup> EHRM 19 juli 2012, 26171/07 (*Hümmer t. Duitsland*), par. 48-53.

en effectief te onderzoeken. De aanwezigheid van steunbewijs is een belangrijke compenserende factor, zeker wanneer de getuige helemaal niet is gehoord. Bij een beperkt beschikbare getuige vraagt het Hof ook om procedurele maatregelen die de ondervraging zelf kunnen realiseren.

### 3 HET UNIERECHT

#### 3.1 Inleiding

De jurisprudentie van het EHRM omtrent het ondervragingsrecht is richtinggevend voor de interpretatie die de Unierechters daaraan geven. Het ondervragingsrecht is immers in de Europese rechtsorde opgenomen als algemeen rechtsbeginsel, waarin het EVRM een bijzondere betekenis toekomt, en als Handvestbepaling, waar het EVRM het minimale beschermingsniveau reflecteert. De schare jurisprudentie omtrent het getuigenverhoor komt aan bod in deelparagraaf 3.2. In deze deelparagraaf volgt ook een bespreking van de mogelijkheden om getuigen te (doen) horen voor het HvJ EU en het Gerecht van de EU. Deelparagraaf 3.3 staat in het teken van de rechtsbasis en -praktijk inzake het getuigenverhoor in Europese mededingingsprocedures. Om te beginnen komt de Commissiepraktijk inzake het getuigenverhoor aan bod en de mogelijkheid voor getuigen om zich te beroepen op hun zwijgrecht (deelparagraaf 3.3.1). Deze paragraaf sluit af met enkele opmerkingen over de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen, in het bijzonder over de betrouwbaarheid van verklaringen die zijn afgelegd door ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend (deelparagraaf 3.3.2). De paragraaf sluit af met een beschouwing over de mate waarin sprake is van een recht op het horen van getuigen (deelparagraaf 3.4).

#### 3.2 Het ondervragingsrecht in het Unierecht

##### 3.2.1 *Het ondervragingsrecht als algemeen rechtsbeginsel*

De Unierechters hebben in verschillende zaken het recht om getuigen rechtstreeks te horen of te ondervragen behandeld onder het verdedigingsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel van het Unierecht. In deze zaken refereerden de Unierechters ten eerste aan de bekende rechtsoverwegingen dat de Unierechters zich – bij de interpretatie van het verdedigingsbeginsel – laten leiden door de ‘gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten’ en door de ‘internationale rechtsinstrumenten’, waarbij aan het EVRM een bijzondere betekenis toekomt.<sup>118</sup> Vervolgens werd gekeken of de Commissie het verdedigingsbeginsel had geschonden door een onderneming niet de mogelijkheid te bieden getuigen rechtstreeks te ondervragen. Het uitgangspunt is immers dat ondernemingen reeds tijdens de administratieve procedure in staat worden

<sup>118</sup> HvJ EG 15 mei 1986, 22/84, *Jur.* 1985, p. 1651 (*Johnston*), par. 18; HvJ EG 29 mei 1997, C-299/95, *Jur.* 1997, p. I-2629 (*Kremzow*), par. 14.

gesteld hun standpunt over de juistheid en de relevantie van de door de Commissie gestelde feiten naar behoren kenbaar te maken.<sup>119</sup> Volgens de Unierechters strekt dit beginsel zich niet uit tot een recht voor ondernemingen om de door de Commissie gehoorde getuigen zelf te ondervragen in het kader van de administratieve procedure.<sup>120</sup> Het verdedigingsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel omvat dus niet het recht op het horen van getuigen tijdens een administratieve procedure.<sup>121</sup> In de zaak Siemens heeft het Hof deze regel bevestigd.<sup>122</sup>

### 3.2.2 *Het ondervragingsrecht in het Handvest*

Het ondervragingsrecht, als onderdeel van het recht op verdediging, is opgenomen in artikel 48 lid 2 Handvest. Volgens de toelichting bij het Handvest is deze bepaling hetzelfde als artikel 6 lid 3 sub d EVRM. In paragraaf 4.5 van hoofdstuk 3 is reeds aangestipt dat artikel 6 lid 3 sub d EVRM het minimale beschermingsniveau biedt; de Europese Unie mag met betrekking tot het horen van getuigen een verdergaande bescherming bieden. De Unierechters hebben echter tot op heden geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Het Hof oordeelde bijvoorbeeld in de zaak *Buzzi* dat artikel 48 lid 2 Handvest 'op het vlak van het mededingingsrecht een evenwaardige bescherming biedt als artikel 6 EVRM'.<sup>123</sup>

### 3.2.3 *Het ondervragingsrecht in het Europees procesrecht*

#### 3.2.3.1 *Het getuigenverhoor voor het HvJ EU*

Tijdens een procedure voor het HvJ EU behoort een getuigenverhoor tot de mogelijkheden. Het HvJ EU is echter niet verplicht hiertoe over te gaan. Ten eerste moet in herinnering gebracht worden dat de hoorzitting voor het HvJ EU een facultatief karakter heeft. Partijen of geïnteresseerden die een pleitzitting wensen, wordt aangeraden om een met redenen omkleed verzoek in te dienen (zie hoofdstuk 6). Ook ten aanzien van het getuigenverhoor geldt dat het HvJ EU ambtshalve of op verzoek van een van de partijen een getuigenverhoor kan laten plaatsvinden.<sup>124</sup> Wanneer een partij om een getuigenverhoor verzoekt, moet zij daarbij nauwkeurig de feiten aangeven waarop dit verhoor betrekking zal hebben, alsmede de redenen die dit

<sup>119</sup> GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, *Jur.* 2006, p. II-3085 (*Avebe t. Commissie*), par. 49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>120</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C204/00 P, C205/00 P, C211/00 P, C213/00 P, C217/00 P en C219/00 P, *Jur.* 2004, p. II23 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 200; en Gerecht EU 3 maart 2011, T-110/07, *Jur.* 2011, p. II-477 (*Siemens t. Commissie*), par. 189 (bevestigd door het Hof in HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013, n.n.g. (*Siemens t. Commissie*), par. 317.

<sup>121</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C204/00 P, C205/00 P, C211/00 P, C213/00 P, C217/00 P en C219/00 P, *Jur.* 2004, p. II23 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 200.

<sup>122</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, n.n.g. (*Siemens t. Commissie*), par. 229-235. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze uitspraak paragraaf 3.5 van dit hoofdstuk.

<sup>123</sup> Gerecht EU 14 maart 2014, T-297/11, n.n.g. (*Buzzi Unicem SpA t. Commissie*), par. 62.

<sup>124</sup> Artikel 66, lid 1, Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, PbEU 2012, L 265/2 ('Procesreglement HvJ EU').

verhoor rechtvaardigen.<sup>125</sup> Het HvJ EU beslist vervolgens over het verzoek tot het horen van getuigen.<sup>126</sup> In zaken waarin het HvJ EU besloot getuigen te horen, stond het getuigenverhoor in het teken van verduidelijking van bepaalde elementen van de zaak.<sup>127</sup> Het Hof zal echter niet zelf een feitenonderzoek verrichten en zal daarom minder snel tot een getuigenverhoor overgaan. De beoordeling van de feiten en de waardering van de bewijsstukken behoren immers tot het takenpakket van het Gerecht van de EU, tenzij sprake is van een verkeerde opvatting van het aan het Gerecht van de EU voorgelegde bewijsmateriaal.<sup>128</sup>

Wanneer een getuigenverzoek wordt ingewilligd (of wanneer het HvJ EU zelf tot een getuigenverhoor overgaat), worden de getuigen door het HvJ EU opgeroepen.<sup>129</sup> De getuigen zijn gehouden aan de oproep gevolg te geven en ter terechtzitting te verschijnen.<sup>130</sup> Wanneer een getuige zonder geldige reden niet voor het HvJ EU verschijnt, kan het HvJ EU een geldboete opleggen van ten hoogste € 5.000.<sup>131</sup> De getuigen worden vervolgens door het HvJ EU gehoord. Nadat de getuigen hun verklaring hebben afgelegd, kan het HvJ EU ze (eventueel op verzoek van een van de partijen) vragen stellen.<sup>132</sup> Onder leiding van de president kunnen aan de getuigen vragen worden gesteld door vertegenwoordigers van partijen.<sup>133</sup> Na zijn verklaring legt de getuige de eed af.<sup>134</sup> Voor het niet afleggen van een verklaring of de eed kan het HvJ EU wederom een geldboete opleggen van € 5.000.<sup>135</sup>

### 3.2.3.2 *Het getuigenverhoor voor het Gerecht*

De procedureregels van het Gerecht van de EU over het getuigenverhoor zijn gelijkaardig aan de procedureregels van het HvJ EU. Ook met betrekking tot het horen van getuigen geldt dat het Gerecht bepaalt of getuigen worden opgeroepen, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de partijen.<sup>136</sup> De partijen die het horen van een getuige verzoeken, moeten daarbij nauwkeurig de feiten aangeven waarop dit verhoor betrekking zal hebben, alsmede de redenen die het verhoor rechtvaardigen.<sup>137</sup> Getuigen die worden opgeroepen dienen aan die oproep gehoor te geven. Dit betekent dat zij op de hoorzitting dienen te verschijnen. Wanneer dit niet het geval is, kan het Gerecht van

<sup>125</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 66 lid 2.

<sup>126</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 66 lid 3.

<sup>127</sup> Castillo De La Torre 2010, p. 336-337.

<sup>128</sup> HvJ EG 10 juli 2001, C-315/99 P, *Jur.* 2001, p. I-5281 (*Ismeri Europa/Rekenkamer*), par. 19; HvJ EG 7 november 2002, C-24/01 P en C-25/01 P, *Jur.* 2001, p. I-10138 (*Glencore Grain Ltd & Compagnie Continentale SA t. Commissie*), par. 78.

<sup>129</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 66 lid 4.

<sup>130</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 69 lid 1.

<sup>131</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 69 lid 2.

<sup>132</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 67 lid 2 en 3.

<sup>133</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 67 lid 4.

<sup>134</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 68.

<sup>135</sup> Procesreglement HvJ EU, artikel 69 lid 3.

<sup>136</sup> Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van de Europese Unie, *PbEU* 2015, L105/1, artikel 68 (hierna: 'Procesreglement Gerecht').

<sup>137</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 68. Een ongemotiveerd verzoek kan tot een ongemotiveerde afwijzing leiden. Zie *GvEA* EG 20 maart 2002, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB e.a. t. Commissie*), par. 34-48.

de EU een sanctie opleggen (tenzij goede redenen bestaan voor de afwezigheid van de getuige).<sup>138</sup> Het Gerecht van de EU kan verder een sanctie opleggen wanneer een getuige, zonder goede reden, weigert bewijs te leveren of de eed af te leggen.<sup>139</sup>

Het HvJ EU heeft in verschillende zaken geoordeeld dat het Gerecht niet verplicht was tot het oproepen en ondervragen van getuigen – ook niet wanneer het verzoek voldoende gemotiveerd was.<sup>140</sup> Volgens het HvJ EU is het ondervragingsrecht niet absoluut en is het aan de rechter de noodzakelijkheid van het oproepen van een getuige te beoordelen.<sup>141</sup> Het uitgangspunt is dat een partij een adequate mogelijkheid moet hebben om de tegen haar bestaande verdenkingen te betwisten.<sup>142</sup> Het Gerecht van de EU zal overgaan tot het oproepen van getuigen wanneer blijkt dat de stukken en de ter terechtzitting verstrekte uitleg niet volstaan om uitspraak te doen in het geding.<sup>143</sup> Het staat daarmee uitsluitend ter beoordeling van het Gerecht van de EU of de gegevens waarover het beschikt eventueel aanvulling behoeven.<sup>144</sup> In bijvoorbeeld de staalzaken werden leden van de Commissie en de vertegenwoordigers van de onderneming Preussag als getuigen gehoord zodat door het Gerecht van de EU een gedetailleerd beeld gevormd kon worden over bijeenkomsten die plaatsvonden tussen de commerciële directeurs van de verschillende ondernemingen.<sup>145</sup>

### 3.3 Het getuigenverhoor in mededingingsprocedures

#### 3.3.1 Het getuigenverhoor in de administratieve procedure

In deelparagraaf 3.2.1 is reeds aangegeven dat het verdedigingsbeginsel geen recht omvat om getuigen te ondervragen. Deze regel luidt niet anders voor mededingingsprocedures. In verschillende zaken heeft het HvJ EU benadrukt dat de hoorzitting voor de Commissie geen rechterlijke hoorzitting is.<sup>146</sup> Alhoewel de Unierechters erkennen dat het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3 sub d EVRM<sup>147</sup> relevant kan zijn voor de

<sup>138</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 69.

<sup>139</sup> Procesreglement Gerecht, artikel 69.

<sup>140</sup> HvJ EG 17 december 1998, C-185/95 P, *Jur.* 1998, p. I-8417 (*Baustahlgewebe t. Commissie*), par. 70.

<sup>141</sup> HvJ EG 17 december 1998, C-185/95 P, *Jur.* 1998, p. I-8417 (*Baustahlgewebe t. Commissie*), par. 77.

<sup>142</sup> HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, p. I-5425 (*Dansk Rørindustri e.a. t. Commissie*), par. 70-71.

<sup>143</sup> Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FCM Foret t. Commissie*), par. 141.

<sup>144</sup> HvJ EG 10 juli 2001, C-315/99 P, *Jur.* 2001, p. I-5281 (*Ismeri Europa/Rekenkamer*), par. 19; HvJ EU 7 november 2002, C-24/01 P en C-25/01 P, *Jur.* 2001, p. I-10138 (*Glencore Grain Ltd & Compagnie Continentale SA t. Commissie*), par. 77.

<sup>145</sup> HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, *Jur.* 2003, p. I-11177 (*Corus UK Ltd t. Commissie*); en GvEA EG 10 december 1997, T-141/94, *Jur.* 1999, p. II-347 (*Thyssen Stahl t. Commissie*).

<sup>146</sup> Wils 2012, p. 401.

<sup>147</sup> Ook al is de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van dat artikel. Zie de volgende arresten HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78-215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*Van Landewyck e.a. t. Commissie*), par. 81, en HvJ EG 7 juni 1983, 100/80-103/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique diffusion française e.a. t. Commissie*), par. 7.

administratieve procedure, is de Commissie niet verplicht om (voorgestelde) getuigen op te roepen en te horen.<sup>148</sup>

De Commissie kan, wanneer zij dit noodzakelijk acht, andere (niet zijnde degene die in de punten van bezwaar worden genoemd) natuurlijke en rechtspersonen horen. Deze procedure is uitvoerig aan bod gekomen in de casestudie over het hoorrecht. Een derde is niet verplicht om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven. Eenzelfde discretionaire bevoegdheid bezit de Commissie ten aanzien van het horen van getuigen die de Commissie zelf (getuigen à charge) of op verzoek van partijen (getuigen à décharge) kan oproepen.

### 3.3.1.1 *Het horen van getuigen à charge*

Wanneer de Commissie inlichtingen wil verzamelen die relevant kunnen zijn voor het onderzoek, dan kan zij daartoe natuurlijke personen of rechtspersonen horen. De Commissie zal dus alleen overgaan tot het horen van getuigen wier getuigenis van belang kan zijn voor de uitkomst van de zaak. Zo kan de Commissie individuen, bijvoorbeeld degenen die aanwezig waren bij de bijeenkomst waar de mededingingsbeperkende afspraken zijn gemaakt, uitnodigen voor een hoorzitting. De betreffende individuen zijn echter niet verplicht hier gehoor aan te geven. Het horen vindt alleen plaats wanneer de betreffende natuurlijke personen of rechtspersonen daarvoor toestemming hebben verleend.<sup>149</sup> Een medewerkingsplicht geldt echter wel voor de personen die eigenaar zijn van de onderneming of op grond van de wet of de statuten de betreffende onderneming vertegenwoordigen.<sup>150</sup>

In de zaak *Intel* is het Gerecht van de EU uitvoerig ingegaan op het recht van de Commissie om personen te ondervragen. Interessant is dat het Gerecht van de EU in deze zaak voor het eerst een onderscheid maakt tussen formele en informele verhoren. Volgens het Gerecht vallen de informele verhoren buiten het bereik van de eisen die zijn neergelegd in artikel 3 van Verordening 773/2004, zoals de eis dat de Commissie bij aanvang van het verhoor de rechtsgrondslag en het doel van het verhoor aangeeft. Het afnemen van informele verhoren is volgens het Gerecht desalniettemin gerechtvaardigd:

*‘The practical needs of the sound functioning of administration and the interest in providing effective protection of the competition rules justify the possibility for the Commission to carry*

<sup>148</sup> GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB e.a. t. Commissie*), par. 392; en GvEA 26 april 2007, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, *Jur.* 2007, p. II-947 (*Bolloré e.a. t. Commissie*), par. 86-87.

<sup>149</sup> Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2003) *PbEG* L1/1, artikel 19 lid 1 (hierna: ‘Verordening 1/2003’). Volgens punt 3 van de considerans van Verordening 773/2004 moet de Commissie, alvorens mondelinge verklaringen af te nemen van natuurlijke of rechtspersonen die daarin toestemmen, hen op de hoogte brengen van de rechtsgrond van het verhoor en van het vrijwillige karakter ervan. Zie Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 EG (nu: 101 VWEU) en 82 EG (nu: 102 VWEU), *PbEU* L 123 (hierna: ‘Verordening 773/2004’).

<sup>150</sup> Verordening 1/2003, artikel 18.

*out interviews which are not subject to the formal requirements laid down in Article 3 of Regulation No 773/2004. Both reasons relating to procedural economy and the potential deterrent effects which formal questioning might have on the likelihood of a witness to provide information preclude a general obligation on the Commission to make all interviews subject to the formal requirements provided for in Article 3 of Regulation No 773/2004.*<sup>151</sup>

Volgens het Gerecht van de EU kan een getuige minder geneigd zijn informatie te leveren wanneer het ondervragen plaatsvindt in een formele setting. Wanneer de Commissie de tijdens een informeel verhoor verkregen belastende informatie wil gebruiken, zal zij de informatie beschikbaar moeten stellen aan de ondernemingen tot wie zij de punten van bezwaar heeft gericht.<sup>152</sup> Deze verplichting geldt niet wanneer de Commissie de verkregen informatie als een soort van ‘opstapje’ gebruikt om meer solide bewijs te verkrijgen.<sup>153</sup> De Commissie kan discretionair bepalen of zij een persoon wil ondervragen en of zij daarvoor het formele traject van artikel 3 van Verordening 773/2004 wil gebruiken.<sup>154</sup>

Het recht op een behoorlijke besluitvorming kan dan van de Commissie verlangen dat zij, hoewel artikel 3 van Verordening 773/2004 niet van toepassing is, de tijdens het informele interview verkregen verklaringen opneemt<sup>155</sup> wanneer deze belastende of ontlastende verklaringen betrekking hebben op essentiële onderdelen van de zaak.<sup>156</sup> In de zaak *Intel* duurde het interview tussen de Commissie en Mr. D1 (een van de meest seniore leidinggevende van Intels grootste afnemer) vijf uur. De vragen hadden direct betrekking op de inhoud van het onderzoek. Het interview had daarmee een dusdanig belangrijk karakter dat de Commissie verplicht was om een aantekening in het dossier op te nemen met de naam van de geïnterviewde en een korte samenvatting van de onderwerpen die waren besproken. De Commissie had het recht op een behoorlijke besluitvorming geschonden door niet te voldoen aan deze registratieverplichting.<sup>157</sup>

### 3.3.1.2 *Het horen van getuigen à décharge*

Naast de mogelijkheden die de Commissie heeft om zelfstandig, in het licht van haar onderzoek, getuigen te horen, kunnen partijen een verzoek indienen tot het horen van bepaalde getuigen. De Commissie is echter niet verplicht om de betrokken onderneming in de gelegenheid te stellen een bepaalde getuige te ondervragen. Dat de

<sup>151</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 614.

<sup>152</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 614. Zie ook GvEA EG 30 september 2003, T-191/98 en T-212/98-T-214/98, *Jur.* 2003, p. II-3275 (*Atlantic Container Line AB e.a. t. Commissie*), par. 352; en GvEA EG 25 oktober 2005, T38/02, *Jur.* 2005, p. II-4407 (*Groupe Danone t. Commissie*), par. 67.

<sup>153</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 614.

<sup>154</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 615-616.

<sup>155</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 619. Zie ook GvEA EG 15 maart 2006, T15/02, *Jur.* 2006, p. II-497 (*BASF t. Commissie*), par. 501.

<sup>156</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 620.

<sup>157</sup> Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp.*), par. 621-622. De Commissie had dit in eerste instantie nagelaten, maar had deze formele irregulariteit hersteld door in een latere fase een niet-vertrouwelijke samenvatting van het verhoor beschikbaar te stellen. Het feit dat deze samenvatting was opgesteld als een *aide-mémoire* voor de leden van de Commissie deed aan deze conclusie niets af.



Commissie een verzoek tot het horen van getuigen niet hoeft te honoreren, volgt volgens het HvJ EU uit de omstandigheid dat de procedure voor de Commissie van louter administratieve aard is.<sup>158</sup> Een verplichting tot het horen van getuigen à décharge bestaat alleen wanneer de getuige zelf een voldoende belang aannemelijk maakt en daadwerkelijk om een getuigenverhoor verzoekt.<sup>159</sup> De eerbiediging van de verdedigingsrechten vereist volgens het HvJ EU niet dat de Commissie de door de belanghebbende genoemde getuigen hoort wanneer zij de feitelijke omstandigheden voldoende opgehelderd acht.<sup>160</sup> Volgens het HvJ EU is het vrijwillige karakter van een getuigenverhoor à decharge deels te verklaren doordat de Commissie evenmin het recht bezit om getuigen à charge op te roepen zonder het akkoord van deze laatsten.<sup>161</sup> Een onderneming kan dus niet stellen dat haar recht om getuigen te ondervragen of te doen ondervragen is geschonden.<sup>162</sup> Dit hoeft een onderneming er niet van te verhinderen om het Gerecht van de EU te verzoeken getuigen à decharge op te roepen en te ondervragen, aldus het Gerecht. De onderneming kan een daartoe strekkend verzoek om maatregelen van instructie indienen.<sup>163</sup> Net als de Commissie heeft het Gerecht echter een discretionaire bevoegdheid om te bepalen of een getuige inderdaad gehoord moet worden. De omstandigheid dat de verdediging zelf een verzoek moet indienen om getuigen te horen, is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM heeft immers bepaald dat de verdediging zelf gemotiveerd een getuigenverzoek moet indienen. Wat niet strookt met de jurisprudentie van het EHRM is dat de Commissie en de Unierechters een verzoek tot een getuigenverhoor slechts honoreren wanneer zij dit voor de juiste feitenvaststelling noodzakelijk achten. Het ondervragingsrecht staat immers niet uitsluitend in het teken van de waarheidsvinding, maar is vooraleerst een verdedigingsrecht. Dit betekent dat een onderneming in principe een recht heeft om getuigen te ondervragen wanneer de verklaringen van de getuigen door de Commissie of de Unierechters zijn gebruikt als bewijs. Hoewel het recht om getuigen op te roepen geen onbeperkt recht is, en dus onderworpen is aan de appreciatie van de rechter, moet een beperking plaatsvinden op gerechtvaardigde gronden. Een gerechtvaardigde beperking kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het beroep van een getuige op zijn zwijgrecht.

### 3.3.1.3 *Het zwijgrecht van getuigen*

De door de Commissie opgeroepen getuigen kunnen eventueel een beroep doen op hun zwijgrecht. Het gaat hier niet uitsluitend om het zwijgrecht van de ondernemingen zelf (die eventueel als getuigen gehoord kunnen worden), maar ook van derden wier

<sup>158</sup> HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. II23 (*Aalborg Portland e.a. t. Commissie*), par. 200.

<sup>159</sup> GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB e.a. t. Commissie*), par. 381.

<sup>160</sup> GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB e.a. t. Commissie*), par. 183 en 382-383. Zie ook HvJ EG 16 mei 1984, 9/83, *Jur.* 1984, p. 2071, par. 32; en Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 137.

<sup>161</sup> GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB e.a. t. Commissie*), par. 392.

<sup>162</sup> Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 140.

<sup>163</sup> Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 141.

verklaringen als bewijs zijn gebruikt. De ondernemingen tegen wie de Commissie een onderzoek is gestart, hebben op grond van vaste jurisprudentie van de Unierechters een beperkt zwijgrecht.<sup>164</sup> In de zaak *Orkem* heeft het Hof geoordeeld dat de Commissie onder druk informatie mag vergaren bij ondernemingen die deel uitmaken van het onderzoek naar een overtreding van de mededingingsregels,<sup>165</sup> mits het informatieverzoek niet de verdedigingsbelangen van de betrokken ondernemingen schaadt. In het bijzonder mag de Commissie:

*‘de onderneming niet verplichten antwoorden te geven waardoor zij het bestaan van de inbreuk zouden moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen.’<sup>166</sup>*

De ondernemingen hoeven geen vragen te beantwoorden die een inbreukvaststelling impliceren; het vaststellen van de inbreuk is immers een taak die exclusief toebedeeld is aan de mededingingsautoriteit.<sup>167</sup> Met betrekking tot de overige vragen, dus vragen van puur feitelijke aard, zijn de betrokken ondernemingen verplicht tot medewerking.<sup>168</sup> Volgens het HvJ EU zou een absoluut zwijgrecht, het scenario waarin een zwijgrecht ook zou gelden voor vragen van feitelijke aard, het onderzoek van de Commissie disproportioneel kunnen hinderen.<sup>169</sup> De Commissie kan dus van een onderneming verlangen dat zij alle informatie van feitelijke aard overhandigt (mondeling of schriftelijk) – ook wanneer aan de hand van deze informatie een inbreuk op het mededingingsrecht vastgesteld kan worden.<sup>170</sup> Deze informatieverstrekking levert geen schending op van de in artikel 48 lid 2 Handvest neergelegde verdedigingsrechten of het in artikel 47 Handvest opgenomen recht op een eerlijk proces.<sup>171</sup> Een eventueel geschil omtrent de toepasselijkheid van het zwijgrecht kan vervolgens worden voorgelegd aan de raadadviseur-auditeur.<sup>172</sup> Wanneer een onderneming een ongerechtvaardigd beroep op het zwijgrecht doet, en weigert de vragen van de

<sup>164</sup> Dit zwijgrecht strekt zich echter niet uit tot eventuele civielrechtelijke procedures HvJ EG 10 november 1992, C-60/92, *Jur.* 1993, p. I-5683 (*Otto/Postbank*), par. 15-17.

<sup>165</sup> HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 3283 (*Orkem t. Commissie*), par. 34.

<sup>166</sup> HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 3283 (*Orkem t. Commissie*), par. 35, herhaald in GvEA EG 20 februari 2001, T-112/98, *Jur.* 2001, p. II-729 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*), par. 65-67. Zie ook HvJ EG 29 juni 2006, C-301/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5915 (*Commissie t. SGL Carbon*), par. 39 e.v.; HvJ EG 10 november 1993, C-60/92, *Jur.* 1993, p. I-5683 (*Otto/Postbank*); en HvJ EG 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P, *Jur.* 2002, p. I-8375 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*), par. 274.

<sup>167</sup> Zie ook Jestaedt 1994, p. 113-118.

<sup>168</sup> Zie over deze jurisprudentie bijvoorbeeld meer Lasok 1990; Vesterdorf 2004, p. 1179-1215; Wils 2001; en Turno & Zwalocka-Turno 2012, p. 193-214.

<sup>169</sup> GvEA EG 20 februari 2001, T-112/98, *Jur.* 2001, p. II-729 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*). Deze strikte toepassing van het zwijgrecht is bekritiseerd. Zie bijvoorbeeld Riley 2000/21.

<sup>170</sup> HvJ EU 25 januari 2007, C-407/04 P, *Jur.* 2007, p. I-829 (*Dalmine t. Commissie*), par. 34.

<sup>171</sup> *Gerecht EU* 14 maart 2014, T-297/11 (n.n.g.) (*Buzzi Unicem SpA t. Commissie*).

<sup>172</sup> De raadadviseur-auditeur kan vervolgens een gemotiveerd advies uitbrengen. Zie: Commission notices on best practices for the conduct of proceedings concerning articles 101 and 102 TFEU [2001] *OJ* C 308, par. 36.

Commissie te beantwoorden, dan is de Commissie bevoegd om een boete op te leggen.<sup>173</sup>

Met betrekking tot getuigen, zoals (voormalige) werknemers van de betrokken onderneming die niet de onderneming vertegenwoordigen,<sup>174</sup> geldt dat zij alleen worden gehoord wanneer zij hiervoor toestemming verlenen.<sup>175</sup> Voor deze groep getuigen is het zwijgrecht dus feitelijk irrelevant aangezien zij hun medewerking aan het onderzoek (bijvoorbeeld door middel van een getuigenverhoor) van de Commissie kunnen weigeren.

### 3.3.2 *Het getuigenverhoor in de rechterlijke procedure*

De procesregels van de Unierechters laten zien dat een verzoek tot het horen van getuigen ingediend kan worden door de betreffende ondernemingen en dat de Unierechters uiteindelijk zelf beslissing of zij gehoor geven aan een dergelijk verzoek (zie deelparagraaf 3.2.3). In de zaak *Siemens* stelde Siemens dat zij in strijd met artikel 6 EVRM niet in de gelegenheid was gesteld een belangrijke getuige te horen. Dit was volgens Siemens bezwaarlijk omdat de Commissie en het Gerecht de deelname van Siemens aan het kartel hoofdzakelijk hadden aangenomen op basis van verklaringen van de betreffende getuige (een voormalig werknemer van ABB). In deze zaak zag het HvJ EU geen aanleiding om een schending aan te nemen. Ten eerste had Siemens op eigen initiatief bij zowel de Commissie als het Gerecht een verzoek tot het horen van de getuige moeten indienen. Ten tweede was volgens het HvJ EU een getuigenverhoor niet noodzakelijk aangezien de verklaringen van de getuigen (die zeer betrouwbaar waren) waren aangevuld door ander bewijsmateriaal zoals verklaringen van andere ondernemingen.<sup>176</sup>

Wanneer het Gerecht van de EU overgaat tot een getuigenverhoor, dan dient het Gerecht van de EU een maatregel van instructie te nemen. In de zaak *Deltafina* had het Gerecht van de EU – buiten het procedurele kader dat geldt voor het horen van getuigen – mondelinge getuigenissen verzameld van Deltafina's advocaat en van de met het dossier belaste ambtenaar van de Commissie. Het blijkt een gangbare en legitieme praktijk te zijn dat het Gerecht van de EU vertegenwoordigers van partijen die kennis hebben van relevante details ondervraagt over technische kwesties of complexe feiten. In deze zaak hadden de vragen echter betrekking op feiten waarover tussen partijen onenigheid bestond, namelijk over wat op de mededingingsbeperkende bijeenkomst en tijdens een telefoongesprek was gezegd. Bovendien waren de vragen niet technisch en complex van aard. Het Gerecht van de EU was dan ook volgens het HvJ EU verdergegaan dan op grond van de gangbare praktijk was toegestaan en had de getuigen overeenkomstig de procedure van artikel 68 van het Reglement voor de

<sup>173</sup> Verordening 1/2003, artikel 23 lid 1 sub b jo. artikel 18 lid 3.

<sup>174</sup> Zie over het zwijgrecht: Willis 2001, p. 313-321; en Benjamin 2006, p. 694.

<sup>175</sup> Verordening 1/2003, artikel 18 lid 4 in samenhang met artikel 19 lid 1.

<sup>176</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013 (n.n.g.) (*Siemens t. Commissie*), par. 326.

procesvoering van het Gerecht van de EU moeten horen. Volgens het HvJ EU leverde deze procedurele onregelmatigheid evenwel geen schending op van het recht op een eerlijk proces omdat het Gerecht van de EU zijn conclusies in wezen baseerde op de schriftelijke bewijsstukken. Daarnaast had Deltafina niet om een getuigenverhoor verzocht en had zij evenmin aangevoerd dat het Gerecht van de EU het in aanmerking genomen bewijs onjuist had opgevat.<sup>177</sup>

### 3.4 Het gebruik van getuigenverklaringen

#### 3.4.1 De betrouwbaarheid van getuigenverklaringen

Wanneer in de administratieve of rechterlijke fase van de mededingingsprocedure wordt besloten dat een getuigenverhoor noodzakelijk is, dan is het de vraag welke bewijswaarde toegekend moet worden aan getuigenverklaringen. Met andere woorden: wat is de waarde van een getuigenverklaring voor de vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels? Kan een mededingingsautoriteit op basis van getuigenverklaringen overgaan tot een boetebesluit of is hiervoor aanvullend bewijs noodzakelijk?

Wanneer het bewijs rechtmatig verkregen is,<sup>178</sup> dan is het aan de Unierechters om te bepalen wat de betrouwbaarheid van het bewijs is.<sup>179</sup> Ten eerste is het van belang te vermelden dat de Unierechters minder waarde hechten aan verklaringen van individuen die zijn afgelegd tijdens de administratieve besluitvormingsfase, aangezien deze verklaringen niet onder ede zijn afgelegd. Verder zijn de betreffende individuen niet blootgesteld aan dreiging van een sanctie wanneer zij een foutieve verklaring afleggen.<sup>180</sup> Het HvJ EU heeft dan ook geoordeeld dat het afleggen van een getuigenis onder ede voor een rechterlijke instantie grote(re) bewijskracht kan hebben, gelet op de sancties die kunnen worden opgelegd aan een getuige die in het kader van een onderzoek onjuiste verklaringen aflegt. Volgens het HvJ EU maakt deze omstandigheid dat een dergelijke getuigenis betrouwbaarder is dan een eenvoudige verklaring.<sup>181</sup>

In de zaak *JFE Engineering* heeft het HvJ EU zes criteria vastgesteld aan de hand waarvan de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen getoetst kan worden. Conform deze 'JFE Engineering-criteria' wordt een hoge bewijswaarde toegekend aan verklaringen die (i) betrouwbaar zijn, (ii) gemaakt zijn namens de onderneming, (iii) afkomstig

<sup>177</sup> HvJ EU 12 juni 2014, C-578/11 P (n.n.g.) (*Deltafina SpA t. Commissie*), par. 57-70.

<sup>178</sup> De Unierechters hebben nog niet de mogelijkheid gehad om een oordeel te vellen over oneerlijk bewijs. Dit in tegenstelling tot de Commissie die in een beslissing het bewijs heeft beoordeeld aan de hand van de beginselen op eerlijk proces. Europese Commissie 26 oktober 1999, nr. IV/33.384, OJ 2000, L 39/1 (*Nederlandse Vereniging voor de Federatieve Groothandel op Elektrotechnische gebied & Technische Unie*), par. 32.

<sup>179</sup> HvJ EG 17 September 1996, C-19/95 P, Jur. 1996, p. I-4435 (*San Marco t. Commissie*), par. 40; HvJ EG 30 oktober 2003, C-57/00 P and C-61/00 P, Jur. 2003, p. I-9975 (*Freistaat Sachsen e.a. t. Commissie*), par. 47; en HvJ EG 7 oktober 2004, C-136/02 P, Jur. 2004, p. I-9165 (*Mag Instrument t. OHIM*), par. 76.

<sup>180</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, Jur. 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*).

<sup>181</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, Jur. 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*), par. 312; en Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, Jur. 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 133.

zijn van een persoon die professioneel de belangen van de onderneming vertegenwoordigt, (iv) tegen de belangen ingaan van degene die de verklaring aflegt, (v) gemaakt zijn door een directe getuige van de omstandigheden waarop de verklaring betrekking heeft, en (vi) schriftelijk zijn ingediend na een ‘*mature reflection*’. Het is niet zo dat een getuigenverklaring aan al deze criteria moet voldoen – de criteria zijn voornamelijk richtinggevend om de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen te kunnen beoordelen. In de zaak *Siemens* paste het Gerecht van de EU deze criteria bijvoorbeeld slechts beperkt toe. Volgens het HvJ EU had het Gerecht van de EU desalniettemin terecht geoordeeld dat de verklaringen van de getuige een hoge bewijswaarde hadden.<sup>182</sup> Dat de getuige niet aanwezig was op de bijeenkomst waar de mededingingsbeperkende afspraken werden gemaakt (het vijfde criterium uit de zaak *JFE Engineering*), deed niets af aan deze conclusie.<sup>183</sup>

### 3.4.2 De betrouwbaarheid van clementieverklaringen

Met betrekking tot de betrouwbaarheid van mondelinge en schriftelijke verklaringen van clementieverzoekers hebben de Unierechters bepaald dat het feit dat een onderneming een voordeel probeert te behalen door het indienen van een clementieverzoek, op zichzelf geen reden is om te twijfelen aan de betrouwbaarheid van de verklaring. Volgens de Unierechters kan elke poging tot het misleiden van de Commissie de kans op het verkrijgen van een financiële vergoeding drastisch ondermijnen.<sup>184</sup> De Europese clementieprocedure verleent immers alleen een boetekorting of boete-immuniteit aan een onderneming die de gehele procedure meewerkt aan het onderzoek van de Commissie.<sup>185</sup> Verder hebben de Unierechters geoordeeld dat schuldverklaringen over het algemeen bijzonder betrouwbaar zijn:

*‘where a person admits that he committed an infringement and thus admitted the existence of facts going beyond those whose existence could be directly inferred from the documentary evidence, that implies, a priori, in the absence of special circumstances indicating otherwise, that that person had resolved to tell the truth. Thus, statements which run counter to the interests of the declarant must in principle be regarded as particularly reliable evidence.’*<sup>186</sup>

<sup>182</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013, n.n.g. (*Siemens t. Commissie*), par. 167.

<sup>183</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013, n.n.g. (*Siemens t. Commissie*), par. 170.

<sup>184</sup> GvEA EG 16 november 2006, zaak T-120/04, *Jur.* 2006, p. II-4441 (*Peróxidos Orgánicos t. Commissie*), par. 70; en Gerecht EU 16 juni 2011, nr. T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 117. Er is geen bewijs dat de Commissie de toegezegde boetekorting heeft ingetrokken omdat een onderneming misleidende informatie had gegeven.

<sup>185</sup> Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 2006, C 298/11, par. 12 (a).

<sup>186</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, *Jur.* 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*), par. 211 and 212; GvEA EG 26 april 2007, T109/02, T118/02, T122/02, T125/02 en T126/02, T128/02 en T129/02, T132/02 en T136/02, *Jur.* 2007, p. II-947 (*Bolloré e.a. t. Commissie*), par. 166; GvEA EG 8 juli 2008, T-54/03, *Jur.* 2008, p. II-

De verklaringen die door clementieverzoekers zijn ingediend moeten desalniettemin voorzichtig beoordeeld worden.<sup>187</sup> Teneinde de betrouwbaarheid van deze verklaringen te beoordelen, nemen de Unierechters de volgende factoren in overweging: (i) of de verklaringen overeenstemmen met informatie uit ander bewijs, en (ii) de afwezigheid van omstandigheden waaruit zou blijken dat de clementieverzoeker zijn eigen bijdrage aan de mededingingsbeperkende afspraak heeft verkleind en de bijdrage van anderen vergroot.<sup>188</sup>

### 3.4.3 De bewijswaarde van getuigenverklaringen

Wanneer de getuigenverklaring het stempel 'betrouwbaar' heeft gekregen, is het de vraag in hoeverre een mededingingsautoriteit deze verklaring mag/kan gebruiken ter ondersteuning van de schuldvaststelling. Met andere woorden: wat is de bewijswaarde van getuigenverklaringen? Deze vraag hangt samen met de zogeheten *standard of proof* die het noodzakelijke bewijs aangeeft voor de vaststelling van een inbreuk.<sup>189</sup> Het uitgangspunt is dat het bewijs voldoende precies en overtuigend moet zijn,<sup>190</sup> hetgeen wordt beoordeeld aan de hand van het geheel van het bewijs dat op tafel ligt.<sup>191</sup> In principe kan een autoriteit de inbreuk baseren op één bewijsstuk wanneer de betrouwbaarheid van het bewijs onomstreden is en het bewijs de vastgestelde inbreuk bevestigt.<sup>192</sup> Deze regel gaat echter niet op wanneer het bewijs wordt aangevochten.<sup>193</sup> In dat geval vereist de jurisprudentie van de Unierechters dat het bewijs wordt aangevuld met ander ('firm, precise and consistent') bewijs.<sup>194</sup> In lijn met deze regel

120 (*Lafarge t. Commissie*), par. 59; en Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*PMC Foret t. Commissie*), par. 118.

<sup>187</sup> Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*PMC Foret t. Commissie*), par. 119.

<sup>188</sup> GvEA EG 16 november 2006, zaak T-120/04, *Jur.* 2006, p. II-4441 (*Peróxidos Orgánicos t. Commissie*), par. 70; GvEA EG 8 juli 2008, T-54/03, *Jur.* 2008, p. II-120 (*Lafarge t. Commissie*), par. 62 and 295; en Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*PMC Foret t. Commissie*), par. 121.

<sup>189</sup> Ortiz Blanco 2011, p. 175-190.

<sup>190</sup> GvEA EG 25 oktober 2005, T38/02, *Jur.* 2005, p. II-4407 (*Groupe Danone t. Commissie*), par. 217; GvEA EG 6 juli 2000, T-62/98, *Jur.* 2000, p. II-2707 (*Volkswagen AG t. Commissie*), par. 43 en 72; GvEA EG 8 juli 2004, T-44/00, *Jur.* 2004, p. II-2223 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*), par. 260; en GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, *Jur.* 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*), par. 179.

<sup>191</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, *Jur.* 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*), par. 180; GvEA EG 27 september 2006, T44/02 OP, T54/02 OP, T56/02 OP, T60/02 OP en T61/02 OP, *Jur.* 2006, p. II-3567 (*Dresdner Bank e.a. t. Commissie*), par. 63; GvEA 25 oktober 2005, T38/02, *Jur.* 2005, p. II-4407 (*Groupe Danone t. Commissie*), par. 218; en HvJ EU 25 januari 2007, C-403/04 P en C-405/04 P, *Jur.* 2007, p. I-729 (*Sumitomo Metal Industries Ltd en Nippon Steel Corp t. Commissie*), par. 42.

<sup>192</sup> GvEA EG 15 maart 2000, T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95-T-39/95, T-42/95-T-46/95, T-48/95, T-50/95-T-65/95, T-68/95-T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, *Jur.* 2000, p. II-491 (*Cimenteries CBR e.a. t. Commissie*), par. 1838; en Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*PMC Foret t. Commissie*), par. 122.

<sup>193</sup> HvJ EG 31 March 1993, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, *Jur.* 1993, p. I-1307 (*Ahlström Osakeyhtiö e.a. t. Commissie*), par. 127.

<sup>194</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, *Jur.* 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*), par. 104. Zie, *inter alia*, GvEA EG 14 mei 1998, T-337/94, *Jur.* 1998, p. II-1571 (*Enso-Gutzeit t. Commissie*), par. 91; GvEA EG



geldt dus dat getuigenverklaringen aangevuld moeten worden met ander bewijs wanneer deze verklaringen worden aangevochten.<sup>195</sup> In de praktijk betekent dit dat een mededingingsautoriteit een inbreuk hoogstwaarschijnlijk niet zal stoelen op verklaringen van clementieverzoekers aangezien het zeer voor de hand ligt dat ondernemingen die geen clementieverzoek hebben ingediend deze verklaringen zullen betwisten. In dat geval kunnen de verklaringen gebruikt worden als bewijs dat de vaststelling van de inbreuk, tezamen met ander bewijs, ondersteunt.<sup>196</sup>

Een vervolgvraag betreft welk type bewijs de verklaringen moet ondersteunen. Het HvJ EU heeft in de zaak *Siemens* geoordeeld dat elk type aanvullend bewijs mogelijk is.<sup>197</sup> Dit betekent dat verklaringen van bijvoorbeeld andere clementieverzoekers (dus de verklaringen naast de verklaring van de clementieverzoeker die bijvoorbeeld boete-immuniteit heeft gekregen) als aanvullend bewijs kunnen gelden. In de zaak *Siemens* werd de verklaring van ABB (de belangrijkste getuige) aangevuld met een verklaring van een van de andere kartellisten (Fuji). Alhoewel de verklaring van Fuji 'relatively vague' was,<sup>198</sup> en in feite geen betrekking had op de vraag of sprake was van een overeenstemming,<sup>199</sup> werd de verklaring toch gezien als het noodzakelijke aanvullende bewijs.<sup>200</sup>

### 3.5 Deelconclusie

De Europese jurisprudentie over het getuigenverhoor is schaars en beperkt zich tot een behandeling van het recht om getuigen te horen onder het verdedigingsbeginsel (en niet onder de gecodificeerde bepaling in het Handvest). Uit deze jurisprudentie volgt dat noch de Commissie noch de Unierechters verplicht zijn getuigen te horen in mededingingsprocedures. Er is weliswaar sprake van een 'recht' om getuigen te horen, maar het gaat dan wel om een zeer beperkt recht. De Commissie en de Unierechters zullen alleen overgaan tot het horen van getuigen wanneer de getuigenverklaring van belang kan zijn voor de instructie van de zaak. Of een procespartij als getuige ondervraagd kan worden, volgt niet duidelijk uit de jurisprudentie of Uniewet-

---

25 oktober 2005, nr. T38/02, *Jur.* 2005, p. II-4407 (*Groupe Danone t. Commissie*), par. 285; GvEA 26 april 2007, nrs. T109/02, T118/02, T122/02, T125/02 en T126/02, T128/02 en T129/02, T132/02 en T136/02, *Jur.* 2007, p. II-947 (*Bolloré e.a. t. Commissie*), par. 167; en GvEA EG 8 juli 2008, T-54/03, *Jur.* 2008, p. II-120 (*Lafarge t. Commissie*), par. 293.

<sup>195</sup> Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 125.

<sup>196</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, *Jur.* 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*), par. 275; en Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*), par. 126.

<sup>197</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013 (n.n.g.) (*Siemens t. Commissie*), par. 192.

<sup>198</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013 (n.n.g.) (*Siemens t. Commissie*), par. 193.

<sup>199</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013 (n.n.g.) (*Siemens t. Commissie*), par. 198.

<sup>200</sup> HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013 (n.n.g.) (*Siemens t. Commissie*), par. 203.



geving.<sup>201</sup> Een bijzondere categorie getuigenverklaringen zijn verklaringen die zijn afgelegd in het kader van een clementieprocedure. Deze verklaringen zijn volgens de Unierechters niet per definitie onbetrouwbaar aangezien een in het vooruitzicht gestelde boetekorting ingetrokken kan worden wanneer de Commissie erachter komt dat de verklaringen onjuist of misleidend zijn. Wel dienen deze verklaringen zorgvuldig beoordeeld te worden. De noodzaak van een zorgvuldige beoordeling van clementieverklaringen is des te groter wanneer de vaststelling van de inbreuk grotendeels gestoeld is op deze verklaringen. Wanneer de clementieverklaringen worden betwist, is ondersteunend bewijs noodzakelijk. Het ondersteunend bewijs kan bestaan uit verklaringen van andere clementieverzoekers. Kortom, het gebruik van clementieverklaringen voor het vaststellen van een inbreuk kan van een niet te onderschatten betekenis zijn.

#### 4 DE NATIONALE (RECHTS)PRAKTIJK IN MEDEDINGINGSPROCEDURES

##### 4.1 Inleiding

De paragrafen hiervoor illustreren de reikwijdte van het ondervragingsrecht. Conform het EVRM maakt het ondervragingsrecht onderdeel uit van het recht op een eerlijk proces. Het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3 sub d EVRM komt in gedrang wanneer door getuigen (eventueel medeverdachten) afgelegde verklaringen niet beoordeeld en betwist kunnen worden door degene die strafrechtelijk vervolgd wordt. Het Unierecht zou zich in principe moeten aansluiten bij deze interpretatie van het ondervragingsrecht, maar lijkt eerder de feitenvaststelling door de Unierechters voorop te stellen in plaats van de in artikel 6 EVRM vervatte verdedigingsrechten. Het EHRM erkent deze functie van het getuigenverhoor, maar laat het ondervragingsrecht als verdedigingsrecht dominanter naar voren komen. In deze paragraaf zullen, conform de andere casestudies, de verschillende procedures ter voorkoming of beslechting van mededingingsinbreuken aan bod komen en zal voor elke procedure de vraag gesteld worden of sprake is van een mogelijkheid tot het horen van getuigen, en zo ja, hoe het ondervragingsrecht wordt ingevuld. Vervolgens wordt deze rechtspraktijk vergeleken met het EVRM en het Unierecht en zal uit deze analyse geconcludeerd worden in hoeverre sprake is van (potentiële) spanningen met het EVRM en het Unierecht. In deze paragraaf worden met getuigenverhoor alle situaties bedoeld waar een partij, bijvoorbeeld in de onderzoeks- of besluitvormingsfase, een verklaring aflegt. In deelparagraaf 4.2, over het getuigenverhoor in de klassieke boeteprocedure, zal het getuigenverhoor bekeken worden binnen de context van de primaire besluitvormingsfase en de bezwaarfase. Daarna volgt een uitvoerige bespreking van het getuigen-

<sup>201</sup> Het Hof en het Gerecht kunnen wel een partij oproepen om persoonlijk te verschijnen en vragen te beantwoorden. Het gaat hier echter niet om een getuigenverhoor en partijen kunnen elkaar niet ondervragen. Een eedaflegging of een eventuele sanctieoplegging bij het niet verschijnen is dus ook niet mogelijk. Zie Lenaerts, Maselis & Gutman 2014, p. 770.

verhoor in clementieprocedures (deelparagraaf 4.3). Gezien het belang van clementieverklaringen voor de opsporing en beslechting van mededingingsinbreuken is deze deelparagraaf omvangrijker dan de daaropvolgende deelparagraaf over het getuigenverhoor in de overige procedures: de toezeggingsprocedure en procedures waar sprake is van een lastoplegging (deelparagraaf 4.4). De paragraaf wordt afgesloten met een analyse van de reikwijdte van het getuigenverhoor in het bestuursprocesrecht (deelparagraaf 4.5).

## 4.2 Het getuigenverhoor in de ‘klassieke’ boeteprocedure

### 4.2.1 *Status quo*

#### 4.2.1.1 *De wettelijke grondslag van het getuigenverhoor*

Elk bestuursorgaan, dus ook de ACM, dient zorgvuldig de feiten te verzamelen die de grondslag vormen voor een besluit.<sup>202</sup> Bij deze feitenverzameling speelt niet alleen informatie afkomstig van de betrokkene zelf een rol, maar ook informatie van derden. De belanghebbenden zullen in de loop van de bestuurlijke voorprocedure weten welke verklaringen van derden gebruikt zijn. De ACM mag zich immers niet baseren op verklaringen die de betrokkenen niet kennen. Ten dien einde zullen de belanghebbenden – zoals in de eerste en tweede casestudie uitvoerig naar voren is gekomen – gehoord worden en inzage krijgen in het dossier. Er is dus ruimte om informatie, zoals informatie afkomstig van derden, te betwisten. Soms zal een betrokkene getuigen willen meenemen die tegenverklaringen kunnen afleggen of een derde willen horen die aan de ACM een verklaring heeft afgelegd.

Voor het meebrengen en horen van getuigen in de primaire fase ontbreekt een expliciete bepaling. Een recht tot het horen van getuigen in de administratieve fase bestaat dus rehtens niet.<sup>203</sup> Men zou kunnen beargumenteren dat een betrokkene op grond van artikel 2:1 Awb een getuige kan meenemen. Deze zal dan als gemachtigde optreden en bijstand verlenen tijdens het verhoor. In de bezwaarfase is het getuigenverhoor geregeld in artikel 7:8 Awb:

*‘Op verzoek van de belanghebbende kunnen door hem meegebrachte getuigen en deskundigen worden gehoord.’*

Een verzoek tot het horen van getuigen kan dus niet zonder meer worden geweigerd. Uit het artikel volgt echter geen verplichting tot het laten afleggen van een getuigenverklaring waaraan voor de behandeling van de zaak geen behoefte bestaat.<sup>204</sup> Of een verzoek tot het horen van getuigen ooit is geweigerd, is onduidelijk. Wat wel duidelijk

<sup>202</sup> Artikel 3:2 Awb.

<sup>203</sup> In een oud wetsvoorstel voor de instelling van de ACM werd wel een mogelijkheid tot het meebrengen en horen van getuigen geïntroduceerd. Dit voorstel was gebaseerd op het voornemen om de bezwaarfase bij boetebesluiten van de ACM te laten vervallen. Zie artikel 12k voorstel Instellingswet.

<sup>204</sup> ABRvS 11 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5360, JB 2005/188.

is dat tot op heden nog geen getuigen zijn gehoord tijdens de primaire besluitvormingsfase of de bezwaarfase.

#### 4.2.1.2 *Het zwijgrecht als gerechtvaardigde beperking*

In beide fases kunnen natuurlijke personen en rechtspersonen een beroep doen op het zwijgrecht.<sup>205</sup> Het zwijgrecht ziet immers niet alleen toe op de situatie waarin een mededingingsautoriteit om inlichtingen verzoekt bij de betrokken ondernemingen, maar strekt zich ook uit tot het (getuigen)verhoor. Het zwijgrecht is in artikel 12i Instellingswet geregeld. Deze bepaling bepaalt dat de bij de onderneming werkzame natuurlijke personen een zwijgrecht hebben bij een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Het zwijgrecht geldt niet alleen voor degene aan wie de sanctie zal worden opgelegd (de wettelijke vertegenwoordigers van de onderneming), maar ook voor anderen werkzaam bij de onderneming zoals zzp'ers en interim-managers.<sup>206</sup> In dat opzicht is artikel 12i Instellingswet ruimer opgezet dan artikel 5:10a Awb.<sup>207</sup> Reeds in verschillende zaken heeft de toenmalige mededingingsautoriteit, de NMa, echter besloten het zwijgrecht niet toe te kennen aan ex-werknemers.<sup>208</sup> In tegenstelling tot deze besluiten heeft het CBb geoordeeld dat de mededingingsautoriteit een ex-werknemer die een beroep doet op zijn zwijgrecht niet mag beboeten voor een overtreding van de medewerkingsplicht.<sup>209</sup> Volgens het CBb is niet het moment van de hoorzitting relevant voor de vraag of het zwijgrecht van toepassing is, maar de periode waarop de vragen van de mededingingsautoriteit betrekking hebben.<sup>210</sup> De memorie van toelichting bij de Instellingswet benoemt echter expliciet dat ex-werknemers geen zwijgrecht hebben.<sup>211</sup> Opvallend daarbij is dat in de Instellingswet de recente rechtspraak van het CBb opzij wordt gezet.<sup>212</sup>

Het zwijgrecht ziet toe op zowel mondelinge verklaringen als de verzameling van schriftelijke verklaringen.<sup>213</sup> Deze verklaringen kunnen als bewijs voor een overtreding

<sup>205</sup> Zie over het zwijgrecht van rechtspersonen: Doorenbos 2013a, p. 175-181; en Hartmann & De Meijer 1996, p. 1768-1773.

<sup>206</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 10.

<sup>207</sup> In artikel 5:10a Awb is geregeld dat 'degene die wordt gehoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie' niet verplicht is een verklaring af te leggen omtrent de overtreding. Zie hierover Stijnen 2014a, p. 157 e.v.

<sup>208</sup> NMa besluiten van 7 mei 2010, zaak 6719, par. 27-42; en zaak 6622, 29-44. Zie over deze zaak: De Bree 2010/7-8, p. 157-162.

<sup>209</sup> CBb 21 december 2012, *NJB* 2013/310, ECLI:NL:CBB:2012:BY7031, *JB* 2013/41; en CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, *JOR* 2013/48, m.nt. S.M.C. Nuyten.

<sup>210</sup> Bakker & Mooijen 2014.

<sup>211</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 10.

<sup>212</sup> Zie hierover bijvoorbeeld: Kohlen & Kuipers 2014, p. 124-132; Korsten 2013; Doorenbos 2013b, p. 24; en Doorenbos 2013c.

<sup>213</sup> Zie HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD9800, *AB* 2002/353 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; *BNB* 2002/223, m.nt. M.W.C. Feteris; en *FED* 2002/559 m.nt. A.C. Alkemade. Het gaat bij schriftelijke verklaringen om alle gevallen waarin inlichtingen worden gevraagd met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie, als een bestuurlijke boete. Indien een verzoek wordt gedaan om schriftelijke informatie met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie en er van dat verzoek dermate druk uitgaat dat dit materiaal

fungeren wanneer er nog geen sprake is van een concrete verdenking. Een beroep op het zwijgrecht is dan niet mogelijk.<sup>214</sup> Deze situatie ligt anders wanneer wel sprake is van een verdenking. In dat geval mag geen vergaande druk worden uitgeoefend om aan het bewijs te komen waarvan wordt vermoed dat het bewijs bestaat.<sup>215</sup> Met betrekking tot zogeheten wilsonafhankelijk materiaal geldt dat dit (vooralsnog<sup>216</sup>) ook gebruikt mag worden voor een eventuele boeteoplegging.<sup>217</sup> Deze jurisprudentie lijn over het zwijgrecht wordt duidelijk geïllustreerd door een uitspraak van het CBb over een beboeting voor het verspreiden van spyware. In deze zaak had de ACM tijdens het (onaangekondigde) huisbezoek informatie verzameld. Ten tijde van het huisbezoek was al sprake van een strafvervolgning. Het ACM schond volgens het CBb artikel 6 EVRM door vragen te stellen over de gegevensdragers van de overtreder, de plaats van die gegevensdragers en vanaf welke gegevensdragers de software werd verstuurd (die aanleiding gaf voor de verdenking). Daarbij wees de ACM de overtreder op de medewerkingsplicht en werd gedreigd met een boete voor niet meewerken.<sup>218</sup>

#### 4.2.1.3 Anonimiteit als gerechtvaardigde beperking

Naast een beroep op het zwijgrecht is het mogelijk dat informanten anoniem wensen te blijven. Het gaat hier om de groep getuigen die afwezig zijn en waarbij een verhoor überhaupt niet mogelijk is. De ACM heeft in de beleidsregel informanten voorwaarden opgesteld waaronder informanten vermeende overtredingen van de Mw kunnen melden. Op grond van deze beleidsregel is het mogelijk dat een informant wiens identiteit niet bekend is bij de ACM, anoniem blijft. Wanneer de identiteit van de informant wel bekend is, maakt de ACM de identiteit alleen bekend als er sprake is van een misdrijf of als de rechter erom vraagt. Informanten kunnen ook via een tussenpersoon contact zoeken met de ACM. Een tussenpersoon moet wel altijd zijn identiteit bekendmaken. Wanneer een tussenpersoon geen verschoningsrecht heeft, kan deze door de rechter als getuige onder ede worden gehoord en kan de rechter eisen dat

---

kan worden gelijkgesteld aan een verhoor, geldt bovendien het gebod om de cautie te geven. Zie CBb 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463, AB 2010/317, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

<sup>214</sup> Zie HR 2 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1495, NJ 1999/648; HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AB1141, AB 2007/2, m.nt. M.P. Jongma; HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes; CBb 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0770, AB 2010/216, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; en CBb 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3286, AB 2013/67, m.nt. Y.E. Schuurmans en S.R. Bakker.

<sup>215</sup> Dit is in lijn met de uitspraken van het EHRM in de zaken *J.B.* en *Chambaz*. Zie ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8718, AB 2010/332, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; en CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116, AB 2014/313, m.nt. R. Stijnen. Volgens Stijnen houdt de Hoge Raad overigens vast aan een beperkte interpretatie van het begrip wilsonafhankelijk materiaal die samenvalt met het zwijgrecht 'in enge zin'. Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, AB 2013/343, m.nt. R. Stijnen. Zie verder Stijnen 2014b, p. 144-154.

<sup>216</sup> Zie echter de conclusie van A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2014:2728, die van mening is dat het *nemo tenetur*-beginsel ook van toepassing is bij het afdwingen van reeds bestaand (wilsonafhankelijk) materiaal.

<sup>217</sup> HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640; en HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2144.

<sup>218</sup> CBb 10 april 2014, ECLI:CBB:2014:116.

de identiteit van de informant bekend gemaakt wordt. Bij een tussenpersoon met verschoningsrecht loopt de informant dat risico, volgens de beleidsregel, niet.<sup>219</sup>

#### 4.2.2 *Vergelijking met het Unierecht*

##### 4.2.2.1 *Het getuigenverhoor*

Het recht om getuigen te horen is in het Handvest opgenomen als een verdedigingsrecht (artikel 48 lid 2 Handvest) dat alleen ingeroepen kan worden door degene tegen wie een strafvervolging is ingesteld. De toelichting op het Handvest verwijst specifiek naar artikel 6 lid 3 sub d EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie. In verschillende zaken heeft het HvJ EU vastgesteld dat het ondervragingsrecht niet absoluut is: zowel de Commissie als het Gerecht van de EU kunnen een verzoek tot het horen van getuigen afwijzen wanneer zij een getuigenverhoor voor de beslissing van de zaak niet noodzakelijk achten. Een vergelijking met Straatsburgse jurisprudentie hieromtrent ontbreekt echter. Aangezien de Commissie discretionair kan beslissen of zij een verzoek tot het horen van getuigen honoreert, geldt dat ook op grond van het Unierecht in feite geen ondervragingsrecht bestaat. In dat opzicht wijkt de Nederlandse praktijk dus niet veel af van het Unierecht.

##### 4.2.2.2 *Het zwijgrecht als gerechtvaardigde beperking*

Ten aanzien van het zwijgrecht van een getuige bestaat wel een duidelijk verschil tussen het Unierecht en de Nederlandse praktijk in mededingingszaken. Het Unierecht biedt meer bescherming, namelijk wanneer het de kring van personen betreft die zich op het zwijgrecht kunnen beroepen. Op grond van het Unierecht zijn immers alle eigenaren van de ondernemingen of de (eventueel krachtens de wet of statuten aangegeven) vertegenwoordigers van de ondernemingen verplicht om inlichtingen te verstrekken aan de Commissie. Deze personen hebben dus in principe een medewerkingsplicht, tenzij een beroep op het zwijgrecht mogelijk is. Andere personen, zoals werknemers of voormalige werknemers van de onderneming, zijn niet verplicht inlichtingen te verstrekken en kunnen dus afzien van een eventueel (getuigen)verhoor. Op grond van het Nederlandse bestuursrecht is eenieder verplicht medewerking te verlenen aan een toezichthouder als de ACM.<sup>220</sup> Het zwijgrecht is gericht tot alle bij de onderneming werkzame natuurlijke personen. In afwijking van het Unierecht geldt geen zwijgrecht voor een werknemer die in dienst was bij de betreffende onderneming ten tijde van de overtreding, maar niet op het moment dat de ACM de voormalige werknemer verhoort. De Unierechtelijke medewerkingsverplichting in mededingingsprocedures strekt zich echter niet uit tot ex-werknemers.

In vergelijking tot het Unierecht biedt de Nederlandse praktijk in de klassieke boeteprocedure op een ander punt, namelijk de materiële reikwijdte van het zwijgrecht, weer meer bescherming dan in Europese mededingingsprocedures. Zoals in de

<sup>219</sup> Werkwijze (anonieme) informanten, ACM van 17 juni 2013, *Stcrt.* 2013, 16388.

<sup>220</sup> Artikel 5:20 lid 1 Awb.

volgende paragraaf uitvoerig zal worden besproken, sluit het Nederlandse bestuursrecht voor een groot deel aan bij de invulling die het EHRM heeft gegeven aan het zwijgrecht. Uit de hiervoor besproken EHRM-zaak *Saunders* volgt dat een zwijgrecht geldt wanneer verklaringen in een administratieve fase zijn verzameld en gebruikt worden voor een strafvervolgning. Conform de lijn die het HvJ EU met de zaak *Orkem* heeft ingezet, is het Unierechtelijke zwijgrecht echter beperkt tot vragen die een schuldbekenenis impliceren. Met betrekking tot de feitelijke vragen zijn de vertegenwoordigers van de betreffende ondernemingen verplicht tot medewerking. Deze verplichting uit zich in een eventuele boete wanneer geen – of valse – informatie wordt gegeven. Dat deze feitelijke informatie eventueel gebruikt wordt voor de vaststelling van een inbreuk doet aan deze conclusie niets af; ook dan gaat een beroep op het zwijgrecht niet op. Deze restrictieve uitleg van het zwijgrecht verhoudt zich slecht tot jurisprudentie van het EHRM waar een zwijgrecht geldt ten aanzien van mondelinge of schriftelijke verklaringen die gebruikt worden voor de oplegging van een bestraffende sanctie. Volgens het Gerecht in de zaak *Mannesmannrohren-Werke* is deze discrepantie gerechtvaardigd, aangezien een absoluut zwijgrecht verdergaat dan strikt noodzakelijk is voor de waarborging van de verdedigingsrechten van de ondernemingen en het kan het toezicht van de Commissie op eventuele mededingingsinbreuken hinderen.<sup>221</sup> Hoewel het in de EHRM-zaak *Saunders* om een natuurlijk persoon ging en niet een rechtspersoon (dit onderscheid komt in deelparagraaf 4.3.3 aan bod) kan het argument dat de effectiviteit van de opsporing van mededingingsinbreuken gehinderd zou worden door een brede uitleg van het zwijgrecht in twijfel worden getrokken.

#### 4.2.3 Vergelijking met het EVRM

##### 4.2.3.1 Het getuigenverhoor

In klassieke boeteprocedures kunnen ondernemingen, maar ook de ACM behoefte hebben aan het horen van getuigen. Voor de ACM is de rechtsbasis voor het horen van getuigen artikel 5:20 Awb. Deze bepaling schrijft voor dat eenieder verplicht is aan een toezichthouder, binnen de door hem gestelde redelijke termijn, alle medewerking te verlenen die de toezichthouder redelijkerwijs kan vorderen. De ACM kan eventueel een boete opleggen wanneer een getuige geen of onjuiste verklaringen aflegt.<sup>222</sup> Met betrekking tot het horen van getuigen die de vermeende overtreder wil oproepen, dus getuigen die ontlastende informatie kunnen geven of getuigen die bij de ACM belastende verklaringen hebben afgelegd, ligt de situatie anders. Op grond van artikel 6 lid 3 sub d EVRM zou een getuigenverhoor in de klassieke boeteprocedures moeten plaatsvinden wanneer een betrokken onderneming een verzoek daartoe indient. In de klassieke boeteprocedure gaat het immers om een strafvervolgning. Het EHRM laat het

<sup>221</sup> GvEA EG 8 juli 2004, T-44/00, *Jur.* 2004, p. II-2223 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*), par. 66. Volgens Vesterdorf kan deze uitspraak gelezen worden als ‘a signal to the effect that the [ECJ]’s interpretation of certain rights in competition proceedings did not have to coincide exactly’ met de standaarden die het EHRM heeft neergelegd voor individuen in strafzaken. Zie Vesterdorf 2004, p. 713.

<sup>222</sup> Artikel 12m lid 1 sub c Instellingswet.

echter aan de nationale autoriteiten om te bepalen in welk stadium van de procedure, tijdens het vooronderzoek of tijdens de zitting, het getuigenverhoor plaatsvindt. Van belang is dat de betreffende ondernemingen een adequate gelegenheid krijgen om te belastende verklaringen van getuigen te betwisten, het liefst ten overstaan van degene die over de zaak moet beslissen. In tegenstelling tot de klassieke strafprocedures die het EHRM in zijn jurisprudentie voornamelijk voor ogen heeft, wordt een mededingingszaak beslist door de ACM zelf. Wanneer de ACM op basis van getuigenverklaringen een onderzoek start en vervolgens een schending vaststelt, ligt het in de rede dat de belanghebbende in deze fase ook de mogelijkheid krijgt om deze getuigen te horen. Het verplaatsen van een eventueel getuigenverhoor naar de rechterlijke fase zou betekenen dat de belanghebbende die een getuige wil ondervragen moet doorprocederen tot de rechter voordat de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen aan de orde kan komen. Daarnaast is reeds bij het verzenden van het boeterapport sprake van een vervolging, waardoor reeds op dat moment de waarborgen van artikel 6 EVRM, zoals het zwijgrecht, geactiveerd worden. Dit betekent dat reeds in de administratieve fase, dus de besluitvormingsfase bij de ACM, een recht op het ondervragen van getuigen zou moeten bestaan. Op basis van het huidige recht bestaat een dergelijk recht niet. Met betrekking tot de primaire besluitvormingsfase ontbreekt in zijn geheel een bepaling over het getuigenverhoor en ten aanzien van de bezwaarfase is een bepaling in de Awb opgenomen waarin staat dat op verzoek van de belanghebbende de door hem meegebrachte getuigen *kunnen* worden gehoord (cursivering EB). Ook in de bezwaarfase gaat het dus niet om het *recht* tot het ondervragen van getuigen, maar om een *mogelijkheid*. Een verzoek daartoe is ter beoordeling aan het bestuursorgaan.

#### 4.2.3.2 De gerechtvaardigde beperkingen

Voor de klassieke mededingingsprocedure kunnen twee mogelijke gerechtvaardigde beperkingen relevant zijn, namelijk het zwijgrecht van getuigen en de anonimiteit van getuigen. Ten aanzien van beide beperkingen geldt dat de belangen van de verdediging bij het verhoren van deze getuigen afgewogen moeten worden tegen de belangen van de getuigen die moeten verklaren. Wanneer een minder beperkende maatregel dan het anoniem houden van getuigen of het beperken van het ondervragingsrecht van de verdediging volstaat, moeten die maatregelen worden toegepast.

Met betrekking tot het zwijgrecht in een mededingingsrechtelijke boeteprocedure geldt dat alle bij de onderneming verbonden personen het recht hebben om te zwijgen wanneer zij worden verhoord in het kader van het onderzoek van de ACM (bijvoorbeeld bij het voldoen aan de vordering tot inlichtingen) of een eventueel getuigenverhoor.<sup>223</sup> Het EHRM heeft dan ook benadrukt dat het zwijgrecht noodza-

<sup>223</sup> Het moet dan wel gaan om 'wilsafhankelijke' vragen. Volgens de Hoge Raad is de kwalificatie van materiaal als 'wilsafhankelijk' dan wel 'wilsafhankelijk' verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene) en hangt niet af van het antwoord op de vraag of de gevorderde bescheiden zonder medewerking van de betrokkene kunnen worden verkregen. Zie HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1117.



kelijk is wanneer een medeverdachte (dus eventueel een onderneming die ook door de ACM wordt beschuldigd van mededingingsinbreuken) als getuige optreedt. Het zwijgrecht is dan ook expliciet verbonden aan het recht van ondernemingen of feitelijke leidinggevendenden om zichzelf niet te hoeven beschuldigen. Het is dan ook vreemd, en niet in lijn met deze gedachte, dat de Mw het zwijgrecht niet van toepassing laat zijn op ex-werknemers. Het is immers niet de onderneming zelf, maar haar werknemers die worden verhoord en die eventueel met hun verklaringen bijdragen aan de schuldvaststelling van de onderneming. Wanneer een ex-werknemer wordt verhoord over het vermeende mededingingsbeperkende handelen van de onderneming in de periode dat hij bij de onderneming werkzaam was, dient ook deze ex-werknemer een zwijgrecht toe te komen. Een andersluidend oordeel wordt in ieder geval (vooralsnog) niet gesteund door rechtspraak van het EHRM.<sup>224</sup> Ook de stelling dat alleen natuurlijke personen en niet – of in mindere mate – ondernemingen een beroep kunnen doen op het zwijgrecht<sup>225</sup> volgt niet uit de EHRM-jurisprudentie.<sup>226</sup>

Naast het invoeren van het zwijgrecht kan een gerechtvaardigde beperking gelegen zijn in de wens van een getuige om anoniem te blijven, bijvoorbeeld uit vrees voor represailles. Ook deze beperking op het ondervragingsrecht is door het EHRM geaccepteerd, mits de uitoefening van deze beperking niet verdergaat dan strikt noodzakelijk (proportioneel) en voldoende omringd is door compenserende maatregelen. De omstandigheid dat de ACM in sommige zaken gebruikmaakt van anonieme informanten, die dus niet direct door de vermeende overtreders van de mededingingsregels gehoord kunnen worden, is niet per definitie in strijd met artikel 6 EVRM. Wel moeten er gegronde redenen zijn om hun identiteit geheim te houden. Enkel de mogelijke terughoudendheid van informanten om een toezichthouder in de toekomst informatie te verschaffen, is onvoldoende grond voor een dergelijke beperking van het ondervragingsrecht.<sup>227</sup> Een zwaarwegende grond kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de omstandigheid dat de getuige deel uitmaakt van een inlichtingendienst.<sup>228</sup>

#### 4.2.3.3 *Het gebruik van getuigenverklaringen in boeteprocedures*

De vorige twee deelparagrafen illustreren dat gerechtvaardigde beperkingen op het ondervragingsrecht mogelijk zijn. Voor de vaststelling van een schending zijn namelijk twee andere omstandigheden relevant, waarvan één het daadwerkelijke gebruik van de getuigenverklaringen voor de vaststelling van een mededingingsinbreuk betreft (naast de vraag of voldoende compenserende maatregelen aanwezig zijn). Het betreft hier de zogeheten ‘*sole or decisive*’-regel van het EHRM die de vraag omvat in hoeverre de

<sup>224</sup> Zie hierover ook Slotboom 2001, p. 131-143.

<sup>225</sup> Zie bijvoorbeeld Wils 2011, p. 206-207; en Wils 2003a, p. 567-588. Wils verwijst naar de Verenigde Staten waar ondernemingen geen bescherming genieten onder het vijfde amendement over het recht om zichzelf niet te hoeven beschuldigen. Zie *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988).

<sup>226</sup> Het EHRM heeft artikel 6 EVRM expliciet van toepassing verklaard op rechtspersonen. Zie bijvoorbeeld EHRM 12 november 2002, 32559/96 (*Fortum Oil en Gas Oy t. Finland*). Zie hierover Emberland 2006.

<sup>227</sup> CBb 25 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:162, JOR 2014/171.

<sup>228</sup> CRvB 22 november 1990, TAR 1991/20.

getuigenverklaringen van doorslaggevend belang zijn voor de uitkomst van de procedure.

Wat betekent dit nu voor de klassieke boeteprocedure? Is het mogelijk dat een boetebesluit in beslissende mate gestoeld is op verklaringen van getuigen die niet of beperkt zijn gehoord? In principe is het antwoord hierop bevestigend. In het bestuursrecht geldt immers de vrije bewijsleer. Deze bewijsleer houdt in dat het bestuursprocesrecht geen regels kent die voorschrijven welke feiten bewezen moeten worden, welke partij het bewijs moet overleggen, welke bewijsmiddelen zijn toegelaten en welke bewijskracht aan deze bewijsmiddelen toegekend moet worden.<sup>229</sup> Naast de verklaringen en het bewijs van clementieverzoekers is geen aanvullend bewijs nodig voor het vaststellen van een inbreuk. Of in een dergelijk geval sprake is van een schending van artikel 6 lid 3 sub d EVRM, hangt af van de compenserende maatregelen, waaronder de aanwezigheid van steunbewijs.

#### 4.2.3.4 *De compenserende maatregelen*

De voorgaande paragrafen illustreren dat het niet of het beperkt horen van getuigen alleen verenigbaar is met artikel 6 lid 3 sub d EVRM wanneer deze beperkingen voldoende worden gecompenseerd. Wat deze compenserende maatregelen precies inhouden, is niet duidelijk. Het EHRM schrijft geen minimum aan compenserende maatregelen voor, maar beoordeelt in elke zaak of de procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen. Het feit dat het EHRM een niet-limitatieve lijst van compenserende maatregelen heeft aangenomen, bemoeilijkt het analyseren van de verenigbaarheid van de klassieke boeteprocedure met artikel 6 EVRM voor het geval een getuige anoniem wenst te blijven of zich beroept op zijn zwijgrecht. Van belang blijkt dat de verdediging een eigen oordeel moet kunnen vellen over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring. De vraag is vervolgens hoe dit geëffectueerd kan worden. Ten aanzien van getuigen die zich beroepen op het zwijgrecht is het in ieder geval van belang dat de getuige zich niet bij elke vraag op het zwijgrecht beroept. Dit betekent dat de getuige wel vragen moet beantwoorden die niet samenhangen met de reden van zijn zwijgrecht. Daarnaast is de aanwezigheid van ondersteunend bewijs een belangrijke factor. De eerste compenserende factor is voor klassieke mededingingsprocedures lastig te bewerkstelligen aangezien de vragen vooral betrekking zullen hebben op de vermeende inbreuk op het mededingingsrecht, hetgeen juist een onderwerp is dat buiten het debat zal blijven. Onduidelijk is dan ook welke vragen niet met het zwijgrecht zijn verbonden. Verder kan een compenserende maatregel bestaan uit de aanwezigheid van voldoende steunbewijs. Deze voorwaarde zal per zaak ingevuld moeten worden, al lijkt het sterk dat de ACM een boetebesluit grotendeels zal baseren op de verklaringen van een zwijgende getuige. In een geschil betreffende een overtreding van de Tw kwam dit vraagstuk aan de orde. In deze zaak oordeelde het CBb dat de overtreding niet alleen bleek uit de verklaringen van de getuige aan wie een zwijgrecht toekwam, maar ook uit andere verklaringen en uit door de ACM op

---

<sup>229</sup> Tak 2014, p. 1290.

computers aangetroffen e-mails. Bovendien sloot de uitkomst van het technisch onderzoek naadloos aan bij de verklaringen van de getuige. Onder die omstandigheden stond artikel 6 lid 3 sub d EVRM volgens het CBb niet in de weg om de door de getuige tegenover de ACM afgelegde verklaringen mede voor het bewijs te gebruiken.<sup>230</sup> Met betrekking tot getuigen die anoniem wensen te blijven, bijvoorbeeld informanten, kent de ACM de regeling dat informanten ook via een tussenpersoon contact kunnen zoeken met de ACM. De identiteit van de informant (niet van de tussenpersoon) blijft in principe anoniem. Zolang de informatie van de informanten niet gebruikt wordt als bewijs, maar slechts voor het initiëren van een onderzoek, is een ondervraging van deze informanten, en dus de vraag naar compenserende maatregelen, niet aanwezig. Wanneer verklaringen van informanten wel deel uitmaken van het dossier, dan zijn geen specifieke maatregelen voorhanden die de beperking op het getuigenverhoor in een boeteprocedure kunnen compenseren, behalve wederom de aanwezigheid van voldoende steunbewijs. Het gebruik van anonieme getuigen is dan ook minder gebruikelijk in het bestuursprocesrecht en is alleen toegestaan wanneer in ieder geval ander verifieerbaar bewijsmateriaal bestaat<sup>231</sup> en de rechter bekend is met de identiteit van de informant.<sup>232</sup>

#### 4.2.4 Voorlopige bevindingen

De klassieke boeteprocedure voor de ACM voorziet niet in een expliciet recht op een getuigenverhoor. Ten aanzien van de primaire besluitvormingsprocedure ontbreekt überhaupt een rechtsbasis voor een getuigenverhoor en in de bezwaarfase ligt de beslissing om getuigen te horen in handen van de Adviescommissie bezwaarschriften. Er zijn dan ook geen zaken bekend waar de ACM besloot, eventueel op verzoek van de ondernemingen, om getuigen te horen. In het licht van artikel 6 lid 3 sub d EVRM is deze praktijk niet wenselijk. Wanneer de ACM besluit belastende verklaringen van derden ten grondslag te leggen aan een boetebesluit, dan dienen de ondernemingen ook de mogelijkheid te krijgen deze verklaringen op hun betrouwbaarheid te toetsen. Op dit moment is de praktijk zo geregeld dat de ondernemingen in beroep moeten gaan wanneer zij hun ondervragingsrecht willen effectueren.

Deze voorlopige bevinding impliceert niet dat in elke zaak een getuigenverhoor plaats dient te vinden, noch dat het ondervragingsrecht onbeperkt is. Het is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM dat, onder omstandigheden, het getuigenverhoor beperkt is, bijvoorbeeld wanneer de getuige een beroep doet op het zwijgrecht. De interpretatie die de bestuursrechters aan het zwijgrecht geven, levert dan ook geen spanningen op met artikel 6 EVRM. Wel kunnen vraagtekens gesteld worden bij de, door de wetgever gemaakte, uitzondering voor ex-werknemers die geen beroep kunnen doen op het zwijgrecht. Zowel het Unierecht als de EVRM lijken deze

<sup>230</sup> CBb 10 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ2122.

<sup>231</sup> CRvB 22 november 1990, TAR 1991/20. Zie over mogelijke procedurele compenserende maatregelen bij getuigen die wensen anoniem te blijven: Dreissen & Nauta 2012.

<sup>232</sup> CBb 25 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:162, FED 2014/75 m.nt. E. Thomas.

beperking niet te verdedigen. Met een gerechtvaardigd beroep op het zwijgrecht, of eventueel de wens van een informant om anoniem te blijven, is de beoordeling of sprake is van een schending van artikel 6 EVRM niet afgerond. Vervolgens zal gekeken moeten worden in welke mate gebruik is gemaakt van de verklaring en of er maatregelen aanwezig zijn die de beperking op het getuigenverhoor kunnen compenseren. Bij het zwijgrecht ligt het voor de hand dat de compensatie bestaat uit ondersteunend bewijs. Ten aanzien van anonieme getuigen geldt, naast de aanwezigheid van verifieerbaar ondersteunend bewijs, dat in ieder geval de rechter de identiteit moet kennen. Het is onduidelijk welke compenserende maatregelen mogelijk zijn wanneer de ACM het boetebesluit grotendeels of in belangrijke mate baseert op verklaringen van getuigen. Het feit dat het besluit zich voor een groot deel baseert op deze verklaringen maakt dat de compenserende maatregel niet kan bestaan uit de aanwezigheid van voldoende steunbewijs.

### 4.3 Het getuigenverhoor in clementieprocedures

#### 4.3.1 *Status quo*

In lijn met de klassieke boeteprocedure geldt dat ook in de clementieprocedure geen sprake is van een getuigenverhoor. De clementieprocedure heeft echter wel een aantal eigenaardigheden die het belang van een getuigenverhoor wellicht duidelijker naar voren laten komen. In hoofdstuk 2 is de clementieprocedure uitvoerig aan bod gekomen. In dat hoofdstuk werd duidelijk dat een clementieverzoek gepaard moet gaan met een clementieverklaring waarin de onderneming verklaart deelgenomen te hebben aan het beweerde kartel, inclusief een gedetailleerde omschrijving van het kartel. Het clementieverzoek bevat tevens bewijsmateriaal dat de verklaring staft.<sup>233</sup> Met instemming van de ACM kan het clementieverzoek mondeling worden gedaan. De mondelinge clementieverklaring wordt vervolgens door de ACM geregistreerd.<sup>234</sup> Voor clementieverzoekers die niet in aanmerking komen voor boete-immuniteit geldt tevens de eis dat zij informatie aanleveren die ‘aanzienlijke additionele waarde’ bevat.<sup>235</sup> Met name bij deze eis bestaat het gevaar dat een clementieverzoeker onjuiste verklaringen aflegt teneinde een boetekorting veilig te stellen. De motivatie voor het verkleuren van de feiten kan dus gelegen zijn in de verplichting om bewijs aan te leveren dat van aanzienlijke additionele waarde is. Daarnaast kan een clementieverzoeker de gebeurtenissen op een andere wijze hebben waargenomen of onbewust verkleurd weergegeven. Een getuigenverhoor is dan ook bij uitstek een geschikt middel om deze verklaringen op hun juistheid te toetsen.<sup>236</sup> Bij clementieprocedures komt het belang van een getuigenverhoor nadrukkelijker naar voren omdat de verklaringen van

<sup>233</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (hierna: ‘Beleidsregel clementie’), artikel 13.

<sup>234</sup> Beleidsregel clementie, artikel 14.

<sup>235</sup> Beleidsregel clementie, artikelen 5 en 6.

<sup>236</sup> Zie ook Wesseling 2010, p. 128-135.

clementieverzoekers gebruikt worden voor het starten van een onderzoek, voor het uitvoeren van een gerichte inspectie en zelfs voor het vaststellen van een mededingingsinbreuk.<sup>237</sup>

#### 4.3.2 *Vergelijking met het Unierecht*

In paragraaf 4.3.1 is reeds de conclusie getrokken dat er geen recht is op een getuigenverhoor in de administratieve fase van een mededingingsprocedure. Dit geldt dus ook voor procedures waarin een clementieverzoek is ingediend. Over het gebruik van verklaringen van clementieverzoekers zijn de Unierechters van oordeel dat deze met voorzichtigheid beoordeeld dienen te worden, maar dat deze niet per definitie onbetrouwbaar zijn. Volgens de Unierechters kan immers elke poging tot het misleiden van de Commissie, bijvoorbeeld door het verstrekken van onjuiste informatie, het verkrijgen van een financiële vergoeding ondermijnen. Ook op grond van de Nederlandse clementieregeling geldt dat een clementieverzoeker, totdat het boetebesluit onherroepelijk is geworden, voortdurend alle medewerking aan de ACM moet verlenen.<sup>238</sup> Wanneer deze medewerking niet wordt verleend, verliest de clementieverzoeker een eventuele boete-immuniteit<sup>239</sup> of boetekorting.<sup>240</sup> Zoals de rechtbank in de zaak *Executieveilingen* benadrukte (met verwijzing naar deze Europese jurisprudentie),<sup>241</sup> kan iedere poging om de ACM te misleiden twijfels doen rijzen over de oprechtheid en de volledigheid van de medewerking van de clementieverzoeker, wat bijgevolg de mogelijkheid tot het verkrijgen van clementie in gevaar kan brengen.<sup>242</sup> Ten aanzien van de betrouwbaarheid van clementieverklaringen volgt het Nederlandse recht dus geheel de lijn die door de Europese rechter is uitgezet: clementieverklaringen zijn niet per definitie ongeloofwaardig, maar een zekere argwaan bij het gebruik daarvan als bewijs is geboden.

#### 4.3.3 *Vergelijking met het EVRM*

##### 4.3.3.1 *Het getuigenverhoor*

In principe gelden ten aanzien van de clementieprocedure dezelfde regels als ten aanzien van het horen van getuigen in de 'klassieke' boeteprocedure. In beide gevallen wordt een bestuurlijke boete opgelegd waardoor sprake is van een strafrechtelijke vervolging. Artikel 6 lid 3 sub d EVRM verlangt dan een mogelijkheid tot het ondervragen van de getuigen.

<sup>237</sup> Beleidsregel clementie, artikel 4.

<sup>238</sup> Beleidsregel clementie, artikel 17 lid 1.

<sup>239</sup> Beleidsregel clementie, artikel 4 lid 1 sub e.

<sup>240</sup> Beleidsregel clementie, artikel 5 sub d en artikel 6 sub d.

<sup>241</sup> De Rechtbank verwijst naar de volgende zaken: Gerecht EU 12 juli 2011, T-113/07, *Jur.* 2011, p. II-3989 (*Toshiba Corp. T. Commissie*), par. 94; en GvEA EG 16 november 2006, zaak T-120/04, *Jur.* 2006, p. II-4441 (*Peróxidos Orgánicos t. Commissie*), par. 70.

<sup>242</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10129.

Het EHRM heeft een autonome betekenis gegeven aan het begrip getuigen waardoor niet alleen getuigen *stricto sensu* binnen het bereik van artikel 6 EVRM vallen, maar ook medeverdachten. Dit betekent dat ondernemingen die een boeterapport van de ACM hebben ontvangen, een mogelijkheid moeten hebben om elkaar als getuigen te kunnen ondervragen. Vooral ondernemingen die geen clementieverzoek hebben ingediend, kunnen belang hebben bij een getuigenverhoor. Door middel van een getuigenverhoor kunnen zij de verklaringen van de clementieverzoekers c.q. medeverdachten op hun betrouwbaarheid toetsen en eventuele onwaarheden aan het licht brengen. Illustratief is de zaak *Isolerend dubbelglas*. In deze zaak plaatste de rechtbank vraagtekens bij de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen. Volgens de rechtbank vonden de clementieverklaringen onvoldoende precieze en nadrukkelijke bevestiging in andere bewijsmiddelen van de ACM. Op grond hiervan besloot de rechtbank het boetebesluit van de ACM te vernietigen.<sup>243</sup> Ook in een andere zaak, de zaak *Boomkwekerijen*, bestond discussie over de betrouwbaarheid van de verklaringen van clementieverzoekers. In deze zaak konden de eisers bepaalde verklaringen niet verifiëren omdat de geluidsopnames van de verklaringen waren vernietigd. Volgens het CBb stond het de ondernemingen vrij alle in het bestuursrecht toegelaten bewijsmiddelen, waaronder het horen van de clementieverzoeker als getuige, te gebruiken om tegenbewijs te leveren. De omstandigheid dat de geluidsopnames niet meer beschikbaar waren, was volgens het CBb echter onvoldoende om te oordelen dat de schriftelijke vastlegging van de verklaringen onjuist zou zijn.<sup>244</sup> Beide uitspraken illustreren, ondanks het verschil in uitkomst, het belang van een eventueel getuigenverhoor voor het testen van de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de verklaringen die door ondernemingen zijn afgelegd in het kader van een clementieprocedure.

Het belang van een getuigenverhoor is minder groot voor de clementieverzoekers die boete-immuniteit hebben gekregen. Voor hen heeft een getuigenverhoor in principe weinig om het lijf: de deelname aan de inbreuk is opgebiecht en de contouren van het kartel zijn door hen reeds uitvoerig weergegeven. Het getuigenverhoor zal dan ook niet snel ingezet worden voor het geven van ontlastende informatie, laat staan voor het geven van nog meer belastende informatie (het verzamelen daarvan is immers een taak die is weggelegd voor de ACM). Clementieverzoekers die ‘slechts’ een boetekorting hebben gekregen, kunnen echter wel nog steeds belang hebben bij een getuigenverhoor, bijvoorbeeld wanneer zij vinden dat ze te zwaar zijn gestraft. Mocht dit niet het geval zijn, dan kan van het getuigenverhoor worden afgezien. Deze strafrechtelijke waarborg hoeft niet, zoals het EHRM bepaalde in de zaak *Jussila*, ‘within its full stringency’ van toepassing te zijn op clementieprocedures. De feitelijke en juridische vragen die in een zaak spelen, kunnen er dan toe nopen dat de zaak enkel schriftelijk (dus zonder hoorzitting en een eventueel getuigenverhoor) wordt afgedaan. Een dergelijke schriftelijke behandeling ligt, zoals hiervoor reeds aangestipt, voor de hand in clementieprocedures waar weinig tot geen feitelijke of juridische vraagstukken

<sup>243</sup> Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.

<sup>244</sup> CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118.

aanwezig zijn die door middel van een getuigenverhoor opgelost kunnen worden. De clementieverzoekers hebben immers zelf reeds de inbreuk opgebiecht en al het nodige bewijs overlegt dat de afgelegde verklaringen ondersteunde. In de loop van het onderzoek komen clementieverzoekers regelmatig in contact met de ACM en kunnen bepaalde feitelijke en juridische constatering van de ACM ophelderen of nuanceren. Een getuigenverhoor is voor clementieverzoekers dan ook van minder toegevoegde waarde dan voor de andere ondernemingen die juist de vermeende onjuistheid of onbetrouwbaarheid van de verklaringen van de clementieverzoekers aan het licht willen brengen.

#### 4.3.3.2 *De bewijswaarde van getuigenverklaringen*

De Nederlandse (rechts)praktijk in mededingingsprocedures sluit het gebruik van verklaringen van clementieverzoekers niet uit. Integendeel, in mededingingsprocedures komt het regelmatig voor dat de verklaringen van clementieverzoekers doorslaggevend zijn voor het initiëren van een boeteonderzoek of voor het vaststellen van een inbreuk. Ten aanzien van de bewijswaarde van deze verklaringen wordt groot belang gehecht aan de omstandigheid dat deze verklaringen meestal zijn opgesteld door iemand die rechtstreeks getuige was van de inbreuk en, door het afleggen van een belastende verklaring, incriminerend is. Wel geldt dat voorzichtigheid bij het gebruik van deze verklaringen geboden is, gelet op de mogelijkheid dat de clementieverzoekers geneigd zouden kunnen zijn vooral belastende omstandigheden te noemen die het gedrag van hun concurrenten betreffen. De verklaringen zullen volgens de Nederlandse rechtspraak echter niet per definitie een vertekend beeld geven van de andere ondernemingen die door de ACM worden onderzocht. Het afleggen van onjuiste verklaringen kan immers tot gevolg hebben dat de ACM afziet van een boetekorting. Het Straatsburgse Hof is echter meer sceptisch over het gebruik van verklaringen van medeverdachten die voor deze verklaringen bepaalde (sanctie)voorwaarden hebben gekregen.<sup>245</sup> Deze verklaringen zijn volgens het EHRM makkelijker te manipuleren.<sup>246</sup> Het is dan ook van groot belang dat een getuige aan wie een toezegging is gedaan ten volle wordt ondervraagd door de verdediging en degene die over de zaak beslist. Of het risico op het verliezen van een boetekorting inderdaad de trigger is om juist geen onjuiste of verkleurde verklaringen af te leggen, staat immers niet vast. Hetzelfde geldt voor de motivatie van een onderneming om juist wel een vertekend beeld te geven van de eigen bijdrage en de bijdrage van de andere overtreeders van het mededingingsrecht aan de inbreuk. Een potentiële methode voor het ventileren van eventuele onjuistheden is dan ook, zoals hiervoor al aangestipt, een getuigenverhoor.

<sup>245</sup> EHRM 21 oktober 1993, 17265/90 (*Alvaro Baragiola t. Zwitseland*), par. 122.

<sup>246</sup> Wanneer een getuige aan wie een toezegging is gedaan ten volle is ondervraagd door de verdediging, resteert echter nog steeds een risico dat deze verklaringen niet betrouwbaar zijn en dus niet bijdragen aan de waarheidsvinding. Zie Ölçer 2014b, p. 488-497.



#### 4.3.3.3 *De gerechtvaardigde beperkingen*

De voor mededingingsprocedures relevante beperkingen op het ondervragingsrecht zijn getuigen die zich op hun zwijgrecht beroepen of die anoniem wensen te blijven. Ten aanzien van beide beperkingen geldt dat clementieverzoekers zich daarop niet kunnen beroepen. In tegenstelling tot een onderneming in de klassieke boeteprocedure doet een clementieverzoeker, door het vrijwillig indienen van een clementieverzoek ter verkrijging van een boetekorting of boete-immuniteit, afstand van zijn zwijgrecht. De verklaringen die de clementieverzoeker aan de ACM aflegt, maken dan ook deel uit van het dossier waar de geadresseerden van het boeterapport inzage in verkrijgen.<sup>247</sup>

Dat ondernemingen in principe geen beroep kunnen doen op het zwijgrecht ligt mogelijk anders voor de personen die als feitelijk leidinggevend zijn aan te merken. Ter voorkoming van een persoonlijke boete<sup>248</sup> kunnen feitelijk leidinggevend of opdrachtgevers op grond van de Nederlandse clementieprocedure<sup>249</sup> een clementieverzoek indienen. Maar wat als de onderneming wel en de feitelijke leidinggevend geen clementieverzoek hebben ingediend? De onderneming die een clementieverzoek indient, is verplicht om medewerking te verlenen aan het onderzoek. De medewerking kan bijvoorbeeld bestaan uit het beschikbaar stellen van alle werknemers voor het afleggen van verklaringen, ongeacht of het de direct leidinggevend betreft. De ACM kan dus in het kader van de medewerkingsverplichting direct leidinggevend horen. De vraag is dan of de feitelijk leidinggevend die geen clementieverzoek hebben ingediend nog wel een beroep kunnen doen op het hun toekomende zwijgrecht.<sup>250</sup> Hier is een duidelijke spanning waar te nemen tussen de onderneming die in het kader van de clementieprocedure geen zwijgrecht meer toekomt en de natuurlijke personen van de onderneming die mogelijk wel een beroep op het zwijgrecht kunnen doen.<sup>251</sup> Deze spanning wordt verder gevoed door de discussie over het verlenen van minder 'mensenrechten' aan ondernemingen dan aan natuurlijke personen.<sup>252</sup> Het verlenen van meer rechtsbescherming aan natuurlijke personen in vergelijking tot rechtspersonen zou ervoor pleiten dat de feitelijk leidinggevend (van een onderneming die een clementieverzoek heeft ingediend) juist wel een beroep moeten kunnen doen op het zwijgrecht. Het EHRM heeft zich echter nog niet uitgesproken over een mogelijke verzwaarde rechtsbescherming voor natuurlijke personen. Bovendien is tot op heden deze spanning tussen de medewerkingsplicht van de onderneming en het zwijgrecht

<sup>247</sup> Mits de geadresseerden en zijn gemachtigde schriftelijk toezeggen de clementieverklaring of het transcript hiervan niet te kopiëren, te fotograferen, of op een andere wijze vast te leggen, met uitzondering van het overschrijven ervan, en de in de clementieverklaring vervatte informatie uitsluitend te gebruiken in de bestuursrechtelijke procedure met betrekking tot het kartel. Zie Beleidsregel clementie, artikel 27.

<sup>248</sup> Op grond van artikel 5:1 lid 3 Awb jo. artikel 56 lid 1 Mw kan de ACM leidinggevend voor inbreuken op de artikelen 6 en 24 Mw (en artikelen 101 en 102 VWEU) een bestuurlijke boete, een last onder dwangsom en een bindende aanwijzing tot naleving van de wet opleggen. De maximale boete bedraagt volgens artikel 12n van de Instellingswet € 450.000.

<sup>249</sup> De Europese clementieprocedure biedt deze mogelijkheid niet.

<sup>250</sup> Zie artikel 53 lid 2 Mw.

<sup>251</sup> Zie ook Van der Beek 2007, p. 309.

<sup>252</sup> Zie bijvoorbeeld Wils 2003a, p. 567-588; en Leskinen 2010.

van natuurlijke personen nog niet aan de orde gekomen. De zaken waarin het ACM feitelijk leidinggevend heeft beboet – LHV, Taxivervoer IJsselsteden en Rijnmond en de Limburgse bouwzaken 1 en 2 – zijn namelijk niet gestoeld op ingediende clementieverzoeken.<sup>253</sup>

#### 4.3.3.4 *Het gebruik van getuigenverklaringen*

De vorige deelparagraaf illustreert dat direct leidinggevend die geen clementieverzoek hebben ingediend mogelijk wel een beroep kunnen doen op het zwijgrecht, maar de onderneming die een clementieverzoek heeft gedaan niet. Een bespreking van de tweede voorwaarde voor het rechtvaardigen van een beperking op het onderzochtingsrecht, de vraag of de verklaring van doorslaggevende betekenis is, is dan ook in principe overbodig. Wel kan een bespreking van deze voorwaarde de conclusie ondersteunen dat een getuigenverhoor plaats dient te vinden. Het is immers vaste Straatsburgse jurisprudentie dat een schuldvaststelling niet enkel of grotendeels gebaseerd mag worden op een niet-getoetste getuigenverklaring wanneer deze getuigenverklaring niet voldoende wordt gecompenseerd, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van steunbewijs. *A contrario* betekent dit dat de vaststelling van een inbreuk wel grotendeels mag steunen op een getuigenverklaring mits de verdediging de mogelijkheid heeft gehad de getuigenverklaring op betrouwbaarheid te testen.

In overeenstemming met de klassieke boeteprocedure geldt dat ook in een clementieprocedure een inbreuk vastgesteld kan worden op grond van een getuigenverklaring. Dit betekent dat een boetebesluit in beslissende mate gestoeld kan worden op verklaringen van clementieverzoekers. Van belang is dat de ACM nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen aandient die de conclusie rechtvaardigen dat een inbreuk is gepleegd. Welke minimale bewijsmiddelen in het dossier aanwezig moeten zijn, is onduidelijk.<sup>254</sup> Theoretisch gezien kan de ACM echter de zaak in zijn geheel baseren op de clementieverklaring. In de praktijk zal de ACM de clementieverklaring aanvullen met andere bewijsmiddelen (bijvoorbeeld met ander clementiemateriaal), omdat de kans zeer groot is dat de niet-clementieverzoekers de clementieverklaringen zullen betwisten. In dat geval moet de twijfel ten aanzien van het bestaan van de overtreding in het voordeel van de niet-clementieverzoekers worden uitgelegd. In bijvoorbeeld de zaak *Executieveilingen* beschikte de ACM naast de clementieverklaring over mondelinge verklaringen van handelaren, handgeschreven aantekeningen van handelaren waarop het veilingverloop van een pand werd weergegeven en overzichtslijsten met namen en adresgegevens van handelaren die regelmatig aan de (na)veiling van panden meededen waardoor de ACM volgens de rechtbank voldeed aan de daaraan te stellen bewijsstandaard.<sup>255</sup> In de zaak *Isolerend dubbelglas* bestond twijfel over de betrouwbaarheid van de verklaringen van de clementieverzoekers. Door de aanwezigheid van deze twijfel had de ACM volgens de rechtbank de clementieverklaringen moeten aanvullen met andere precieze en

<sup>253</sup> Zie over deze zaken meer: Slotboom 2013, p. 106-116.

<sup>254</sup> Gerbrandy 2012, p. 210.

<sup>255</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10129.

nadrukkelijke bewijsmiddelen.<sup>256</sup> De rechtbank eist dus de aanwezigheid van steunbewijs wanneer de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen niet vaststaat. Wanneer echter geen twijfels bestaan over de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen, is het goed mogelijk dat de ACM de inbreuk '*solely or decisively*' bewijst op grond van deze verklaringen. In dat geval is het aan de verdediging om de eventuele onbetrouwbaarheid van deze verklaringen aan te vechten door middel van een getuigenverzoek. Het niet verlenen van een dergelijk getuigenverhoor verhoudt zich dan niet goed tot de eisen van het EHRM.

#### 4.3.3.5 *De compenserende maatregelen*

Het feit dat ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend geen beroep kunnen doen op het zwijgrecht, maakt een behandeling van de mogelijke compenserende maatregelen onnodig. In de bespreking van compenserende maatregelen voor een beperking op het ondervragingsrecht in de klassieke boeteprocedure (paragraaf 4.3.3.4) is daarnaast duidelijk gemaakt dat deze voorwaarde per zaak verschillend ingevuld kan worden. Zo kan de aanwezigheid van voldoende steunbewijs een beperking op het ondervragingsrecht ondervangen. Een andere mogelijke compenserende maatregel kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de ondernemingen een schriftelijke uitwerking ontvangen van de clementieverklaringen en deze in hun schriftelijke zienswijzen op het boeterapport kunnen aanvechten. Of deze laatste maatregel voldoende is voor het effectief betwisten van de betrouwbaarheid van clementieverklaringen is onduidelijk. De ondernemingen krijgen immers geen toegang tot de volledige clementieverklaringen (zie de eerste casestudie), terwijl deze verklaringen, zoals de zaak *Isolerend dubbelglas* illustreert, wel degelijk iets kunnen zeggen over de betrouwbaarheid van de persoon die deze verklaring heeft afgelegd.<sup>257</sup>

#### 4.3.4 *Voorlopige bevindingen*

Net zoals in een klassieke boeteprocedure hebben ondernemingen in een clementieprocedure het recht om getuigen te ondervragen. Een clementieprocedure start immers als een klassieke boeteprocedure (wat gelijkgesteld kan worden met een strafvervolgning). Ook met betrekking tot dit type boeteprocedure kan niet gesproken worden van een positief ondervragingsrecht. Voor ondernemingen die geen clementieverzoek hebben ingediend, maar die zich wel geconfronteerd zien met belastende verklaringen die door een clementieverzoeker zijn ingediend, is deze praktijk niet wenselijk. Door middel van een getuigenverhoor kunnen deze ondernemingen immers de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaringen beoordelen. Een getuigenverhoor is juist bij clementieprocedures noodzakelijk, gezien het gevaar van clementieverzoekers die misleidende of gekleurde informatie geven. Het EHRM is zich terdege bewust van de gevoeligheid van verklaringen die zijn afgelegd door medeverdachten en die met

<sup>256</sup> Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.

<sup>257</sup> Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.

deze verklaringen een strafvermindering hebben gekregen. Een volle ondervraging van medeverdachten is volgens het EHRM noodzakelijk, waarbij volgens het EHRM nog steeds een voorzichtig gebruik van deze verklaringen geboden is. De Nederlandse rechtspraak, die op dit punt aansluit bij het Europese standpunt, is echter minder terughoudend met het op betrouwbaarheid schatten van clementieverklaringen. Alhoewel een voorzichtig gebruik wordt aangeraden, lijken de bestuursrechters ervan uit te gaan dat een eventueel verlies van de boetekorting (door het afleggen van gekleurde verklaringen) de drijfveer is van clementieverzoekers om enkel de waarheid te spreken. Met dit standpunt wekken de bestuursrechters onterecht het beeld dat zij inzicht hebben in de beweegredenen van clementieverzoekers en gaan zij voorbij aan het belangrijkste speerpunt van het getuigenverhoor van artikel 6 EVRM: het garanderen van een eerlijk proces door het verlenen van bepaalde verdedigingsrechten aan degene die geconfronteerd wordt met een strafrechtelijke vervolging. Het feit dat een zaak *'solely or decisively'* gestoeld kan zijn op de verklaringen en het materiaal dat een clementieverzoeker heeft ingediend, ondersteunt de conclusie dat een getuigenverhoor in het licht van artikel 6 EVRM dient plaats te vinden.

#### 4.4 Het getuigenverhoor in overige procedures

##### 4.4.1 *Status quo*

###### 4.4.1.1 *De toezeggingsprocedure*

In de vorige casestudies is, waar het ging om de toezeggingsprocedure, veelvuldig gewezen op de uniforme voorbereidingsprocedure die wordt gevolgd bij het bindend verklaren van toezeggingen. Deze procedure vangt aan met een toezeggingsaanvraag van de betrokken ondernemingen. Deze aanvraag volgt meestal nadat de ACM heeft gewezen op mogelijke mededingingsbezwaren in een bepaalde sector. Wanneer de ACM akkoord gaat, wordt een ontwerp van een toezeggingsbesluit ter inzage gelegd dat, eventueel na ontvangst van zienswijzen, bindend verklaard kan worden. Zowel gedurende de fase voordat een ontwerp-toezeggingsbesluit ter inzage wordt gelegd als de fase daarna bestaat er geen mogelijkheid tot het horen van getuigen. Het ligt echter ook niet voor de hand dat een getuigenverhoor wel onderdeel zou uitmaken van de toezeggingsprocedure. In tegenstelling tot de klassieke boete- en clementieprocedure zal in een toezeggingsprocedure minder sprake zijn van belastende verklaringen die middels een getuigenverhoor op hun betrouwbaarheid getest dienen te worden. In een toezeggingsprocedure hoeft immers geen inbreuk te zijn vastgesteld: een toezegging kan ook bindend verklaard worden voordat een overtreding is vastgesteld. Daarnaast hebben de ondernemingen gedurende de fase voor het definitief bindend verklaren van de toezegging volop mogelijkheden om met de ACM informeel in discussie te treden en eventueel ontlastende informatie naar voren te brengen.

###### 4.4.1.2 *De overige procedures*

Ook in de overige mededingingsprocedures – de procedure waarin een last onder dwangsom, een zelfstandige last of de bindende aanwijzing wordt opgelegd – is geen

recht om getuigen te horen. In deelparagraaf 4.2.1.1 van dit hoofdstuk kwam reeds naar voren dat in de Awb geen specifieke bepaling is opgenomen voor het horen van getuigen in de primaire besluitvormingsfase.

#### 4.4.2 *Vergelijking met het Unierecht*

##### 4.4.2.1 *De toezeggingsprocedure*

Ook op grond van het Unierecht bestaat er in toezeggingsprocedures geen recht op het horen van getuigen. Wanneer de toezegging gedaan wordt voordat de Commissie de punten van bezwaar heeft uitgebracht, dan vindt geen hoorzitting plaats (zie de casestudie over het recht om gehoord te worden). Mocht de toezegging niet bindend verklaard worden, dan transformeert de toezeggingsprocedure in een klassieke boete-procedure waar wel een hoorzitting wordt georganiseerd en waar wel een mogelijkheid moet bestaan om getuigen te horen.

##### 4.4.2.2 *De overige procedures*

De Commissie kan op grond van het Unierecht geen zelfstandige last of een bindende aanwijzing opleggen. Met betrekking tot de last onder dwangsom volgt zij de procedure die is neergelegd voor de oplegging van een boete. Dit betekent dat, conform paragraaf 3 hiervoor, er geen rechtsbasis bestaat voor het horen van getuigen. De Commissie kan, maar is daartoe niet verplicht, getuigen oproepen wanneer zij dit noodzakelijk acht voor de beslechting van de zaak. De Nederlandse procedure voor het opleggen van een last is daarmee in overeenstemming met het Unierecht.

#### 4.4.3 *Vergelijking met het EVRM*

##### 4.4.3.1 *De toezeggingsprocedure*

Artikel 6 EVRM regelt het recht op een eerlijk proces voor procedures waarin sprake is van een strafrechtelijke vervolging of een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen. De toezeggingsprocedure valt buiten het bereik van dit artikel waardoor op grond van artikel 6 EVRM geen recht om getuigen te horen ingeroepen kan worden. De huidige toezeggingsprocedure, die niet voorziet in een getuigen-verhoor, is daarmee in overeenstemming met het EVRM.

##### 4.4.3.2 *De overige procedures*

In principe is het ondervragingsrecht beperkt tot degene tegen wie een strafrechtelijke vervolging is ingesteld. Het ondervragingsrecht is immers een van de verdedigingsrechten die in het derde lid van artikel 6 EVRM is opgenomen. Het EHRM heeft echter erkend dat het ondervragingsrecht ook een rol kan spelen in civiele procedures. Het gaat dan om situaties waarin het afwijzen van het verzoek om getuigen te horen in strijd komt met het recht op een procedure op tegenspraak en het beginsel van gelijkheid der wapenen. De essentie van deze rechtspraak is dat de rechter de afwijzing van een dergelijk verzoek voldoende moet motiveren. In het uiterste geval kan artikel 6 lid 1 EVRM verlangen dat het verzoek wordt gehonoreerd. Het gaat dan om de situatie

waarin het getuigenverhoor de enige mogelijkheid vormt voor een betrokkene om zijn stelling te bewijzen. Van een dergelijke situatie zal in mededingingsprocedures niet snel sprake zijn. De ondernemingen krijgen immers toegang tot het dossier dat mogelijk ook ontlastende informatie kan bevatten. Daarnaast kunnen de ondernemingen eigen bewijs in de procedure inbrengen. Wanneer echter het dossier enkel belastende verklaringen bevat, en de onderneming haar onschuld kan bewijzen door een ander licht te werpen op deze verklaringen, dan ligt een getuigenverhoor wellicht in de rede.

Wanneer vervolgens een verhoor plaatsvindt, is het de vraag of de ondervraagde medeverdachte een beroep kan doen op het zwijgrecht. Het zwijgrecht is immers beperkt tot degene die wordt verhoord met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie<sup>258</sup> en strekt zich dus niet uit tot herstelsancties zoals de lastoplegging. In de jurisprudentie maakt het CBb dan ook een onderscheid tussen het nalevingstoezicht en het boetetraject. Wanneer ten tijde van de lastoplegging geen sprake is van een strafvervolgning, dan kan de betrokkene in principe geen beroep doen op het zwijgrecht. Wanneer de ACM vervolgens alsnog besluit een bestuurlijke boete op te leggen, zal zij moeten onderzoeken of en in hoeverre zij gebruik mag maken van verklaringen die in een eerder stadium zijn afgelegd. Daarbij zal onder andere van belang kunnen zijn of het gaat om gegevens die bestaan onafhankelijk van de wil van de betrokkene.<sup>259</sup> Deze afweging is in lijn met jurisprudentie van het EHRM waarin is bepaald dat de in de administratieve fase afgenomen verklaringen in beginsel niet gebruikt mogen worden voor een strafvervolgning.<sup>260</sup> Het EHRM gaat echter nog een stap verder door het zwijgrecht te activeren wanneer een risico bestaat dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd.<sup>261</sup> In mededingingsprocedures is dit risico aanwezig aangezien de ACM zowel een bestuurlijke boete als een last onder dwangsom kan opleggen.<sup>262</sup> Dit pleit ervoor het zwijgrecht ook bij een lastoplegging van toepassing te laten zijn wanneer een meer dan theoretische kans bestaat dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd.<sup>263</sup>

#### 4.4.4 Voorlopige bevindingen

De voorlopige bevindingen ten aanzien van de toezeggingsprocedure zijn positief, in de zin dat geen discrepanties zijn waar te nemen tussen de praktijk in toezeggingsprocedures en de eisen die voortvloeien uit het Unierecht en het EVRM. In de praktijk vindt geen getuigenverhoor plaats, hetgeen ook niet vereist is op grond van het Unierecht en het EVRM.

<sup>258</sup> Artikel 12i instellingswet jo. artikel 5:10a Awb.

<sup>259</sup> CBb 25 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU4338, JB 2011/283.

<sup>260</sup> EHRM 17 december 1996, NJ 1997/669 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>261</sup> EHRM 5 april 2012, 11663/04, AB 2012/323 (*Chambaz t. Zwitserland*).

<sup>262</sup> Artikel 56 Mw. Illustratief is het besluit van de ACM van 30 december 2011 in zaak 6888 (*LHV*).

<sup>263</sup> Verhey & Verheij 2005, p. 284.

In geval van een lastoplegging kunnen ondernemingen geen ondervragingsrechten inroepen. Deze praktijk is in beginsel in lijn met de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM stelt in geval van een lastoplegging, dus wanneer sprake is van een geschil over burgerlijke verplichtingen, motiveringseisen aan een eventuele afwijzing op een verzoek tot het horen van getuigen. In een uiterste geval heeft het EHRM zich op het standpunt gesteld dat geen sprake was van gelijke procespartijen wanneer de rechter, op verzoek van de belanghebbende, geen getuigenverhoor liet plaatsvinden. Een knelpunt ligt echter op de loer wanneer de ACM, bijvoorbeeld in het kader van haar onderzoek, besluit de ondernemingen te ondervragen. In principe kunnen deze ondernemingen bij een lastoplegging geen beroep doen op het zwijgrecht; er is immers geen sprake van een strafrechtelijke vervolging. Het risico bestaat echter dat alsnog een bestraffende sanctie zal worden opgelegd en aan de betreffende ondernemingen wel een zwijgrecht toekomt.

#### 4.5 Het getuigenverhoor in de rechterlijke procedure

##### 4.5.1 *Status quo*

###### 4.5.1.1 *Vrije bewijsleer*

Het bestuursprocesrecht kent een grote vrijheid ten aanzien van de bewijsmiddelen en de bewijswaardering.<sup>264</sup> De wetgever heeft dan ook de rechter bij het bewijs vrijgelaten. In het bestuursprocesrecht staat de materiële waarheidsvinding centraal.<sup>265</sup> Een middel waarmee de materiële waarheid achterhaald kan worden, is het oproepen en horen van getuigen. Voordat in de deelparagrafen 4.5.1.2 e.v. wordt ingegaan op de rechtsbasis en uitwerking van het getuigenverhoor in de Awb, volgt eerst een aantal inleidende opmerkingen over het begrip getuigenverklaringen in het bestuursprocesrecht. Ten eerste wordt met een getuigenverklaring een mondelinge verklaring van een natuurlijk persoon bedoeld. Schriftelijke verklaringen over bepaalde feiten vallen dus buiten het bereik van de definitie van getuigenverklaring.<sup>266</sup> Ten tweede wordt met getuigen in principe 'derden' bedoeld. Het is onduidelijk of onder getuigen ook procespartijen zelf kunnen vallen. In de Awb ontbreekt een expliciete bepaling waarin het horen van procespartijen is geregeld – dit in tegenstelling tot het civiele procesrecht waar een partij ook als getuige kan worden gehoord.<sup>267</sup> De grote vrijheid ten aanzien van bewijsmiddelen en de bewijswaardering in bestuursrechtelijke zaken kunnen evenwel de conclusie dragen dat ook procespartijen als getuigen opgeroepen kunnen worden, maar een expliciete rechtsregel ontbreekt. Ten derde is beëdiging niet voorgeschreven en ook geen regel. Dit betekent dat het afleggen van een valse verklaring geen meened

<sup>264</sup> Bij bewijswaardering gaat het om het antwoord op de vraag of iets bewezen is. Nauw verwant is de vraag hoe iets bewezen kan worden (de toelaatbare bewijsmiddelen) en welke mate van zekerheid de rechter voor het aannemen van bewijs verlangt. Zie Schlössels 2010, p. 477.

<sup>265</sup> Zie over de bewijslastverdeling in bestuurszaken het proefschrift van Schuurmans: Schuurmans 2005.

<sup>266</sup> Overduin 2011. Volgens Overduin volgt dit impliciet uit de artikelen 8:33, 8:46, 8:60 en 8:63 Awb.

<sup>267</sup> Artikel 164 lid 1 Rv.



is.<sup>268</sup> Ook het afleggen van verklaringen over feiten en omstandigheden die de getuige zelf heeft waargenomen, is niet wettelijk verplicht.<sup>269</sup> De bestuursrechter kan echter zelfstandig bepalen dat de getuigen alleen worden gehoord na het afleggen van de eed of de belofte.<sup>270</sup>

#### 4.5.1.2 *Het getuigenverhoor tijdens het vooronderzoek*

Het getuigenverhoor kan plaatsvinden in het vooronderzoek of tijdens de hoorzitting. De mogelijkheid voor de rechter om getuigen te horen tijdens het vooronderzoek is geregeld in artikel 8:46 Awb. Deze bepaling geeft de bestuursrechter de bevoegdheid om getuigen op te roepen en regelt onder andere dat partijen de mogelijkheid moeten krijgen om aanwezig te zijn bij het verhoor en vragen moeten kunnen stellen aan de getuigen.<sup>271</sup> Het horen kan geschieden door een rechter-commissaris<sup>272</sup> of door de bestuursrechter zelf. In hoeverre de bestuursrechter gebruikt heeft gemaakt van deze bevoegdheid is onduidelijk; gepubliceerde jurisprudentie inzake het horen van getuigen tijdens het vooronderzoek ontbreekt.<sup>273</sup> Het is in ieder geval wel duidelijk dat de bestuursrechter wettelijk gezien geheel vrij is om een verzoek van partijen tot het oproepen van een getuige al dan niet in te willigen. Partijen zullen dan ook hun verzoek moeten motiveren en eventueel concrete vragen moeten formuleren (al is de rechter wederom vrij om aan deze vragen voorbij te gaan).<sup>274</sup> Wanneer een rechter een verzoek honoreert, is de opgeroepen getuige verplicht aan die oproeping gehoor te geven en een verklaring af te leggen.<sup>275</sup> De bestuursrechter zal vervolgens minstens een week van tevoren de feiten aan partijen mededelen waarop het horen betrekking zal hebben.<sup>276</sup> Met verwijzing naar verschillende bepalingen in het Rv regelt de Awb verder de procedure omtrent de oproeping van getuigen en de mogelijkheden voor een beroep op het verschoningsrecht.<sup>277</sup>

#### 4.5.1.3 *Het getuigenverhoor ter zitting*

Voor het oproepen en meebrengen van getuigen naar de zitting bevat de Awb een aparte regeling.<sup>278</sup> Ook deze bepaling regelt de wijze van oproeping door de bestuurs-

---

<sup>268</sup> Conform artikel 207 Sr.

<sup>269</sup> Artikel 163 Rv is niet van overeenkomstige toepassing verklaard in artikel 8:33 lid 3 Awb.

<sup>270</sup> Artikel 8:33 lid 4 Awb.

<sup>271</sup> Artikel 8:46 leden 2 en 3 Awb jo. artikel 179 lid 2 Rv.

<sup>272</sup> Artikel 8:12 Awb.

<sup>273</sup> Tak 2014, punt 415.

<sup>274</sup> Tak 2014, punt 415. De rechter kan immers beletten dat aan een bepaalde vraag gevolg wordt gegeven. Zie artikel 179 lid 2 en 3 Rv dat op grond van artikel 8:46 Awb van toepassing is op het getuigenverhoor in het vooronderzoek.

<sup>275</sup> Artikel 8:33 lid 1 Awb.

<sup>276</sup> Artikel 8:46 lid 2 Awb.

<sup>277</sup> Artikel 8:33 lid 3 Awb. Indien de getuige niet verschijnt of weigert een verklaring af te leggen, heeft de rechter de mogelijkheid de getuige met sterke arm te doen halen of te gijzelen. Zie artikel 8:33 lid 3 Awb jo. artikelen 172-178 Rv.

<sup>278</sup> Artikel 8:60 lid 1 Awb.

rechter<sup>279</sup> en de wijze waarop de bestuursrechter de partijen op de hoogte brengt van de oproeping van getuigen.<sup>280</sup> Het initiatief tot het oproepen van getuigen ligt niet enkel bij de bestuursrechter die de getuigenverklaring nodig heeft om het feitenonderzoek te completeren; ook de belanghebbende kan een getuige oproepen om zijn eigen standpunten nader toe te lichten.<sup>281</sup> De belanghebbende kan de getuige zelf oproepen<sup>282</sup> of een gemotiveerd verzoek tot ambtshalve oproeping indienen bij de rechter. De voordelen van een ambtshalve oproeping is dat de getuige verplicht is te verschijnen en de kosten ten laste van het rijk komen.<sup>283</sup> Het nadeel van een ambtshalve oproeping is dat inwilliging van het verzoek (wederom) in handen ligt van de bestuursrechter. Alhoewel de rechter een zekere discretie bezit, moet de rechter het verzoek serieus in overweging nemen en moet duidelijk zijn dat het getuigenverhoor overbodig of juist nodig is.<sup>284</sup> Of de rechter het verzoek honoreert, zal afhangen van het belang van het getuigenverhoor en de redenen waarom de betrokken partij niet zelf de getuige kan meebrengen naar de zitting (bijvoorbeeld omdat de getuige niet wil verschijnen). De rechter zal echter tot oproeping overgaan wanneer de getuigenverklaring het doorslaggevende bewijsmiddel is en de belanghebbende zonder de verklaring in bewijsnood komt.<sup>285</sup>

Een getuige die is opgeroepen of die is meegebracht naar de zitting wordt echter niet per definitie gehoord. De rechter is namelijk niet verplicht een ter zitting verschenen getuige te horen wanneer hij van oordeel is dat het getuigenverhoor redelijkerwijs niet 'kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak'.<sup>286</sup> Wat dit criterium precies inhoudt, is niet duidelijk. De ondergrens is dat de rechter terughoudend moet zijn bij het passeren van een getuigenverhoor. De Hoge Raad erkent bijvoorbeeld een expliciet prognoseverbod: de rechter mag niet vooruitlopen op de vermoedelijke kwaliteit van de verklaring om af te zien van het horen van een getuige. Een waardering van de verklaring mag pas worden gegeven nadat de verklaring is afgelegd.<sup>287</sup> Ten aanzien van gedetailleerde schriftelijke verklaringen van getuigen die reeds in het dossier aanwezig zijn, heeft de bestuursrechter geoordeeld dat de aanwezigheid van deze verklaringen in bepaalde gevallen reden kan zijn om getuigen

---

<sup>279</sup> Artikel 8:60 lid 2 Awb.

<sup>280</sup> Artikel 8:60 lid 3 Awb.

<sup>281</sup> Artikel 8:60 lid 4 Awb.

<sup>282</sup> Het kan gebeuren dat een partij een getuige heeft opgeroepen, maar dat deze niet verschijnt. In dat geval is de rechter bevoegd om de getuige alsnog zelf op te roepen. Zie artikel 8:63 lid 3 Awb. Ook in het geval van een niet verschenen getuige kan de rechter zelf beslissen of een getuigenverhoor noodzakelijk is, of met andere woorden: indien hem dit voor de zaak 'zinnig voorkomt'. HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5559, BNB 2010/4.

<sup>283</sup> De partij die zelf een getuige meebrengt of oproept is zelf aan de getuige een vergoeding verschuldigd. Zie artikel 8:36 lid 2 Awb.

<sup>284</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25175, 5, p. 18-19.

<sup>285</sup> Tak 2014, punt 438.

<sup>286</sup> Artikel 8:63 lid 2 Awb. De MvT spreekt over het recht van het 'buiten de deur houden' van getuigen. *Kamerstukken II 1991/92*, 22495, 3, p. 139 (MvT).

<sup>287</sup> HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2248, BNB 2002/217.

niet te horen.<sup>288</sup> Of zoals het CBb het verwoordt: een getuigenverhoor is niet nodig wanneer ‘mondelinge verklaringen van deze getuigen niet meer inhouden dan hetgeen zij [getuigen] reeds in de bij de rechtbank overgelegde schriftelijke verklaringen hebben gesteld’.<sup>289</sup> De rechter mag daarnaast afzien van het horen wanneer de getuige enkel verklaringen kan afleggen over stellingen die niet in het geschil zijn<sup>290</sup> of wanneer de partijen niet hebben aangegeven welke feiten of omstandigheden door de verklaringen aannemelijk gemaakt kunnen worden.<sup>291</sup> Een recente uitspraak van de Hoge Raad illustreert echter dat belastende verklaringen van getuigen niet zomaar gebruikt mogen worden wanneer geen ondervraging heeft plaatsgevonden. Een andersluidende conclusie is alleen mogelijk wanneer die verklaringen steun vinden in andere bewijsmiddelen.<sup>292</sup>

#### 4.5.2 *Vergelijking met het Unierecht*

In de vorige deelparagraaf werd duidelijk dat een getuigenverhoor in de nationale bestuursrechtelijke procedure tot de mogelijkheden behoort, maar dat het aan de rechter zelf is te bepalen of een getuige wordt opgeroepen en of de verschenen getuige zal worden gehoord. Ondanks dat partijen een ondervragingsrecht bezitten, heeft het getuigenverhoor, door de discretie die de rechter daarover kan uitoefenen, een facultatief karakter. Ook in de procedure voor de Unierechters is het getuigenverhoor een mogelijkheid, maar is het geen onbeperkt recht waar partijen zich op kunnen beroepen. Wanneer de Unierechter besluit een getuige op te roepen, dan is de getuige verplicht te verschijnen op de hoorzitting. Het oproepen met sterke arm – een bevoegdheid die de nationale bestuursrechter bezit – is echter niet mogelijk. Het niet verschijnen op de hoorzitting kan een sanctie tot gevolg hebben. Deze sanctiedreiging is zowel in de nationale bestuursrechtelijke procedure als de procedure voor de Unierechters aanwezig. Daarnaast kan zowel op nationaal als op Europees niveau worden afgezien van de eedaflegging. In grote lijnen komen de beide procedures dus overeen en zijn geen verschillende standpunten waar te nemen ten aanzien van het getuigenverhoor.

<sup>288</sup> CBb 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424, AB 2009/394, m.nt. F.C.M.A. Michiels. Zie ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 182 & Schuurmans 2005, p. 230. De Hoge Raad vindt echter de aanwezigheid van schriftelijke verklaringen geen reden om aan te nemen dat de getuigen niet meer ter zitting kunnen verklaren, tenzij het getuigenverhoor tot gevolg heeft dat de getuigen hun schriftelijke verklaringen herhalen. Zie HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2248, BNB 2002/141; en HR 30 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2300, BNB 1998/380, FED 1998/750 m.nt. J. Ch. Caanen.

<sup>289</sup> CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO4962. Zie ook CBb 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866, JOR 2013/174, m.nt. M. Van Eersel.

<sup>290</sup> Overduin 2011, p. 119.

<sup>291</sup> HR 24 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2719, BNB 1999/218.

<sup>292</sup> HR 23 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:960. Zie ook HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, NJ 2013/145.

### 4.5.3 *Vergelijking met het EVRM*

Het uitgangspunt van het EVRM is dat het ondervragingsrecht niet absoluut is en dat de rechter zelf kan beslissen of een getuigenverhoor zal bijdragen aan de beslechting van het geschil. Een schending van artikel 6 EVRM wordt aangenomen wanneer de verklaring als belangrijk bewijsmiddel is gebruikt en de verdachte niet adequaat in staat is gesteld de betrouwbaarheid van de verklaring vast te stellen door middel van een getuigenverhoor. Met het ‘adequaat in staat stellen’ doelt het EHRM op de eis dat de verdachte zelf vragen moet kunnen stellen aan de getuige. In het geval van een beperkt aanwezige of afwezige getuige vereist het EHRM de aanwezigheid van compenserende maatregelen.

De huidige wettelijke regelingen, artikelen 8:46 en 8:60 Awb, lijken op het eerste gezicht te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM. Beide artikelen bieden immers belanghebbenden de mogelijkheid getuigen te horen. Voor het horen van getuigen zijn de belanghebbenden echter op verschillende vlakken sterk afhankelijk van de bestuursrechter. Ten eerste kunnen belanghebbenden zelf getuigen oproepen. Deze getuigen zijn – in tegenstelling tot de ambtshalve oproeping door de bestuursrechter – niet verplicht te verschijnen. Het ligt dan ook voor de hand dat een belanghebbende – bij een niet welwillende getuige – een verzoek tot ambtshalve oproeping indient bij de bestuursrechter. De rechter is niet verplicht hier gehoor aan te geven en zal pas tot oproeping overgaan wanneer de getuigenverklaring het doorslaggevende bewijsmiddel is en de belanghebbende zonder de verklaring in bewijsnood komt. Nadat een belanghebbende deze hobbel heeft genomen, wordt hij wederom geconfronteerd met de discretionaire bevoegdheid die de rechter bezit bij de beoordeling van een verzoek tot het horen van getuigen. De rechter kan namelijk beslissen om de opgeroepen getuige niet te horen wanneer het getuigenverhoor ‘niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak’.<sup>293</sup> Deze beoordeling sluit niet goed aan bij de afweging die het EHRM voorschrijft, namelijk of de belanghebbende de in het geding zijnde verklaring voldoende heeft kunnen beoordelen door het ondervragen van degene die de verklaring heeft afgelegd. Waar de Awb de feitenvaststelling van de rechter voorop lijkt te stellen, schaaft het EHRM het ondervragingsrecht onder de verdedigingsrechten en het overkoepelende recht op een eerlijk proces. Het verschil in interpretatie van het ondervragingsrecht kan tot gevolg hebben dat de bestuursrechter minder actief gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om getuigen te horen dan is vereist onder artikel 6 EVRM.<sup>294</sup>

<sup>293</sup> De Rooij 2014, p. 94-95 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

<sup>294</sup> Dat de bestuursrechter weinig gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om getuigen te horen, blijkt uit het empirisch onderzoek dat is verricht naar aanleiding van de derde evaluatie van de Awb. Zie Damen e.a. 2007, hoofdstuk 4.

#### 4.5.4 Voorlopige bevindingen

Het getuigenverhoor bij de bestuursrechter sluit in grote mate aan bij de praktijk in Europese mededingingszaken. In beide procedures kan de rechter besluiten om getuigen te horen wanneer dit noodzakelijk is voor het ophelderen van bepaalde feiten. De bestuursrechter gebruikt als afwegingscriterium het antwoord op de vraag of het getuigenverhoor kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Ook het EHRM onderkent geen absoluut ondervragingsrecht en sluit niet uit dat in bepaalde zaken een veroordeling op grond van schriftelijke verklaringen volstaat. Bij twijfels over de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaringen kan een getuigenverhoor echter voor opheldering zorgen. In deze situaties biedt het getuigenverhoor volgens het EHRM een podium op grond waarvan de verdachte zijn verdedigingsrechten kan verwezenlijken. De beoordeling van een verzoek tot het horen van getuigen onder het recht op een eerlijk proces verschilt echter van de beoordeling die de bestuursrechter maakt. De feitenvaststelling die voor de bestuursrechter voorop staat is immers iets anders dan de vraag in hoeverre de belanghebbende in zijn verdedigingsrecht is geschaad wanneer een verzocht getuigenverhoor niet plaatsvindt.<sup>295</sup> Hierdoor bestaat het gevaar van een schending van het ondervragingsrecht van artikel 6 lid 3 sub d EVRM.

## 5 CONCLUSIE

In deze casestudie staat het recht om getuigen te horen centraal. Het getuigenverhoor heeft volgens het EHRM een tweedelige ratio. Enerzijds biedt het een verdachte de mogelijkheid om de tegen hem verzamelde belastende verklaringen aan te vechten door middel van het ondervragen van de (belastende) getuigen. Anderzijds is de ratio gelegen in de waarheidsvinding en de gevaren die kleven aan het toelaten van getuigenverklaringen die niet zijn getoetst door middel van een getuigenverhoor.<sup>296</sup> Het uitgangspunt is dus een getuigenverhoor wanneer een zaak wordt beslecht aan de hand van belastende verklaringen die door getuigen zijn afgelegd. In de inleiding werd de vraag gesteld of een ondervragingsrecht aanwezig is in mededingingsprocedures. Dit is niet het geval: noch in de besluitvormingsfase noch in de rechterlijke fase kan gesproken worden van een ondervragingsrecht dat voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. In de primaire besluitvormingsfase, ongeacht of het een boeteprocedure (c.q. strafvervolg) betreft of niet, bestaat geen mogelijkheid tot het horen van getuigen. Deze mogelijkheid bestaat wel in de bezwaarfase (conform artikel 7:8 Awb), al is het wederom aan het bestuursorgaan om te bepalen of een getuigenverhoor noodzakelijk is. Er zijn geen zaken bekend waar de ACM is overgegaan tot het horen van getuigen. Ook in de rechterlijke fase kunnen belanghebbenden getuigen meenemen, maar zijn de

<sup>295</sup> Volgens Stijnen toont de bestuursrechter zich actiever om in boetezaken de ware toedracht te achterhalen, maar ook dan lijkt volgens hem niet zozeer het verdedigingsbelang de boventoon te voeren, doch vooral de waarheidsvinding en de controleerbaarheid van verklaringen. Stijnen 2014c, p. 81.

<sup>296</sup> Zie ook Dubelaar 2014, p. 116.

belanghebbenden wederom afhankelijk van de beslissing van de rechter om deze getuigen daadwerkelijk te horen. De overwegingen van de bestuursrechter om getuigen niet te horen, sluiten niet altijd goed aan bij de gedachte achter het ondervragingsrecht. Het ondervragingsrecht is immers een verdedigingsrecht waarmee de betrouwbaarheid van deze verklaringen getoetst kunnen worden.

Deze conclusie geldt alleen voor de klassieke boeteprocedure en de clementieprocedure (en in exceptionele gevallen ook voor procedures waar sprake is van een lastoplegging). In beide procedures is sprake van een strafvervolgning waarvoor het ondervragingsrecht geldt en in beide procedures kan voor de inbreukvaststelling gebruikgemaakt worden van verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd. Deze conclusie luidt evenwel anders wanneer de verdediging een ontlastende getuige meeneemt tijdens de zitting. In dat geval kan de nationale (rechtelijke) instantie het getuigenverzoek afwijzen wanneer volgens de rechter de feiten voldoende zijn komen vast te staan. Het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM en artikel 48 Handvest is echter niet absoluut. Om te kunnen spreken van een schending van het recht op een eerlijk proces bekijkt het EHRM drie omstandigheden: (1) of een goede reden bestond voor het beperken van het ondervragingsrecht (bijvoorbeeld een beroep op het zwijgrecht), (2) of de veroordeling uitsluitend of in beslissende mate op de getuigenverklaringen berust, en (3) of voldoende compenserende factoren aanwezig waren om de eerlijkheid van het proces als geheel te kunnen waarborgen.

In mededingingsprocedures is het theoretisch mogelijk dat een boetebesluit in beslissende mate berust op getuigenverklaringen. Men kan hierbij denken aan informatie die vrijwillig door derden aan de ACM is gegeven (bijvoorbeeld door anonieme informanten of klagers) of informatie die in het kader van de toezichtbevoegdheden van de ACM is vergaard. Een speciale categorie verklaringen zijn verklaringen van clementieverzoekers waar twijfels over het waarheidsgehalte van de getuigenverklaring bij voorbaat zijn gegeven. De zaak *Isolerend dubbelglas* (zie over deze zaak de deelparagrafen 4.3.3.1 en 4.3.3.4 van dit hoofdstuk) bevestigt dan ook de belangrijke rol die clementieverklaringen spelen bij de schuldvaststelling. Bij twijfels over de betrouwbaarheid van deze verklaringen is aanvullend bewijs noodzakelijk dat de vaststellingen kan ondersteunen. Met andere woorden: het aanvullend bewijs zal betrekking moeten hebben op de onderdelen van de belastende verklaring die de verdediging betwist. Behalve de aanwezigheid van aanvullend bewijs zijn echter geen andere compenserende maatregelen bekend. Wanneer de verklaringen van deze getuigen door de ACM zijn gebruikt voor de vaststelling van de inbreuk, geen rechtvaardiging bestaat voor het niet ondervragen van deze getuigen en deze verklaringen van doorslaggevende betekenis zijn voor de schuldvaststelling, dan is het niet horen van deze getuigen in strijd met artikel 6 EVRM.

## 9 Aanbevelingen

### 1 INLEIDING

In de vorige vier hoofdstukken zijn verschillende procedurele rechten bestudeerd. Deze studie draagt bij aan de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek, namelijk in hoeverre de publieke handavingsprocedures van het mededingingsrecht voldoen aan fundamentele procesrechten. Op verschillende vlakken zijn potentiële discrepanties genoemd tussen de ACM-praktijk en de eisen die volgen uit het EVRM en het Unierecht. Dit hoofdstuk biedt mogelijke oplossingen voor deze discrepanties. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In de eerste paragraaf staan knelpunten van algemene aard centraal die bij de verschillende casestudies speelden, zoals het gebrek aan een geschreven recht op een eerlijk proces voor administratieve procedures (paragraaf 2.1). De aanbevelingen in paragraaf 2.2 zijn van algemene aard en kunnen ook relevant zijn voor andere bestuursorganen dan de ACM. In het kort draait het in deze paragraaf om de volgende aanbevelingen:

- (1) de doorwerking van het recht op een eerlijk proces in de bestuurlijke besluitvormingsfase;
- (2) de opname van elementen van het recht op een eerlijk besluitvormingsproces in de Grondwet;
- (3) de differentiatie in niveaus van rechtsbescherming; en
- (4) het voorzien in duidelijke procedurele *waivers*.

In de volgende paragraaf komen specifieke knelpunten aan bod die zich voordoen in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure (paragraaf 3.1). Een van de knelpunten heeft betrekking op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM die, op sommige vlakken, niet lijkt te voldoen aan de eisen van het EVRM en het Unierecht. Andere knelpunten hebben betrekking op de procedurele tekortkomingen in de bestuurlijke besluitvormingsfase van de ACM. Een belangrijke vraag die bij de knelpunten speelt, is of het wegnemen ervan mogelijk is binnen het kader van de huidige bestuurlijke besluitvormingsprocedure of dat de (her)introdactie van strafrechtelijke handhaving de meest geschikte oplossing biedt. De aanbevelingen in paragraaf 3.2 die zich op de knelpunten richten, zijn:

- (1) het verstevigen van de onafhankelijkheid van de ACM (i.e. het inperken van de institutionele afhankelijkheid, het creëren van een duidelijke interne functiescheiding en het introduceren van een vorm van intern toezicht);
- (2) het behoud van de boetebevoegdheid van de ACM; en
- (3) de implementatie van verschillende fundamentele procesrechten.

Paragraaf 4 van dit hoofdstuk gaat over de rol van de rechter in mededingingsprocedures. De in deze paragraaf te bespreken knelpunten zien voornamelijk op de



mogelijke drempels die het aanvechten van bepaalde procedurele beslissingen van de ACM bemoeilijken (paragraaf 4.1). De vier aanbevelingen van deze paragraaf zijn (paragraaf 4.2):

- (1) de gelijkstelling van procedurele beslissingen die de verdedigingsrechten raken met appellabele beslissingen;
- (2) de (her)introductie van de Adviescommissiebezwaarschriften Mw;
- (3) de inzet van partijneutrale deskundigen;
- (4) de gebruikmaking van *confidentiality rings*;<sup>1</sup> en
- (5) de creatie van een schaderegeling voor inbreuken op verdedigingsrechten.

Paragraaf 5 brengt de verschillende knelpunten samen.

## 2 DE TOEPASSING VAN FUNDAMENTELE RECHTEN IN MEDEDINGINGSPROCEDURES

### 2.1 Knelpunten

#### 2.1.1 *Het gebrek aan een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces*

De eerste knelpunten waarvoor aanbevelingen worden gedaan, zijn algemene knelpunten over een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces. In dit onderzoek zijn verschillende bronnen onder de loep genomen waaruit fundamentele procesrechten volgen die relevant zijn voor de publieke handhaving van het mededingingsrecht in Nederland. Het gaat hier om fundamentele procesrechten die ofwel het handelen van het bestuursorgaan normeren ofwel de verdedigingsbelangen van de belanghebbenden beschermen. De twee voor dit onderzoek belangrijkste bronnen, naast de relevante nationale procedurele bepalingen uit de Awb en de Mw, zijn het Unierecht en het EVRM. Een belangrijk knelpunt dat als een rode lijn door het onderzoek loopt, is het gebrek aan een geschreven recht op een eerlijk proces voor administratieve procedures. Artikel 6 EVRM is in beginsel geschreven voor de (strafrechtelijke/civielrechtelijke) rechterlijke procedure en niet voor een administratieve procedure.<sup>2</sup> Ook de equivalente bepaling van artikel 6 EVRM in het Handvest, artikel 47 Handvest, spreekt van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak door een onafhankelijk en onpartijdig *gerecht*. Het HvJ EU heeft dan ook bepaald dat niet artikel 47 Handvest, maar artikel 41 Handvest (het recht op een behoorlijk bestuur) de mededingingsprocedure procedureel normeert. Deze bepaling is echter alleen van toepassing op het optreden van de instellingen van de Europese Unie; artikel 41 Handvest is niet gericht op het handelen van nationale bestuursorganen. Zelfs wanneer

<sup>1</sup> Deze aanbeveling is ook relevant voor de ACM-praktijk en komt dan ook aan bod bij de aanbeveling over de te implementeren verstevigingen van de procedurele waarborgen (zie deelparagraaf 3.2.3).

<sup>2</sup> Zie voor een bespreking van het gebrek aan een geschreven recht op een eerlijk proces voor het 'bestraffend bestuur' en een voorstel voor een grondwetswijziging: Sillen 2014, p. 26-38.

ationale mededingingsautoriteiten (zoals de ACM) het Unierecht ten uitvoer brengen, is een beroep op artikel 41 Handvest niet mogelijk. Betekent dit nu dat belanghebbenden in mededingingsprocedures geen beroep kunnen doen op bepaalde verdedigingsrechten? Het antwoord hierop luidt, op grond van drie argumenten, ontkennend. Deze argumenten ontkrachten echter niet de bevinding dat er geen fundamenteel recht op een eerlijke besluitvormingsprocedure bestaat.

Ten eerste kunnen belanghebbenden in nationale mededingingsprocedures die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, een beroep doen op het verdedigingsbeginsel<sup>3</sup> dat als algemeen rechtsbeginsel gelding heeft in de Europese rechtsorde. Voor de toepassing van het verdedigingsbeginsel is echter vereist dat het geschil een link heeft met het Unierecht; puur nationale geschillen vallen buiten het bereik van deze bepaling. Vervolgens is het verdedigingsbeginsel van toepassing op elke procedure die kan leiden tot een bezwarend besluit, zoals een besluit waarin een bestuurlijke boete of een last wordt opgelegd. Het verdedigingsbeginsel vereist vervolgens dat adressanten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken hun standpunt kenbaar kunnen maken over de elementen waarop het bestuursorgaan het besluit wil baseren.<sup>4</sup> In principe kan het verdedigingsbeginsel dus een rol spelen in Nederlandse mededingingsprocedures waar sprake is van een Uniedimensie. In dat geval zal de ACM de belanghebbenden moeten horen en toegang moeten verlenen tot het dossier.

Ten tweede kunnen artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 48 Handvest, ondanks de verwijzing naar het recht op een eerlijk proces bij de rechter, wel degelijk een rol spelen in bestuurlijke besluitvormingsprocedures (zie hierna). Het probleem is echter dat de nadruk van artikel 6 EVRM ligt bij het proces voor de bestuursrechter en niet bij het proces voor het bestuursorgaan. Het zwaartepunt van de bescherming van fundamentele procedurele rechten zou echter meer bij het bestuursorgaan moeten komen te liggen dan nu het geval is (zie de aanbevelingen in deelparagraaf 2.2.1).

Als laatste is te vermelden dat de normering van het handelen van het bestuursorgaan plaatsvindt via de band van de zorgvuldigheidseisen en de eisen die verbonden zijn aan de belangenafweging die een bestuursorgaan moet maken (afdeling 3.2 Awb). De in deze afdeling opgenomen bepalingen kennen echter niet direct (verdedigings-) rechten toe aan belanghebbenden, maar stellen vooral eisen aan de zorgvuldige bestuurlijke besluitvorming. Met betrekking tot de bestuurlijke boete zijn echter wel specifieke verdedigingsrechten opgenomen in de Awb. Deze verdedigingsrechten omvatten bijvoorbeeld een verplichte hoorzitting voor bestuurlijke boetes die de grens van € 340 overschrijden.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Belanghebbenden kunnen ook een beroep doen op het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur. Uit de jurisprudentie volgt echter dat de Unierechters zich bij de interpretatie van dit beginsel laten leiden door de jurisprudentie over het verdedigingsbeginsel.

<sup>4</sup> HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*).

<sup>5</sup> Titel 5.4.2. Awb.

### 2.1.2 Een beperkt rechtswaarborgenpakket

Een ander knelpunt is de aanwezigheid van een beperkt rechtswaarborgenpakket. In de Awb is slechts een beperkt aantal verdedigingsrechten opgenomen voor de bestuurlijke besluitvormingsprocedure. Deze zijn alleen van toepassing op de bestuurlijke boete en bovendien ook alleen op 'zware' bestuurlijke boetes. De grens is vastgesteld op bestuurlijke boetes van € 340 of hoger. De boetes die de ACM in het verleden heeft opgelegd, bereikten ruimschoots deze grens. Voor het scala aan andere handhavingsprocedures, procedures waarin het bestuursorgaan een last onder dwangsom, dwingende aanwijzing of zelfstandige last oplegt, zijn in de Awb geen bepalingen te vinden die bepaalde verdedigingsrechten neerleggen. Enkel voor de toezeggingsprocedure is – door de uniforme voorbereidingsprocedure van toepassing te verklaren op toezeggingsprocedures – geregeld dat belanghebbenden mogelijkheden moeten krijgen om zienswijzen in te dienen ten aanzien van een voorgestelde toezegging.

Het EVRM en het Unierecht schrijven echter voor alle vormen van besluitvorming in mededingingsprocedures (behalve wellicht voor de toezeggingsprocedure)<sup>6</sup> bepaalde minimale procedurele waarborgen voor. De omvang van deze minimumwaarborgen kan echter wel verschillen. Het EVRM en het Unierecht maken voor de toepassing van bepaalde procedurele rechten immers een onderscheid tussen strafvervolgingen enerzijds en burgerlijke rechten en plichten anderzijds. Dit onderscheid wordt gemaakt in artikel 6 EVRM zelf en in artikel 48 Handvest (dat equivalent is aan de verdedigingsrechten die zijn opgesomd in artikel 6 leden 2 en 3 EVRM). In beginsel hebben degenen die worden geconfronteerd met een strafrechtelijke vervolging toegang tot een breed scala aan verdedigingsrechten dat is opgenomen in artikel 6 EVRM en artikel 48 Handvest. De kwalificatie van een sanctie als 'strafrechtelijk' is dan ook, voor wat betreft de toepassing van bepaalde strafrechtelijke procedurele rechten zoals een volle evenredigheidstoetsing en strengere eisen aan het bewijs, zeer belangrijk.

### 2.1.3 Een eenzijdige benadering van het begrip strafvervolging

Een laatste knelpunt is de algemene eenzijdige benadering van het begrip strafvervolging. Het strafrechtelijke karakter van bepaalde procedures wordt bepaald aan de hand van drie criteria: de kwalificatie van de sanctie onder nationaal recht, de aard van de overtreding en de zwaarte van de sanctie (zie hierover uitvoerig hoofdstuk 4, paragraaf 2.2). Deze criteria zijn echter ontwikkeld in zaken waarin bestraffing enkel plaatsvond binnen het strafrecht. In de jurisprudentie van het EHRM is echter een ontwikkeling waar te nemen op grond waarvan steeds meer administratieve sancties met een punitief karakter zijn overgeheveld naar het procedurele kader dat geldt voor

<sup>6</sup> Tenzij door de toezegging sprake is van de aantasting van de eigendomsbelangen van de betrokken partij en deze partij op grond van artikel 1 EP toch een beroep kan doen op bepaalde procedurele rechten.

strafprocedures. Het kwalificeren van bestuurlijke punitieve sancties als strafrechtelijk levert een aantal knelpunten op.<sup>7</sup>

Ten eerste is de autonome uitleg die het EHRM heeft gegeven aan het begrip strafvervolgning (een uitleg die ook op vergelijkbare wijze wordt toegepast door de Unierechters) en de drie criteria die het EHRM daarvoor gebruikt, moeilijk te transponeren naar het brede scala aan handhavingvormen dat het bestuursrecht kent. Tot zover is de aandacht in de jurisprudentie en literatuur vooral uitgegaan naar de toepassing van artikel 6 EVRM op bestuurlijke boetes. In sommige zaken volgt echter geen boete of krijgen belanghebbenden een boetekorting doordat zij, in het kader van de clementieprocedure, medewerking hebben verleend aan het onderzoek van de ACM. Hoewel in deze procedures nog steeds sprake is van strafvervolgingen, kan de vraag worden gesteld of in deze procedures het volledige rechtsbeschermingspakket moet gelden en of het *Jussila*-onderscheid hier uitkomst kan bieden.

Een tweede probleem bij het kwalificeren van een procedure als strafvervolgning is dat in sommige gevallen een hoog niveau van rechtsbescherming wordt toegekend aan sancties die deze rechtsbescherming niet altijd behoeven (zie de alinea hiervoor over clementieprocedures) en een laag niveau van rechtsbescherming aan herstellende sancties waarbij juist wel een behoefte kan zijn aan een hoger rechtsbeschermingsniveau. Dit kan twee problemen tot gevolg hebben. Aan de ene kant kan de effectiviteit van het mededingingstoezicht worden aangetast bij een te hoog rechtsbeschermingsniveau.<sup>8</sup> Aan de andere kant kan het bieden van een te laag niveau van rechtsbescherming de procedurele legitimiteit van een beslissing van de ACM aantasten. Een goed voorbeeld zijn procedures waarin een last wordt opgelegd of toezeggingen bindend worden verklaard. Hoewel deze procedures niet als bestraffend worden gekwalificeerd, en voor deze procedures dus een lager niveau van rechtsbescherming geldt, kunnen deze procedures wel degelijk zwaar ingrijpen in de eigendomsrechtelijk beschermde belangen van betrokkenen. In sommige situaties kan dan, hoewel op grond van de hiervoor genoemde Engel-criteria geen sprake is van een strafvervolgning, wel behoefte bestaan aan een hoger rechtsbeschermingsniveau bestaande uit bijvoorbeeld een indringender rechterlijke toetsing.<sup>9</sup>

## 2.2 Aanbevelingen

### 2.2.1 *De doorwerking van fundamentele rechten in de besluitvormingsfase*

Het eerste besproken knelpunt betreft het gebrek aan een geschreven fundamenteel recht op een eerlijke besluitvormingsprocedure. Aan de hand van verschillende argumenten (die voortvloeien uit de jurisprudentie van het HvJ EU en het EHRM) zal hierna de eerste aanbeveling worden toegelicht, namelijk het laten doorwerken van fundamentele procesrechten (artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 48 Handvest) in de

<sup>7</sup> Kwakman 2006, p. 337.

<sup>8</sup> Zie ook Ottow 2015, p. 129.

<sup>9</sup> Dit is reeds eerder gesuggereerd door Barkhuysen: Barkhuysen 2014, p. 10-16.

besluitvormingsfase. Het EHRM heeft immers in de zaak *Messier* geoordeeld dat ‘tous procès penal, y compris ses aspects procéduraux [EB: waaronder de punitieve sanctieoplegging in de administratieve besluitvormingsfase], droit revêtir un caractère contradictoire et garantir l’égalité des armes entre l’accusation et la défense.’<sup>10</sup> Door het bestuursorgaan, naast de bestuursrechter, als hoeder van fundamentele rechten te zien, wordt voorkomen dat een belanghebbende tussen de wal en het schip raakt en geen eerlijk proces krijgt in een procedure waarin het bestuursorgaan ook punitieve sancties kan opleggen.

### 2.2.1.1 *Het aanvangsmoment van de verdedigingsrechten*

Het eerste argument voor de doorwerking van fundamentele procesrechten in de besluitvormingsfase heeft betrekking op het moment waarop de bescherming van artikel 6 EVRM en artikel 48 Handvest aanvangt, namelijk het moment dat sprake is van een vervolging (*charge*). Het EHRM verstaat onder een vervolging hetzij een officiële kennisgeving van de overheid aan de betrokkene dat hij wordt beschuldigd van het plegen van een strafbaar feit, hetzij een andere handeling van de overheid die een dergelijke beschuldiging impliceert en op eenzelfde wijze de positie van de betrokkene beïnvloedt. Dit betekent dat de waarborgen van artikel 6 EVRM en artikel 48 Handvest gelden nadat de ACM het rapport heeft uitgebracht of andere maatregelen heeft genomen (zoals de toezending van een feitencomplex) die de positie van de verdachte wezenlijk kunnen beïnvloeden. Zo is het vaste praktijk dat het zwijgrecht en het recht op een beoordeling van de zaak binnen een redelijk termijn, op grond van artikel 6 EVRM en het Unierecht, van toepassing zijn op de bestuurlijke besluitvormingsfase. Het zwijgrecht kan zelfs voordat een boeterapport wordt uitgebracht relevant zijn. Bij het horen van een onderneming tijdens een bedrijfsinspectie kan immers al sprake zijn van een vermoeden dat de betreffende onderneming een inbreuk heeft gepleegd op de mededingingswetgeving en dat mogelijk een bestuurlijk boete kan volgen. Ook buiten de sfeer van de redelijke termijn en het zwijgrecht zijn bepaalde procedurele garanties van betekenis voor de bestuurlijke besluitvorming.<sup>11</sup> Volgens het EHRM hangt de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM in de fase voorafgaand aan een rechterlijke procedure (het EHRM spreekt hier over de ‘pre-trial’) af van de bijzondere kenmerken van de procedure en de omstandigheden van de zaak.<sup>12</sup> Of tijdens deze fase procedurele waarborgen aanwezig dienen te zijn, hangt af van de vraag in hoeverre deze fase cruciaal was voor de uitkomst tijdens de rechterlijke fase.<sup>13</sup> De vergelijking van deze rechtspraak over de doorwerking van artikel 6 EVRM in de ‘pre-trial’-fase met

<sup>10</sup> EHRM 30 juni 2011, 25041/07, *EHRC* 2011/135, m.nt. M.J.N. Vermeij & R.E. van Zijl (*Messier t. Frankrijk*).

<sup>11</sup> Zie ook Simon die opmerkt dat de visie dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de bestuurlijke besluitvorming de werkelijkheid versluiert. Zie Simon, 2003, p. 170-181. Ook Jansen is van mening dat de beginselen van behoorlijke rechtspleging (uit artikel 6 EVRM) van enigerlei invloed kunnen zijn op de bestuurlijke activiteit. Zie ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3673, *AB* 2008/144, m.nt. A.M.L. Jansen.

<sup>12</sup> EHRM 13 februari 2001, 25116/04 (*Schöps t. Duitsland*), par. 44; en EHRM 16 oktober 2001, 39846/98 (*Brennan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45.

<sup>13</sup> EHRM 7 januari 2003, 54528/00 (*Korellis t. Cyprus*), par. 33.

de bestuurlijke besluitvormingsprocedures gaat echter niet geheel op nu de bestuurlijke besluitvormingsfase veel meer een rechterlijk karakter heeft. Het (semi)rechterlijke karakter van de procedure noopt er dan ook meer (dan de *pre-trial stage*) toe dat voldoende procedurele waarborgen aanwezig moeten zijn. Ook het Unierecht bevestigt de doorwerking van verdedigingsrechten in de bestuurlijke besluitvormingsfase. Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel is immers van invloed op procedures waarin een bestuursorgaan het voornemen heeft om een voor de belanghebbende bezwarend besluit te nemen.

#### 2.2.1.2 De ‘voldoende’ rechterlijke toetsing

Het tweede argument voor het waarborgen van voldoende rechtsbescherming gedurende de bestuurlijke besluitvorming houdt verband met de indringendheid van de rechterlijke toetsing. Uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat strengere eisen worden gesteld aan de rechterlijke toetsing wanneer het bestuursorgaan niet onafhankelijk en onpartijdig is. De mate van rechterlijke toetsing kan gezien worden als een *sliding scale*: de vraag naar een intensieve rechterlijke toetsing neemt af naarmate het bestuursorgaan meer procedurele waarborgen garandeert (zie hierover ook deelparagraaf 2.2.1.3). Het tegenovergestelde betekent dat de rechterlijke toetsing indringender moet zijn wanneer de institutionele vormgeving van het ACM inadequaat is en niet voldoet aan de onafhankelijkheidseisen van artikel 6 EVRM. Niet alleen het EHRM, maar ook het HvJ EU heeft bepaald dat de rechterlijke toetsing en het recht om gehoord te worden met elkaar zijn verbonden. Volgens het HvJ EU is de noodzaak om te voorzien in een hoorzitting groter wanneer een bestuursorgaan bepaalde discretionaire bevoegdheden bezit.<sup>14</sup>

In hoofdstuk 5, deelparagraaf 4.3.2, is geconcludeerd dat de rechterlijke toetsing in mededingingszaken tussen een volledige en marginale toetsing inzit. De bestuursrechter toetst de aangevoerde gronden van de partijen volledig, maar verlaat zich, voor wat betreft complexe economische analyses, op de bevindingen van de ACM. In deze zaken worden bepaalde elementen van de, door de ACM gewaardeerde, feitenvaststellingen niet meer volledig getoetst. De toetsing door de bestuursrechter is dus geen *de novo review*. Deze praktijk is, zoals hiervoor aangestipt, houdbaar zolang de ACM op haar beurt ervoor zorgt dat de bestuurlijke besluitvorming in overeenstemming is met procedurele eisen die volgen uit het EVRM en het Unierecht. Hoe meer expertise de feitenvaststelling vergt, hoe minder het onderzoek en vrije bewijswaardering van de rechter als effectieve compenserende maatregel kan gelden.<sup>15</sup> Deze conclusie vindt ondersteuning in EVRM-rechtspraak waarin het EHRM heeft bepaald dat een beperktere rechterlijke toetsing (*sufficient review*) mogelijk is wanneer bepaalde vraagstukken ‘a measure of professional knowledge or experience and the exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims’ verlangen. Hoewel

<sup>14</sup> HvJ EG 21 november 1991, C-269/90, *Jur.* 1991, p. I-5469 (*TU München*).

<sup>15</sup> Den Houdijker & Schuurmans 2015, p. 9.

a *light-touch review* niet toelaatbaar is, blijft de precieze reikwijdte van deze beperktere toetsing onduidelijk.<sup>16</sup>

### 2.2.1.3 De zorgvuldige feitenvaststelling door het bestuursorgaan

In de vorige paragraaf is de jurisprudentie besproken waarin het EHRM oordeelde dat een beperktere rechterlijke toetsing van de feitenvaststelling mogelijk is wanneer de te toetsen beslissing complexe materie bevat die de gespecialiseerde kennis van een bestuursorgaan vereist. Deze jurisprudentie raakt de discussie of de bestuursrechter zelf de feiten moet vaststellen, of de bestuurlijke feitenvaststelling op zorgvuldigheid en volledigheid toetst.<sup>17</sup> In de literatuur is geopperd dat bepaalde zaken zich niet lenen voor een feitenvaststelling door de rechter, zoals zaken die feiten bevatten die complex en theoriegeladen zijn.<sup>18</sup> In mededingingszaken kunnen bijvoorbeeld vragen bestaan omtrent de afbakening van de markt (is er een afzonderlijke markt voor hoofdpijnbestrijders of omvat de markt alle vormen van pijnbestrijders) of de vraag of een onderneming een dominante positie bezit. Deze vragen verlangen soms complexe economische analyses die meer geëigend zijn voor een bestuursorgaan dan voor de bestuursrechter. Bovendien toetst de bestuursrechter het besluit dat het bestuursorgaan heeft genomen en borduurt dus voort op de, door het bestuursorgaan, vastgestelde waarheid.<sup>19</sup>

Een consequentie van het neerleggen van de feitenvaststelling bij het bestuursorgaan is dat op het bestuursorgaan de last ligt om tot een zorgvuldig besluit te komen.<sup>20</sup> Bij punitieve procedures rust op het bestuursorgaan de bewijslast om buiten redelijke twijfel aan te tonen dat een overtreding is begaan.<sup>21</sup> Deze zorgvuldigheidsverplichting kan dan ook tot gevolg hebben dat de bestuurlijke besluitvorming moet voldoen aan bepaalde procedurele eisen. De verplichting om te voorzien in bepaalde procedurele waarborgen volgt uit de eis van een zorgvuldige besluitvorming (*good administration*). Wil het bestuursorgaan, aan de hand van alle relevante feiten en belangen, rechtmatig een besluit nemen, dan kan de zorgvuldige besluitvorming vereisen dat de ACM een hoorzitting organiseert waar eventueel een getuigenverhoor plaatsvindt. Deze eisen zijn zelfs strenger wanneer het bestuursorgaan van plan is een bestuurlijke boete op te leggen. Bij de oplegging van een bestuurlijke boete gelden immers zwaardere eisen aan het onderzoek dan bij bijvoorbeeld een toezeggingsprocedure. En hoe zwaarder de eisen voor het onderzoek zijn, hoe

<sup>16</sup> Ottow 2015, p. 224.

<sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld: Damen 2000, p. 214; Heldeweg 2000, p. 66; en De Bock 2001, p. 33-46.

<sup>18</sup> Verburg 2010, p. 273.

<sup>19</sup> Gerbrandy 2012, p. 157.

<sup>20</sup> Op grond van de onderzoeksplicht (artikel 3:2 Awb) dient het bestuursorgaan kennis te vergaren van alle relevante feiten en af te wegen belangen. Wanneer het bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt, strekt de kennisvergaringsplicht van het bestuur niet verder dan de feiten en belangen die op grond van artikel 3:4 lid 1 Awb bij de besluitvorming mogen worden betrokken.

<sup>21</sup> Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892; en Rb. Rotterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7123.



zwaarder de bewijsvoeringslast van het bestuursorgaan<sup>22</sup> en hoe minder snel men met een vermoeden genoeg mag nemen (zie ook deelparagraaf 2.2.1.4 hierna).<sup>23</sup> Bijkomstig is de omstandigheid dat de publicatie van een sanctiebesluit nadelige consequenties kan hebben voor de belanghebbenden (denk aan reputatieschade). Dit betekent dat bij enige twijfel over de voorgevallen feiten, bijvoorbeeld of directeur X wel/niet aanwezig was bij de bespreking die leidde tot een kartelafsprake, het bestuursorgaan verder onderzoek dient te verrichten totdat het onomstotelijk vaststaat dat directeur X inderdaad de hem verweten mededingingsgedraging heeft verricht.

#### 2.2.1.4 *Het onschuldvermoeden*

In sommige gevallen kan het voor het bestuursorgaan praktisch onmogelijk zijn om bewijs te vinden voor de overtreding. Om het onderzoek, en het vaststellen van een overtreding, niet te veel te frustreren, kan een bestuursorgaan werken met wettelijke of feitelijke rechtsvermoedens.<sup>24</sup> In het mededingingsrecht baseert de ACM zich regelmatig op vermoedens, bijvoorbeeld bij de vaststelling of sprake is van een, met het kartelverbod onverenigbare, onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het vermoeden houdt bijvoorbeeld in dat de ACM ervan mag uitgaan dat ondernemingen bij de bepaling van hun gedrag op een bepaalde markt rekening hebben gehouden met de informatie die zij hebben uitgewisseld.<sup>25</sup> Mocht het bestuursorgaan dergelijke vermoedens willen toepassen, dan zal het ervoor moeten zorgen dat de rechten van verdediging in acht worden genomen. De verdedigingsrechten verlangen dan bijvoorbeeld dat partijen tegenbewijs mogen leveren. In de zaak *Spector* oordeelde het HvJ EU dat het vermoeden dat een persoon zich schuldig had gemaakt aan handelen met voorkennis niet in strijd was met beginsel van het vermoeden van onschuld, mits het vermoeden 'weerlegbaar is en de rechten van verdediging worden gewaarborgd'.<sup>26</sup> Ook het EHRM verbindt aan het gebruik van vermoedens de eis van een voldoende waarborging van de verdedigingsrechten.<sup>27</sup> Wanneer het bestuursorgaan de verdedigingsrechten niet garandeert, is dus sprake van een schending van de onschuldpresumptie.<sup>28</sup> De onschuldpresumptie verlangt dus van het bestuursorgaan dat het verdedigingsrechten garandeert wanneer het besluit is gestoeld op bepaalde vermoedens.

<sup>22</sup> Schuurmans 2005, p. 95.

<sup>23</sup> Artikel 6 lid 2 EVRM.

<sup>24</sup> Een vermoeden houdt in dat uit bij wet voorgeschreven feiten of omstandigheden wordt afgeleid dat een overtreding is begaan of dat een bepaald persoon de overtreder is. Barkhuysen e.a. 2014, p. 28.

<sup>25</sup> HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *Jur.* 2009, p. I-4529 (*T-Mobile*).

<sup>26</sup> HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, *Jur.* 2009, p. I-12073 (*Spector Photo Group e.a. t. CBFA*), par. 44.

<sup>27</sup> EHRM 23 juli 2002, 34619/97 (*Janosevic t. Zweden*); EHRM 7 oktober 1988, *Series A*, 141 (*Salabiaku t. Frankrijk*); EHRM 23 juli 2002, 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag & Vulic t. Zweden*) en EHRM 25 september 1992, *Series A* 243, par. 33. Zie ook HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, *Jur.* 2009, p. I-12073 (*Spector Photo Group e.a. t. CBFA*), par. 43.

<sup>28</sup> Artikel 6 lid 2 EVRM.

### 2.2.1.5 Geen herstel mogelijk

Een laatste argument voor de toepassing van fundamentele procesrechten in de bestuurlijke besluitvormingsfase is de omstandigheid dat in sommige zaken het herstellen van de inbreuk op bepaalde procedurele rechten niet meer mogelijk is. Heeft een belanghebbende van de ACM geen goede gelegenheid gehad om op de hoogte te raken van alle relevante feiten, om te worden gehoord en om te reageren, dan is herstel van zo'n gebrek bij de bestuursrechter niet altijd mogelijk. Het EHRM verwoordt dit als volgt in de zaak *Imbrioscia*:

*'[...] it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings [...] Other requirements of Article 6 – especially of paragraph 3 – may also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them.'*<sup>29</sup>

Het is dus de vraag in welke situaties de eerlijkheid van de procedure dermate 'seriously prejudiced' is dat herstel van het procedurele gebrek niet meer mogelijk is. Uit de casestudie over het inzagerecht kwam bijvoorbeeld naar voren dat herstel niet meer mogelijk is wanneer belangrijke processtukken zijn achtergehouden. Door een verlate kennisneming van deze stukken wordt een belanghebbende immers niet meer teruggebracht in een positie waarin hij zou zijn geweest wanneer die stukken wel de grondslag hadden kunnen vormen voor de schriftelijke en mondelinge zienswijzen. Het bestuursorgaan heeft bij het nemen van de beslissing immers geen rekening kunnen houden met deze stukken, terwijl de feitenvaststelling primair een taak is van het bestuursorgaan.<sup>30</sup> In dat geval is sprake van een niet in een later stadium te herstellen schending van de verdedigingsrechten van de belanghebbende.<sup>31</sup> Een belangrijke zaak in deze context is de zaak *Mantovanelli t. Frankrijk*. In deze zaak was de dochter van de klagers na een operatie aan haar linkerduim overleden. Een medisch deskundige had op verzoek van de bestuursrechter een rapport uitgebracht over de gebeurtenissen. De klagers hadden weliswaar het rapport ontvangen, maar waren niet bij de voorbereiding van het rapport betrokken geweest (zoals bijvoorbeeld bij de ondervraging van getuigen) en hadden geen inzage gekregen in de documenten waarnaar de deskundige verwees in zijn rapport. In deze zaak achtte het EHRM artikel 6 EVRM geschonden omdat de procedure voorafgaand aan de rechterlijke procedure niet op tegenspraak had plaatsgevonden.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> EHRM 24 november 1993, *Series A*, 275 (*Imbrioscia t. Zwitserland*); en EHRM 21 september 1994, *Series A*, 294 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>30</sup> Schuurmans & Verburg 2012, p. 120.

<sup>31</sup> CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8077.

<sup>32</sup> EHRM 18 maart 1997, 21497/93, JB 1997/112 (*Mantovanelli t. Frankrijk*), par. 36.

### 2.2.2 Een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces

De tweede aanbeveling is het opnemen van een recht op een eerlijk besluitvormingsproces in de Grondwet. Deze aanbeveling is, in tegenstelling tot de vorige aanbeveling, niet gestoeld op enige jurisprudentie en heeft daarmee voornamelijk een normatief karakter. Wel vloeit de aanbeveling voort uit het hiervoor genoemde knelpunt dat op sommige vlakken geen rekening is gehouden met de omstandigheid dat bestraffing niet alleen meer binnen het strafrecht plaatsvindt, maar in toenemende mate juist ook in het bestuursrecht.

Op dit moment ligt een wetsvoorstel over het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet bij de Eerste Kamer.<sup>33</sup> Bespreking van de discussie die aan het wetsvoorstel voorafging, gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Wel is het interessant om te vermelden dat de Staatscommissie Grondwet enkele overwegingen heeft besteed aan het bestraffend bestuur. Het rapport meldt dat de toename van de bestuurlijke boete heeft geleid tot de vraag hoe deze zich verhoudt tot artikel 113 Grondwet. Deze bepaling schrijft voor dat uitsluitend rechters bevoegd zijn om sancties voor strafbare feiten op te leggen.<sup>34</sup> De vraag in hoeverre in de Grondwet een aanpassing van deze bepaling noodzakelijk is, zodat geen onduidelijkheid bestaat over de boetebevoegdheid van bestuursorganen, vereist volgens de Staatscommissie een algehele evaluatie van hoofdstuk 7 van de Grondwet en valt volgens daarom buiten haar opdracht.<sup>35</sup> Het nu voorgestelde recht op een eerlijk proces is daarmee een waarborg tegen het bestraffend optreden van het bestuur.<sup>36</sup>

Deze aanbeveling is echter meer gericht op het bestuursorgaan zelf en stelt een bepaling voor die een aantal minimumwaarborgen bevat waaraan een behoorlijke besluitvormingsprocedure in het algemeen moet voldoen en specifieke (strafrechtelijke) minimumwaarborgen wanneer de beslissing van het bestuursorgaan de belangen van de betrokkenen aanmerkelijk treft. In de Grondwet zou een bepaling moeten komen waarin staat (a) dat bestuursorganen bestraffend mogen optreden, en (b) dat sprake moet zijn van een eerlijk besluitvormingsproces. De strafrechtelijke minimumwaarborgen zouden gericht moeten zijn op eenieder wiens belangen aanmerkelijk worden getroffen door de beslissing van het bestuursorgaan.<sup>37</sup> Deze waarborgen zullen voornamelijk, maar niet uitsluitend, relevant zijn voor boeteprocedures. Ook bij herstellende procedures kan immers behoefte bestaan aan een striktere rechts-

<sup>33</sup> Wetsvoorstel recht op eerlijk proces in de Grondwet. Zie het Rapport Staatscommissie Grondwet 2010 en *Kamerstukken II* 2011/12, 31570. Zie verder Leeuw 2011.

<sup>34</sup> De regering stelt dat een onderscheid bestaat tussen de overtredingen die kunnen leiden tot een bestuurlijke boete en strafbare feiten. Is een bestuursambt bevoegd de overtreding van een norm te bestraffen, dan is artikel 113 lid 1 Gw op die bestraffing dus niet van toepassing. Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 11.

<sup>35</sup> Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 92.

<sup>36</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, C.

<sup>37</sup> Een voorstel voor de opname van het motiveringsbeginsel, het vermoeden van onschuld en het beginsel van hoor en wederhoor voor de bestuurlijke besluitvormingsfase in de Grondwet is reeds gedaan door Sillen in: Sillen 2014, p. 26-38. Het voorstel wordt bijvoorbeeld ondersteund door Crijns: Crijns 2014, p. 273.

bescherming:<sup>38</sup> vandaar de definitie ‘beslissingen die de belangen van de betrokkenen aanmerkelijk treffen’.

### 2.2.3 *Het toepassen van verschillende rechtsbeschermingsniveaus*

Het voorgestelde fundamentele recht op een eerlijk besluitvormingsproces is niet absoluut en zou daarom, conform deze derde aanbeveling, ruimte moeten bieden voor de toepassing van verschillende rechtsbeschermingsniveaus. Dit betekent concreet dat de boetegrens die in de Awb is opgenomen (€ 340) voor mededingingsprocedures moet worden opgeheven. Het toepassen van verschillende rechtsbeschermingsniveaus is alleen mogelijk wanneer het beginsel van effectieve rechtsbescherming daarmee niet in het gedrang komt. In dat geval kunnen effectiviteitsoverwegingen, zoals een snellere behandeling van de zaak, de mogelijkheid bieden voor een gedifferentieerde toepassing van bepaalde fundamentele procesrechten. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State geeft de voorkeur aan verschillende niveaus van rechtsbescherming in plaats van een verzaamd niveau van rechtsbescherming dat zowel bij lichte, veelvoorkomende feiten als bij de meer complexe feiten zou moeten gelden. Bij een verzaamd rechtsbeschermingsniveau dat te allen tijde geldt, bestaat volgens de Afdeling het gevaar dat onvoldoende rekening wordt gehouden met andere aspecten die van belang kunnen zijn bij de inrichting van een handhavingssysteem, zoals die van effectiviteit en efficiency. Volgens de Afdeling advisering zou de bestuursrechtelijke rechtsbescherming alleen daar verzaamd moeten worden waar de noodzaak zich voordoet. Het gaat dan om gevallen waarin het niet langer gaat om lichte eenvoudig vaststelbare feiten, maar om zwaardere en minder eenvoudige vaststelbare overtredingen of om overtredingen die zwaar worden beboet (ook al zijn deze eenvoudig vast te stellen). De Afdeling advisering stelt dan ook een tweedeling van rechtsbescherming in het punitief bestuursrecht voor, waarbij de Afdeling opmerkt dat ingrijpende herstellende sancties in aanmerking kunnen komen voor het verzaarde regime van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Volgens de Afdeling zou een verzaamd rechtsbeschermingsniveau, bij gebrek aan een sluitend stelsel van kwalitatieve criteria, kunnen gelden voor boetes die de grens van € 81.000 overschrijden. Op het punt van een boetegrens wijkt deze aanbeveling echter af van het advies van de Afdeling advisering. De toepassing van een verzaamd rechtsbeschermingsniveau zou immers niet enkel afhankelijk moeten zijn van de hoogte van de boete, maar van een geheel van omstandigheden dat in een specifieke zaak kan spelen, zoals de aard van de overtreding, de belangen van de overtreeders, de hoogte van de boete of de lastoplegging en de verleende medewerking van de overtreeders.

De beslissing om een verzaamd stelsel van rechtsbescherming te bieden, ligt dan ook bij de beslissende instantie. Een mogelijkheid om per zaak te voorzien in een gedifferentieerd rechtsbeschermingsniveau biedt het EHRM immers in de zaak *Jussila*.

<sup>38</sup> Dit vanwege de impact die de bestuurlijke beslissing heeft op de eigendomsbelangen van de betrokkene, Zie ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643; en ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3870.

In deze zaak heeft het EHRM randvoorwaarden gegeven voor het beperken van de hoorzitting en bepaalde strafrechtelijke procesrechten. Het is volgens het EHRM aan de nationale autoriteiten om een balans te vinden tussen rechtsbescherming in mededingingsprocedures aan de ene kant en effectiviteit aan de andere kant.<sup>39</sup> Noch de Awb noch de Mw voorzien in een afwijkend rechtsbeschermingsregime afhankelijk van het soort sanctie dat wordt opgelegd. Alleen voor boeteprocedures is een scheiding gemaakt tussen een lichter rechtsbeschermingsregime (boetes onder € 340) en een verzwaard rechtsbeschermingsregime (boetes boven € 340). Het lichtere rechtsbeschermingsregime bestaat onder andere uit een optionele hoorzitting en geen rapportageplicht voor het bestuursorgaan. Deze boetegrens is echter niet aangepast voor mededingingsprocedures. In mededingingsprocedures, zeker waar het gaat om schendingen van het kartelverbod, overschrijden de boetes niet alleen met gemak de boetegrens van € 340, maar ook de boetegrens die de Afdeling advisering voorstelt (€ 81.000) wordt vaak gehaald. Hoewel mededingingsboetes ‘hoog’ kunnen zijn, is het gewicht dat aan de boete wordt toegekend, bekeken vanuit het perspectief van de onderneming, niet altijd zwaar. De boete is immers begrensd tot een maximum van 10 procent van de behaalde omzet. Het tegenovergestelde kan ook het geval zijn wanneer de boete wordt opgelegd aan de feitelijke leidinggevendenden. In dergelijke zaken kan de impact van de boete juist een stuk groter zijn dan bij de onderneming zelf. Deze voorbeelden pleiten dan ook voor de opheffing van de boetegrens van € 340. Een boetegrens zou voor mededingingsprocedures niet (meer) het uitgangspunt voor een verzwaard rechtsbeschermingsregime moeten zijn, maar de specifieke omstandigheden die spelen in een zaak. Wanneer de zaak zich daarvoor leent, zou dus op grond van effectiviteitsoverwegingen een milder rechtsbeschermingsniveau moeten gelden.

## 2.2.4 Een duidelijke waiver van procedurele rechten

### 2.2.4.1 Vormen van eenvoudige afdoening van de zaak

De vierde aanbeveling borduurt voort op de vorige aanbeveling en stelt voor zaken waar sprake is van een eenvoudige afdoening een duidelijke *waiver* (set van vrijstellingen) van procedurele rechten voor. Net zoals de vorige aanbeveling is deze aanbeveling gestoeld op effectiviteitsoverwegingen bestaande uit een snellere afdoening van de zaak. In tegenstelling tot de vorige aanbeveling (waar het bestuursorgaan eenzijdig beslist tot een efficiëntere procesgang) gaat deze aanbeveling uit van een tweezijdige bereidheid om af te zien van bepaalde procedurele rechten. Voorbeelden hiervan zijn reeds in de praktijk te vinden, namelijk in de Nederlandse bouwfraudezaken of de Europese schikkingsprocedures.<sup>40</sup> In de bouwfraudezaken

<sup>39</sup> Dit is vanzelfsprekend geen gemakkelijke opgave. Voor degenen die geïnteresseerd zijn in de verhouding rechtsbescherming en effectiviteit in mededingingsprocedures is het volgende boek aanbevelingswaardig: Scordamaglia-Tousis 2014, p. 176-186.

<sup>40</sup> Met als grote verschil dat in de bouwfraudezaken geen sprake was van een expliciete, zelfstandige ‘erkenning’ of verklaring van de bouwondernemingen over hun deelname zoals dat wel in de schikkingsprocedure bij de Europese Commissie gebeurt. Zie Knoop-Rutten & Strijker-Reintje 2012, p. 7.

bood de ACM ondernemingen aan te kiezen uit twee procedures: (i) een versnelde procedure waarin alleen de hoogte van de boete kon worden aangevochten, of (ii) een reguliere beroepsprocedure. Deelname aan de versnelde procedure hield in dat de ondernemingen afstand zouden doen van bepaalde procedurele rechten zoals het recht om een individuele zienswijze naar voren te brengen. Deze versnelde bouwfraudeprocedure voldeed volgens de rechtbank en het CBB aan de eisen van artikel 6 EVRM. De ondernemingen konden immers vrijwillig een keuze maken en waren duidelijk voorgelicht over de consequenties van hun keuze. Bovendien bestond in bezwaar nog de mogelijkheid om op deze keuze terug te komen. Daarnaast vormde de boetevermindering van 15 procent (die bij de versnelde procedure in het vooruitzicht werd gesteld) geen ontoelaatbare druk om aan de versnelde procedure deel te nemen. Kortom, er was geen sprake van een aanzetten tot zichzelf beschuldigen dan wel afzien van verdedigingsrechten.<sup>41</sup>

In Europese schikkingsprocedures behoort het afstand doen van procedurele rechten tot de vaste praktijk.<sup>42</sup> De ratio achter de schikkingsprocedure is immers het effectief beslechten van een zaak door het behalen van procedurele voordelen. Eén van deze procedurele voordelen is het intrekken van het recht op een (formele) hoorzitting. Informele hoorzittingen vinden echter reeds in een eerder stadium plaats, namelijk in het licht van de bilaterale onderhandelingsbijeenkomsten tussen de Commissie en de ondernemingen.<sup>43</sup> De ondernemingen worden dus wel degelijk gehoord. Zij hebben echter geen recht op een formele hoorzitting.<sup>44</sup> Bij het indienen van hun 'schikkingsverzoek' bevestigen de partijen dat zij hun hoorrecht niet zullen inroepen wanneer de mededeling van punten van bezwaar de inhoud van hun verklaringen weergeeft.<sup>45</sup> Dus ook in een schikkingsprocedure (in lijn met de normale boeteprocEDURE) zal de Commissie haar beslissing alleen steunen op die punten waarover de ondernemingen zich hebben kunnen uitspreken.

<sup>41</sup> Zie bijvoorbeeld CBB 31 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN6716. Zie over de zaken meer: Knoop-Rutten & Strijker-Reintje 2010.

<sup>42</sup> Gedurende een schikkingsprocedure gaan de betrokken ondernemingen akkoord met de bevinding van de Commissie dat een inbreuk heeft plaatsgevonden. Het schikkingsbesluit is daarmee een beslissing waarin de Commissie tot een inbreuk concludeert. Zie Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004), *PbEU* L 123, artikelen 7 en 23. De ondernemingen kunnen voor deze procedure kiezen wanneer zij reeds de beschuldigingen hebben gehoord, de relevante documenten hebben ingezien en de mogelijk hebben gehad om hun zienswijze naar voren te brengen. Als compensatie voor hun medewerking ontvangen de ondernemingen een boetekorting van 10 procent. De Commissie kan discretionair bepalen of zij in onderhandeling treedt met de ondernemingen – het is noch een recht noch een verplichting voor ondernemingen om aan de schikking deel te nemen. Ook wanneer de schikkingsprocedure is gestart, kan de Commissie besluiten de onderhandeling volledig stop te zetten, bijvoorbeeld wanneer er onvoldoende progressie is richting een *common understanding*. Zie Laina & Laurinen 2013, p. 1-2. Zie voor een beslissing waarin de Commissie de schikkingsprocedure stopzette: Beslissing van de Europese Commissie 22 april 2013, nr. IP/13/346 (*Smart cards chips*).

<sup>43</sup> Van Bael 2011, p. 317.

<sup>44</sup> Zie Scordamaglia-Tousis 2014, p. 69.

<sup>45</sup> Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004) *PbEU* L 123, artikel 12 lid 2.



Aan dergelijke waivers van procedurerechten zijn wel voorwaarden verbonden. Zo verlangt artikel 6 EVRM dat de waiver vrijwillig is afgelegd, dat degene die afziet van bepaalde procedurele rechten goed is ingelicht over de gevolgen van de keuze en dat de keuze ondubbelzinnig kenbaar wordt gemaakt. Daarnaast mag de waiver niet in strijd komen met gewichtige publieke belangen.<sup>46</sup> Deze eisen gelden onder andere ook voor de situatie waar een betrokken partij in onderhandeling treedt met de ACM, bijvoorbeeld door het indienen van toezeggingen. In één zaak heeft het EHRM zich uitgesproken over de verenigbaarheid van dergelijke vormen van *plea bargaining* met artikel 6 EVRM. In de zaak *Natsolishvili* stelde het EHRM niet alleen de eisen dat een verdachte de schikking vrijwillig moet zijn aangegaan<sup>47</sup> en de verslaglegging van de onderhandeling beschikbaar moet zijn. Bovendien formuleerde het EHRM de eis dat de inhoud van de schikking en de wijze waarop de schikking tot stand was gekomen aan voldoende rechterlijke toetsing moet zijn onderworpen. Aan al deze eisen was in die zaak voldaan, aldus het EHRM.<sup>48</sup> In haar *partly dissenting opinion* concludeert rechter Gyulumyan wel tot een schending van artikel 6 EVRM. Volgens rechter Gyulumyan leidde onder andere de afwezigheid van bewijs *prima facie* tegen de verdachte tot de conclusie dat de procedure niet eerlijk was verlopen. Dat het hier ging om een *bargain* die alleen zag op de straftoemeting en niet om een *bargain* die een schuldbekenenis inhield, maakte dat volgens haar zelfs striktere procedurele waarborgen zouden moeten gelden.<sup>49</sup>

#### 2.2.4.2 Een waiver in clementie- en schikkingsprocedures

Voorals in clementieprocedures, maar ook in schikkingsprocedures, is ruimte om af te wijken van een verzaamd rechtsbeschermingsniveau. In clementieprocedures hebben ondernemingen immers vrijwillig hun deelname aan een mededingingsbeperkende gedraging opgebiecht, bewijs daarvoor geleverd en regelmatig met de ACM contact gehad over hun clementieverzoeken. In deze procedures zijn dus minder, of geen feitelijke en juridische vragen aan de orde die bijvoorbeeld een hoorzitting verlangen. Hetzelfde geldt voor schikkingsprocedures: ook in deze procedures kunnen partijen bereid zijn om mee te werken aan het onderzoek. Medewerking aan het onderzoek kan immers de informatie in het rapport en het boetebesluit beperken<sup>50</sup> en levert bovendien een (extra) boetekorting op. Het is dan ook maar de vraag in hoeverre in deze procedures een compleet pakket aan rechtsbescherming noodzakelijk is voor de waarborging van de verdedigingsrechten enerzijds en voor de zorgvuldige besluit-

<sup>46</sup> EHRM 18 oktober 2006, 18114/02 (*Hermi t. Italië*), par. 73; EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola t. Italië* (no. 2)), par. 135-136; en EHRM 23 november 1993, *Series A*, 27 (*Poitrimol t. Frankrijk*), par. 31.

<sup>47</sup> De omstandigheid dat een verdachte wordt bijgestaan door een raadsman draagt bij aan het vrijwillige karakter van de schikking. Zie ook EHRM 18 oktober 2006, 18114/02 (*Hermi t. Italië*), par. 79.

<sup>48</sup> EHRM 29 april 2014, 9043/05 (*Natsolishvili en Togonidze t. Georgië*). Zie over deze zaak de kritische aantekeningen van Ölçer 2014, p. 261-269.

<sup>49</sup> *Partly dissenting opinion* rechter Gyulumyan onder EHRM 29 april 2014, 9043/05 (*Natsolishvili en Togonidze t. Georgië*).

<sup>50</sup> De informatie in een boetebesluit is over het algemeen beperkter dan de informatie in een regulier boetebesluit. Zie hierover Laina & Laurinen 2013, p. 302-311.



vorming anderzijds. Ook het Gerecht van de EU heeft overwogen dat wanneer de onderneming tijdens de administratieve procedure uitdrukkelijk de feiten heeft erkend die de Commissie haar in de mededeling van de punten van bezwaar ten laste heeft gelegd, deze feiten moeten worden geacht vast te staan. Een onderneming kan deze feiten ook niet meer in het kader van een beroepsprocedure voor het Gerecht betwisten.<sup>51</sup> In de zaak *Natuurazijn*, die was gestart naar aanleiding van een clementieverzoek, besloot de ACM dan ook de zaak vereenvoudigd af te doen. Door het verlenen van medewerking, bestaande uit de erkenning van de feiten en de juridische beoordeling zoals weergegeven in het rapport en de acceptatie van de methode van beboeting en de op te leggen boete, verkregen de betrokken ondernemingen een extra boetekorting van 10 procent.<sup>52</sup> De ACM heeft aangegeven deze vereenvoudigde afdoeningswijze te willen voortzetten.<sup>53</sup> Een formeel kader voor deze vorm van afdoening ontbreekt echter.<sup>54</sup>

Een clementieverzoek of een schikkingsverzoek zou dan ook standaard gepaard kunnen gaan met een duidelijke waiver van bijvoorbeeld het recht op een hoorzitting en het recht op het ondervragen van getuigen. Ook kan de ACM beslissen om slechts een verkort rapport en een verkort besluit uit te brengen. Vanzelfsprekend kan geen beroep worden gedaan op het zwijgrecht, tenzij sprake is van feitelijke leidinggevendens die zelf geen clementieverzoek hebben ingediend.<sup>55</sup> Een voorbeeld is de pilot versnelde boeteprocedure van de AFM waar de overtreder, in ruil voor een boetekorting van 30 procent, geen zienswijze op het boetevoornemen kan indienen en geen inzage krijgt in het boetedossier. Wel blijft het de overtreder vrijstaan om bezwaar te maken tegen het boetebesluit.<sup>56</sup> Bij deze waiver zou wel voor ogen moeten worden gehouden dat het rapport en het uiteindelijke besluit van de ACM ook daadwerkelijk de inbreukvaststelling moet weergeven zoals deze is opgebiecht. De enige uitspraak van het EHRM op dit vlak, *Natsolishvili*, illustreert dat bovendien (hoger) beroep mogelijk moet zijn tegen een dergelijke waiver. De waiver is daarmee alleen geldig voor de bestuurlijke besluitvormingsfase en strekt zich niet uit tot eventuele bezwaar- of beroepsprocedures. In opvolgende procedures is dus wederom een vrijwillig afgelegde waiver een vereiste aangezien in deze fase van de procedure nieuwe vragen

<sup>51</sup> GvEA EG 9 juli 2003, T-224/00, *Jur.* 2003, p. II-2597 (*Archer Daniels Midland*), par. 228.

<sup>52</sup> ACM 25 juni 2015, nr. 14.0705.27 (*Natuurazijn*).

<sup>53</sup> Fonteyn 2015, te raadplegen op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14807/Speech-Chris-Fonteyn-Congres-Ontwikkelingen-Mededingingsrecht-2015/> (laatst geraadpleegd op 3 januari 2016).

<sup>54</sup> Zie hierover meer: Swaak & Mennema 2015, p. 216-219.

<sup>55</sup> Deze riskeren op grond van de Mw een persoonlijke boete en kunnen dus ook op eigen naam een clementieverzoek indienen. Wanneer de onderneming waar de direct leidinggevende werkzaam is/was wel, en de direct leidinggevende zelf geen clementieverzoek indient, ligt het in de rede dat de direct leidinggevende wel een zwijgrecht zou moeten toekomen. Volgens Sakkers is de direct leidinggevende, indien namens de onderneming clementie verzocht, verbonden met de clementie van die onderneming zelf (de aanvraag dekt zowel de onderneming als haar werknemers). Zie Sakkers 2008, p. 89. Dit standpunt vindt echter geen bevestiging in de Beleidsregel clementie.

<sup>56</sup> Zie voor de voorwaarden van de versnelde boeteprocedure: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2011/dec/pilot-versnelde-boeteprocedure> (geraadpleegd op 22 december 2015). Zie hierover meer: De Jong 2014, p. 100-105.

kunnen spelen waar juist wel behoefte bestaat aan een hoorzitting. Een beroeps-procedure kan zelfs interessant zijn voor ondernemingen die boete-immuniteit hebben verkregen. Een concreet voorbeeld betreft een kartel waar de Commissie boetes oplegde aan luchtvrachtbedrijven.<sup>57</sup> Hoewel Lufthansa volledige boete-immuniteit verkreeg, ging zij tegen de beslissing van de Commissie in beroep bij het Gerecht van de EU. Reden hiervoor was de omstandigheid dat de Commissie onterecht sommige niet-Europese luchtvrachtbedrijven in de beschikking had weggelaten. Volgens Lufthansa leidde deze weglating tot een volledige civiele aansprakelijkheid van de Europese luchtvrachtbedrijven bij kartelafspraken waaraan ook de niet-Europese luchtvrachtbedrijven substantieel deelnamen.<sup>58</sup>

### 2.3 Deelconclusie

In deze deelparagraaf zijn knelpunten besproken die de casestudies overkoepelen. Een belangrijk knelpunt is het gebrek aan een fundamenteel recht op een 'eerlijk besluitvormingsproces' (knelpunt I). Verschillende argumenten zijn naar voren gebracht die de doorwerking van fundamentele procesrechten in de bestuurlijke besluitvormingsfase voorstaan (aanbeveling I). Het belang van een algemeen recht op een eerlijk besluitvormingsproces kan worden benadrukt door opname daarvan in de Grondwet (aanbeveling II).

De Awb biedt momenteel alleen verdedigingsrechten aan belanghebbenden die worden geconfronteerd met een 'zware' bestuurlijke boete (boven € 340). Het rechtsbeschermingspakket is daarmee te beperkt (knelpunt II) en houdt geen rekening met de omstandigheid dat ook in andere procedures (bijvoorbeeld in procedures waar een last onder dwangsom wordt opgelegd) bepaalde (minimum)verdedigingsrechten gewaarborgd dienen te worden. Deze omstandigheid is wellicht te verklaren door een beperkte benadering van het begrip strafvervolgning (knelpunt III) waardoor te weinig ruimte is om te differentiëren in het niveau van rechtsbescherming. De uitspraak van het EHRM in de zaak *Jussila* illustreert dat deze mogelijkheid echter wel door het EHRM wordt geboden en dat de nationale instanties op basis van efficiëntie-overwegingen kunnen afzien van een hoorzitting of van bepaalde strafrechtelijke rechtswaarborgen. In mededingingsprocedures zou de ACM eenzijdig verschillende rechtsbeschermingsniveaus moeten toepassen (aanbeveling III) of tweezijdig met partijen een vereenvoudigde afdoening van de zaak moeten overeenkomen. In dat geval moet sprake zijn van een duidelijke waiver van procedurele rechten (aanbeveling IV). Ten aanzien van de meer informele afdoeningsvormen,<sup>59</sup> waar sneller sprake zal zijn van een waiver, zouden dan ook duidelijke afspraken moeten worden gemaakt over de reikwijdte van de waiver en de gevolgen van de waiver voor de verdedigings-

<sup>57</sup> Europese Commissie 9 november 2010, COMP/39258 (*Airfreight*).

<sup>58</sup> Gerecht EU 16 december 2015, T-46/11 (n.n.g.) (*Deutsche Lufthansa e.a. t. Commissie*).

<sup>59</sup> Waar bovendien het gevaar loert dat in deze procedures de aanwezigheid van *prima facie*-bewijs een voorwaarde zou kunnen worden voor het starten van onderhandelingen met de betrokken ondernemingen.

rechten van een betrokken partij wanneer de onderhandeling niet succesvol blijkt te zijn.<sup>60</sup>

### 3 DE ROL VAN DE ACM

#### 3.1 Knelpunten

##### 3.1.1 *De interne en externe onafhankelijkheid en onpartijdigheid*

In de vorige paragraaf is vastgesteld dat reeds in de bestuurlijke besluitvormingsfase (bijvoorbeeld van de ACM) sprake moet zijn van een recht op een eerlijk (besluitvormings)proces. Vervolgens is het de vraag welke knelpunten op dit moment bestaan in de procedure van de ACM. Met andere woorden: op welke punten voldoen de publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht niet volledig aan fundamentele procesrechten.

Een eerste knelpunt betreft de in hoofdstuk 5 getrokken conclusie dat de ACM, vanuit een strikt juridisch gezichtspunt, geen onafhankelijk en onpartijdig bestuursorgaan is.<sup>61</sup> Ten aanzien van de externe onafhankelijkheid geldt dat vanzelfsprekend een zekere vervlechting tussen de ACM en de politiek onontkoombaar is. Ook het EHRM en de Unierechters erkennen dit in hun rechtspraak, maar benadrukken dat deze vervlechting niet tot gevolg mag hebben dat de politiek direct of indirect druk kan uitoefenen op de ACM bij de uitoefening van de aan de ACM toebedeelde taken.<sup>62</sup> In het verleden hebben echter verschillende incidenten plaatsgevonden waarbij door de politiek wel een zekere druk werd uitgeoefend op het werk van de ACM. Zo werd in hoofdstuk 5, deelparagraaf 4.2.1, gesproken over de Nederlandse gaszaak waar de

<sup>60</sup> Zie ook Ottow 2015, p. 166-167. Ottow waarschuwt voor de keerzijdes van alternatief handhaven. Volgens haar geeft horizontaal handhaven enerzijds ondernemingen meer verantwoordelijkheden en biedt mogelijkheden voor de ondernemingen om zelf ervoor te zorgen dat zij in overeenstemming met de mededingingsregels handelen. Anderzijds vraagt dergelijk handhaven ook om instrumenten waarmee de ACM kan controleren of de ondernemingen daadwerkelijk handelen in lijn met hetgeen zij hebben afgesproken met de ACM. De ACM moet dus monitoren of de vrijwillige aanpassingen van de desbetreffende ondernemingen op de markt 'simply window dressing is' of 'whether it creates a false sense of security'.

<sup>61</sup> Deze conclusie houdt echter geen rekening met mogelijke effectiviteitsoverwegingen die juist een zekere mate van afhankelijkheid vereisen. De knelpunten en aanbevelingen doen dan ook niet geheel recht aan de complexiteit van toezicht houden. Bruijn, 2011, p. 5-7. Zie ook Fonteijn & Barendrecht 2011, p. 64-68; Monti 2014; en Aelen & Biezeveld 2013, p. 52-63.

<sup>62</sup> Zo is de algemene vernietigingsbevoegdheid van de minister beperkt tot de gevallen waarin de ACM *ultra vius* besluiten van algemene strekking neemt en geldt deze bevoegdheid niet voor het toezicht van de ACM op de sectoren energie, post, telecommunicatie en vervoer. Hoewel deze vernietigingsbevoegdheid intervenueert in het handelen van de ACM, biedt ze, vanuit het oogpunt van democratische legitimatie, de mogelijkheid om te controleren of de ACM binnen de grenzen blijft van de aan haar toegekende taken en bevoegdheden. Hiermee wordt voorkomen dat de ACM in feite regels gaat stellen die eigenlijk door de Nederlandse wetgever zelf dienen te worden vastgesteld overeenkomstig de gebruikelijke normale grondwettelijke procedures. Zie ook Nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, 1 mei 2012.

beleidsregel omtrent het vaststellen van de transporttarieven van GTS (Gas Transport Services) van de minister van Economische Zaken geen algemene beleidsregel was, maar een individuele instructie aan de ACM.<sup>63</sup> Een ander incident betrof de in het regeringsakkoord opgenomen taakdoelstelling. Een ander meer structureel probleem dat aan de orde kwam, was de bevoegdheid van de minister om personeel in vaste dienst te ontslaan, of personeel te benoemen voor wie salarisschaal 15 of hoger geldt.

Naast de externe is de interne onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ACM minstens zo belangrijk. In hoofdstuk 5, deelparagraaf 2.2.2.1, is opgemerkt dat de feitelijke scheiding waarin de Mw met de *Chinese walls* voorziet, wellicht niet voldoende is. De zaak *Grande Stevens* illustreert dat niet alleen het gebrek aan een functionele scheiding tussen opsporing en beboeting, maar ook de bevoegdheden van de raad van bestuur bij het onderzoek in strijd kunnen komen met de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen van artikel 6 EVRM. Op dit moment kan de raad van bestuur globale aanwijzingen geven aan de DM, bijvoorbeeld over de vorm van handhaven die in een bepaalde zaak wordt gekozen. Zo kan een situatie ontstaan waarin de DM een zaak en de mogelijkheden tot het afdoen van deze zaak door middel van een bestuurlijke boete onderzoekt en de raad van bestuur een toezegging adviseert (of vice versa). Ook wordt de raad van bestuur op grote lijnen op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen in lopende onderzoeken. Deze adviezen en informatievoorzieningen zijn op grond van drie redenen problematisch. Ten eerste is het onduidelijk waar precies de grens ligt tussen een bestuurslid dat zich slechts in formele en algemene zin met de voortgang en inhoud van een onderzoek bezighoudt en een bestuurslid dat wel zaakinhoudelijke adviezen geeft. Ten tweede kunnen de betrokken partijen geen zienswijze uitbrengen over deze adviezen, ondanks dat deze adviezen soms doorslaggevend zijn voor de uitkomst van een bepaalde zaak. Ten derde wordt hierdoor de zaak reeds in een te vroeg stadium dicht getimmerd terwijl de zaak juist, door deze over te dragen aan de JD en een hoorzitting te organiseren, nog geheel open zou moeten liggen.

### 3.1.2 Het boeterapport

Ten aanzien van de fase waarin de ACM een mogelijke mededingingsovertreding onderzoekt, is enkel gekeken naar de fase waarin de ACM een boeterapport uitbrengt en het moment waarop de ACM tot een besluit komt.<sup>64</sup> Een verklaring voor deze beperking is gelegen in het moment waarop de bescherming van artikel 6 EVRM en de equivalente bepaling uit het Handvest begint te lopen, namelijk het moment waarop de ACM een handeling verricht aan de hand waarvan een belanghebbende weet dat een boete in het verschiet ligt (c.q. sprake is van de vaststelling van een strafvervolgning). In de praktijk is dit meestal het moment dat aan de desbetreffende (verdachte) onderneming of feitelijke leidinggevende een boeterapport wordt toegezonden.

<sup>63</sup> CbB 29 juni 2010, *NJB* 2010/1499, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470.

<sup>64</sup> Het onderzoek stond dus niet in het teken van de interessante discussie in hoeverre de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden door de ACM in overeenstemming is met het EVRM en het Unierecht.

Aan het boeterapport zijn verschillende eisen verbonden die volgen uit het EVRM en het Handvest.<sup>65</sup> Deze eisen gelden echter alleen voor procedures waarin de ACM van plan is een bestuurlijke boete op te leggen. Voor de lastoplegging gelden deze eisen in principe niet.<sup>66</sup> De verplichting tot het uitbrengen van een boeterapport voldoet in principe aan deze eis wanneer de boete de grens van € 340 overschrijdt.<sup>67</sup> Voor boetes die deze grens niet halen, terwijl wel sprake kan zijn van een strafrechtelijke vervolging, geldt geen rapportageplicht. In de casestudie over het inzagerecht is vastgesteld dat deze beperking niet in overeenstemming is met het EVRM en het Handvest. Een tweede eis houdt verband met de vertaling van het boeterapport. Artikel 5:49 lid 2 Awb stelt dat het bestuursorgaan 'zoveel mogelijk' ervoor zorgt dat de mededeling van de gegevens plaatsvindt in een voor de (vermeende) overtreder begrijpelijke taal. Het EVRM en het Handvest verplichten echter in ieder geval tot vertaling van de aard en reden van de beschuldiging. De in de Awb beperkte notie van het recht op vertalen kan dan ook, zoals een uitspraak van de rechtbank Rotterdam illustreert, in het vaarwater komen van het EVRM en het Unierecht wanneer de ACM geen vertaling verstrekt van de aard en redenen van de beschuldigingen die in het boeterapport zijn opgenomen.<sup>68</sup> Een derde wellicht minder harde eis die uit de Europese mededingingspraktijk lijkt te volgen, is de eis dat in het rapport ook boete-elementen opgenomen worden zoals informatie over de mate van verwijtbaarheid, recidive, kwalificatie van de ernst van de overtreding en de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. In het boeterapport behandelt de ACM deze boete-elementen echter niet.

### 3.1.3 De fase boeterapport - boetebesluit

#### 3.1.3.1 De inzage in de stukken

Naar aanleiding van het rapport en de inhoudsopgave van de dossierstukken krijgen de belanghebbenden inzage in de stukken die op de zaak betrekking hebben. Het recht op inzage in het dossier van de mededingingsautoriteit is een fundamenteel verdedigingsrecht en is van toepassing op alle procedures die leiden tot een boeteplegging of lastoplegging. In de casestudie over het inzagerecht zijn voor verschillende elementen van het inzagerecht (potentiële) knelpunten met het EVRM en het Unierecht geconstateerd. In het kort gaat hier om de twee knelpunten.

Een eerste knelpunt betreft de reikwijdte van het inzagerecht in boeteprocedures. Een beperkte interpretatie van het inzagerecht op grond van de Awb, dat gelimiteerd is tot de 'op de zaak betrekking hebbende stukken', is mogelijk strijdig met artikel 6 EVRM.

<sup>65</sup> Artikel 6 lid 3 onder a EVRM en artikel 48 lid 2 Handvest verlangen dat degene tegen wie een strafrechtelijke vervolging is ingesteld onverwijld en in bijzonderheden, in een taal die hij verstaat, op de hoogte wordt gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging.

<sup>66</sup> Hoewel een duidelijke wettelijke grondslag ontbreekt, is het de praktijk dat ook bij lastopleggingen een rapport wordt opgemaakt.

<sup>67</sup> Artikel 5:53 lid 2 Awb.

<sup>68</sup> Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, JOR 2014/332, m.nt. S.M.C. Nuijten, ECLI:NL:RBROT:2014:8382.

Hoewel het EHRM erkent in zaken zoals *Messier*, *Chambaz* en *Bendenoun* dat in administratieve (bestraffende) procedures sprake kan zijn van omvangrijke dossiers, en bestuursorganen in eerste instantie een selectie mogen maken (dit is ook de praktijk van de Commissie in Europese mededingingszaken), stelt het EHRM dat een bestuursorgaan een verzoek van de verdediging om toegang te krijgen tot bepaalde stukken in principe moet honoreren. Daarvoor is het van belang dat de verdediging weet welke stukken zich in het complete onderzoeksdossier bevinden; een lijst met stukken uit het opgeschoonde dossier voldoet niet aan deze eisen. Het probleem is echter dat belanghebbenden in de meeste gevallen niet weten welke documenten zich in het onderzoeksdossier bevinden (omdat het dossier is opgeschoond) en dat belanghebbenden, wanneer ze door middel van een index wel bekend zijn met de op te vragen stukken, de inhoud van het opgevraagde stuk moeten kennen alvorens ze een gemotiveerd inzageverzoek kunnen indienen.<sup>69</sup>

Een tweede knelpunt ziet op de situatie waar bepaalde stukken buiten het dossier blijven omdat zij vertrouwelijke informatie bevatten. Het is echter onduidelijk wat onder vertrouwelijke informatie wordt verstaan. De ACM zal bij een beslissing of sprake is van vertrouwelijke informatie moeten beoordelen of de beperking voorziet in de bescherming van een algemeen belang of een fundamenteel recht van derden en of de beperking noodzakelijk is. Een absolute weigering om toegang te verlenen tot grote delen van het dossier raakt echter de kern van de rechten van verdediging.<sup>70</sup> De ACM zal daarom de documenten zo veel mogelijk in een niet-vertrouwelijke versie ter inzage moeten leggen. Wel blijft de vraag bestaan welke documenten de ACM van inzage kan uitsluiten zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten op een eerlijk proces. De ACM zal deze vraag in elke zaak apart dienen te beantwoorden waarbij, wederom, een ruim beroep op de beperkingsgronden waarschijnlijk in strijd zal komen met het EVRM en het Unierecht.

### 3.1.3.2 De hoorzitting

Verschillende knelpunten hebben betrekking op de gang van zaken tijdens de hoorzitting. In boeteprocedures bij de ACM kunnen belanghebbenden op basis van de dossierstukken schriftelijk en/of mondeling hun zienswijzen indienen. Het is onduidelijk of het schriftelijk en/of mondeling indienen van zienswijzen ook mogelijk is bij andere vormen van handhaven door de ACM. Een hoorzitting is immers in de primaire besluitvormingsprocedure niet verplicht; het is de bezwaarfase die volgens de

<sup>69</sup> Een voorbeeld van een zaak waarin de ACM inderdaad ook andere stukken als 'op de zaak betrekking hebbend' had moeten kwalificeren is de zaak *Isolerend dubbelglas*. In deze zaak was de enkele betwisting van de geloofwaardigheid van clementieverklaringen voldoende om inzage te vorderen in documenten die zagen op andere glasproducten en andere periodes dan waarop het sanctiebesluit was gebaseerd. Zie Rb. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:227.

<sup>70</sup> Zie over de vraag of het weigeren van rechtsbijstand de kern van het recht op toegang tot de rechter aantast de volgende uitspraak van het Hof: HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *Jur.* 2010, p. I-13849 (*DEB*). In soortgelijke bewoordingen heeft het EHRM gesteld dat het in zijn geheel achterhouden van relevante documenten in strijd is met artikel 6 EVRM en ook niet kan worden hersteld door een procedure in beroep. Zie hoofdstuk 6, deelparagraaf 2.4.2.



wetgever ruimte biedt aan belanghebbenden om mondeling hun standpunten toe te lichten. In principe levert de eis van een verplichte hoorzitting geen problemen op aangezien een hoorzitting tot de vaste ACM-praktijk behoort.

Mocht een hoorzitting in de primaire besluitvormingsfase plaatsvinden, dan voldoet deze hoorzitting echter niet aan de eisen van het EVRM. Een eerste knelpunt is het vereiste van het EVRM dat een mondelinge en openbare behandeling van de zaak moet plaatsvinden voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De ACM voldoet, zoals gezegd in deelparagraaf 3.3.1, niet aan deze onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen. Een tweede knelpunt volgt uit de zaak *Grande Stevens* waar een hoorzitting plaatsvond voor de sanctiedienst van de Italiaanse beursautoriteit. Voor het EHRM was artikel 6 EVRM geschonden omdat de hoorzitting plaats had moeten vinden voor de commissie die de uiteindelijke beslissing nam. Een soortgelijke redenering is ook te vinden in de EHRM-jurisprudentie over het ondervragingsrecht. In verschillende zaken laat het EHRM doorschemeren dat, hoewel het horen van getuigen in de onderzoeksfase toelaatbaar is, het wenselijk is wanneer het horen van getuigen plaatsvindt voor de instantie die zich uiteindelijk een oordeel moet vormen over de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaringen. In de ACM-praktijk is echter geen sprake van deelname van de raad van bestuur aan de hoorzitting. De hoorzitting vindt plaats tussen de betrokken ondernemingen en de desbetreffende zaakbehandelaars. De zaakbehandelaars zullen de bevindingen van de hoorzitting verwerken in een concept-besluit dat vervolgens aan de raad van bestuur wordt voorgelegd. Ook de hoorzitting in Europese mededingingsprocedures is om dezelfde redenen bekritiseerd.<sup>71</sup>

Een laatste knelpunt speelt wanneer de hoorzitting pas in de bezwaarfase plaatsvindt. Wanneer de ACM de partijen pas in de bezwaarfase hoort, zal de verenigbaarheid van deze praktijk met het verdedigingsbeginsel afhangen van de mogelijkheid tot schorsing van het betwiste besluit. In de zaken *Kamino* en *Datema* heeft het HvJ EU bepaald dat de opschorting van het besluit in ieder geval mogelijk moet zijn wanneer er redenen zijn om aan de overeenstemming van het besluit met de mededingingswetgeving te twijfelen of indien de partijen onherstelbare schade dreigen te lijden. Of de op grond van de Mw voorziene tijdelijke opschorting van besluiten (24 weken) voldoet aan deze eis, is onduidelijk. Het is dus mogelijk dat het horen in de bezwaarfase een schending van de verdedigingsrechten oplevert wanneer het bezwaar niet plaatsvindt binnen de 24 weken waarvoor de opschorting van het besluit geldt.

### 3.1.3.3 De inzet van getuigen

Het EVRM en het Unierecht bieden aan degene tegen wie een strafrechtelijke vervolging is ingesteld het recht om getuigen te ondervragen. Met getuigen doelt het EHRM ook op de zogeheten medeverdachten, dus andere procespartijen die geadresseerden zijn van het boetebesluit. Noch de wetgeving noch de praktijk van de ACM biedt momenteel ruimte voor het horen van getuigen gedurende de besluitvormingsfase. Het ondervragen van de getuigen, en daarmee het toetsen van de

<sup>71</sup> Zie voor een discussie hierover de hoorzitting voor de Commissie: Fox & Trebilcock 2012, p. 437.



betrouwbaarheid van getuigenverklaringen, kan dan ook pas in de procedure bij de bestuursrechter plaatsvinden. Hiervoor is aangegeven dat het niet wenselijk is wanneer de ACM het getuigenverhoor, dat voortvloeit uit fundamentele procesrechten, doorschuift naar de rechterlijke fase (deelparagraaf 2.3.1). Vooral in situaties waar de ACM zich voor de vaststelling van de inbreuk baseert op getuigenverklaringen zou een ondervragingsmogelijkheid gefaciliteerd moeten worden. Concreet zou dit bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de belanghebbenden de clementieverzoekers ondervragen.<sup>72</sup> Bij het ondervragen van medeverdachten, niet zijnde clementieverzoekers, geldt echter wel dat zij een beroep kunnen doen op hun zwijgrecht. Een knelpunt daarbij is dat de reikwijdtes van het zwijgrecht onder het EVRM, het Unierecht en de Mw wezenlijk verschillen.

## 3.2 Aanbevelingen

### 3.2.1 *Het verstevigen van de onafhankelijkheid van de ACM*

De volgende drie subaanbevelingen hebben betrekking op de algemene aanbeveling: het verstevigen van de onafhankelijkheid van de ACM. De aanbeveling over het creëren van een duidelijke interne functiescheiding (zie deelparagraaf 3.2.1.2) vloeit voort uit de eisen die het EHRM heeft gesteld aan de onafhankelijkheid van bestuursorganen. De andere aanbevelingen over het beperken van bepaalde bevoegdheden van de minister (deelparagraaf 3.2.1.1) en het introduceren van een vorm van intern toezicht (deelparagraaf 3.2.1.3) vloeien echter voort uit de gedachte dat het voldoen aan de onafhankelijkheids- en onpartijdigheidseisen tevens bijdraagt aan de effectieve handhaving van het mededingingsrecht.<sup>73</sup> Een toezichthouder die is beïnvloed door de politiek kan immers het uiteindelijke doel van het toezicht (dat is gelegen in het bereiken van een gewenste of efficiënte welvaartsverdeling) uit het oog verliezen.<sup>74</sup> Niet alleen vanuit een economisch oogpunt, maar ook vanuit het perspectief van de oordeelsvorming, het vertrouwen van het publiek in de toezichthouder, is onafhankelijkheid belangrijk.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Zie hierover ook het gecombineerde preadvies van de Adviescommissie Mededingingsrecht en Strafrecht inzake ontwerp richtsnoeren clementine, online beschikbaar via <https://www.advocatenorde.nl/advocaten/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/124327> (geraadpleegd op 21 december 2015).

<sup>73</sup> Fonteijn & Ottow 2014. Wanneer onafhankelijkheid in deze context wordt gezien als een voorwaarde voor de effectieve toepassing van het mededingingsrecht, dan verlangt het Unierecht – op grond van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Vebic* – dat de onafhankelijkheid van de ACM een essentieel onderdeel vormt van de effectieve handhaving van het Europees mededingingsrecht. Zie HvJ EU 7 december 2010, C-439/08, *Jur.* 2010, p. I-12471 (*Vebic t. Raad voor de Mededinging en Ministers van Economie*). Zie over de institutionele gevolgen van de *Vebic*-zaak: Van Cleynenbreugel 2013.

<sup>74</sup> De concurrentieverhoudingen worden immers verstoord doordat bepaalde groeperingen van ondernemingen bevoordeeld worden, of doordat minder voortvarend tegen marktfalen wordt opgetreden. Zie Aelen 2014, p. 121.

<sup>75</sup> Zie de bespreking van procedurele legimiteit in hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.

### 3.2.1.1 *Het inperken van de institutionele afhankelijkheid*

Een eerste knelpunt met betrekking tot de onafhankelijkheid van de ACM heeft betrekking op de potentiële afhankelijkheid van de ACM van de minister. Een oplossing voor dit knelpunt ligt in het beperken van bepaalde bevoegdheden van de minister. Ten eerste moet worden voorkomen dat het budget op basis van politieke prioritering wordt vastgesteld. Men zou kunnen overwegen om, conform het voorstel van Van Eijk, het budget via een meer gewogen proces tot stand te laten komen. Dit kan bijvoorbeeld door de Algemene Rekenkamer als derde partij een rol te laten spelen bij het vaststellen van de begroting.<sup>76</sup> Op dit moment loopt de ACM echter reeds mee in de begrotings- en verantwoordingscyclus van het rijk: de begroting van de ACM is immers een onderdeel van de begroting van het ministerie van Economische Zaken. Dit betekent dat de Algemene Rekenkamer de ontwerpbegroting moet goedkeuren. De minister van Financiën maakt bezwaar tegen een ontwerpbegroting wanneer deze hem, met het oog op het algemene financiële beleid, niet toelaatbaar acht of de in de ontwerpbegroting opgenomen bedragen niet in een redelijke verhouding staan tot de doelstellingen van het beleid dat aan de begroting ten grondslag ligt.<sup>77</sup> De potentiële schending van de onafhankelijkheid van de ACM is echter geen grond om de begroting niet goed te keuren. Een andere mogelijkheid is om de Algemene Rekenkamer periodiek onderzoek te laten uitvoeren naar ‘indicatieve’ boetetaakstellingen die in de begroting zijn opgenomen en de impact die zij hebben op het beleid van de ACM.<sup>78</sup> Wanneer deze taakstellingen ertoe zouden leiden dat de ACM niet meer haar eigen prioriteiten kan stellen, dan zou de Algemene Rekenkamer aanbevelingen kunnen doen voor een betere waarborging van het onafhankelijke toezicht door de ACM.

De mogelijke invloed van de minister op specifieke personeelsaangelegenheden kan worden teruggedrongen door te kiezen voor het delegeren van bepaalde bevoegdheden in plaats van het verlenen van een mandaat, hetgeen reeds in de literatuur is voorgesteld.<sup>79</sup> In deze context dient de raad van bestuur een gedelegeerde bevoegdheid te krijgen om zelf te kunnen beslissen over de benoeming en het ontslag van het onder hem ressorterend personeel (ongeacht de functieschaal of de arbeidsvoorwaarden). De minister blijft vervolgens bevoegd de raad van bestuur van de ACM te benoemen. De aanwezigheid van objectieve selectie- en benoemingscriteria, zoals opgenomen in het relatiestatuu<sup>t</sup>,<sup>80</sup> zijn daarbij extra waarborgen.<sup>81</sup> Twijfels over eventuele politieke gekleurdheden kunnen echter het beste vermeden worden door de ACM over een

<sup>76</sup> Van Eijk 2011, p. 2987.

<sup>77</sup> Artikel 12 Compabiliteitswet.

<sup>78</sup> In het verleden heeft de Algemene Rekenkamer al een keer uitvoerig onderzoek verricht naar de aanwezigheid van voldoende waarborgen voor een onafhankelijke, integere, transparante, rechtmatige, doelmatige en doeltreffende uitvoering van het algemeen mededingingstoezicht door de NMa. Zie Algemene Rekenkamer, *Toezicht op mededinging door de NMa*, 30 mei 2007: *Kamerstukken II*, 2006/07, 31055, 1.

<sup>79</sup> Zie ook het voorstel van Schouten & De Moor-van Vugt 2015, p. 72.

<sup>80</sup> Relatiestatuu<sup>t</sup> ACM en Ministers 2013, *Stcrt.* 2013, 9237.

<sup>81</sup> Van Emmerik, Loof & Schuurmans 2014, p. 29.

eigen en onafhankelijke staf te laten beschikken.<sup>82</sup> Een voorbeeld is de OPTA die destijds rechtspersoonlijkheid en eigen personeel kreeg omdat door het ontbreken daarvan het onafhankelijk functioneren van het ondersteunend apparaat kon worden betwijfeld.<sup>83</sup> Het toekennen van eigen personeel is ook voorgesteld door de commissie naar aanleiding van een evaluatie van het tienjarige bestaan van Verordening 1/2003.<sup>84</sup> Door de ACM eigen rechtspersoonlijkheid te geven, wordt tevens de sturende rol van de minister bij het goedkeuren van de begroting begrensd.<sup>85</sup> Een argument tegen het geven van rechtspersoonlijkheid aan de ACM is dat uit onderzoek is gebleken dat in de praktijk het gebrek aan rechtspersoonlijkheid nooit heeft geleid tot directe beïnvloeding.<sup>86</sup> De rechtspraak van het HvJ EU illustreert echter dat ook indirecte beïnvloeding ongewenst is.<sup>87</sup> Een tussenoplossing is, net zoals bij de boetetaakstelling, het periodiek evalueren of het gebrek aan rechtspersoonlijkheid het onafhankelijk functioneren van de ACM kan aantasten.<sup>88</sup> Wanneer uit het onderzoek blijkt dat signalen wijzen op een indirecte beïnvloeding op de besluitvorming van de ACM, dan ligt het toekennen van rechtspersoonlijk aan de ACM in de rede.

### 3.2.1.2 *De creatie van een functionele scheiding binnen de ACM*

Naast de externe kan ook de interne onafhankelijkheid van de ACM worden verstevigd.<sup>89</sup> Voor het EHRM is de interne onafhankelijkheid van de ACM erg belangrijk. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt echter niet duidelijk hoe een dergelijke interne onafhankelijkheid geïmplementeerd moet worden. De keuze van de vorm van interne onafhankelijkheid is daarom ook ingegeven door effectiviteits-overwegingen. Hoewel de combinatie van onderzoeks- en beslissingsbevoegdheden op zichzelf geen conflicten oplevert met de onpartijdigheidseisen, benadrukte het EHRM dat de aanwezigheid van een ‘vooringenomenheid’ of het vermoeden daarvan in strijd is met artikel 6 EVRM. In de zaak *Dubus* sprak het EHRM over de noodzakelijke ‘organische scheiding’ tussen de opsporings-, onderzoeks- en beslissingsdiensten van de bankcommissie.<sup>90</sup>

Binnen de ACM is sprake van een per zaak vormgegeven scheiding tussen de dienst die opspoort en een rapport opstelt en de dienst die een besluit neemt. De ACM

<sup>82</sup> Zie ook Schinkel 2013, p. 11.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25128, 3, p. 13-14. Zie ook het advies van de Raad van State waarin de Raad van State vraagt waarom aan de argumenten die destijds hebben geleid tot de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de OPTA geen gelding meer toekomt met betrekking tot de ACM. Advies Raad van State (W15.11.0432/IV) van 27 januari 2012. *Kamerstukken II* 2011/2012, 33186, 4.

<sup>84</sup> Commission staff working document, *Ten years of antitrust enforcement under regulation 1/2003*, SWD 2014 230/2, par. 40.

<sup>85</sup> De minister kan de begroting alleen afkeuren op grond van strijd met het recht of het algemeen belang. Zie artikel 29 lid 2 Kaderwet zbo's.

<sup>86</sup> Veeneman e.a. 2010.

<sup>87</sup> Zie hoofdstuk 5, deelparagraaf 3.2.2.

<sup>88</sup> Dit voorstel is reeds eerder gedaan door Lavrijssen: Lavrijssen 2015, p. 193.

<sup>89</sup> Zie voor een vergelijkbaar voorstel ten aanzien van de interne onafhankelijkheid van de Commissie: Fox & Trebilock 2012, p. 441 en de verwijzingen in voetnoot 333.

<sup>90</sup> EHRM 11 juni 2009, 5242/04 (*Dubus t. Frankrijk*), par. 57-59.

voorziet noch in een functionele scheiding, noch in een scheiding op het bestuursniveau.<sup>91</sup> De verschillende functies zijn dus geïntegreerd binnen de ACM. Er zijn verschillende mogelijkheden om de interne onafhankelijkheid binnen de ACM verder te verstevigen. Een bijkomstig effect van interne onafhankelijkheid is dat daarmee enige vorm van *prosecutorial bias* kan worden voorkomen. Onder *prosecutorial bias* vallen verschillende vormen van vooroordelen zoals *confirmation bias*: de neiging om bewijs te zoeken dat bepaalde verdenkingen bevestigt in plaats van weerlegt.<sup>92</sup> Het creëren van interne onafhankelijkheid draagt dan bij aan het verminderen of zelfs geheel voorkomen van *prosecutorial bias*.<sup>93</sup>

Een eerste optie is het creëren van twee institutioneel geheel gescheiden instanties. Dit kan door de beslissingsbevoegdheid in individuele zaken over te dragen aan de rechter (de zogeheten *bifurcated judicial model*<sup>94</sup>) of de handhaving in handen te leggen van een ander bestuursorgaan (het *bifurcated agency model*).<sup>95</sup> De scheiding uit beide modellen gaat echter aanzienlijk verder dan de 'organische' scheiding die het EHRM vooropstelt. Het EHRM sluit immers niet uit dat de verschillende opsporings-, onderzoeks- en bestraffingsfuncties door dezelfde administratieve autoriteit worden uitgeoefend. Deze optie wordt daarom in het licht van de interne onafhankelijkheid niet verder behandeld. Wel komt deze optie in deelparagraaf 3.2.2 van dit hoofdstuk nog aan bod.<sup>96</sup>

De als tweede en derde te bespreken opties gaan uit van een geïntegreerd model, dus waar de opsporing, het onderzoek en de besluitvorming wel onder de paraplu van één instantie vallen. De tweede optie is het implementeren van een volledige functionele scheiding. Een functionele scheiding betekent dat de personen die mededingingsbeperkende gedragingen opsporen en een rapport uitbrengen nimmer betrokken kunnen zijn bij het nemen van besluiten en dat beide diensten niet met elkaar in contact komen. Deze optie gaat verder dan het invoeren van digitale *Chinese walls* tussen de afdelingen en houdt in feite in dat elke vorm van communicatie tussen de afdelingen onmogelijk wordt gemaakt. Illustratief voor een dergelijke functionele scheiding is het Franse handhavingsmodel dat de in 2008 opgerichte Autorité de la concurrence, de Franse mededingingsautoriteit, hanteert.<sup>97</sup> Op grond van dit handhavingsmodel kan het onderzoeksteam van de Franse mededingingsautoriteit zelf mededingingsbeperkende gedragingen opsporen of een onderzoek starten naar aanleiding van bevindingen van de Franse dienst voor mededinging, consumenten-

<sup>91</sup> Zie over de positie van bestuurders bij het nemen van boetebesluiten: Daalder 2011, p. 51-60.

<sup>92</sup> Klayman 1995, p. 365-418.

<sup>93</sup> Zie ook Wils 2004, p. 201-224.

<sup>94</sup> Zie hierover bijvoorbeeld First, Fox & Hemli 2012.

<sup>95</sup> Ottow 2015, p. 124.

<sup>96</sup> In deze deelparagraaf worden argumenten besproken, niet zijnde van fundamentele aard, die ervoor kunnen pleiten dat bestraffende handhaving van het mededingingsrecht overgeheveld moet worden naar een onafhankelijke instantie (rechter).

<sup>97</sup> Modernisation of the Economy Act 2008-775 van 4 augustus 2008, en Ordinance 2008-1161 van 13 november 2008 on the modernisation of competition regulation. Een vergelijkbaar handhavingssysteem hebben Luxemburg en Spanje. Zie hierover Fox & Trebilcock 2012.

bescherming en fraudebescherming (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes). Een algemene rapporteur (*conseiller auditeur*) leidt de onderzoeken. De rapporteur is echter niet bij het beslissingsproces betrokken. De beslissingsinstantie ('het College') oordeelt vervolgens geheel onafhankelijk van het onderzoeksteam en de algemene rapporteur.<sup>98</sup> Het College is op geen enkele manier betrokken bij het onderzoek en besluit, op grond van de zaak die de algemene rapporteur doorstuurt, of de zaak ontvankelijk is. Indien dat het geval is, worden de partijen gehoord door het College en besluit het College of een sanctie opgelegd moet worden. Hetzelfde geldt voor de algemene rapporteur die niet kan deelnemen aan de beraadslagingen van het College.<sup>99</sup> Wellicht is dit juridisch gezien een geschikte wijze om interne onafhankelijkheid volledig te garanderen. Vanuit een praktisch oogpunt is het doorvoeren van deze intensieve mate van interne onafhankelijkheid lastig<sup>100</sup> en het kan bovendien de effectiviteit van de handhaving ondermijnen.

Een andere optie is geen volledige functionele scheiding, maar een semifunctionele scheiding. Deze optie sluit wellicht beter aan bij de huidige praktijk van de ACM. Daarnaast resteert bij deze vorm van interne onafhankelijkheid de mogelijkheid om, niet direct gerelateerd aan een individuele zaak, kennis uit te wisselen die geen betrekking heeft op een specifieke zaak. Ook bij deze vorm van interne scheiding is het niet toegestaan dat leden van de DM en de JD met elkaar in contact treden over lopende zaken. Ook de raad van bestuur mag niet in contact treden met DM over lopende zaken. De raad van bestuur treedt, als degene die uiteindelijk het besluit neemt, als een rechter op en moet dus net zoals een rechter geheel onbevooroordeeld in de zaak staan.<sup>101</sup> Het versterken van een interne scheiding tussen DM en JZ betekent bijvoorbeeld dat de zaakbehandelaars van DM niet aanwezig mogen zijn bij de hoorzitting.<sup>102</sup> Het dossier is inmiddels overgedragen aan JZ die de juridische haalbaarheid van de boeteoplegging moet beoordelen. Wel kunnen zaakbehandelaars van DM als een soort van getuigen worden opgeroepen. Een stringenter functionele scheiding heeft tot gevolg dat JZ ook meer vrijheid heeft om gedurende de fase van het rapport en het besluit alsnog tot een andere beoordeling te komen. Behalve de (reeds

<sup>98</sup> Zie over het design van de Franse mededingingsautoriteit: Vogel 2012, p. 12-15, 219-224; en Buigues & Meiklejohn 2013.

<sup>99</sup> Cour de cassation – Commercial 5 oktober 1999.

<sup>100</sup> De ACM zou dan bijvoorbeeld de ambtenaren van de Juridische Dienst en de Directie Mededinging in, niet voor elkaar toegankelijke, gebouwen moeten plaatsen.

<sup>101</sup> Zie ook CBb 9 februari 2005, ECLI:NL:CBB:2006:AV2682: '*Naar het oordeel van het College neemt dit echter niet weg dat de wetgeving kennelijk voor ogen heeft gestaan dat de beslissing met betrekking tot het – al dan niet – opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld dient plaats te vinden en dat de besluitvorming in dit opzicht te vergelijken is met de beoordeling door een rechter*'.

<sup>102</sup> Bij de AFM en de DNB zijn de toezichthouders, naar aanleiding van een voornemen tot boeteoplegging, niet aanwezig op een zienswijzezitting. Daarnaast maakt de AFM (niet de DNB) voor de hoorzitting in bezwaar gebruik van een externe voorzitter. De externe voorzitter leidt de hoorzitting en is verder niet betrokken bij de verdere voorbereiding van de beslissing op bezwaar. Opvallend is dat de strikte functiescheiding in de bezwaarfase wordt losgelaten; in de praktijk zijn bij de hoorzitting de toezichthouders aanwezig die het onderzoek hebben verricht. Zie hierover Doets 2015, p. 254.

aanwezige) digitale *Chinese walls* zou gedacht kunnen worden aan een intern *compliance*-programma aan de hand waarvan de ambtenaren werkzaam bij de ACM worden geïnformeerd over de mate waarin ze over zaken met andere collega's mogen praten. Daarnaast zou voorkomen moeten worden dat een ambtenaar, door een interne functiewijziging, kennis over een specifieke zaak meeneemt naar een nieuwe functie waarin dezelfde zaak, vanuit een ander perspectief, wordt behandeld.

Als laatste kan gedacht worden aan het wegnemen van de mogelijke publieke perceptie dat sprake is van enige vorm van vooringenomenheid (i.e. de gedachte dat het mogelijk is dat de vervolging en bestraffing van de betrokken partijen plaatsvinden door dezelfde personen.) De functiescheiding moet immers het beeld wegnemen dat de toezichthouder rechter in eigen zaak is.<sup>103</sup> Het besef dat de ACM ook daadwerkelijk onafhankelijk en onpartijdig handelt, is mogelijk door voldoende openheid van zaken te geven.<sup>104</sup> Dit kan bijvoorbeeld door in elke onderzoeksfase en rapportfase aan te geven wat de namen zijn van de mensen die aan de zaak hebben gewerkt (en dit ook te registreren). Een andere mogelijkheid is het publiceren van het interne *compliance*-programma over de *Chinese walls* op de website van de ACM zodat ook voor de buitenwereld duidelijk wordt dat de ACM interne onafhankelijkheid belangrijk vindt.

### 3.2.1.3 *Het introduceren van een vorm van intern toezicht*

Een ander aanverwant knelpunt betreft het gebrek aan interne onafhankelijkheid op het bestuursniveau. Een gevaar bestaat bijvoorbeeld dat de raad van bestuur in de individuele besluitvorming meent, omdat zij daarmee strategisch richting wil geven aan het beleid van de ACM. De strategische adviezen kunnen echter ook komen van een derde partij. Een mogelijkheid is het implementeren van een vorm van intern toezicht. Gedacht kan worden aan een toezichthoudend orgaan, bijvoorbeeld een raad van toezicht (zoals bij de Autoriteit Financiële Markten), adviesraad (Nederlandse Zorgautoriteit) of een raad van commissarissen (De Nederlandsche Bank).<sup>105</sup> Een dergelijke vorm van intern toezicht verstevigt de onafhankelijkheid van de raad van bestuur. Een raad van toezicht kan er bijvoorbeeld op toezien dat de raad van bestuur van de ACM handelt binnen de grenzen van de wet en de daarin toegekende bevoegdheden – een *'trait d'union'* tussen de staat en het bestuursorgaan.<sup>106</sup> Verder kan de raad van toezicht belast worden met het goedkeuren van het jaarplan, de begroting en de jaarrekening – werkzaamheden die momenteel binnen het domein van de minister vallen. De leden van de raad van toezicht kunnen bovendien hun ervaring inzetten bij het ondersteunen van de raad van bestuur en andere leden van de staf, bijvoorbeeld bij het nemen van strategische beslissingen.<sup>107</sup> Binnen de ACM worden

<sup>103</sup> Mein 2015, p. 294.

<sup>104</sup> Zie ook Ottow 2015, p. 122.

<sup>105</sup> Zie voor een uitgebreide vergelijking van de verschillende bestuursorganen die toezicht houden op markten: Van der Meulen 2003.

<sup>106</sup> Brenninkmeijer & Lavrijssen 2004, p. 142.

<sup>107</sup> Ottow 2015, p. 109. De ervaring bij de AFM leert evenwel dat er duidelijke regelgeving moet bestaan ten aanzien van het integer handelen door de leden van de raad van toezicht. Zie Rapport ABDTOPConsult,



dergelijke (advies)functies ook al uitgeoefend door de legal counsel en chief economist. Om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid verder te waarborgen zouden deze functies echter door een externe raad kunnen worden uitgeoefend.

Ook de Franse mededingingsautoriteit, die hiervoor al ter sprake kwam, werkt met enerzijds voltijdbestuursleden (bestaande uit een president en vier vicepresidenten) en anderzijds deeltijdbestuursleden die bij de Franse raad van state (*Conseil d'Etat*) werkzaam zijn, bijzondere expertise op het gebied van het mededingingsrecht hebben of praktijkbeoefenaren van het mededingingsrecht zijn. In totaal zijn twaalf bestuursleden, naast de vijf voltijdbestuursleden, op een niet-permanente basis werkzaam bij de Franse mededingingsautoriteit. Vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid is een scheiding tussen bestuur en toezicht echter wenselijker dan het uitbreiden van het aantal bestuursleden. Een raad van toezicht moet immers op onafhankelijke basis toezicht kunnen uitoefenen op de raad van bestuur en een goede onafhankelijke gesprekspartner zijn.<sup>108</sup>

### 3.2.2 *Het behoud van het bestraffingsmonopolie van de ACM*

#### 3.2.2.1 *De bestuurlijke boete*

Een ander knelpunt, naast de interne en externe afhankelijkheid van de ACM, is het gebrek aan bepaalde procedurele waarborgen tijdens de bestuurlijke besluitvormingsfase. Deze deelparagraaf bespreekt argumenten voor het behoud van het bestraffingsmonopolie van de ACM. Ondanks dat de ACM zowel onderzoeks- als besluitvormingsfuncties uitoefent, en dus geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht in klassieke zin is, is de huidige vorm van handhaven in overeenstemming met artikel 6 EVRM. Het EHRM heeft immers gesteld dat administratieve organen strafrechtelijk mogen vervolgen, mits een toetsing van deze beslissingen plaatsvindt door een rechter met volledige rechtsmacht. Bovendien volgen uit de rechtspraak van het EHRM specifieke eisen die van toepassing zijn op bestraffende bestuursorganen. In de literatuur zijn echter voorstellen gedaan die de bestraffing door middel van de bestuurlijke boete voor een deel terugdraaien. Deze voorstellen hebben betrekking op de strafbeschikking en het overhevelen van de bevoegdheid tot het opleggen van zware bestuurlijke boetes naar de strafrechter. Deze deelparagraaf gaat in op beide voorstellen en illustreert waarom deze voorstellen, vooral uit effectiviteitsoverwegingen, niet de voorkeur verdienen.

---

<sup>108</sup> 'Raad van Toezicht Autoriteit Financiële Markten (AFM) - Compliance en integriteit herijkt', 9 december 2014. Zie brief Minister van Financiën van 12 december 2014 (*Kamerstukken II* 2013/14, 32648, 6).

<sup>108</sup> Zie voor de eisen die de Algemene Rekenkamer stelt aan intern toezicht het rapport 'Kaders voor toezicht en verantwoording - Uitgangspunten, redeneerlijnen en handreikingen van de Algemene Rekenkamer', februari 2008 (online beschikbaar via [http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties-/2008/02/Kaders\\_voor\\_toezicht\\_en\\_verantwoording](http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties-/2008/02/Kaders_voor_toezicht_en_verantwoording)).



### 3.2.2.2 *De strafbeschikking*

In de literatuur is geopperd dat, in plaats van het verstevigen van de procedurele garanties in de bestuurlijke besluitvormingsprocedure, de strafbeschikking geïntroduceerd zou moeten worden ter vervanging van de bestuurlijke boete.<sup>109</sup> De strafbeschikking is met de Wet OM-afdoening geïntroduceerd.<sup>110</sup> Met een strafbeschikking kan het OM voor alle misdrijven tot zes jaar gevangenisstraf zelfstandig een bestraffende sanctie opleggen (met uitzondering van het opleggen van een gevangenisstraf).<sup>111</sup> Met de introductie van de strafbeschikking wordt het bestraffingsmonopolie van de strafrechter volledig doorbroken.<sup>112</sup> De mogelijkheid tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen kan echter ook binnen zekere grenzen worden toegekend aan daartoe aangewezen bestuursorganen.<sup>113</sup> Een veroordeelde die zich niet kan vinden in de strafbeschikking kan verzet aantekenen bij de strafrechter.<sup>114</sup> In dat geval is het 'gewone' strafprocesrecht van toepassing. Dit betekent dat de strafrechter de gehele zaak opnieuw zal beoordelen langs de lijn van de artikelen 348 en 350 Sv.

Zowel in het geval van de bestuurlijke boete als in het geval van de strafbeschikking geldt de eis dat de verdachte voorafgaand gehoord dient te worden. De functie van het horen bij de strafbeschikking is in de eerste plaats het betrachten van zorgvuldigheid. Dit is niet anders in het geval van een bestuurlijke boete. De wijze waarop een dergelijke hoorplicht is vormgegeven, verschilt echter. Met betrekking tot de bestuurlijke boete geldt dat de overtreder in principe gehoord dient te worden wanneer de boete hoger is dan € 340.<sup>115</sup> Wat de strafbeschikking betreft geldt een grens van € 2000.<sup>116</sup> Wanneer de officier van justitie voornemens is bij een strafbeschikking een andere maatregel op te leggen, zoals een taakstraf, dan dient de verdachte steeds te worden gehoord.<sup>117</sup> Voor economische delicten uit de Wet op de economische delicten geldt een hoorplicht voor rechtspersonen bij een strafbeschikking waar het boetebedrag meer dan € 10.000 bedraagt. Een extra waarborg is dat van het horen van de verdachte in het kader van een strafbeschikking een schriftelijk verslag wordt opgemaakt. Het verslag bevat ook de onderbouwde standpunten van de verdachte wanneer deze standpunten afwijken van de strafbeschikking alsmede de redenen die tot afwijken hebben geleid.<sup>118</sup> Het is echter de vraag of de strafbeschikking en de bestuurlijke boetebeschikking op dit punt van elkaar verschillen. Ten aanzien van het boetebesluit gelden immers het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel waaruit volgt dat het bestuur het besluit behoort te motiveren en daarbij ingaat op de standpunten van de betrokkene. Op deze specifieke punten, de hoorzitting en de verslaglegging daarvan, is

<sup>109</sup> Albers 2015, p. 64-71.

<sup>110</sup> Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008.

<sup>111</sup> Artikel 257a Sv. Zie verder over de strafbeschikking: Kessler & Keulen 2008.

<sup>112</sup> Hartmann 2010, p. 64-75; en Crijns 2010-5, p. 376-386.

<sup>113</sup> Artikel 257ba Sv.

<sup>114</sup> Artikel 257e Sv.

<sup>115</sup> Artikel 5:53 lid 3 Awb.

<sup>116</sup> Artikel 257c lid 2 Sv.

<sup>117</sup> Artikel 257c lid 1 Sv.

<sup>118</sup> Artikel 257c lid 3 Sv.

de rechtsbescherming bij de strafbeschikking dus niet ruimer dan bij de bestuurlijke boete. Het valt echter buiten het bestek van dit onderzoek om alle procedurele verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht te bespreken. Voor die gevallen waar het strafrecht wel meer rechtsbescherming biedt, kan er ook voor gekozen worden om het desbetreffende strafrechtelijke procesrecht van toepassing te verklaren op procedures waarin een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Voor de strafbeschikking geldt bijvoorbeeld de eis dat de verdachte moet worden bijgestaan door een raadsman wanneer het OM voornemens is een strafbeschikking van € 2000 of meer op te leggen (of van € 10.000 of meer voor rechtspersonen met betrekking tot economische delicten). Anders dan in het geval van de strafbeschikking geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de bestuurlijke boete geen eis van verplichte rechtsbijstand.<sup>119</sup> Hoewel de aanwezigheid van een raadsman in mededingingsprocedures de praktijk is, zou de wetgever ervoor kunnen kiezen om rechtsbijstand verplicht te stellen voor procedures waarin de ACM een beslissing neemt die de belangen van de betrokken partijen aanmerkelijk kunnen treffen.<sup>120</sup>

Een belangrijk kritiekpunt bij de oplegging van boetes door de ACM is de omstandigheid dat de ACM zowel opsporings- en vervolgingsbevoegdheden bezit. De strafbeschikking neemt dit kritiekpunt echter niet weg. Bij de oplegging van zware bestuurlijke boetes geldt de eis van een interne functiescheiding<sup>121</sup> (al is het, zoals blijkt uit deelparagraaf 3.1.1, maar de vraag of die scheiding voldoet om te kunnen spreken van een met artikel 6 EVRM verenigbaar eerlijk proces). Deze interne functiescheiding is niet aanwezig bij het OM. Bij de strafbeschikking is de cumulatie van functies bij de officier van justitie zelfs groter dan bij het bestuursorgaan nu de officier van justitie ook zelf tot opsporing bevoegd is<sup>122</sup> terwijl de toezichthoudende bevoegdheden in het bestuursrecht vaak exclusief zijn toegekend aan toezichthoudende ambtenaren. Daarnaast doet bij het OM het gebrek aan een functiescheiding zich extra voelen nu in een traditionele strafprocedure wel sprake is van een duidelijke scheiding tussen de opsporing en vervolging door de officier van justitie enerzijds en de bestraffing door de strafrechter anderzijds.

Door de strafbeschikking op te laten leggen door het bestuursorgaan kan echter tegemoetgekomen worden aan het gebrek aan een interne functiescheiding. Daarmee wordt tevens tegemoetgekomen aan het argument dat de bestuurlijke boete bij uitstek in aanmerking komt indien behoefte bestaat aan specialistische deskundigheid van het bestuursorgaan. Bovendien wordt – door gebruikmaking van de bestuurlijke strafbeschikking – de discussie omzeild wie (OM of ACM) bevoegd moet zijn om in een

<sup>119</sup> Artikel 2:1 lid 1 Awb bepaalt slechts in algemene zin dat eenieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen kan laten bijstaan of kan laten vertegenwoordigen door een gemachtigde.

<sup>120</sup> Dit is reeds eerder voorgesteld door Knigge die van mening is dat de oplegging van boetes door bestuursorganen centraal geregeld zou moeten worden in het Wetboek van Strafvordering: Knigge 2000, p. 83-96.

<sup>121</sup> Artikel 10:3 lid 4 Awb.

<sup>122</sup> Artikel 141 Sv.

specifieke zaak handhavend op te treden.<sup>123</sup> Een nadeel dat echter bij de strafbeschikking nog steeds blijft spelen, is dat de strafbeschikking alleen geschikt is voor eenvoudige kwesties waarvoor oplegging van een vrijheidsstraf niet geboden is.<sup>124</sup> Denk bijvoorbeeld aan een straf voor het rijden onder invloed. Daar zit direct het manco: mededingingsovertredingen zijn geen simpele overtredingen of ‘kleine feiten’ – in mededingingszaken gaat het juist om complexe materie die zich in dat opzicht niet lijkt te lenen voor handhaving door middel van een strafbeschikking.<sup>125</sup> Een belangrijke bijkomstigheid is dat de gespecialiseerde bestuursrechtspraak op het terrein van het mededingingsrecht sterk is ontwikkeld. Het is dan de vraag of het wenselijk is dat deze specialistische kennis van het mededingingsrecht wordt overgeheveld naar de strafrechter (zie hierover ook deelparagraaf 3.2.2.3).<sup>126</sup> Deze nadelen, en wetende dat de verstevigingen van de procedurele waarborgen ook binnen het huidige handavingskader mogelijk zijn, pleiten voor het behoud van het ‘bestraffingsmonopolie’ van de ACM.

### 3.2.2.3 De strafoplegging door de rechter

De besproken nadelen die verbonden zijn aan de strafbeschikking zijn naar analogie van toepassing op de introductie van strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De Afdeling advisering van de Raad van State stelt echter wel een (her)invoering van strafrechtelijke handhaving van bepaalde wetten voor die thans met de bestuurlijke boete worden gehandhaafd. In een ongevraagd advies wijst de Afdeling advisering op enkele verschillen tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht in de rechtsbescherming, zoals het verschil in de wijze waarop de straf wordt opgelegd dan wel getoetst door de straf- of bestuursrechter, hoorplicht en rechtsbijstand, beroepstermijn, schorsende werking van rechtsmiddelen, verjaring, griffierechten en justitiële documentatie.<sup>127</sup> De Afdeling advisering is van oordeel dat een betere afstemming van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht met betrekking tot de wettelijk geregelde rechtsbescherming en de rechtspositie van de justitiabele wenselijk is. Volgens de Afdeling advisering worden bestuurlijke boetes, vanuit de gedachte van effectiviteit en efficiency, opgelegd voor gevallen waar het niet langer meer gaat om lichte eenvoudige vaststelbare feiten. Voor deze gevallen is volgens de Afdeling advisering de weg naar de strafrechter de aangewezen weg:

*‘Daar waar het wenselijk is dat waarheidsvinding en berechting in een openbare zitting plaatsvinden, de normovertreding een inbreuk vormt op de lichamelijke of psychische integriteit*

<sup>123</sup> Zie over de keuze tussen het bestuursrecht of strafrecht: Crijns 2014, p. 263-274; en over de onduidelijkheid wie de bevoegde handhavende instantie zou moeten zijn: Hartmann 2005, p. 84-96.

<sup>124</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 53.

<sup>125</sup> Opmerking Hartmann tijdens de algemene vergadering van de Vereniging van Bestuursrecht gehouden op 23 mei 2014. Zie voor het verslag: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 mei 2014 ter behandeling van de VAR-preadviezen 153*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

<sup>126</sup> Zie ook Batting, Heinrich & Veldhuis 2014.

<sup>127</sup> Afdeling advisering van de Raad van State van 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280.

*van personen, opsporingsbevoegdheden en ingrijpende dwangmiddelen uit het strafrecht nodig zijn of een vrijheidsstraf of vrijheidsbeperkende maatregel nodig is. [...] Voorts is de Afdeling van oordeel dat overtredingen die een zodanige inbreuk maken op de belangen van burgers en bedrijven of een zodanig forse bedreiging vormen voor het integer functioneren van (sectoren binnen) de samenleving dat het wenselijk is dat de overtreder zich ten overstaan van de rechter verantwoordt, via het strafrecht zouden moeten worden bestraft.'*

In de geciteerde alinea uit het advies van de Afdeling advisering worden verschillende omstandigheden genoemd die relevant zijn bij de beslissing of het bestuursorgaan of de strafrechter de bevoegde instantie zou moeten zijn.<sup>128</sup> Eén omstandigheid is wanneer boetes een 'zodanige inbreuk maken op de belangen van burgers en bedrijven'; deze omstandigheid is een moeilijk in te vullen criterium dat in elke specifieke zaak anders kan uitvallen. Zo is het onduidelijk om welke 'belangen' het hier gaat en wanneer gesproken kan worden van een 'zodanige inbreuk' van deze belangen dat de strafrechter zou moeten oordelen. In de alinea worden nog vier omstandigheden genoemd die de weg naar de strafrechter zouden rechtvaardigen, namelijk wanneer (1) behoefte bestaat aan de waarheidsvinding en berechting in een openbare zitting, (2) de normovertreding een inbreuk vormt op de lichamelijke of psychische integriteit van personen, (3) opsporingsbevoegdheden en ingrijpende dwangmiddelen uit het strafrecht nodig zijn, of (4) een vrijheidsstraf of een vrijheidsbeperkende maatregel nodig is. Twee omstandigheden, (2) en (4), zijn op dit moment niet relevant voor mededingingsprocedures en kunnen daarom ook geen reden zijn om de boetebevoegdheden van de ACM over te hevelen naar de strafrechter. Met betrekking tot de twee andere omstandigheden, (1) en (3), is het ook de vraag of hiervoor de weg naar de strafrechter noodzakelijk is. De eerste omstandigheid is de behoefte aan een openbare zitting. Net zoals een hoorzitting voor de strafrechter zou de hoorzitting voor de ACM openbaar kunnen zijn, waardoor ook wordt bijgedragen aan de publieke controle op de beslissende macht en aan het vertrouwen in een behoorlijke en eerlijke besluitvormingsfase.

De derde omstandigheid, ten aanzien van de opsporingsbevoegdheden, is wel degelijk relevant voor de handhaving van het mededingingsrecht. De opsporing van mededingingsinbreuken door de ACM wordt immers in zekere zin bemoeilijkt doordat geen gebruik gemaakt kan worden van de strafrechtelijke opsporingstechnieken zoals het gebruik van telefoontaps. De effectiviteit van de opsporing van het mededingingsrecht kan dan ook toenemen wanneer de ACM wel dergelijke bevoegdheden zou hebben. Het CBb heeft echter geoordeeld dat de ACM gebruik mag maken van telefoontaps van het OM bij het opleggen van bestuurlijke boetes.<sup>129</sup> De ACM heeft echter zelf niet deze bevoegdheid en is dus voor het verstrekken van tapgegevens afhankelijk van het OM. Wel kan de ACM het OM verzoeken om strafvorderlijk verkregen gegevens te verstrekken wanneer deze verstrekking noodzakelijk is met het

<sup>128</sup> Om het verleden zijn reeds criteria voor strafbaarstelling geformuleerd. Zie bijvoorbeeld Hulsman 1972, p. 80-93.

<sup>129</sup> CBb 9 juli 2015, JB 2015/166, ECLI:NL:CBB:2015:193.

oog op een zwaarwegend belang.<sup>130</sup> De verstrekking van strafvorderlijk verkregen gegevens door het OM aan de ACM is wel geclausuleerd;<sup>131</sup> de beoordeling of sprake is van een uitzondering ligt bij het OM en niet bij de ACM. Het is de auteur niet bekend hoe vaak de ACM een verzoek heeft ingediend bij het OM met de vraag of het OM strafvorderlijk verkregen gegevens kan verstrekken en hoe vaak het OM het verzoek heeft af- of toegewezen. Het voorgaande illustreert in ieder geval dat de aanwezigheid van ingrijpende opsporingsmethoden uit het strafrecht een reden, maar geen doorslaggevende reden is voor het overhevelen van de bestraffing van het mededingingsrecht naar de strafrechter. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de effectiviteit van de opsporing juist niet wordt belemmerd wanneer de ACM mededingingsinbreuken moet opsporen door middel van het af luisteren van (urenlange) telefoontaps.

Een ander mogelijk argument voor strafrechtelijke handhaving is de vraag naar afschrikwekkende vormen van bestraffen. Strafrechtelijke sancties, met het vooruitzicht op een mogelijke gevangenisstraf, kunnen immers effectief zijn bij het afschrikken van individuen die mogelijk het mededingingsrecht zullen schenden. Het op grond van deze reden introduceren van een strafrechtelijk handhavingssysteem gaat echter te ver. Tot op heden ontbreekt (criminologisch) onderzoek naar de beweegredenen van degenen die het mededingingsrecht overtreden. Tevens zijn geen gegevens bekend over de omstandigheden die juist potentiële overtredders weerhouden van het overtreden van mededingingswetgeving. Uit een onderzoek van Feinberg, uitgevoerd in 1985, volgt wel dat *corporate gain* de voornaamste reden was voor het schenden van mededingingswetgeving.<sup>132</sup> Wat het illegaal streven naar *corporate gain* kan verhinderen, is echter onduidelijk. Wellicht dat een boete, in combinatie met een persoonlijke boete voor de direct leidinggevenden, volstaat.<sup>133</sup> Daarnaast zijn ook andere factoren relevant bij het vaststellen van de afschrikwekkende werking van bepaalde handhavingsmaatregelen, zoals de onafhankelijkheid van de vervolgende instantie en de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden.<sup>134</sup>

Bij de strafrechtelijke handhaving moet bovendien nog een extra horde genomen worden. Voor het functioneren van een dergelijke vorm van handhaving is het noodzakelijk dat het OM mogelijke mededingingsovertredingen wil opsporen en vervolgen.<sup>135</sup> Dit was in het verleden, toen mededingingsovertredingen via de WEM ook strafrechtelijk gehandhaafd konden worden, niet het geval (zie hoofdstuk 2). Bij de bestuursrechtelijke handhaving is dit gevaar niet aanwezig nu een speciale mededingingsautoriteit juist is opgericht voor het opsporen en bestraffen van mededingingsovertredingen. Kortom: op dit moment zijn geen gegevens bekend

<sup>130</sup> Samenwerkingsprotocol Autoriteit Consument en Markt, het Openbaar Ministerie, en Belastingdienst/FIOD, *Stcrt.* 2015, 10250, artikel 9.

<sup>131</sup> Door het bepaalde in artikel 39f lid 2 en 3 Wjsg.

<sup>132</sup> Feinberg 1985, p. 373-385.

<sup>133</sup> Zie hierover ook Wils 2003b, p. 411-452; en Wils 2008. Zie contra: Werden 2009, p. 19-36; Stephan 2012, p. 127-138; en Harding 2012 p. 139-153.

<sup>134</sup> Buccirosi e.a. 2009.

<sup>135</sup> Wanneer dit niet het geval is, is sprake van een 'compliance trap'. Zie hierover: Parker 2006, p. 591-622.

waaruit we kunnen afleiden dat de effectiviteit van de opsporing en de bestraffing van mededingingsinbreuken gebaat zouden zijn met een overheveling van de boete-bevoegdheid van de ACM naar het strafrecht.

### 3.2.3 *Het verstevigen van de procedurele waarborgen*

De hiervoor besproken aanbeveling bepleit het behoud van de bestuurlijke boete. Voor het behoud van de bestuurlijke boete is het echter noodzakelijk dat de bestuurlijke besluitvormingsprocedure omringd is met voldoende procedurele waarborgen.<sup>136</sup> In de deelparagrafen 3.1.2 en 3.1.3 zijn verschillende procedurele knelpunten genoemd, namelijk het beperkte inzagerecht, het gebrek aan een contradictoir debat tijdens de hoorzitting met degenen die over de zaak beslissen en de afwezigheid van een mogelijkheid tot het horen van getuigen. Voor deze verschillende knelpunten worden in de deelparagrafen hierna verschillende aanbevelingen gedaan. Deze aanbevelingen vloeien grotendeels voort uit de fundamentele procesrechten of uit de (effectiviteits)gedachte dat (langdurige) bezwaar- en beroepsprocedures minder snel zullen voorkomen wanneer de waarheidsvinding in zo'n vroeg mogelijk stadium heeft plaatsgevonden.

#### 3.2.3.1 *Een bewijsdossier*

Het eerste knelpunt, een beperkt inzagerecht, kan ondervangen worden door de ACM te verplichten om een bewijsdossier bij te houden. Een bewijsdossier zou alle documenten moeten bevatten die gedurende de gehele procedure zijn verzameld. Het boeterapport, dat onderdeel uitmaakt van het bewijsdossier, moet bepaalde boete-elementen opnemen. In zo'n dossier zou de ACM tevens duidelijk moet aangeven welke studies en methodes zijn gebruikt voor de inbreukvaststelling en gedetailleerd moeten motiveren waarom deze gegevens zijn gebruikt voor het nemen van een bepaalde beslissing. Een lijst met documenten uit het opgeschoonde dossier voldoet niet. De jurisprudentie van het EHRM eist immers dat partijen in principe toegang moeten kunnen krijgen tot alle belastende en ontlastende stukken die in het kader van een onderzoek zijn ontvangen of vergaard, of die anderszins van belang kunnen zijn voor de verdediging. De ACM moet dus gedurende de gehele procedure, vanaf het moment dat in een bepaalde zaak stukken worden verzameld of een proces-verbaal wordt opgesteld, alle stukken registreren. Een uitputtende en duidelijke lijst van deze stukken kan vervolgens aan het dossier worden gevoegd.<sup>137</sup> Op deze wijze is het mogelijk dat belanghebbenden inzage krijgen in alle ontlastende en belastende documenten die direct of indirect een rol hebben gespeeld in de besluitvorming. Daarnaast is het aan te bevelen dat de ACM aangeeft welke documenten in beginsel buiten het dossier zijn gehouden. Dit komt de transparantie van de procedure ten goede, evenals de rechtszekerheid.<sup>138</sup> Een ander mogelijk effect is dat een vollediger,

<sup>136</sup> Zie voor een vergelijkbare mening Mein in: Biezeveld & Mein 2015, p. 67.

<sup>137</sup> Zie ook Brouwer 1999, p. 10-13.

<sup>138</sup> Zie ook Ottow 1999, p. 8.



contradictoir debat over de zaak mogelijk is wanneer vanaf het begin van de besluitvormingsprocedure aandacht is voor al het bewijs, dus ook voor het ontlastend bewijs.

### 3.2.3.2 Een ruime opvatting van de notie ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’

Een andere oplossing kan gevonden worden in het ruim uitleggen van de notie ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’. Dit zijn alle stukken die direct of indirect, actueel of potentieel, een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming. Een redelijke toepassing van deze benadering brengt mee dat een stuk dat door het bestuursorgaan weliswaar niet aan de besluitvorming ten grondslag is gelegd, maar waaraan de belanghebbende argumenten zou kunnen ontleen, moet worden beschouwd als een op de zaak betrekking hebbend stuk.<sup>139</sup> De ACM dient dan ook aan een licht gemotiveerd informatieverzoek te voldoen. Voor wat het beschikbaar stellen van vertrouwelijke informatie betreft, zou de ACM eventueel ook kunnen denken aan het gebruiken van vertrouwelijkheidsringen (zie deelparagraaf 4.2.4.3 hierna). Een ruime notie van op de zaak betrekking hebbende stukken zou ook moeten gelden in situaties waar (informele) onderhandelingen tussen partijen en de ACM niet succesvol blijken. Ook in dat geval dienen de belanghebbenden in principe toegang te krijgen tot het gehele dossier van de ACM. Het EHRM heeft bijvoorbeeld in de een *plea bargaining* zaak, de zaak *Natsvlishevilli*, geoordeeld dat geen schending van artikel 6 EVRM had plaatsgevonden vanwege onder andere de aanwezigheid van een integrale verslaglegging van het gehele onderhandelingsproces.<sup>140</sup> De ACM dient de beslissing om geen inzage te verlenen te motiveren – de enkele mededeling dat het stuk niet op de zaak betrekking heeft, is onvoldoende. De belanghebbenden zijn immers niet bekend met de inhoud van het stuk. Op grond daarvan kunnen belanghebbenden de kwalificatie van de ACM van het stuk als een stuk dat niet op de zaak betrekking heeft niet controleren en kan dus ook geen ‘doorslaggevende betekenis toekomen’ aan het standpunt van de ACM.<sup>141</sup>

Een extra waarborg is het opnemen in een beleidsregel van factoren die de reikwijdte van het inzagerecht kunnen bepalen. Een voorbeeld is een beleidsregel over toegang tot documenten waaruit volgt welke documenten over het algemeen worden gezien als ‘op de zaak betrekking hebbend’ of als ‘bedrijfsvertrouwelijk’.<sup>142</sup> Bij het opstellen van dergelijke beleidsregels is het wenselijk dat voldoende ruimte overblijft voor de rechter om procedurele beslissingen volledig te kunnen toetsen.<sup>143</sup> In deze

<sup>139</sup> Een soortgelijke benadering volgde de rechtbank Rotterdam in een zaak tegen DNB: Beschikking Rb. Rotterdam van 29 mei 2015. In de uitspraak verwees de rechtbank naar de volgende uitspraak van de Hoge Raad: HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874.

<sup>140</sup> EHRM 29 april 2014, 9043/05 (*Natsvlishevilli en Togonidze t. Georgië*).

<sup>141</sup> Zie bijvoorbeeld HR 25 april 2008, AB 2009/407, m.nt. L.J.A. Damen, ECLI:NL:HR:2008:BA3823.

<sup>142</sup> Zie bijvoorbeeld Mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en Verordening (EG) 139/2004 van de Raad, PbEU 2005, C 325/07.

<sup>143</sup> Dit is afgeleid uit het recht op volledige toetsing van artikel 6 EVRM. De rechter moet immers enige ruimte hebben, zowel ten opzichte van het bestuur als de wetgever, om dergelijke beslissingen te kunnen beoordelen. Zie over de rechterlijke toetsing van boetebeleidsregels: Van Emmerik & Saris 2014.



beleidsregel zou teven stilgestaan kunnen worden bij de beperktere interpretatie die de Unierechters hanteren ten aanzien van LPP.<sup>144</sup> In de literatuur is gesteld dat de eenheid van het Unierecht en de effectiviteit van de handhaving in gevaar komen wanneer de ACM een andere notie van LPP hanteert bij de gelijktijdige toepassing van het Nederlandse en het Europese mededingingsrecht dan bij de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht.<sup>145</sup>

### 3.2.3.3 *Een contradictoir debat tijdens de hoorzitting*

Voor wat betreft de knelpunten ten aanzien van de hoorzitting is een versteviging van de procedurele waarborgen mogelijk door de hoorzitting het karakter te geven van een contradictoir debat tussen meer gelijkgestelde partijen.<sup>146</sup> Een dergelijk debat zou ook mogelijk moeten zijn wanneer, zoals in deelparagraaf 3.2.3.2 is voorgesteld, de ACM toegang verleent tot het gehele bewijsdossier (vertrouwelijke stukken daarbuiten gelaten) en een rapport opstelt waarin ook elementen zijn opgenomen die de boetehoogte kunnen beïnvloeden zoals de boeteverlagende en boeteverhogende omstandigheden.

### *Voorzitterschap raad van bestuur*

Het gelijkstellen van de verschillende procespartijen is in het huidige kader moeilijk te bewerkstelligen aangezien leden van de juridische dienst van de ACM (samen met de opsporingsdienst) degenen zijn die de vragen stellen en dus de regie over de zaak houden. De hoorzitting kan echter ook voorgezeten worden door de raad van bestuur van de ACM. Het EHRM vereist immers de aanwezigheid van de raad van bestuur bij de hoorzitting aangezien de raad van bestuur uiteindelijk besluit of de zaak tot een boetebesluit moet leiden. Het laten voorzitten van de hoorzitting door de raad van bestuur vereist dan ook geen verdere institutionele wijzigingen. De omstandigheid dat in een dergelijke situatie niet de juridische dienst (de hoorcommissie) de hoorzitting leidt, sluit vanzelfsprekend niet uit dat de juridische dienst wel vragen stelt aan de vermeende overtreeders. Het idee van de hoorzitting is immers juist dat een debat ontstaat tussen de partijen. Dit betekent dat zowel vanuit de raad van bestuur als vanuit de partijen (de zaakbehandelaars en de vermeende overtreeders) vragen aan elkaar gesteld kunnen worden. Eventueel kunnen partijen deze vragen vooraf aan elkaar toesturen waardoor partijen zich beter kunnen voorbereiden en de hoorzitting daadwerkelijk in het teken kan staan van waarheidsvinding. Bovendien wordt hierdoor voorkomen dat de hoorzitting een recapitulatie is van het rapport en de schriftelijke zienswijzen.

<sup>144</sup> Het HvJ EU heeft het LLP, in tegenstelling tot de Nederlandse rechter (en later wetgever), niet uitgebreid tot juristen die tevens advocaat in dienstbetrekking zijn. Zie deelparagraaf 4.2.2.2 van hoofdstuk 7.

<sup>145</sup> Een hogere bescherming kan immers betekenen dat de ACM minder makkelijk overtredingen van het Europees mededingingsrecht kan vaststellen, hetgeen de doeltreffendheid van het Europees mededingingsrecht aantast. Zie hierover Veenbrink 2015, p. 116-125.

<sup>146</sup> Zie ook MacGregor & Gecic 2012, p. 435-436.

*Ondervraging belastende getuigen*

Tijdens de hoorzitting moet bovendien een mogelijkheid bestaan voor het, onder ede, laten oproepen en horen van getuigen.<sup>147</sup> Illustratief is het voorstel voor een 'European Administrative Procedure Act' waarin regelingen zijn opgenomen voor een meer omvattende hoorzitting en het horen van getuigen en deskundigen.<sup>148</sup> Het horen van getuigen is het uitgangspunt wanneer belastende verklaringen van de getuigen als bewijs zijn gebruikt door de ACM. In dat geval hebben de belanghebbenden een zogeheten ondervragingsrecht op grond van artikel 6 lid 3 sub d EVRM. Het ondervragingsrecht is niet onbeperkt, maar een eventuele gerechtvaardigde beperking moet wel gepaard gaan met compenserende maatregelen zoals steunbewijs. Een gerechtvaardigde beperking is het zwijgrecht (zie hierna). Een andere afwegingsfactor betreft volgens het EHRM de aanwezigheid van procedurele waarborgen. Zo kan het volledig ter inzage leggen van bepaalde getuigenverklaringen een beperking op het ondervragingsrecht rechtvaardigen.<sup>149</sup>

*Ondervraging ontlastende getuigen*

Met betrekking tot door de verdediging opgeroepen ontlastende getuigen heeft het EHRM bepaald dat een instantie (zoals de ACM) zelf mag beslissen of zij het verzoek honoreert. De ACM is wel verplicht een eventueel verzoek voor het oproepen van getuigen in overweging te nemen en een eventuele afwijzing te motiveren. Bij deze overweging kan de ACM verschillende factoren mee laten wegen, zoals bijvoorbeeld 'the objectives of the legislation, the legislative provisions, the importance of the person's interests, the importance of the additional process right for protection of the person's interest, and the costs of granting such rights.'<sup>150</sup> Met andere woorden: met betrekking tot ontlastende getuigen kan de ACM, op grond van effectiviteits-overwegingen, afzien van een ondervraging.

*Verduidelijking notie getuigen*

Het EHRM heeft de notie getuigen autonoom uitgelegd en heeft bepaald dat onder deze bepaling ook medeverdachten getuigen kunnen zijn. Voor mededingings-procedures betekent dit dat een onderneming die het kartelverbod heeft geschonden een medeovertreder (bijvoorbeeld de clementieverzoeker) moet kunnen oproepen als getuige. De expliciete bepalingen in de Awb die het getuigenverhoor regelen,<sup>151</sup> spreken echter van getuigen in enge zin en het is onduidelijk of procespartijen ook als

<sup>147</sup> In bijvoorbeeld administratieve procedures in Duitsland kan het bestuursorgaan op verschillende wijzen bewijs verzamelen, bijvoorbeeld door het, onder ede, ondervragen van getuigen. Zie *Verwaltungs-verfahrensgesetz* van 25 mei 1976, sectie 26.

<sup>148</sup> Hofmann, Schneider & Ziller 2014, online te raadplegen via: [http://www.renewal.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/ReNEUAL-%20Model%20Rules-Compilation%20Books%20I\\_VI\\_2014-09-03.pdf](http://www.renewal.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/ReNEUAL-%20Model%20Rules-Compilation%20Books%20I_VI_2014-09-03.pdf) (laatst bekeken op 22 december 2015). Zie bijvoorbeeld artikel III-10 over het getuigenverhoor.

<sup>149</sup> EHRM 30 juni 2011, 25041/07, EHRC 2011/135, m.nt. M.J.N. Vermeij & R.E. van Zijl (*Messier t. Frankrijk*).

<sup>150</sup> Deze voorbeelden komen uit de ReNEUAL Model Rules 2014, artikel III-23 (5).

<sup>151</sup> Zie de artikelen 8:33, 8:46 en 8:60 Awb.

getuigen kunnen optreden.<sup>152</sup> Het feit dat in het bestuursrecht de vrije bewijsleer centraal staat, zou de conclusie moeten staven dat dit wel mogelijk zou moeten zijn.<sup>153</sup> Wanneer het getuigenverzoek betrekking heeft op clementieverzoekers, en deze verschijnen niet op de hoorzitting, dan kan met het niet-verschijnen een verband worden gelegd tussen de voorlopige boetekorting en de actieve deelname aan het onderzoek (en dus ook aan de hoorzitting).<sup>154</sup> Over de bewijswaarde van verklaringen die zijn afgelegd door medeverdachten heeft het EHRM gewaarschuwd voor het gevaar dat deze verklaringen onbetrouwbaar kunnen zijn. Dit gevaar is volgens het EHRM prominent aanwezig in zaken waar de afgelegde verklaring gecompenseerd wordt door een strafvermindering. Deze omstandigheid onderstreept volgens het EHRM de noodzaak van een volle ondervraging van de medeverdachte die als getuige optreedt.

### *Aanpassing zwijgrecht*

Zoals gezegd is het zwijgrecht een gerechtvaardigde beperking op het ondervragingsrecht. Op grond van EHRM-jurisprudentie zou het zwijgrecht ook betrekking moeten hebben op vragen van feitelijke aard. Het is immers aan de mededingingsautoriteit om de opsporing te verrichten en met bewijs voor inbreuk te komen. Het vermeende ‘speciale en complexe karakter’ van mededingingsprocedures doet aan deze verplichting niet af en rechtvaardigt niet een, ten opzichte van het EVRM, restrictievere uitleg van het zwijgrecht.<sup>155</sup> Daarnaast is de grens tussen feitelijke vragen die mogelijk tot een schuldvaststelling kunnen leiden en vragen die een schuldvaststelling impliceren moeilijk te maken en in feite illusoir.<sup>156</sup>

### 3.3 Deelconclusie

In deze paragraaf zijn aanbevelingen gedaan die voornamelijk gericht zijn tot de ACM. De eerste set aanbevelingen heeft betrekking op de externe en interne afhankelijkheid en partijdigheid van de ACM (knelpunt I). De aanbevelingen bestaan uit het inperken van mogelijke invloeden die de minister kan uitoefenen op de dagelijkse werkzaamheden van de ACM, eventueel door het verlenen van rechtspersoonlijkheid aan de ACM (aanbeveling I). Andere aanbevelingen bestaan uit het intensiveren van een functionele scheiding tussen de opsporing en beboeting van mededingingsinbreuken (aanbeveling II) en het invoeren van een vorm van intern toezicht (aanbeveling III). Vervolgens zijn verschillende discrepanties tussen de ACM-praktijk

<sup>152</sup> In Rv is deze mogelijkheid wel expliciet opgenomen in art. 164 Rv.

<sup>153</sup> Zie ook Veldhuis & Veldhuis 2016, p. 100-101.

<sup>154</sup> Zie ook Modrall & Patell 2010, p. 4.

<sup>155</sup> Rechter N. Valitos waarschuwt in zijn *dissenting opinion* onder de zaak *Saunders* voor het gevaar van een te ruim zwijgrecht, namelijk dat ‘society was left completely defenceless in the face of ever more complex activities in a commercial and financial world that has reached an unprecedented level of sophistication’. Zie de dissenting opinion van Valticos, samen met rechter Gölcüklü, EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>156</sup> Zie bijvoorbeeld ook MacCulloch 2006, p. 237.

en fundamentele procesrechten besproken die zien op het boeterapport zelf en die plaatsvinden in de fase waarin de ACM het boeterapport uitbrengt en uiteindelijk een beslissing neemt (knelpunt II). De aangegeven discrepanties hebben vooral betrekking op situaties waar de ACM bestraffend optreedt. Bij de bespreking van de mogelijke aanbevelingen is uitvoerig stilgestaan bij drie mogelijke oplossingen: het behoud van het bestraffingsmonopolie van de ACM, de introductie van de strafbeschikking en de (her)invoering van strafrechtelijke handhaving. In deze paragraaf is de voorkeur gegeven aan het behoud van het bestraffingsmonopolie van de ACM in mededingingszaken (aanbeveling IV). Daarbij is wel aangegeven dat de boete-procedure gepaard moet gaan met meer procedurele garanties die het tegensprekelijke karakter van de besluitvormingsprocedure ten goede kunnen komen (aanbeveling V). Verschillende adversaire proceselementen zijn daarbij voorgesteld, zoals een contradictoir debat tijdens de hoorzitting, bestaande uit (onder andere) de mogelijkheid om getuigen te ondervragen.

## 4 DE ROL VAN DE RECHTER

### 4.1 Knelpunten

#### 4.1.1 *Het diffuse karakter van procedurele beslissingen*

In vorige paragraaf zijn aanbevelingen gedaan die gericht zijn tot de ACM. Deze aanbevelingen geven de ACM een discretionaire bevoegdheid om in sommige gevallen een afweging te maken tussen het effectiviteitsbeginsel en de bescherming van fundamentele procesrechten. Denk bijvoorbeeld aan de beslissing van de ACM om geen hoorzitting te bieden of om geen getuigen te horen. In een bredere context kan de ACM ook op andere wijzen beslissingen nemen die diep ingrijpen in de grondrechten van de belanghebbenden, zoals beslissingen over het vorderen van inlichtingen of over het doorzoeken van een privéwoning.<sup>157</sup> Een belanghebbende die beroep wil instellen tegen dergelijke procedurele beslissingen kan ofwel terecht bij de bestuursrechter ofwel bij de civiele rechter. Zoals hierna zal blijken is het niet altijd even duidelijk in welke zaken de bestuursrechter bevoegd is, omdat dit afhangt van de vraag of het om een besluit gaat. Bovendien kan de civiele voorzieningenrechter niet altijd alle bestuursrechtelijke geschillen effectief beslechten omdat het procedurele geschil soms complexe mededingingsrechtelijke vraagstukken kan bevatten die de civiele voorzieningenrechter niet altijd los kan zien van het geschil dat voorligt.

---

<sup>157</sup> Zie over deze bestuurshandelingen en de vraag welke rechtsbescherming vooraf geboden zou moeten worden het rapport dat is opgesteld door een werkgroep van wetenschappers en rechters: Barkhuysen e.a. 2014.

#### 4.1.1.1 *De rechtsgang naar de bestuursrechter*

De Awb voorziet in beginsel alleen in de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen een beslissing van een bestuursorgaan indien sprake is van een besluit: een schriftelijke beslissing van de ACM inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.<sup>158</sup> Niet beroepbaar zijn feitelijke voorbereidingshandelingen van een besluit,<sup>159</sup> zoals de mededeling van het bestuursorgaan dat de belanghebbende nadere informatie moet verstrekken.<sup>160</sup> Dergelijke beslissingen kunnen in principe pas in de procedure over de hoofdzaak door de bestuursrechter worden getoetst,<sup>161</sup> tenzij een voorlopige voorziening kan worden aangevraagd bij de civiele rechter.<sup>162</sup>

Op de regel dat geen bezwaar of beroep tegen een voorbereidingshandeling mogelijk is, bestaat een uitzondering. Deze uitzondering ziet op de situatie dat een belanghebbende door de tussentijdse beslissing van het bestuursorgaan rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen.<sup>163</sup> Het is zeer lastig om te voldoen aan de eis dat de belanghebbende 'rechtstreeks in zijn belang' moet zijn getroffen. Met betrekking tot het niet verlenen van de cautie of toegang tot bepaalde (voor de uitkomst relevante) stukken kan men stellen dat een belanghebbende wel degelijk rechtstreeks in zijn 'verdedigingsbelang' wordt getroffen. Ten aanzien van het boeterapport is het echter duidelijk dat het een voorbereidingshandeling betreft die niet vatbaar is voor bezwaar en beroep. De bij de opstelling van het rapport gemaakte keuzes zijn immers niet definitief en begrenzen niet de inhoud van het daaropvolgende besluit.<sup>164</sup> Het niet verlenen van een vertaling van het boeterapport kan echter wel weer worden gezien als een beslissing die de belanghebbende rechtstreeks in zijn belang raakt (zie hierna). Een reden voor het niet aanmerken van dergelijke beslissingen als voorbereidingshandelingen is de mogelijkheid om de (financiële) gevolgen van dergelijke beslissingen achteraf te redresseren. Een andere reden ligt in de doelmatige afhandeling van de procedure.<sup>165</sup> Onder doelmatige afhandeling van de procedure wordt verstaan een snelle en efficiënte afhandeling van de zaak. Vooral de eerste reden levert een aantal problemen op. Wat als de financiële gevolgen niet achteraf te redresseren zijn omdat het een niet-financiële zaak betreft of de zaak uiteindelijk tot een voor de belanghebbende positieve uitkomst leidt?<sup>166</sup> Is dan een uitzondering op de hoofdregel

<sup>158</sup> Artikel 1:3 Awb.

<sup>159</sup> Artikel 6:3 Awb.

<sup>160</sup> CBB 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY9875; en CRvB 5 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0530).

<sup>161</sup> Deze bepaling strekt dus tot uitsluiting van beroep tegen procedurele besluiten. Zie Schreuder-Vlasblom 2011, p. 245.

<sup>162</sup> Zie deelparagraaf 4.1.1.2 van dit hoofdstuk. Op grond van artikel 8:81 lid 1 Awb kan ook, voorafgaand aan een mogelijk bezwaar of beroep bij de rechtbank, de bevoegde voorzieningenrechter een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. In die situatie is het besluit echter al genomen.

<sup>163</sup> CBB 27 augustus 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AL1184.

<sup>164</sup> CBB 17 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.

<sup>165</sup> Zie bijvoorbeeld CRvB 8 februari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6186.

<sup>166</sup> Ook Bröring heeft deze vraag gesteld en stelt dat deze gevallen misschien wel een reden kunnen zijn om een beroep te doen op de uitzondering van artikel 6:3 Awb. CRvB 8 februari 2011, AB 2011/309, m.nt. H.E. Bröring, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6186.

van artikel 6:3 Awb wel mogelijk of blijft de regel bestaan dat hiertegen pas in beroep tegen het 'hoofdbesluit' kan worden opgekomen? De andere reden, de doelmatige afhandeling van de procedure, is wel zeer relevant. Voor de eventuele toenemende werkbelasting van de bestuursrechter zijn echter oplossingen te bedenken (zie de aanbevelingen hierna).

#### 4.1.1.2 *De rechtsgang naar de civiele rechter*

Een andere mogelijkheid is de rechtsgang naar de civiele voorzieningenrechter. De civiele voorzieningenrechter kan zich een oordeel vormen over het gestelde (onrechtmatige) handelen van de ACM, zoals het niet ter inzage leggen van stukken of het niet honoreren van vertrouwelijkheidsclaims.<sup>167</sup> Een voordeel van deze procedure is dat de kortgedingrechter in het algemeen snel een spoedeisend belang aanneemt.

Aan het feit dat de civiele rechter ingeschakeld moet worden om ter zake van onrechtmatig feitelijk optreden van de ACM rechtsbescherming te verlenen, zijn echter ook een aantal nadelen verbonden. Ten eerste is de drempel tot de burgerlijke rechter hoger dan die tot de bestuursrechter, bijvoorbeeld door de hogere griffierechten en de hogere procesrisico's (de mogelijkheid te worden veroordeeld in de kosten van de tegenpartij(en)).<sup>168</sup> Een ander nadeel betreft de terughoudende toetsing van de civiele rechter.<sup>169</sup> Deze terughoudende toetsing heeft te maken met het feit dat het oordeel ten gronde uiteindelijk bij de bestuursrechter ligt. De civiele rechter zal dan in beginsel alleen ingrijpen wanneer buiten redelijke twijfel is dat de ACM onrechtmatig heeft gehandeld en daarom een acute schadedreiging is ontstaan.<sup>170</sup> In de casestudie over het inzagerecht is opgemerkt dat de beslissing om beperkt inzage te verlenen, onderworpen dient te zijn aan een 'nauwkeurige controle' door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Procedurele geschillen, bijvoorbeeld omtrent de vertrouwelijkheid van commerciële gegevens, zijn niet altijd even evident en zijn vaak verweven met de complexe onderliggende materie. In ingewikkelde zaken is de kans dan ook aanwezig dat de voorlopige voorzieningenrechter de zaak te ingewikkeld vindt om zelf in te grijpen.<sup>171</sup> Hoewel Nederland geen gespecialiseerd gerecht voor mededingingszaken kent,<sup>172</sup> zijn marktpartijen over het algemeen vrijwel unaniem van oordeel dat specialistische rechtspraak voor economische bestuursrechtelijke geschillen noodzakelijk is en dat de rechtbank Rotterdam en het CBb deze expertise bezitten.<sup>173</sup> Het is

<sup>167</sup> Rb. Den Haag 9 april 2003, AB 2003/199, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF7087; en Rb. Den Haag 22 januari 200, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF3195.

<sup>168</sup> Zie hierover Barkhuysen e.a. 2014. De auteurs merken bovendien op dat het verleggen van de rechtsbescherming naar de burgerlijke rechter extra complicaties kan oproepen als sprake is van een samenhangend complex aan overheidshandelen, dat als gevolg van de competentieverdeling niet door één rechter kan worden beoordeeld.

<sup>169</sup> Zie bijvoorbeeld VerLoren van Themaat 1996; en Leeftang & Mortelmans 1999, p. 86-101.

<sup>170</sup> Korsten & Van Wanroij 2008, p. 242.

<sup>171</sup> In het verleden heeft bijvoorbeeld de president van de rechtbank Amsterdam de hulp van de NMa (nu: ACM) ingeschakeld. Zie Rb. Amsterdam 23 juli 1998, KG 98/1908. Zie ook Ottow 1999, p. 8.

<sup>172</sup> In tegenstelling tot bijvoorbeeld Oostenrijk, Denemarken, Finland (mededingingsrechtbank), Spanje, Zweden, Polen en het Verenigd Koninkrijk.

<sup>173</sup> Havinga, Klaassen & Neelis 2012.

dan ook niet vreemd dat het Unierecht voor beroepsprocedures de aanvullende eis stelt dat de vertrouwelijkheid van stukken beoordeeld moet worden door de rechter die ook over het materiële geschil beslist (i.c. de bestuursrechter).<sup>174</sup> Een terughoudende toetsing van de civiele rechter verhoudt zich dan ook slecht tot de nauwkeurige controle die het EHRM en het HvJ EU eisen.

#### 4.1.2 De rechterlijke toetsing van het hoofdgeding

Er zijn ook knelpunten te ontwaren ten aanzien van de rechterlijke toetsing van beslissingen van de ACM. Hoewel op nationaal niveau nog niet aan de orde gesteld, zit een mogelijk knelpunt in de eis dat de bestuursrechter alle aangevoerde gronden moet (kunnen) toetsen. Deze eis volgt zowel uit jurisprudentie van het EHRM als uit jurisprudentie van het HvJ EU (denk aan de zaken *Chalkor* en *KME*). Vooral op Europees niveau speelt de vraag hoe deze eis zich in de praktijk verhoudt tot de beoordelingsruimte die de mededingingsautoriteit heeft in zaken waarin ook complexe economische analyses spelen.

Een ander knelpunt is de noodzaak voor de bestuursrechter om, voor het volledig kunnen toetsen van de aangevoerde gronden en eventuele vertrouwelijkheidsclaims, toegang te krijgen tot alle stukken die relevant zijn voor de besluitvorming. Inzage is bovendien noodzakelijk vanuit een rechtsbeschermingsperspectief; een onafhankelijk oordeel van de bestuursrechter omtrent de reikwijdte van het inzagerecht kan een door de ACM aangebrachte beperking op het inzagerecht herstellen. In de Awb is in een geheimhoudingsprocedure voorzien die in overeenstemming wordt geacht met artikel 6 EVRM. Deze procedure is uitvoerig besproken in hoofdstuk 7, deelparagraaf 4.5.1.2. In essentie biedt deze procedure de mogelijkheid aan partijen om, op grond van gewichtige redenen,<sup>175</sup> de overlegging van stukken te weigeren. De rechter die een verzoek tot beperkte kennisneming gerechtvaardigd heeft geacht, mag alleen op grond van deze stukken uitspraak doen wanneer de partijen daarvoor toestemming verlenen.<sup>176</sup> In de casestudie over het inzagerecht zijn knelpunten genoemd die aan deze procedure, en vooral het daarin opgenomen toestemmingsvereiste, zijn verbonden. Ten eerste kan het niet geven van toestemming voor rekening komen van degene die deze toestemming weigert.<sup>177</sup> Een partij die zich op de vertrouwelijkheid van een stuk beroept, kan dan ook een druk voelen om wel toestemming te geven wetende dat het niet verlenen van toestemming mogelijk tegen haar zaak kan werken

<sup>174</sup> HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, *Jur.* 2008, p. I-581, AB 2008, 341, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Varec*); HvJ EG13 juli 2006, C-438/04, *Jur.* 2006, p. I-6675 (*Mobistar*); en HvJ EU 4 juni 2013, C-300/11 (n.n.g.) (*ZZ t. Secretary of State for the Home Department*).

<sup>175</sup> In artikel 8:29 lid 2 Awb wordt een verband gelegd met de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Bestaat op grond van deze wet de plicht om informatie openbaar te maken, dan kan het bestuursorgaan in geen geval weigeren de stukken aan de wederpartij en de rechter te overleggen. Het openbaarheidsregime van de Wob fungeert als een minimumgrens.

<sup>176</sup> Zie artikel 8:29 Awb.

<sup>177</sup> Zie ook Damen e.a. 2013, p. 234-237.



of tot gevolg kan hebben dat zij niet slaagt in de bewijsvoering.<sup>178</sup> Het niet geven van toestemming kan er ook toe leiden dat een voor een andere partij gunstig stuk niet in de oordeelsvorming wordt meegenomen. Het tweede knelpunt is dat de bestuursrechter, door geen inzage te verkrijgen in alle stukken, geen uitspraak kan doen met volledige kennis van zaken. Het EVRM en het Unierecht verlangen echter dat een rechter in (bestraffende) procedures kennis moet nemen van alle stukken zodat de rechter op grond van deze stukken een afweging kan maken of de beperking op het inzagerecht gerechtvaardigd is. Deze mogelijkheid biedt de Awb echter niet.

#### 4.1.3 *Het gebrek aan een effectief rechtsmiddel*

Mocht de bestuursrechter zich uiteindelijk een oordeel vormen over de verenigbaarheid van procesbeslissingen met fundamentele procesrechten, en tot de conclusie komen dat de beslissing niet strookt met artikel 6 EVRM en eventueel met het Unierecht, dan heeft deze conclusie beperkte rechtsgevolgen. Het gebrek aan een effectief rechtsmiddel bij schendingen van fundamentele procesrechten is daarmee het laatste te bespreken knelpunt van dit hoofdstuk. Redenen voor het gebrek aan een effectief rechtsmiddel zijn de beperkte vernietigbaarheid van procesbeslissingen en de beperkingen die aan schadevergoedingsprocedures zijn verbonden. Een schending van de hoorplicht levert bijvoorbeeld alleen de vernietiging van het besluit op wanneer de uitkomst van de zaak anders had geluid wanneer wel sprake was geweest van een hoorzitting. In de praktijk leidt deze benadering ertoe dat de bestuursrechter geen consequenties verbindt aan schendingen van de verdedigingsrechten wanneer vast is komen te staan dat het besluit materieel correct is. De vraag is dan ook gesteld waarom een bestuursorgaan de hoorplicht in de primaire fase wel serieus zal naleven als een schending geen sanctie tot gevolg heeft. Het gevaar van een uitholling van het hoorrecht ligt dan immers op de loer.<sup>179</sup> Hetzelfde geldt voor een schending van het inzagerecht: ook dan hoeft een dergelijke schending niet automatisch de vernietiging van het besluit tot gevolg te hebben. Het passeren van een schending van het inzagerecht is dan ook mogelijk wanneer een belanghebbende is gehoord en niet is gebleken dat hij door het achterwege laten van de stukken is benadeeld. In de *dissenting opinion* onder de zaak *Grande Stevens* bekritiseerden de rechters Karakaş en Pintode Albuquerque de omstandigheid dat procedurele tekortkomingen in de administratieve en rechterlijke procedure geen voor de procedure essentiële rechtsgevolgen teweegbrengen:

*‘The sanctions imposed on the applicants are not lawful in so far as they are “tainted” by the very grave procedural shortcomings of the administrative and judicial proceedings from which they ensued. To pretend that these shortcomings did not cause effective prejudice ab imo to the exercise of the applicants’ defence rights and to assume that no procedural shortcomings could have affected the decision on sanctions, insofar as the said decision was a necessary consequence*

<sup>178</sup> Schreuder-Vlasblom 2011, p. 714-715.

<sup>179</sup> Widdershoven 2011, p. 6-7.

*of the establishment of the offence, is a serious petitio principii, based on the unacceptable presumption that a fair procedure would not have had a different result and ultimately that a conviction can be established on the basis of inquisitorial and unequal proceedings.*<sup>180</sup>

Eenzijds hebben deze rechters een punt: schendingen van verdedigingsrechten blijven ‘ongestraft’ wanneer de sanctionering van dergelijke schendingen afhangt van de vraag of de uitkomst van de procedure anders zou zijn geweest wanneer deze verdedigingsrechten wel waren gewaarborgd. Dit betekent dat een besluit, bijvoorbeeld ter oplegging van een bestuurlijke boete, gestoeld kan zijn op een oneerlijke procedure. Anderzijds is het beperken van de rechtsgevolgen van schendingen van procedurele rechten wel degelijk te verklaren. Ten eerste voorkomt het dat een simpele procedurele beslissing, bijvoorbeeld over het achterhouden van een document dat voor de besluitvorming überhaupt geen relevantie heeft, de vernietiging van het besluit als het verstreckende gevolg heeft. Ten tweede is de jurisprudentie van het EHRM over artikel 6 EVRM gebaseerd op de gedachte dat de procedure ‘as a whole’ relevant is voor de beoordeling of sprake is van een schending van artikel 6 EVRM. In sommige situaties (zie deelparagraaf 2.2.1.5) is herstel van een schending van een bepaald procedureel grondrecht nog mogelijk in bezwaar en/of beroep. Met betrekking tot deze situaties is de vernietiging van het besluit overbodig. Het EHRM hanteert dan ook als uitgangspunt dat degene die met een schending van een fundamenteel recht wordt geconfronteerd zo veel mogelijk in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd indien de fundamentele proceseisen wel in acht waren genomen.<sup>181</sup> Toch zijn situaties te bedenken dat, hoewel het besluit zelf rechtmatig is genomen, partijen schade hebben opgelopen door de procedurele tekortkoming in de besluitvorming. Soms zal, bijvoorbeeld door uitsluiting van het bewijs, vernietiging het meest effectieve rechtsmiddel zijn. Wanneer vernietiging niet mogelijk is, zijn evenwel geen andere vormen van rechtsbescherming beschikbaar (zoals een schadevergoedingsactie) die tegemoet kunnen komen aan een inbreuk op een procedureel grondrecht.

## 4.2 Aanbevelingen

### 4.2.1 Een directe rechtsbescherming voor procedurele handelingen

De eerste aanbeveling ziet zowel toe op het eerste knelpunt (het feitelijke karakter van procesbeslissingen) als het derde knelpunt van deze paragraaf (het gebrek aan een effectief rechtsmiddel) en houdt in dat bepaalde procesbeslissingen als appellabele

<sup>180</sup> Zie de ‘partly concurring, partly dissenting opinion’ van rechters Karakaş en Pintode albuquerque onder zaak EHRM 4 maart 2014, 18640/10, 18647/10, 18668/10 en 18698/10 (*Grande Stevens e.a. t. Italië*), par. 19.

<sup>181</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 31 oktober 1995, 14556/89 (*Ppamichalopoulos t. Griekenland*); en EHRM 13 juli 2000, 41963/98 (*Scozzari t. Italië*).

besluiten aangemerkt zouden moeten worden.<sup>182</sup> Het EHRM heeft immers regelmatig geoordeeld dat bepaalde procesbeslissingen zoals onderzoeksmaatregelen (bijvoorbeeld een huiszoeking) direct onderworpen moeten kunnen worden aan een rechterlijke toetsing.<sup>183</sup> Ook het HvJ EU heeft geoordeeld dat het verschuiven van rechterlijke controle naar het stadium van de beslissing ten gronde onder omstandigheden geen adequate bescherming van bepaalde rechten kan inhouden. Een voorbeeld wordt gevormd door twee AKZO-zaken waar het ging om de weigering van de Commissie om bepaalde documenten aan een derde mede te delen<sup>184</sup> en de weigering van de Commissie om bepaalde documenten als beschermd aan te wijzen op grond van de vertrouwelijke behandeling van correspondentie tussen advocaat en cliënt.<sup>185</sup>

Een belangrijke uitspraak over rechtsbescherming tegen procedurele beslissingen is een zaak over een verzoek om vertaling van stukken uit het dossier van de ACM. In deze zaak overwoog de rechtbank Rotterdam dat een beslissing op een verzoek om vertaling in beginsel pas in de procedure tegen het te nemen besluit aan de orde kan worden gesteld, tenzij van de belanghebbende, wegens het intreden van onomkeerbare rechtsgevolgen of anderszins, redelijkerwijs niet kan worden verwacht tot die procedure te wachten.<sup>186</sup> Bij de beoordeling of daarvan sprake is, achtte de rechtbank het in de eerste plaats van belang dat het in artikel 6 lid 3 sub a EVRM, artikel 48 lid 2 Handvest en artikel 59 lid 4 Mw gewaarborgde recht op vertaling een essentieel onderdeel vormt van de in het kader van het EVRM en het Handvest gewaarborgde rechten van verdediging:

*‘Als een belanghebbende dit recht ten onrechte wordt ontnomen, met als gevolg dat geen enkel stuk in een taal die hij begrijpt wordt verstrekt, is hij niet op de hoogte van de aard en reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging en kan hij zich daartegen niet effectief verdedigen.’*

De rechtbank merkte vervolgens op dat de belanghebbenden hun verzoek om vertaling hadden gedaan tijdens de bestuurlijke voorprocedure die uiteindelijk kon leiden tot het opleggen van een boete. Op het moment dat belanghebbenden hun verzoek om vertaling deden, bevond de procedure zich nog in de fase dat belanghebbenden in de gelegenheid waren om een schriftelijke en/of mondelinge reactie op het aanvullende rapport te geven en hadden zij nog de gelegenheid om de hoorzitting bij te wonen. Kortom: de betrokken partijen hadden in deze voorfase nog de mogelijkheid om – door

<sup>182</sup> Wil de bescherming van procedurele rechten effectief zijn, dan is het dus noodzakelijk dat de procesbeslissingen al in de bestuurlijke besluitvormingsfase indringend worden beoordeeld op conformiteit met het EVRM en het Unierecht. Zie Barkhuysen e.a. 2014, p. 183.

<sup>183</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2010, 29408/08 (*Canal Plus*).

<sup>184</sup> HvJ EG 24 juni 1986, 53/85 (*AKZO Chemie en AKZO Chemie UK t. Commissie*), par. 20. Een ander voorbeeld is de zaak *Borelli* waar het Hof oordeelde dat een negatief advies, dat was uitgebracht door de Italiaanse overheid, niet kon worden aangemerkt als een voorbereidingshandeling. Zie HvJ EG 3 december 1992, C-97/91, *Jur.* 1992, p. I-6313.

<sup>185</sup> GvEA EG 17 september 2007, T-125/03 en T-253/03 (*AKZO Nobel e.a. t. Commissie*).

<sup>186</sup> De rechtbank wijst in dit verband bijvoorbeeld op de uitspraken van 4 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8805, 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3923 en van 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7160 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

middel van het indienen van een zienswijze – het nemen van een sanctiebesluit te voorkomen. Deze omstandigheden maakten dat de rechtbank van oordeel was dat van belanghebbenden in deze zaak niet kon worden gevraagd het boetebesluit af te wachten om vervolgens – door het instellen van een rechtsmiddel tegen het boetebesluit – hun aanspraak op vertaling aan de orde te kunnen stellen. De beslissing om geen vertaling van de stukken te overleggen, was dan ook volgens de rechtbank een (afzonderlijk) voor bezwaar en beroep vatbare beslissing.<sup>187</sup> Deze uitspraak illustreert dat het niet verlenen van toegang tot bepaalde stukken gedurende de besluitvormingsfase (meer specifiek: de fase voordat partijen schriftelijk en mondeling hun zienswijze naar voren kunnen brengen) een beslissing kan zijn die vatbaar is voor bezwaar en beroep. De uitspraak is daarmee een voorbeeld voor andere zaken waar sprake is van belangrijke procesbeslissingen die de fundamentele verdedigingsrechten van de betrokken partijen raken of andere procesbeslissingen die daadwerkelijk de uitkomst van de procedure kunnen beïnvloeden.

Een voorbeeld van de tweede categorie (andere procesbeslissingen die daadwerkelijk de uitkomst van de procedure beïnvloeden) zijn beslissingen om geen bestuurlijke boete op te leggen, bijvoorbeeld omdat de ACM de zaak informeel afdoet. Deze beslissing beïnvloedt rechtstreeks de uitkomst van de procedure en moet daarom een appellabele beslissing zijn.<sup>188</sup> Door procesbeslissingen wel aan te merken als beslissingen waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld, wordt tevens tegemoetgekomen aan de knelpunten die verbonden zijn aan de voorlopige voorzieningenprocedure. De rechtbank Rotterdam krijgt immers exclusieve bevoegdheid om een oordeel te vellen over zowel het besluit van de ACM zelf als de eventuele procesbeslissingen die de belangen van de betrokkenen rechtstreeks raken.

#### 4.2.2 *Onafhankelijk advies over procedurele geschilpunten*

De tweede aanbeveling borduurt voort op de eerste aanbeveling en heeft betrekking op het knelpunt dat belangrijke procesbeslissingen van bestuursorganen een feitelijk karakter hebben en daardoor geen appellabele beslissingen zijn. In de deelparagraaf hiervoor werd de aanbeveling gedaan dat bepaalde procesbeslissingen wel vatbaar zouden moeten zijn voor bezwaar en beroep bij de bestuursrechter. Het gevaar bestaat echter dat de bestuursrechter extra wordt belast door in sommige zaken het procedurele geschil los te koppelen van het materiële geschil. Dit zou de effectiviteit van de handhaving, bestaande uit langdurige procedures, tegen kunnen werken. Het is mogelijk om dat potentiële gevaar weg te nemen, namelijk door het aanstellen van een derde die reeds in de bestuurlijke besluitvormingsfase een onafhankelijk advies kan uitbrengen over lopende procedurele kwesties. Het neerleggen van procedurele kwesties bij een derde kan een ‘zeefwerking’ hebben waarmee een veelvuldig beroep

<sup>187</sup> Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, *JOR* 2014/332, m.nt. S.M.C. Nuijten, ECLI:NL:RBROT:2014:8382.

<sup>188</sup> EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), par. 55-56; en EHRM 27 september 2005, 50882/99 (*Petri Sallinen e.a. t. Finland*), par. 89.

op de bestuursrechter wordt verminderd.<sup>189</sup> Bovendien wordt met de aanstelling van een derde procedurele ‘scheidsrechter’ tegemoetgekomen aan de in de jurisprudentie van het EHRM regelmatig terugkomende eis dat beperkingen op de rechten op een eerlijk proces (bijvoorbeeld het inzagerecht) gepaard moeten gaan met bepaalde procedurele waarborgen.<sup>190</sup> Er zijn hiervoor twee mogelijkheden.

#### 4.2.2.1 De aanstelling van een raadadviseur-auditeur

Een eerste optie is het aanstellen van een, met de Europese mededingingsprocedure vergelijkbare, raadadviseur-auditeur (*Hearing Officer*).<sup>191</sup> Deze raadadviseur zou – net zoals de rechter-commissaris in het strafproces – een rol kunnen spelen in het bewaken van een evenwichtig en voorspoedig onderzoek,<sup>192</sup> bijvoorbeeld bij het beoordelen van mogelijke schendingen van het LLP en het recht om zichzelf niet te hoeven belasten.<sup>193</sup> Ten aanzien van het toezien op de bescherming van het LLP behoort een zogeheten ‘verschoningsfunctionaris’ reeds tot de praktijk van de ACM.<sup>194</sup> Het zou ook mogelijk kunnen zijn om de taak van de verschoningsfunctionaris door te trekken naar situaties waar de inlichtingenverplichting die de ACM oplegt, indruist tegen het zwijgrecht van de betrokken partijen. Daarnaast zou deze verschoningsfunctionaris verantwoordelijk kunnen zijn voor het bewaken van een adequaat dossier dat alle stukken bevat die gedurende de procedure zijn verzameld.<sup>195</sup>

De Europese raadadviseur-auditeur speelt niet alleen een rol in de onderzoeksfase, maar heeft ook taken in de besluitvormingsfase. Een belangrijke taak in deze fase is het organiseren en het voorzitten van de hoorzitting.<sup>196</sup> Deze dubbele rol van de raadadviseur-auditeur in zowel de onderzoeks- als de besluitvormingsfase werkt echter een functionele scheiding tegen die juist gewenst is (zie deelparagraaf 3.2.1). Met betrekking tot de Franse mededingingsautoriteit is de rol van de algemene rapporteur (die vergelijkbare bevoegdheden heeft als de raadadviseur-auditeur) precies omwille van deze reden gewijzigd. De Franse Hoge Raad oordeelde dat de rol van de rapporteur in de beraadslagingen in strijd was met artikel 6 EVRM.<sup>197</sup> Naar aanleiding van deze uitspraak zijn de taken van de rapporteur beperkt tot de onderzoeksfase. Een

<sup>189</sup> Deze ‘zeefwerking’ was ook de reden voor het invoeren van de bezwaarfase. In het tweede deel van deze deelparagraaf wordt ingegaan op de bezwaarfase en de rol van de Adviescommissie daarin. Zie PGW I, p. 279.

<sup>190</sup> Trechsel 2006, p. 239.

<sup>191</sup> Besluit van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures, *PbEU* 2011/695/EU (‘Mandaatregeling raadadviseur-auditeur’).

<sup>192</sup> Meij 2010, p. 597.

<sup>193</sup> Artikel 4 Mandaatregeling raadadviseur-auditeur.

<sup>194</sup> ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014.

<sup>195</sup> Zie Europees Parlement, Resolution of 15 January 2013 with recommendation to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union, 2012/20124 (INI), recommendation 3; Europese Code van Goed Administratief Gedrag, artikel 24; en ReAnnual Model Rules, artikel III-7.

<sup>196</sup> Artikelen 10-12 Mandaatregeling raadadviseur-auditeur.

<sup>197</sup> Uitspraak Franse Hoge Raad 5 October 1999 (*Société Campenon Bernard*). Zie bijvoorbeeld Perroud 2008, p. 48-68.

ander punt van kritiek dat regelmatig in de literatuur is genoemd, is dat de raadadviseur-auditeur niet onafhankelijk kan zijn omdat hij onderdeel uitmaakt van de directie mededinging van de Commissie. Belanghebbenden zullen dan ook meer legitimiteit toekennen aan een oordeel van een onafhankelijke en onpartijdige derde.<sup>198</sup>

#### 4.2.2.2 *De herinvoering van de Adviescommissie bezwaarschriften Mw*

In Nederlandse mededingingsprocedures kan een dergelijk onafhankelijk en onpartijdig oordeel komen van de, inmiddels opgeheven, Adviescommissie bezwaarschriften Mw. Deze adviescommissie bestond uit mededingingsexperts uit de wetenschap, rechterlijke macht en ambtenaren die elders werkzaam waren bij de overheid. Deze adviescommissie maakte geen deel uit van de ACM en was daarom onafhankelijk. Kort na de inwerkingtreding van de Instellingswet is deze adviescommissie, op grond van onherleidbare redenen, komen te vervallen.<sup>199</sup> Het herinvoeren van deze adviescommissie maakt echter een onafhankelijk oordeel in een semirechterlijke opzet mogelijk over vermeende procedurele schendingen die in de primaire besluitvormingsfase hebben plaatsgevonden en voordat de bestuursrechter zich daarover moet buigen.<sup>200</sup> Bovendien zou men kunnen veronderstellen dat de belanghebbenden meer legitimiteit toekennen aan een besluit op bezwaar dat is gebaseerd op een advies van een externe commissie, dan wanneer een besluit op bezwaar alleen door het bestuursorgaan is beoordeeld.<sup>201</sup> Uit een onderzoek naar 34 reguliere boetesbesluiten van de ACM in de periode 1999-2009 blijkt dat de ACM in 50 procent van de zaken geheel of gedeeltelijk het advies van de adviescommissie overneemt. In 9 van de 17 zaken geschiedde dit zonder enig voorbehoud. In die andere 50 procent van de zaken volgde de ACM dus niet het advies van de adviescommissie.<sup>202</sup> Het is natuurlijk onduidelijk hoe deze verhoudingen zouden komen te liggen wanneer de Adviescommissie bezwaarschriften geadviseerd zou hebben over procedurele beslissingen van de ACM. Deze gegevens laten evenwel zien dat van het instellen van bezwaar een zeefwerking kan uitgaan, temeer doordat de adviescommissie ook zelf bepaalde procedurele gebreken kan herstellen door het alsnog horen van partijen of getuigen.<sup>203</sup> Dit vermindert de werklast bij de bestuursrechter.

Wanneer de adviescommissie ook de ‘onafhankelijke’ besluitvorming zou moeten dienen, dan is het evenwel de vraag of de notie van onafhankelijke controle niet tevens zou moeten inhouden dat de bevindingen van de adviescommissie bepaalde verplichtingen opleggen aan de ACM.<sup>204</sup> Deze vraag speelde bijvoorbeeld bij het

<sup>198</sup> Zie bijvoorbeeld: Zingales 2010, p. 129-156.

<sup>199</sup> Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 22 juli 2014, ACM/DJZ/2014/203962, tot intrekking van het Besluit instelling Adviescommissie bezwaarschriften ACM. Artikel 7:13 Awb is de algemene bepaling waarin de mogelijkheid tot het instellen van een Adviescommissie is opgenomen.

<sup>200</sup> Zie voor een soortgelijke aanbeveling voor de boeteplegging door de AFM en DNB: Doets 2015, p. 256.

<sup>201</sup> Zie voor de voor- en nadelen van externe bezwaarcommissies: Jans & Outhuijse, 2012, p. 3.

<sup>202</sup> Zie het zeer nuttige kwantitatieve onderzoek verricht door Outhuijse & Jans: Outhuijse & Jans 2014, p. 233-245; en Jans & Outhuijse 2013.

<sup>203</sup> Artikel 7:8 Awb.

<sup>204</sup> Inghelram 2015, p. 240.



Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) waar een voorstel is gedaan voor het aanstellen van een toezichthouder op de procedurewaarborgen die alleen aanbevelingen kan doen aan de OLAF.<sup>205</sup> De onafhankelijke besluitvorming zit echter reeds in de mogelijkheid om dergelijke beslissingen aan te vechten voor de bestuursrechter. Een advies van de adviescommissie legt wel een verzwaarde motiveringsplicht op de ACM. De ACM moet immers onderbouwd motiveren wanneer zij afwijkt van het gegeven advies.<sup>206</sup>

Twee effectiviteitsoverwegingen kunnen echter tegen een bezwaarfase met een adviescommissie pleiten, namelijk de extra kosten die aan de bezwaarfase zijn verbonden en de langere duur van de procedure. Het is echter de vraag of deze argumenten opgaan. Het introduceren van een 'extra' extern advies brengt voornamelijk een kostenverschuiving teweeg van de rechterlijke macht naar het bestuursorgaan. Bovendien wordt het boetedossier door de bezwaarfase gereduceerd tot de belangrijkste punten waardoor de bestuursrechter minder tijd nodig zal hebben voor een afgewogen oordeel en dus de beslechting binnen een redelijk termijn kan plaatsvinden.<sup>207</sup> Als laatste geldt dat de adviescommissie bij kan dragen aan een volledige rechterlijke toetsing (zie deelparagraaf 4.2.3 hierna) doordat zij reeds bepaalde complexe economische vraagstukken in kaart kan brengen en behandelen.

#### 4.2.3 Een volledige rechterlijke toetsing ...

Een ander knelpunt had betrekking op de rechterlijke toetsing van (vooral) zaken waarin complexe economische analyses zijn vervlochten. De bestuursrechter is immers verplicht om alle aangevoerde gronden te toetsen. Deze verplichting lijkt vooral op Europees niveau tot discussie te leiden. Een veelgehoord kritiekpunt is dat het Gerecht zich te veel verlaat op de bevindingen van de Commissie. Het is echter niet uitgesloten dat ook op nationaal niveau discussie ontstaat over de rechterlijke toetsing van meer op economische analyses gestoelde ACM-besluiten. Gewezen kan worden op de toenemende aandacht voor de toetsing van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod. Het zwaartepunt van deze toetsing ligt bij de vrijstellingsvoorwaarden (artikel 6 lid 3 Mw). De voorwaarde dat de beperking een voordeel voor de consument moet opleveren, is vooral economisch ingegeven. In dergelijke zaken kunnen vragen ontstaan over de wijze waarop de rechter de economische beoordelingen, en vooral daarin opgenomen keuzes, van de ACM moet beoordelen. Een antwoord op deze vragen kan gevonden worden wanneer duidelijk waarover, dus met betrekking tot

<sup>205</sup> Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU, Euratom) 883/2013 in verband met de aanstelling van een Toezichthouder op de procedurewaarborgen, SWD 2014/183 final. Zie ook het advies van de Europese Rekenkamer, nr. 6/2014 betreffende een voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU, Euratom) 883/2013 in verband met de aanstelling van een Toezichthouder op de procedurewaarborgen.

<sup>206</sup> Artikel 7:13 lid 7 Awb.

<sup>207</sup> Deze argumenten volgen uit het hiervoor geciteerde artikel van Jans & Outhuijse: Jans & Outhuijse 2012, p. 2-11.



welke punten van de economische analyses, discussie bestaat tussen partijen. Het is aan de partijen om dit duidelijk te maken; het enkel benoemen van de vermeende, met het EVRM strijdige, discretionaire bevoegdheid van de mededingingsautoriteit volstaat niet. Heeft de discussie betrekking op punten waarover in de economische wetenschap überhaupt geen overeenstemming bestaat of raakt de discussie andere economische punten? Voor wat betreft die andere economische punten, ook wel de ‘objectieve’ onderdelen van de economie genoemd,<sup>208</sup> moet de rechter van gedachten wisselen met partijen. De rechter zou ter ondersteuning van deze gedachtewisseling partijneutrale deskundigen, deskundigen met een expertise in het aan de orde zijnde onderwerp, kunnen benoemen die advies uitbrengen over deze ‘objectieve onderdelen’ van de economie.<sup>209</sup> In lijn met de aanbeveling over het ondervragen van getuigen zou bovendien een mogelijkheid moeten bestaan voor de partijen om deze deskundigen (wellicht de leden van een nieuwe Adviescommissie bezwaarschriften mededinging?) te ondervragen. Op deze wijze kan de bestuursrechter garanderen dat, ook ten aanzien van de gronden die economische analyses raken, een volledige toetsing plaatsvindt. Dit laat onverlet dat bepaalde keuzes, bijvoorbeeld de keuze van het economisch model en de keuze van data-input, binnen de beslissruimte van de ACM vallen. In ieder geval maakt de inzet van partijneutrale deskundigen het mogelijk dat de keuzes over de geschiktheid van een bepaald economisch model dat door de ACM is gebruikt of de door de ACM uitgevoerde selectie van het datamateriaal ter discussie worden gesteld.

#### 4.2.4 ... met volledige kennis van zaken

Een ander knelpunt dat hiervoor is aangestipt, is dat een bestuursrechter enkel uitspraak mag doen op basis van vertrouwelijke stukken wanneer de partijen daarvoor toestemming hebben verleend.<sup>210</sup> Een oplossing hiervoor is gelegen in het intrekken van het toestemmingsvereiste. Het in artikel 6 EVRM vervatte beginsel van een procedure op tegenspraak verlangt echter dat partijen zich moeten kunnen uitspreken over de stukken die zijn gebruikt voor de oordeelsvorming, dus ook over de vertrouwelijke stukken. De uitdaging ligt dan ook het in het verzoenen van enerzijds het belang bij het beschermen van vertrouwelijke informatie en anderzijds het (verdedigings)belang bij kennis van de stukken die door de rechter zijn gebruikt bij de schuldvaststelling. Hiervoor zijn verschillende situaties denkbaar. De eerste is de situatie waarin de vermeende vertrouwelijke documenten integraal ter inzage worden gelegd. Dit zal plaatsvinden wanneer de rechter van oordeel is dat er geen gewichtige redenen bestaan die een vertrouwelijke behandeling van de stukken vereisen. Bij wel door de rechter als vertrouwelijk aangemerkte documenten zijn drie verschillende situaties mogelijk: (1) het verstrekken van een samenvatting van de vertrouwelijke stukken, (2) het

<sup>208</sup> Zie Gerbrandy 2009, p. 480-481.

<sup>209</sup> De inzet van partijneutrale deskundigen is wellicht niet noodzakelijk wanneer de adviescommissie bezwaarschriften mededinging reeds een advies heeft uitgebracht over deze complexe economische vraagstukken.

<sup>210</sup> Zie de in hoofdstuk 7 (deelparagraaf 4.5.1) besproken geheimhoudingsprocedure van artikel 8:29 Awb.

aanstellen van een *special counsel*, en/of (3) het beschikbaar stellen van de vertrouwelijke stukken in een *confidentiality ring*.

#### 4.2.4.1 Een samenvatting van vertrouwelijke stukken

In de eerste situatie gelast de bestuursrechter de partij die de vertrouwelijke gegevens heeft overlegd om bepaalde informatie zodanig mee te delen dat een verzoening mogelijk is van het behoud van de vertrouwelijkheid van de gegevens met het beginsel van een procedure op tegenspraak. Degene die zich op het vertrouwelijke karakter van de informatie beroept, kan bijvoorbeeld een samenvatting van de vertrouwelijke informatie toezenden. Een lastige bijkomstigheid van deze oplossing is dat de rechter constant in de gaten moet houden dat die samenvatting ook voldoende is. Met andere woorden: de rechter moet zich regelmatig de vraag stellen of de verdedigingsrechten van de tegenpartij voldoende worden gewaarborgd door het verstrekken van een samenvatting van de vertrouwelijke stukken. Het gevaar bestaat dus dat het verstrekken van een samenvatting niet (meer) voldoet aan de eisen van een effectieve rechtsbescherming.

#### 4.2.4.2 De aanstelling van een 'special counsel'

In de tweede en derde situatie worden de vertrouwelijke documenten wel integraal medegedeeld, maar is de openbaarmaking van de vertrouwelijke documenten omringd met bepaalde waarborgen. Een mogelijkheid, die ook in de jurisprudentie van het EHRM over het inzagerecht is genoemd, is het aanstellen van een speciale advocaat. Een speciale advocaat kan namelijk, in afwezigheid van de partijen en hun raadslieden, de belangen van de partijen behartigen in de procedure waarin de beslissing over de eventuele afscherming van informatie centraal staat.<sup>211</sup> Daarvoor heeft het EHRM wel vereist dat de verdediging voldoende specifieke informatie krijgt over de tegen haar geuite beschuldigingen zodat deze de speciale advocaat op effectieve wijze kan instrueren.<sup>212</sup> De geïnstrueerde speciale advocaat kan vervolgens partij zijn van de geheimhoudingsprocedure, het geheime materiaal inzien en bij de rechter op basis hiervan verweer voeren.<sup>213</sup> Deze speciale advocaat zal vervolgens in de separate geheime procedure een rol blijven spelen, maar mag zijn 'cliënt' na het inzien van de vertrouwelijke gegevens niet meer spreken. Dit kan een probleem opleveren wanneer onvoldoende specifieke informatie over de beschuldigingen bekend is gemaakt. In dat geval is de betrokkene onvoldoende in staat de speciale advocaat te instrueren en kan de speciale advocaat zijn cliënt niet goed vertegenwoordigen. In mededingingsprocedures worden de beschuldigingen middels een boeterapport bekendgemaakt. Het

<sup>211</sup> Zie bijvoorbeeld de commissie-Meijers, *Notitie geheime informatie en ambtsberichten in de vreemdelingenprocedure*, 2007. Dit voorstel vindt ook steun in de literatuur. Zie bijvoorbeeld de noot van Barkhuysen & Van Emmerik bij ABRvS 30 november 2011, AB 2012/142, m.nt. T.R. Barhuysen & M. van Emmerik, ECLI:NL:RVS:2011:BU6382; EHRM 6 december 2007, JV 2008/32, m.nt. P. Boeles (*Liu en Liu t. Rusland*).

<sup>212</sup> EHRM 20 juli 2010, AB 2011/132, m.nt. T.R. Barhuysen & M. van Emmerik (*A. t. Nederland*).

<sup>213</sup> Vlg. EHRM 8 juni 2006, 10337/104 (*Lupsa t. Roemenië*), par. 38 waar het EHRM vergelijkbare eisen uit artikel 8 EVRM afleidt. Zie ook EHRM 6 december 2007, 42086/05 (*Liu en Liu t. Rusland*).

boeterapport bevat bijvoorbeeld geen informatie over de specifieke omstandigheden die volgens de ACM in die zaak tot een boeteverlaging of -verhoging kunnen leiden. Desalniettemin biedt het boeterapport voldoende informatie voor een speciale advocaat om de belangen van de betrokken partijen in een geheimhoudingsprocedure te behartigen. Een andere lastige bijkomstigheid van het systeem van speciale raadslieden is echter dat in wezen twee procedures worden gevoerd: een procedure waarin de vertrouwelijke gegevens worden uitgewisseld en de 'hoofdprocedure' waar het draait om de schuldvaststelling waarbij geen communicatie mogelijk is tussen de speciale advocaat in de geheimhoudingsprocedure en de raadsman en verdachte in de hoofdzaak. Deze twee procedures zijn lastig, of helemaal niet van elkaar los te trekken. Het is dan ook onduidelijk of de verdedigingsrechten voldoende zijn gewaarborgd en of rechter de zaak de zaak nog effectief kan beoordelen wanneer gedurende één van deze procedures feiten naar boven komen waarvan de raadsman in de andere procedure geen weet heeft.

#### 4.2.4.3 *Het gebruik van vertrouwelijkheidsringen*

Een andere mogelijkheid, die de voorkeur heeft, is het gebruik van vertrouwelijkheidsringen (*confidentiality rings*). Vertrouwelijkheidsringen maken het mogelijk om vertrouwelijke informatie enkel beschikbaar te stellen aan een beperkte groep personen zoals de externe raadsman van de procespartijen. De procespartijen krijgen zelf geen toegang tot deze documenten. In deze situatie stelt een bestuursorgaan of de bestuursrechter twee versies van het procesdossier op: een vertrouwelijke versie die exclusief toegankelijk is voor de externe advocaten van de procespartijen en een niet-vertrouwelijke versie die wel beschikbaar is voor de procespartijen zelf. De CAT, het tribunaal dat in het Verenigd Koninkrijk beroepen tegen mededingingsbesluiten beoordeelt, maakt regelmatig gebruik van vertrouwelijkheidsringen.<sup>214</sup> Op grond van een bevel van de CAT vindt de openbaarmaking van de vertrouwelijke informatie alleen plaats ten overstaan van de individuen die de 'ring' vormen en die de nodige geheimhoudingsmaatregelen hebben genomen. De raadsman en mogelijk andere externe adviseurs of experts zoals accountants en economen vormen meestal de ring.<sup>215</sup> De hoorzitting kan vervolgens gedeeltelijk achter gesloten deuren plaatsvinden wanneer de vertrouwelijkheid dit vereist. De partijen moeten zich er wel van vergewissen dat bij deze beslissing niet alleen de belangen van de betrokken partijen worden meegewogen, maar ook het grotere publieke belang in een openbare hoorzitting.<sup>216</sup>

Een voordeel van deze procedure is dat, net zoals bij het gebruik van een speciale advocaat, de partijen elkaars vertrouwelijke informatie niet kunnen inzien terwijl de rechter deze vertrouwelijke informatie wel kan meenemen in de beoordeling van het geschil. Bovendien ziet niet een andere (speciale) advocaat de vertrouwelijke docu-

<sup>214</sup> Competition Appeal Tribunal Rules 2015, no. 1648, artikel 101, lid 3.

<sup>215</sup> Zie bijvoorbeeld de volgende zaken *Claymore Dairies v OFT* [2003] CAT 12 (zie order van de CAT van 9 juni 2003); *Genzyme v OFT* (zie het afschrift van 27 mei 2004); *British Sky Broadcasting v CC & the Secretary of State*; *National Grid v GEMA* (zie order van de CAT van 31 maart 2008).

<sup>216</sup> Competition Appeal Tribunal, *Guide to proceedings*, 2015, par. 7.37-7.38.

menten in, maar de raadsman die ook de verdediging van de betrokken partijen voert. Het gebruik van vertrouwelijkheidsringen komt verder ook tegemoet aan het knelpunt dat – door het huidige toestemmingsvereiste van artikel 8:29 Awb – de bestuursrechter niet met volledige kennis van zaken uitspraak kan doen. Een soortgelijk voordeel kan ook spelen wanneer de ACM gebruikmaakt van vertrouwelijkheidsringen. In dat geval kan de ACM de vaststelling van de mededingingsinbreuk ook baseren op vertrouwelijke informatie.

Ook het Gerecht van de Europese Unie beslist soms in een maatregel tot organisatie van de procesgang dat de waarborging van de vertrouwelijkheid van de documenten het beste mogelijk is door gebruikmaking van vertrouwelijkheidsringen.<sup>217</sup> Een voorbeeld is de zaak *Cementos Portland* waar de Commissie weigerde een lijst en een samenvatting te overleggen van de aanwijzingen op basis waarvan zij een procedure op grond van artikel 18 lid 3 Verordening 1/2003 had ingeleid. Bij beschikking bepaalde het Gerecht dat de door de Commissie te verstrekken inlichtingen beperkt zouden worden tot de advocaten van de verzoekster die zich vooraf dienden te verbinden tot geheimhouding.<sup>218</sup>

#### 4.2.5 De introductie van een schaderegeling

##### 4.2.5.1 Een effectief rechtsmiddel

De voorgaande aanbevelingen hebben betrekking op de rechterlijke toetsing van besluiten van de ACM. De laatste aanbeveling ziet op het knelpunt dat een door de bestuursrechter vastgestelde schending van fundamentele verdedigingsrechten in de meestal gevallen noch tot de vernietiging van het besluit noch tot de uitkering van een schadevergoeding leidt. Deze aanbeveling stelt, in navolging van de jurisprudentie van het EHRM inzake schendingen van het redelijke-termijnvereiste, een effectief rechtsmiddel voor bestaande uit een compensatie in geld. Voor het verkrijgen van schadevergoeding naar aanleiding van een procedurele schending staan in Nederland twee rechtsmiddelen open. Ten eerste kan de bestuursrechter overgaan tot een boetekorting. Dit heeft bijvoorbeeld plaatsgevonden in procedures over overschrijdingen van het redelijke-termijnvereiste. Een ander voorbeeld is de zaak *DNB* waar de rechtbank oordeelde dat de eisers tot op zekere hoogte waren geschaad in hun procesuele belangen omdat zij een deel van de op de zaak betrekking hebbende stukken pas voor het eerst in beroep hadden gekregen. De rechtbank matigde in deze zaak de boete uiteindelijk met 10 procent.<sup>219</sup> Dit rechtsmiddel is dus alleen geschikt voor zaken waar daadwerkelijk sprake is van de oplegging van een bestuurlijke boete.<sup>220</sup> Een ander nadeel van deze procedure is dat de schending van procedurele

<sup>217</sup> Zie Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, *PbEU* 2015, L 105/1, artikel 103. Zie hierover meer Fountoukakos & Puech-Baron 2014, p. 331-343.

<sup>218</sup> Gerecht EU 14 maart 2014, T-296/11, (n.n.g.) (*Cementos Portland Valderrivas SA t. Commissie*).

<sup>219</sup> Rb. Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635.

<sup>220</sup> Aan de boetekorting zijn echter wel maxima verbonden. Zo gaat het CBb uit van de volgende staffel: 5 procent korting voor een vertraging van zes maanden of korter, 10 procent korting voor een vertraging

grondrechten geen aanleiding is voor het opleggen (of verlagen) van de bestuurlijke boete. Gezien het verschil in ratio, en het gebrek aan een rechtsgrondslag om de boete te verlagen,<sup>221</sup> is dit waarschijnlijk niet het meest geschikte rechtsmiddel.<sup>222</sup>

Een andere mogelijkheid is het starten van een aparte schadevergoedingsactie. In artikel 8:88 lid 1 Awb is opgenomen welke schadeoorzaken voor een schadevergoeding in aanmerking komen. Eén daarvan is het onrechtmatig handelen van een bestuursorgaan ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. Voor een toe te kennen schadevergoeding moet voldaan zijn aan twee voorwaarden. Ten eerste moet sprake zijn van een onrechtmatig besluit. In essentie betekent dit dat het schadeveroorzakende besluit vernietigd moet zijn.<sup>223</sup> Ten tweede is de bestuursrechter enkel bevoegd te oordelen over vergoeding van schade die is geleden door een ‘andere onrechtmatige handeling’ die het bestuursorgaan heeft verricht ter voorbereiding van het onrechtmatige besluit. Deze ‘andere onrechtmatige handeling’ kan een handeling zijn die het bestuursorgaan verplicht moet verrichten zoals het horen van partijen. Onder ‘andere onrechtmatige handelingen’ kunnen ook onverplichte handelingen vallen zoals het doen van mededelingen, toezeggingen of adviezen.<sup>224</sup> Deze twee voorwaarden zijn niet makkelijk te vervullen. De eerste voorwaarde vereist een vernietigd besluit, maar hoe zit het wanneer het gaat om een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit? Een oplossing hiervoor is het beschikbaar stellen van de schadeverzoekschriftprocedure voor schade die is geleden naar aanleiding van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit. Een andere onduidelijkheid betreft of deze eis ook geldt voor een voorbereidingshandeling die tevens een appellabel besluit is in de zin van artikel 6:3 Awb (zie de aanbeveling in deelparagraaf 4.2.1). Een dergelijk voorbereidingsbesluit kan strikt genomen niet worden gezien als een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. Deze uitkomst is ‘geen gelukkige’:<sup>225</sup> de schadeverzoekschriftprocedure zou dan ook mogelijk moet zijn tegen appellabele voorbereidingsbesluiten.<sup>226</sup> Op deze manier wordt een effectief rechtsmiddel, namelijk een vorm van compensatie achteraf, ontwikkeld voor schendingen van de verdedigingsrechten.<sup>227</sup>

tussen de zes en twaalf maanden (met een maximum van € 10.000) en voor een vertraging langer dan twaalf maanden kan het CBb ‘handelen naar bevind van zaken’. Zie CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8060. Zie verder voor een uitvoerige discussies over de Nederlandse (rechts-) praktijk inzake schendingen van het redelijke-termijnvereiste: De Poorter en Pahladsingh 2010, p. 81-102; Barkhuysen en Van Emmerik 2008, p. 1579-1582; Barkhuysen en Van Ettekovén 2009, p. 129-141; Jansen 2009, p. 60-68; en Ten Veen en Collignon 2011, p. 110-119.

<sup>221</sup> Zie ook de conclusie van A-G Sharpston van 30 mei 2013 in zaak C-58/12 (*Groupe Gascogne*), par. 84.

<sup>222</sup> Zie ook Beumer 2014, p. 109-115.

<sup>223</sup> Het is dus vereist dat degene die schade heeft geleden bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend.

<sup>224</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32261, 3, p. 44-45.

<sup>225</sup> Schueler & Van Ettekovén 2013, p. 220.

<sup>226</sup> Zie ook De Graaf, Marseille & Sietses 2015.

<sup>227</sup> Widdershoven & Barkhuysen 2011, p. 667. Widdershoven & Barkhuysen stellen de ontwikkeling voor van een effectief rechtsmiddel voor schendingen van de rechten van verdediging door het Europese of nationale bestuur (die geen materiële consequenties hebben). Volgens Widdershoven & Barkhuysen kan aansluiting gezocht worden bij het effectieve rechtsmiddel voor schendingen van het redelijke-

#### 4.2.5.2 *De bevoegde rechter*

Een schadevergoedingsactie kan ingesteld worden bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter. In mededingingsprocedures heeft de belanghebbende zelf de keuze tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter wanneer de claim niet meer dan € 25.000 bedraagt. Voor claims die dit bedrag overschrijden, is de burgerlijke rechter bevoegd.<sup>228</sup>

Idealiter, en vanuit de gedachte van een effectieve behandeling van een dergelijk verzoek, wordt een kamer opgericht bestaande uit rechters die zich enkel bezighouden met dergelijke schadevergoedingsacties. Het verzoekschrift zou dan gedurende (of eventueel na afloop van) de besluitvormingsprocedure of de rechterlijke procedure ingediend kunnen worden. De betreffende kamer zou geheel onafhankelijk van de andere kamers moeten kunnen opereren. Zodoende wordt voorkomen dat een rechter moet oordelen over bijvoorbeeld de traagheid van de procedure waaraan de rechter zelf debet is. Het is daarnaast onaanvaardbaar, gezien het contradictoire karakter van een dergelijke procedure, dat een schadevergoedingsactie kan plaatsvinden zonder dat het orgaan dat de schending heeft veroorzaakt (bestuursorgaan of rechter) zienswijzen naar voren kan brengen. In Nederland wordt bijvoorbeeld de Staat der Nederlanden, in de persoon van de voor de rechtspleging verantwoordelijke minister van Veiligheid en Justitie, opgeroepen om aan de procedure deel te nemen<sup>229</sup> zodat de Staat der Nederlanden het vermoeden van een schending kan weerleggen of punten naar voren kan brengen die relevant zijn voor een eventueel op te leggen schadevergoeding.

#### 4.2.5.3 *De schadeposten*

Nu duidelijk is welk rechtsmiddel mogelijk geschikt is voor de schendingen van fundamentele procesregels, en wie zich over de schadevergoedingsactie zou moeten buigen, is het de vraag voor welke schade een vergoeding tegenovergesteld moet worden. Een eerste categorie betreft de materiële schadevergoeding die door de benadeelde moet worden bewezen volgens het toepasselijke procesrecht.<sup>230</sup> In een civiele procedure kan de materiële schade gevorderd worden als geleden 'vermogensschade'.<sup>231</sup> Vervolgens moet de gelaedeerde een causaal verband aantonen tussen de geleden schade en de geconstateerde schending.

Voor het vaststellen van de schade zou een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen externe procedurele beslissingen en interne procedurele beslissingen. Onder

---

termijnvereiste, namelijk een vorm van compensatie achteraf. Het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging is qua fundamenteel karakter volgens de auteurs vergelijkbaar met het beginsel van de redelijke termijn. Daarnaast zijn beide als beginsel van behoorlijk bestuur gecodificeerd in artikel 41 Handvest.

<sup>228</sup> Artikel 8:89 Awb.

<sup>229</sup> Op grond van art. 8:26 Awb kan de bestuursrechter tot de sluiting van het onderzoek ter zitting ambtshalve, op verzoek van een partij of op hun eigen verzoek, belanghebbenden in de gelegenheid stellen als partij aan het geding deel te nemen.

<sup>230</sup> Zie bijvoorbeeld Van Dijk 2009, p. 123.

<sup>231</sup> Artikelen 6:95 en 6:96 BW.



externe procedurele beslissingen kunnen beslissingen vallen die niet alleen impact hebben op de besluitvorming zelf, maar die een bredere impact hebben op de procedure in zijn geheel of de (financiële) positie van de belanghebbende. Men kan hier denken aan beslissingen over het publiceren van een boetebesluit of het doen van bepaalde uitspraken in de pers (in strijd met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM) waardoor een belanghebbende reputatieschade oploopt. Een ander voorbeeld zijn zaken over schendingen van het redelijke-termijnvereiste. In deze zaken kan de materiële schade bestaan uit het betalen van rente over het bedrag van de geldboete of het stellen van een bankgarantie. De immateriële schade bestaat dan uit spanning en frustratie die gepaard gaan met een te lang durende procedure.<sup>232</sup> Immateriële schade kan in een civiele procedure worden gevorderd als zijnde een aantasting van de persoon ('op andere wijze').<sup>233</sup> Bij de beoordeling van een vordering van immateriële schade wordt dan uitgegaan van het weerlegbare vermoeden dat bijvoorbeeld een termijnoverschrijding spanningen en frustratie oproept.<sup>234</sup>

Met betrekking tot de interne procedurele beslissingen, beslissingen die de verdedigingsrechten raken (zoals het horen van getuigen, het verlenen van toegang tot het dossier of het organiseren van een hoorzitting), ligt het vaststellen van de schade een stuk lastiger. Daar ligt de compensatie, wanneer de schending van invloed was op de besluitvorming, voor een deel in de vernietiging van het besluit zelf. Wanneer de vernietiging van het besluit niet plaatsvindt, maar toch sprake was van een schending van de verdedigingsrechten, dan is aan de belanghebbende de lastige taak om de geleden schade te stellen, en bij betwisting, te bewijzen. De bestuursrechter of de civiele rechter (afhankelijk van wie competent is, zie deelparagraaf 4.2.4.2) zal vervolgens de hoogte van de schadevergoeding moeten vaststellen aan de hand van het aantal betrokken partijen en het belang dat in geschil is. Wellicht dat de wetgever onderzoek kan verrichten naar de toekenning en de hoogte van schadevergoedingen. Zodoende zou een, met het redelijke-termijnvereiste vergelijkbare schaderegeling gecreëerd kunnen worden waarbij voor elke schadepost wordt aangegeven wat ongeveer het uit te keren bedrag is. De te verlenen schadevergoeding zal evenwel tot op zekere hoogte in verhouding moeten staan tot de opgelegde boete.<sup>235</sup> In het kader van het onderzoek

<sup>232</sup> EHRM 10 november 2004, 62361/00 (*Riccardi Pizzati t. Italië*), par. 25. In EHRM 15 februari 2008, 27278/03 (*Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland*), par. 27 spreekt het EHRM van 'state of distress, inconvenience and uncertainty'.

<sup>233</sup> Artikel 6:106 lid 1 onder b BW.

<sup>234</sup> Hof Den Haag 24 februari 2009, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen, ECLI:NL:GSHGR:2009:BH3856).

<sup>235</sup> Illustratief zijn de 'bierzaken' waarin de Commissie een boetekorting van € 100.000 als 'billijke genoegdoening' verleende voor de buitensporig lange duur van de procedure. Zie beschikking Commissie van 18 april 2007, zaak COMP/B/37.766, Nederlandse biermarkt. Het Gerecht deed daar nog een schepje bovenop door de boeteverlaging te verhogen met 5 procent van de totale boete. Volgens het Gerecht moet de compensatie in verhouding staan met de opgelegde boete: 'de door de Commissie toegekende forfaitaire vermindering van € 100.000 houdt evenwel op geen enkele wijze rekening met het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete, dat voor die vermindering € 22.950.000 bedroeg, en vormt dus geen vermindering van de sanctie die de uit de overschrijding van de redelijke termijn van de administratieve procedure voortvloeiende schending op adequate wijze kan corrigeren.' Gerecht EU 16 juni 2011, T-235/07, *Jur.* 2011, p. II-3229 (*Bavaria*), par. 341.



kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de boetes die de ACM oplegt aan ondernemingen. Het vooruitzicht op een lage compensatie (van een paar honderd euro ten opzichte van een boete van een paar miljoen euro) kan immers tot gevolg hebben dat ondernemingen, gezien de kosten die aan de procedure zijn verbonden, de schending niet zullen aanvechten. Dit is niet alleen onwenselijk voor de betreffende onderneming die in feite geen beschikking heeft over een effectief rechtsmiddel,<sup>236</sup> maar is ook ongewenst vanuit het oogpunt van de rechtspraktijk. Door het niet instellen van een schadevordering zullen, zoals gesteld, schendingen van procedurele beslissingen immers minder snel aan het licht komen.

#### 4.3 Deelconclusie

In de onderhavige paragraaf zijn knelpunten genoemd die de toegang tot de bestuursrechter belemmeren. Deze knelpunten hebben betrekking op het diffuse karakter van procesbeslissingen (besluit of voorbereidingshandeling) en de omstandigheid dat sommige (onterecht aangemerkte) voorbereidingshandelingen bij de voorzieningenrechter worden aangekaart (knelpunt I). In deze paragraaf is de aanbeveling gedaan dat deze beslissingen als appellabele (voorbereidings)besluiten aangemerkt moeten worden wanneer deze de belanghebbenden aanmerkelijk raken. Daarvan is in ieder geval sprake bij een schending van de verdedigingsrechten (aanbeveling I). Ter voorkoming van een mogelijke overbelasting van de rechterlijke macht, die zich nu mogelijk geconfronteerd ziet met een toenemende hoeveelheid beroepen tegen procesbeslissingen, is bovendien voorgesteld dat eerst nog een bestuurlijke heroverweging dient plaats te vinden door een nieuw Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet (aanbeveling II). Mocht het besluit van de ACM vervolgens worden voorgelegd aan de bestuursrechter, dan is het evenwel van belang dat de rechter volledig, en met volledige kennis van zaken, kan oordelen over de zaak. De mogelijke terughoudende toetsing bij economische analyses en het toestemmingsvereiste van artikel 8:29 Awb (het artikel dat de geheimhoudingsprocedure regelt voor de bestuursrechter) creëren echter drempels voor een volledige rechterlijke toetsing van administratieve beslissingen (knelpunt II). De inzet van partijneutrale deskundigen en het gebruik van vertrouwelijkheidsringen kunnen dit knelpunt wegnemen (aanbeveling III). De laatste aanbeveling zag op de situatie dat de bestuursrechter de zaak heeft beoordeeld en tot de conclusie komt dat inderdaad een schending van fundamentele procesrechten heeft plaatsgevonden. In de praktijk heeft deze conclusie weinig of geen rechtsgevolgen (knelpunt III). De rechtsbescherming zou in die zaken kunnen bestaan uit een schadevergoedingsactie. De rechtsbasis hiervoor is artikel 8:88 lid 1 Awb. Deze actie zou echter ook mogelijk moeten zijn voor alle voorbereidingshandelingen ongeacht of deze voorafgingen aan een rechtmatig of onrechtmatig besluit (aanbeveling

<sup>236</sup> Het EHRM heeft aangegeven dat het rechtsmiddel effectief en toegankelijk moet zijn en dat de kosten ervan niet excessief mogen zijn. Zie EHRM 29 maart 2006, 62361/00 (*Pizzati t. Itali (no. 2.)*).

IV). Een uitdaging ligt daarbij in het vaststellen van de schade en de hoogte van het uit te keren schadevergoedingsbedrag.

## 5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk zijn verschillende aanbevelingen gedaan die zien op de verenigbaarheid van de handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in Nederland met fundamentele procesrechten. De aanbevelingen zijn onderverdeeld in drie categorieën.

De eerste categorie aanbevelingen ziet op knelpunten die over het algemeen spelen in bestuurlijke handhavingsprocedures, zoals het gebrek aan een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces, de afwezigheid van specifieke fundamentele rechtswaarborgen voor bepaalde handhavingsprocedures en de beperkte notie van het begrip ‘strafvervolgingen’. Een belangrijke conclusie in deze paragraaf is dat de bescherming van een eerlijk proces reeds in de besluitvormingsfase aanvangt. In ieder geval begint reeds na het uitbrengen van een boeterapport de bescherming van artikel 6 EVRM te lopen. Vanaf dat moment is sprake van een ‘charge’. Het moment van de charge kan echter ook al eerder aanvangen, namelijk op het moment dat de ACM andere handelingen verricht waaruit een vermeende overtreder kan afleiden dat een boete zal worden opgelegd. Het zwijgrecht geldt bijvoorbeeld vanaf het moment dat een vermeende overtreding wordt gehoord tijdens een bedrijfsbezoek terwijl reeds een vermoeden van een overtreding bestaat. Bovendien kan het niet garanderen van bepaalde procedurele rechten, zoals het inzagerecht, in strijd komen met het recht op een procedure op tegenspraak. In deze paragraaf is dan ook een voorstel gedaan voor een algemeen fundamenteel recht op een eerlijke besluitvormingsprocedure dat van toepassing zou kunnen zijn op elke procedure waar de belangen van de betrokken partijen aanmerkelijk getroffen worden. Het algemene recht op een eerlijke besluitvormingsprocedure is echter niet alleen relevant voor bestuurlijke boeteprocedures, maar kan ook een rol spelen in procedures waarin sprake is van een lastoplegging. Het is aan de ACM om in elke zaak vast te stellen of specifieke deelrechten van het recht op een eerlijke besluitvormingsprocedure gegarandeerd moeten worden. Een eventuele overeenstemming hierover tussen de ACM en de betrokken partijen dient gepaard te gaan met een duidelijke *waiver* van procedurele rechten.

De tweede categorie aanbevelingen betreft knelpunten die spelen in de besluitvormingsfase. Deze aanbevelingen borduren voort op de eerste categorie aanbevelingen waarin is vastgesteld dat in ieder geval bij bestraffende sancties sprake moet zijn van een eerlijk proces. Het garanderen van een eerlijk proces is op drie manieren mogelijk. Ten eerste kunnen bestraffende sancties door het OM of de ACM opgelegd worden via een strafbeschikking. Op de strafbeschikking zelf zijn specifieke rechtswaarborgen van toepassing; bij verzet tegen de strafbeschikking gelden de algemene bepalingen uit Sv. Ten tweede kan de bestraffing direct in handen worden gelegd van de strafrechter. Een laatste mogelijkheid is het behoud van de bestuurlijke boete waarbij de boeteprocedure zo veel mogelijk in lijn is met de eisen van artikel 6 EVRM. De voorkeur gaat uit naar de laatste mogelijkheid. Het EHRM sluit immers de

oplegging van bestuurlijke boetes door bestuursorganen niet uit. Bovendien is het bij de strafbeschikking of een algehele overheveling naar het strafrecht maar de vraag of de rechtsbescherming ook daadwerkelijk beter is en of de effectiviteit van de handhaving toeneemt. Het behoud van de bestraffingsbevoegdheid van de ACM moet echter wel gepaard gaan met een aantal verstevigingen van de procedurele waarborgen, bijvoorbeeld door het intensiveren van een interne, functionele scheiding. Verschillende adversaire proceselementen kunnen er vervolgens voor zorgen dat de ACM en de betrokken partijen in de besluitvormingsfase op gelijke voet komen te staan. De hoorzitting moet bijvoorbeeld een mogelijkheid zijn voor beide partijen om vragen aan elkaar te stellen en getuigen te (doen) ondervragen. Een bewijsdossier draagt vervolgens bij aan de transparantie van de procedure en maakt het mogelijk voor de vermeende overtreder om potentieel ontlastende documenten op te vragen.

De laatste categorie knelpunten anticipeert op de rol van de rechter. Voor de bestuursrechter is het van belang dat een intensieve toetsing van de aangevoerde gronden mogelijk is, daarbij eventueel steunend op adviezen van partijneutrale deskundigen en vertrouwelijke informatie. Deze bestuursrechtelijke toetsing zou ook mogelijk moeten zijn ten aanzien procesbeslissingen. De bestuursrechter heeft immers, in een latere fase, over het hoofdgeding te oordelen. De aanwezigheid van een onafhankelijke toetsing door de adviescommissie bezwaarschriften, aan wie het procesbesluit als eerste kan worden voorgelegd, kan een mogelijke stroom aan beroepen tegen procesbeslissingen tegengaan (en kan bijdragen aan de rechterlijke toetsing). Een schadevergoedingsactie zou – ongeacht of het besluit wordt vernietigd of niet – mogelijk kunnen bijdragen aan het afschrikken en compenseren van plaatsgevonden schendingen van fundamentele procesrechten.

Aan de verschillende aanbevelingen komt niet hetzelfde gewicht toe. Sommige aanbevelingen, zoals de opname van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet en de schadevergoedingsactie, zijn opgenomen om vooral het belang van een eerlijke besluitvormingsfase te benadrukken. Waar het werkelijk om gaat, is dat bestuursorganen zich aan deze eerlijkheidsnormen houden en dat belanghebbenden, wanneer zij zich geconfronteerd zien met een mogelijke schending van fundamentele verdedigingsrechten, zich direct kunnen wenden tot de bestuursrechter. De aanbevelingen zijn daarnaast vanuit het perspectief van een optimale bescherming van fundamentele procesrechten geschreven. De implementatie van deze aanbevelingen in de praktijk kan, bijvoorbeeld op grond van bepaalde doelmatigheidsoverwegingen, echter een ander beeld opleveren.

## 10 Conclusies

### 1 SLOTBESCHOUWINGEN

In dit onderzoek staat de vraag centraal of de publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in Nederland verenigbaar zijn met fundamentele procesrechten. Het onderzoek illustreert dat op bepaalde punten een aanpassing van de verschillende handhavingsprocedures aanbevelenswaardig is in het licht van de fundamentele procesrechten die volgen uit het Unierecht en het EVRM. Deze conclusie is gestoeld op de aanbeveling dat reeds in de bestuurlijke besluitvormingsfase sprake moet zijn van een eerlijk proces. Tegenstanders van het inbouwen van rechten op een eerlijk proces in de bestuurlijke besluitvormingsfase veronderstellen echter dat procedurele gebreken in de besluitvormingsfase te allen tijde hersteld kunnen worden in bezwaar of beroep. Volgens hen is een volledige toetsing van de beslissingen van de ACM door een onafhankelijke en onpartijdige bestuursrechter voldoende voor het voldoen aan de procedurele standaarden van het EVRM en het Unierecht. Hoewel herstel inderdaad soms mogelijk kan zijn, is dat geen excuus om beslissingen te nemen in een procedure die oneerlijk is verlopen. Reeds in de bestuurlijke besluitvormingsfase kan immers sprake zijn van een strafvervolgning. Het is dan niet wenselijk om, op voorhand, uit te gaan van het herstel van procedurele waarborgen in een latere fase.<sup>1</sup> Daarnaast zal de rechterlijke toetsing niet altijd volstaan om de procedure in lijn te brengen met fundamentele procesrechten. Ten eerste is de rechterlijke toetsing beperkt tot een toetsing van alle aangevoerde gronden – een *'de novo'*-toetsing vindt niet plaats. Het zwaartepunt van de feitenvaststelling ligt dan ook bij het bestuursorgaan en niet bij de bestuursrechter. Hoe meer de bestuursrechter vertrouwt op het werk van het bestuursorgaan, des te belangrijker is het dat de besluitvormingsprocedure van het bestuursorgaan voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM en het Unierecht. Ten tweede is het herstellen van een schending van bepaalde fundamentele procesregels, zoals het EHRM zelf ook aangeeft, niet altijd mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan het niet verlenen van de cautie – een daaruit voortvloeiende schending van het zwijgrecht laat zich moeilijk herstellen. Ook het bewust achterhouden van voor de besluitvorming relevante stukken kan een niet te herstellen schending van artikel 6 EVRM en het Unierecht opleveren. Al deze overwegingen leiden in dit proefschrift tot de conclusie dat de ACM meer als eerste hoeder van procedurele grondrechten gezien moet worden dan nu het geval is, daar de ACM bestraffend kan optreden.

Een tweede bevinding is, zoals gezegd, dat de procedures van de ACM niet in overeenstemming zijn met de rechten op een eerlijk proces. De mate waarin deze rechten op een eerlijk proces van toepassing zijn, verschilt echter en hangt af van het karakter van de procedure (bestraffend, reparatoir) en het effect dat de procedure heeft op de belangen van de partijen. Het resultaat is een gedifferentieerd (volledig, medium

---

<sup>1</sup> Zie ook Trechsel 2006, p. 234.

en laag) rechtsbeschermingsniveau. Het ‘volledige’ rechtsbeschermingsniveau ziet in beginsel op strafvervolgingen: procedures waarin de ACM het voornemen heeft om een boete op te leggen. Met betrekking tot deze strafvervolgingen voorzien het Unierecht en het EVRM in een uitgebreid pakket aan verdedigingsrechten. Deze verdedigingsrechten volgen uit het volledige artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 48 Handvest. Bij het ‘medium’ rechtsbeschermingsniveau, dat voornamelijk relevant is voor clementieprocedures (of andere vormen van eenvoudige afdoening), zijn bepaalde beperkingen op deze verdedigingsrechten mogelijk. Het ‘lage’ rechtsbeschermingsniveau is in principe gericht op lastopleggingen (last onder dwangsom, zelfstandige last, bindende aanwijzing) en omvat de basiseisen voor een eerlijk proces die zijn vervat in artikel 6 lid 1 EVRM en artikel 47 Handvest. Uitgaande van volledige rechtsbescherming voldoen de ACM-procedures op twee vlakken niet aan eisen van het EVRM en het Unierecht. In de eerste plaats ontbreken garanties dat de ACM onafhankelijk en onpartijdig beslissingen kan nemen. Een voorbeeld is het gebrek aan een functionele scheiding tussen het onderzoeksteam en het beslissingsteam. In de tweede plaats staan de procedures van de ACM vooral in het teken van een zorgvuldige besluitvorming en niet, zoals ook vereist, van het waarborgen van een eerlijk besluitvormingsproces. Hierdoor ontstaat het gevaar dat belanghebbenden (i) geen toegang krijgen tot het volledig opgebouwde dossier van de ACM, (ii) niet gehoord worden ten overstaan van degenen die over hun zaak beslissen, en (iii) geen getuigen kunnen (doen) ondervragen, terwijl deze drie eisen wel worden voorgeschreven door het EVRM en het Unierecht.

In dit onderzoek heb ik concrete aanbevelingen gedaan die voorzien in een procedurele versteviging van de verschillende mededingingsprocedures. Voordat een korte evaluatie van deze aanbevelingen volgt, zal ik kort verschillende dilemma’s weergeven die speelden in het onderzoek en die de vergelijking van de fundamentele procesregels met de handhavingspraktijk van de ACM bemoeilijkten (paragraaf 2). Vervolgens geef ik de belangrijkste aanbevelingen weer die specifiek zien op de twee hoofdbevindingen die hiervoor al zijn genoemd: (1) de doorwerking van het recht op een eerlijk proces in de bestuurlijke besluitvormingsfase, en (2) de onverenigbaarheid van procedures van de ACM met deze rechten op een eerlijk proces (paragraaf 3). De conclusie wordt afgesloten met een aantal open onderzoeksvragen over de handhaving van het mededingingsrecht (paragraaf 4).

## 2 DILEMMA’S

### 2.1 Mededingingsprocedures en jurisprudentie van het EHRM

De vergelijking van Nederlandse mededingingsprocedures met de jurisprudentie van het EHRM is complex. De jurisprudentie van het EHRM is in hoge mate casuïstisch van aard. Dit betekent dat de feiten en omstandigheden van individuele zaken steeds zullen bepalen of een schending van artikel 6 EVRM heeft plaatsgevonden. Vooral in grensgevallen kunnen kleine verschillen in de feiten leiden tot grote verschillen bij de

uiteindelijke beoordeling van de zaak. Bij de vaststelling dat een nationale regeling mogelijk niet *Straatsburg-proof* is, werd in dit proefschrift rekening gehouden met de specifieke omstandigheden die in een bepaalde zaak speelden en niet enkel met de inhoud van de norm zelf. In dit proefschrift heb ik dan ook vooral de regels besproken die volgden uit de algemene overwegingen van het EHRM.

De jurisprudentie van het EHRM is bovendien aanzienlijk minder toegespitst op het bijzondere karakter van mededingingsprocedures dan de jurisprudentie van het HvJ EU. De jurisprudentie illustreert dat het EHRM worstelt met deze ‘bijzondere’ procedures. De tekst van artikel 6 EVRM was immers in eerste instantie enkel geschreven voor klassieke strafprocedures en conflicten over burgerlijke rechten en plichten. Door de ruime interpretatie van het begrip strafvervolgning zijn ook administratieve procedures onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM komen te vallen. In sommige zaken heeft het EHRM voor deze procedures bepaald dat de kwalificatie van de procedure als strafvervolgning of als conflict over burgerlijke rechten en plichten niet relevant was. Soms deed het EHRM dit expliciet, soms verwees het in een procedure betreffende een strafvervolgning naar de jurisprudentie over burgerlijke rechten en plichten. Deze benadering ziet men bijvoorbeeld terug in zaken over de rechterlijke toetsing van beslissingen van administratieve organen. Ongeacht de kwalificatie van de procedure geldt immers de eis van een volledige toetsing van de aangevoerde middelen nu eenieder recht heeft op toegang tot een rechter. Met betrekking tot specifieke fundamentele procesrechten, zoals de hoorzitting en het getuigenverhoor, heeft het EHRM een onderscheid gemaakt tussen zaken die binnen de harde kern van het strafrecht vallen en zaken die tot de periferie van het strafrecht horen. Volgens het EHRM zijn deze procesrechten niet volledig van toepassing op zaken die buiten de harde kern van het strafrecht vallen. Een voorbeeld zijn volgens het EHRM mededingingszaken die niet altijd hoeven te voldoen aan alle volledige strafrechtelijke proceseisen. Ook met betrekking tot het recht op toegang tot het dossier heeft het EHRM, weliswaar in minder expliciete bewoordingen, bepaald dat van de standaarden voor strafvervolgingen kan worden afgeweken wanneer het gaat om administratieve procedures waar omvangrijke dossiers zijn opgebouwd. Het is volgens het EHRM aan de nationale autoriteiten om uiteindelijk te bepalen in hoeverre een afwijking van het standaardrechtsbeschermingsniveau van artikel 6 EVRM gerechtvaardigd is. Deze beslissing hangt, zoals gezegd, af van de specifieke omstandigheden die spelen in een zaak. Het EHRM lijkt dus heel voorzichtig een nieuwe categorie eerlijke processtandaarden te formuleren die gelden voor administratieve zaken waarbij in sommige gevallen het strafrechtelijke karakter van de administratieve procedure niet van doorslaggevende betekenis is (bij de rechterlijke toetsing bijvoorbeeld) en in andere gevallen wel van belang is (bijvoorbeeld bij het ondervragingsrecht). Dit betekent dat bepaalde rechten op een eerlijk proces te allen tijde gelden, maar dat de toepassing van andere (strafrechtelijk getinte) proceseisen afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

## 2.2 Mededingingsprocedures en jurisprudentie van het HvJ EU

In tegenstelling tot EHRM-jurisprudentie is de jurisprudentie van de Unierechters toegespitst op mededingingsprocedures. De interpretatie van de rechten van verdediging heeft vooral plaatsgevonden in Europese mededingingszaken. Deze jurisprudentie biedt dan ook veel meer concrete handvatten dan de jurisprudentie van het EHRM. Een voorbeeld is de interpretatie van het begrip 'vertrouwelijke documenten'. Hoewel het EHRM in algemene termen aangeeft dat de vertrouwelijkheid van documenten een gerechtvaardigde beperking op het inzage-recht kan zijn, spreken de Unierechters zich meer concreet uit over de invulling van het begrip 'vertrouwelijkheid'.

Over de verhouding tussen het EVRM en het Unierecht is het Handvest duidelijk: het EVRM is de minimumstandaard – het Unierecht mag echter een hoger beschermingsniveau bieden. De verhouding tussen het nationale procedurerecht en de Unierechtelijke procesrechten laat zich echter minder makkelijk verklaren. Een probleem kan immers ontstaan wanneer de Unierechtelijke interpretatie van een bepaald procesrecht niet overeenstemt met de nationale praktijk in mededingingsprocedures. In hoeverre is de Unierechtelijke interpretatie dan relevant voor nationale mededingingsprocedures? Uit de casestudies volgt bijvoorbeeld dat de Unierechtelijke interpretatie van het zwijgrecht minder verstrekkend is dan de rechtspraak in Nederlandse mededingingsprocedures. Op grond van de jurisprudentie van de Unierechters is het mogelijk dat de Commissie wel vragen stelt van feitelijke aard, ook wanneer deze feiten worden gebruikt voor een strafvervolgning, terwijl in Nederlandse mededingingsprocedures, conform artikel 6 EVRM, überhaupt geen wilsafhankelijke feitelijke vragen gesteld mogen worden wanneer een strafvervolgning in het verschiet ligt. Het Unierecht biedt op dit vlak, meer dan de mededingingshandhavingsspraktijk in Nederland, ruimte om een afweging te maken tussen procedurele eerlijkheid en effectiviteit. Hetzelfde geldt voor de bescherming van correspondentie tussen advocaten en cliënten (LPP): in tegenstelling tot het nationale recht strekt deze zich niet uit tot advocaten in dienstbetrekking.

De vraag is dan welke interpretatie van het zwijgrecht of het LPP prevaleert in zo'n geval: de ruime nationale interpretatie die volledig recht doet aan de verdedigingsrechten of de beperkte Europese interpretatie die meer ruimte biedt voor effectiviteitsoverwegingen? Het uitgangspunt is het beginsel van procedurele autonomie: de lidstaten mogen zelf hun handhavingssystemen inrichten en daarbij invulling geven aan specifieke procesrechten, op voorwaarde dat de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid worden nageleefd. Toch is het de vraag of dit uitgangspunt in mededingingszaken nog houdbaar is. Verdachte mededingings-overtredingen worden regelmatig zowel op nationaal als op Europees niveau onderzocht – het niveau van rechtsbescherming zou dan niet mogen afhangen van het land waar het onderzoek naar de vermeende mededingingsovertredingen plaatsvindt.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Zie ook Nehl 2000. Zie verder ook: Bianco & Lamadrid de Pablo 2012, hoofdstuk 4.



Bovendien heeft het overgrote deel van de Nederlandse kartelzaken een Uniedimensie waardoor de ACM de zaak zowel op basis van het nationale als het Europese mededingingsrecht beoordeelt. In dat geval moeten de rechtsregels van het nationale recht de effectiviteit en gelijkwaardigheid van het Unierecht garanderen. Vooral binnen de context van het effectiviteitsbeginsel, dat vereist dat het nationale recht de uitoefening van rechten die gebaseerd zijn op het Unierecht niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maakt, is het mogelijk dat de Unierechtelijke procesrechten niet alleen richtinggevend zijn voor de Commissie, maar ook voor de nationale mededingingsautoriteiten. In dat geval zal de procedurele convergentie tussen het Unierecht en Nederlandse procesrechten zich verder ontwikkelen. Deze ontwikkeling is niet ondenkbaar gezien de voorrang van het Unierecht, het beginsel van loyale samenwerking (ex artikel 4 lid 3 VEU) en de gedachte dat eenheid (en dus geen versplintering) van procesrechten tussen lidstaten gewenst is. Interessant is echter dat bij de interpretatie van het Handvest, dat een codificatie van de algemene beginselen van het Unierecht betreft, het uitgangspunt geldt dat het EVRM het minimumniveau van bescherming biedt. Het Unierecht mag enkel meer bescherming van fundamentele rechten bieden. Voor wat betreft het zwijgrecht geldt bijvoorbeeld dat de nationale praktijk van de ACM meer aansluit bij de eisen die voortvloeien uit het EVRM dan de praktijk die op Europees niveau wordt gehanteerd door de Commissie en die is gestoeld op jurisprudentie van de Unierechters. Op dit vlak is het nationale recht dus meer EVRM-conform en via de correspondentiebepaling van het Handvest ook meer EU-conform dan het Unierecht zelf. Het is wenselijk dat het Hof dezelfde bescherming biedt in het kader van het zwijgrecht als het EHRM. Hierdoor wordt voorkomen dat binnen de lidstaten van de EU twee standaarden voor effectieve rechtsbescherming gaan gelden: een standaard voor Unierechtelijke zaken en een standaard voor nationale zaken.

Voor het LPP, waar ook de nationale praktijk meer bescherming biedt dan het Unierecht, is deze conclusie echter lastiger te trekken aangezien het EHRM geen specifieke eisen stelt aan de invulling van het LPP. Het is dan ook niet mogelijk om vast te stellen of de Europese standaard, een ten opzichte van het nationale recht beperktere LPP, reeds voldoet aan de standaard van het EHRM. Voor dergelijke situaties zou wellicht de grens opgezocht kunnen worden en zou, vanuit effectiviteitsoverwegingen, een aansluiting met de Unierechtelijke standaard gezocht kunnen worden. Het gaat dus om de situatie waar het Unierecht minder bescherming biedt dan het nationale recht, maar waarvan niet duidelijk is of de standaard van het Unierecht strijdig is met het EVRM. Deze aanpak geldt dus niet voor de andere situatie – de situatie waar het Unierecht wel duidelijk strijdig is met de jurisprudentie van het EHRM. In dat geval zal, wanneer de hoogste bestuursrechter een zaak behandelt waarin deze situatie zich voordoet, een prejudiciële procedure duidelijkheid moeten bieden over de interpretatie van het betreffende Unierechtelijke procesrecht in relatie tot de uitleg die het EHRM heeft gegeven aan deze bepaling.

### 3 NAAR EEN EERLIJK BESTUURLIJK BESLUITVORMINGSPROCES

#### 3.1 Het recht op een eerlijk besluitvormingsproces

##### 3.1.1 *Codificatie in de Grondwet*

De verschillende aanbevelingen in dit proefschrift richten zich voornamelijk op de ACM als eerste hoeder van procedurele grondrechten. Verschillende aanbevelingen trachten zowel recht te doen aan verschillende niveaus van rechtsbescherming (zie hiervoor) als aan de rechtszekerheid. Een aanbeveling die in het vorige hoofdstuk bijvoorbeeld is gedaan, is het opnemen van een recht op een eerlijk besluitvormingsproces in de Grondwet. Deze aanbeveling is niet essentieel en waarschijnlijk ook niet binnen een afzienbare tijd haalbaar. Het doel van deze aanbeveling is het benadrukken van het belang van een eerlijke besluitvormingsprocedure. Daarnaast zou een dergelijke bepaling een betere toepassing van het EVRM en het Handvest in de praktijk kunnen stimuleren. In essentie gaat het erom dat bestuursorganen, vooral wanneer zij bestuurlijke boetes opleggen, zich meer rekenschap geven van de fundamentele rechten op een eerlijk proces. Iedere mededingingsprocedure, toezeggingsprocedures in principe daarbuiten gelaten,<sup>3</sup> zou moeten voldoen aan bepaalde minimumvoorwaarden voor een eerlijke besluitvormingsprocedure. Een minimumvoorwaarde is bijvoorbeeld het recht op indiening van zienswijzen. Een algemeen beeld uit het onderzoek is dat de praktijk van de ACM, behalve in boeteprocedures, pas in de bezwaarfase voldoet aan deze voorwaarden. Vervolgens zouden voor de *belastende* administratieve procedures specifieke (strafrechtelijke) proceseisen moeten gelden. Deze specifieke voorwaarden zijn vergelijkbaar met de specifieke verdedigingsrechten uit artikel 6 lid 2 en 3 EVRM en artikel 48 Handvest en zijn dan ook vooral gericht op strafvervolgingen. De wetstekst zou echter de definitie *belastende* administratieve procedures moeten hanteren. Hiermee worden twee onwenselijke neveneffecten voorkomen bij het gebruik van de term strafvervolging. Ten eerste het effect van een geforceerde toepassing van klassieke strafrechtelijke concepten op strafrechtelijke administratieve procedures. En ten tweede het effect dat bestraffende lastopleggingen buiten het bereik van het artikel zouden komen te vallen.

##### 3.1.2 *De invulling van het recht op een eerlijk besluitvormingsproces*

De andere aanbevelingen richten zich op het verder invullen van het recht op een eerlijk besluitvormingsproces. Deze taak ligt in eerste instantie bij de ACM. De ACM kan daarbij rekening houden met omstandigheden die hun neerslag vinden in de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU. Deze omstandigheden zijn: (i) het niet-absolute karakter van het recht op een eerlijk proces, (ii) de mogelijkheid om,

<sup>3</sup> Met betrekking tot de toezeggingsprocedure heb ik gesteld dat deze eisen ook gelden op het moment dat duidelijk wordt dat de toezegging niet bindend wordt verklaard of wanneer de toezeggingsprocedure ingrijpt in de eigendomsrechten van de betrokken partijen.

afhankelijk van het karakter van de procedure en de betrokken belangen, een beperkte of juist ruime invulling te geven aan het recht op een eerlijk proces, (iii) de mogelijke compenserende maatregelen voor beperkingen op bepaalde procesrechten, en (iv) de eventuele effectiviteitsvoordelen die behaald kunnen worden. Voornamelijk in clementieprocedures en in schikkingsprocedures, maar niet uitsluitend, bestaat een mogelijkheid om af te zien van bepaalde strafrechtelijke waarborgen wanneer het boeterapport of uiteindelijk het boetebesluit de afspraken weerspiegelt waarover de clementieverzoekers en de ACM overeenstemming hebben bereikt. Met betrekking tot de concrete invulling van bepaalde procesrechten kan een soort van *guidance paper* of beleidsregel duidelijkheid verschaffen. Een dergelijk document kan de nodige rechtszekerheid bieden zonder afbreuk te doen aan de beslissingsruimte van de ACM. Een voorbeeld is een document over het inzagerecht waaruit een definitie van ‘vertrouwelijke stukken’ volgt of waaruit duidelijk wordt welke partijen, en onder welke omstandigheden, recht hebben op toegang tot clementiedocumenten. Het document biedt daarmee aan de ACM en de betrokken partijen duidelijkheid bij lastige afwegingen van tegenstrijdige belangen, zoals het belang bij geheimhouding van bepaalde documenten of anonieme getuigenverklaringen tegenover het belang bij kennis van de documenten of verklaringen waarop een besluit is gestoeld.

### 3.2 Het inrichten van een eerlijk besluitvormingsproces

Na de vaststelling dat een eerlijke besluitvormingsprocedure zou moeten gelden, komt de vraag aan bod in hoeverre de besluitvormingsprocedures bij de ACM in overeenstemming zijn met fundamentele eerlijkeheidsnormen. De besluitvormingsprocedures van de ACM zijn overwegend inquisitoir van aard. De inquisitoire component zit in de omstandigheid dat de ACM de belangrijkste stappen zet op weg naar het opsporen en onderzoeken van mogelijke schendingen van het mededingingsrecht. De ACM is, in tegenstelling tot de officier van justitie die een zaak voorlegt aan de rechter, ook de instantie die over de zaak beslist. Deze bijzondere bundeling van bevoegdheden maakt dat in de besluitvormingsfase bijzondere aandacht zou moeten uitgaan naar twee grondbeginselen van het recht op een eerlijk proces: het beginsel van *equality of arms* en het beginsel van een procedure op tegenspraak. Het bevorderen van de gelijkheid tussen de ACM en de betrokken partijen is mogelijk door het invoeren van adversaire proceselementen. In een adversaire procedure is de wijze van waarheidsvinding niet afhankelijk van het onderzoek van de ACM, maar wordt de waarheid geacht naar boven te komen door de interactie tussen de procespartijen. Deze processtijl is gestoeld op gelijkheid en is met name relevant wanneer tussen de ACM en een van de betrokken partijen is onderhandeld over een sanctievermindering ter compensatie van een bekentenis. In dit proefschrift zijn verschillende aanbevelingen gedaan waarmee de inrichting van een eerlijke besluitvormingsprocedure mogelijk is. Deze aanbevelingen zijn onder te verdelen in twee categorieën. De eerste categorie bevat aanbevelingen voor het verstevigen van de onpartijdige en onafhankelijke besluitvorming van de ACM. De tweede categorie betreft aanbevelingen die zien op de besluitvormingsfase zelf.

### 3.2.1 Een onafhankelijke en onpartijdige besluitvorming

Voor de eerste categorie aanbevelingen zijn de volgende voorstellen gedaan. *Ten eerste* zou de Algemene Rekenkamer onderzoek moeten verrichten of het ontbreken van eigen rechtspersoonlijkheid de ACM belemmert in haar onafhankelijke toezicht op de mededinging. In het onderzoek, maar ook in toekomstige (periodieke) onderzoeken, verdienen de boetetaakstellingen die in het regeerakkoord en de begroting zijn opgenomen specifieke aandacht. *Ten tweede* zou de ACM gemandateerd moeten worden voor alle personeelsaangelegenheden of eventueel, gesteund door onderzoek van de Algemene Rekenkamer naar de onafhankelijkheid van de ACM, zou de ACM een eigen rechtspersoonlijkheid moeten krijgen waardoor de ACM ook de beschikking krijgt over eigen personeel. *Ten derde* is de creatie van een (semi)functionele scheiding binnen de ACM tussen de DM (verantwoordelijk voor de opsporing) en de JD (verantwoordelijk voor de besluitvorming) aanbevolen. Deze scheiding zou ook moeten doorwerken tot het niveau van de raad van bestuur: de leden van de raad van bestuur mogen geen rol spelen in zowel de opsporings- en onderzoeksfase als in de besluitvormingsfase. *Een vierde*, en laatste, voorstel is het instellen van een interne toezichthouder die niet alleen toeziet of de ACM handelt binnen de toegekende bevoegdheden, maar ook de ACM ondersteunt bij het nemen van strategische beslissingen.

### 3.2.2 Een versteviging van de procedurele waarborgen

De tweede categorie aanbevelingen bevat voorstellen die voortvloeiden uit de casestudies over het inzagerecht, het hoorrecht en het ondervragingsrecht. *Ten eerste* is het van belang dat de betrokken partijen toegang hebben tot alle belastende en ontlastende stukken die gedurende de loop van de besluitvormingsprocedure zijn verzameld. Het verlenen van inzage in vertrouwelijke documenten kan eventueel worden beperkt tot de raadsman van de betrokken partijen binnen de context van zogeheten vertrouwelijkheidsringen. *Ten tweede* zou tijdens de hoorzitting, voorgezeten door de raad van bestuur, meer een contradictoir debat moeten kunnen plaatsvinden in een rechterlijke setting. Deze hoorzitting zou bovendien in het openbaar moeten plaatsvinden. *Ten derde* zou het oproepen en ondervragen van getuigen tot de mogelijkheid moeten behoren vooral wanneer de getuigenverklaringen door de ACM zijn gebruikt voor de inbreukvaststelling.

## 3.3 Het toezicht op een eerlijk besluitvormingsproces

Deze aanbevelingen geven de ACM aanzienlijke discretionaire bevoegdheden bij het nemen van beslissingen van procedurele aard, bijvoorbeeld bij het verlenen van inzage in het dossier, het organiseren van een hoorzitting en het horen van getuigen. Het is daarom belangrijk dat toezicht mogelijk is op de ACM en met name op de beslissingen die betrekking hebben op de rechten op een eerlijk proces. Het toezicht op een eerlijk

besluitvormingsproces is op verschillende manieren mogelijk. In het onderzoek zijn vier concrete aanbevelingen gedaan. *Ten eerste* zouden processuele beslissingen, beslissingen die de belangen van de betrokken partijen rechtstreeks raken, appellabele beslissingen moeten zijn. Beslissingen die betrekking hebben op fundamentele verdedigingsrechten zijn dergelijke appellabele beslissingen. *Ten tweede* zou een nieuwe Adviescommissie bezwaarschriften Mw een onafhankelijk advies moeten kunnen geven over eventuele schendingen van fundamentele procesrechten. Deze aanbeveling ziet op een effectieve geschillenbeslechting en vermindert de belasting van de bestuursrechter. *Ten derde* zou de bestuursrechter, mocht de zaak uiteindelijk bij hem terechtkomen, een volledig oordeel moeten kunnen geven over het geschil. Dit betekent dat de bestuursrechter ook eventuele vertrouwelijke documenten aan de uitspraak ten grondslag moet kunnen leggen. Een procedure op tegenspraak zou dan tot stand kunnen komen wanneer de vertrouwelijke documenten, door middel van vertrouwelijkheidsringen, beschikbaar worden gesteld aan een beperkte groep gemachtigden. *Ten vierde* zou een schadevergoedingsactie mogelijk moeten zijn tegen schendingen van fundamentele procesbeslissingen, ongeacht of het besluit dat daaraan ten grondslag ligt (on)rechtmatig is. Deze vier aanbevelingen bieden tezamen een raamwerk waarbinnen het toezicht op, en daardoor de waarborging van, een eerlijke besluitvormingsprocedure mogelijk is.

#### 4 ONDERZOEKSVRAGEN VOOR DE TOEKOMST

In het onderzoek stonden de verdedigingsrechten van vermeende overtreders van het mededingingsrecht centraal. Het onderzoek is gevoed door de discussie waarin is gesteld dat een bestuursorgaan, zoals de ACM, niet bestraffend mag optreden. Dit standpunt is incorrect: de ACM mag straffen opleggen, mits, en dit geldt ook voor de andere handhavingvormen, een eerlijk besluitvormingsproces is gevolgd. De fundamentele procesrechten die onder de paraplu van een eerlijk besluitvormingsproces vallen zijn echter niet absoluut: soms kunnen andere fundamentele rechten of algemene belangen beperkingen stellen aan de verdedigingsrechten. Het streven is het vinden van een balans tussen een voldoende onderbouwd besluit, het varen op het deskundig oordeel van de ACM en het waarborgen van verdedigingsrechten. In dit proefschrift zijn aanbevelingen gedaan die ertoe kunnen leiden dat aan de verschillende belangen recht wordt gedaan. Sommige aanbevelingen hebben een breder bereik en kunnen ook relevant zijn voor de handhaving door andere toezichthouders zoals de DNB en de AFM. Van belang is dat bestuursorganen zich bewust zijn van de doorwerking van fundamentele procesrechten in de bestuurlijke besluitvormingsfase, vooral wanneer zij, net zoals een rechter, straffen opleggen.

In het onderzoek is gekozen voor de behandeling van verschillende fundamentele procesrechten die een rol spelen in de besluitvormingsfase en niet in de opsporingsfase. Het onderzoek stond daarmee dus niet stil bij de verenigbaarheid van bepaalde opsporingsbevoegdheden zoals huiszoekingen met andere fundamentele rechten zoals het recht op bescherming van privéleven (artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest). Ook

ging het onderzoek niet over de doorwerking van bepaalde procedurele waarborgen in de opsporingsfase. Men zou kunnen verdedigen dat, wanneer de handhavingprocedure van de ACM volledig voldoet aan de maximale eisen van artikel 6 EVRM en het Unierecht, de ACM, wellicht in samenwerking met het OM, ook meer strafrechtelijke opsporingsmaatregelen kan inzetten. De discussie over de toepasselijkheid van fundamentele procesrechten op mededingingsprocedures heeft immers twee zijden: aan de ene kant bevinden zich de strafrechtelijke rechtswaarborgen, aan de andere kant zijn er de strafrechtelijke maatregelen in de opsporings- en sanctioneringsfase. Fundamentele procesrechten werken beide kanten op: ze bieden niet alleen belanghebbenden de nodige rechtsbescherming, maar bieden ook ruimte aan de ACM voor een effectieve opsporing en sanctionering van mogelijke mededingingsovertredingen. Dit proefschrift illustreert dat beide kanten van de medaille constant met elkaar in interactie zijn. Een verlengd onderzoek ligt dan ook in de mogelijke strafrechtelijke opsporingsmogelijkheden van mededingingsovertredingen, bijvoorbeeld bij het gebruik van telefoontaps. Ook voor de opsporingsfase geldt dat de, naar aanleiding van de opsporing, bestuursrechtelijke consequenties alleen aanvaardbaar en legitiem zijn wanneer een eerlijk proces is gevolgd. De waarheid moet dus op een eerlijke wijze zijn vastgesteld. Idealiter heeft de procedurele eerlijkheid dan tot gevolg dat de waarheid inderdaad wordt gevonden.<sup>4</sup>

Verder onderzoek is daarnaast gewenst naar de strafrechtelijke sanctioneringsmogelijkheden. Biedt een, meer met strafrechtelijke waarborgen omringde, administratieve procedure ruimte voor de inzet van strafrechtelijke sanctioneringsmogelijkheden zoals het opleggen van een gevangenisstraf? Of creëert een dergelijke verdergaande criminalisering van het mededingingsrecht juist een keerpunt waarna de strafrechtelijke handhaving door een bestuursorgaan niet meer toegelaten is?<sup>5</sup> Duidelijk is in ieder geval dat institutionele wijzigingen binnen het kader van de publieke handhaving van het mededingingsrecht noodzakelijk zijn, maar dat tegelijkertijd deze wijzigingen mogelijkheden kunnen bieden voor het verbeteren van de effectieve en legitieme handhaving van mededingingswetgeving.

---

<sup>4</sup> Brants & Stapert 2004.

<sup>5</sup> Verschillende auteurs staan een system van strafrechtelijke handhaving voor. Zie bijvoorbeeld: Whelan 2009, p. 161-181; en Zuleeg 2002.

## Bibliografie

### GERAADPLEEGDE LITERATUUR

#### **Adamski 2012**

D. Adamski, 'Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European courts', *CMLRev* 2012-59.

#### **Addink 1999**

G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999.

#### **Addink & Sluijs 1992**

G.H. Addink & M.J. Sluijs, 'De algemene wet bestuursrecht op scherp', *NTB* 1992-2.

#### **Aelen 2014**

M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefiniteerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

#### **Aelen & Biezeveld 2013**

M. Aelen & G. Biezeveld, 'Onrustige onafhankelijkheid', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 (4) 4.

#### **Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006**

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten', in: E. Ankaert, J. Put, P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland), Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

#### **Albers 2001**

C.L.G.F.H. Albers, '“Etikettenschwindel” in het administratieve sanctierecht?', *NJB* 2001-25.

#### **Albers 2002**

C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

#### **Albers 2014**

C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris & F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (Preadviezen VAR 2014), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

#### **Albers e.a. 2015**

C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris & F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 mei 2014 ter behandeling van de preadviezen van mr. dr. C.L.G.F.H.*



*Albers, mr. dr. M.L. van Emmerik & mr. C.M. Saris en mr. drs. F.J.P.M. Haas, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.*

**Alipour & Louisse 2014**

M. Alipour & M.L. Louisse, '273. Afgeleid verschoningsrecht en informatie-uitwisseling: recente ontwikkelingen', *MP* 2014-7.

**Alkema 1990**

E.A. Alkema, 'De Europese Conventie: begin van een Europese constitutie?', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *40 jaar EVRM (NJCM-bulletin 1990, speciaal nummer)*, Leiden: NJCM 1990.

**Amador Sanchez, Geursen en Nijs 2011**

P. Amador Sanchez, W.W. Geursen en B.N. Nijs, 'Zin in de fusie! Over keuzes en kansen – Een vraaggesprek met Chris Fonteijn, een pragmaticus die glasheldere keuzes wil maken', *AM* 2011/7

**Andreangeli 2008**

A. Andreangeli, *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham: Edward Elgar 2008.

**Andreangeli 2009**

A. Andreangeli, P. Brouwer, D. de Feydeau, I. Forrester e.a., 'Enforcement by the Commission – The decisional and enforcement structure in antitrust cases and the Commission's fining system, in: M. Merola & D. Waelbroeck (Eds.), *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe: time for a review of regulation 1/2003?* (GCLC Annual conference 11-12 June 2009) Brussel: Brylant 2010.

**Andreangeli 2010**

A. Andreangeli, O. Brouwer, D. de Feydeau, I. Forrester, e.a., 'Enforcement by the Commission – The decisional and enforcement structure in antitrust cases and the Commission's fining system', in: M. Merola & D. Waelbroeck (Eds.), *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe – Time for a revision of Regulation 1/2003?*, Brussel: Bruylant 2010.

**Van Angeren & Polak 2000**

J.R. van Angeren & J.E.M. Polak, 'Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland', *M&M* 2000-4.

**Asbreuk 2012**

J.H. Asbreuk, 'Informatieverstrekingen en artikel 6 EVRM', *NTFR Beschouwingen* 2012/27

**Ayres & Braithwaite 1992**

I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992.

**Azoulai 2007**

L. Azoulai, 'Le principe de bonne administration', in: J.B. Auby, J. Dutheil de La Rochère (Eds.), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles: Bruylant 2007.

**Baarsma 2012**

B. Baarsma, 'Ontwikkelingen in het mededingingstoezicht. Essay in het kader van het WRR-project Toekomst van toezicht' (SEO Economisch Onderzoek), 2012.

**Van Bael 2011**

I. Van Bael, *Due process in EU competition proceedings*, Deventer: Kluwer Law International 2011.

**Bailey 2004**

D. Bailey, 'Scope of judicial review under article 81 EC', *Common Market Law Review*, 2004-41.

**Baker 2012**

P. Baker, 'Recent tax cases of the European Court of Human Rights', *European Taxation* 2012-52.

**Bakker 1989**

A. Const. Bakker, *Schets van het Nederlands en Europees economisch recht. De stand van zaken aan de vooravond van 1992*, Deventer: Kluwer 1989.

**Bakker & Mooijen 2014**

M. Bakker & J. Mooijen, 'Het zwijgen van de onderneming: een advocaat en officier van justitie spreken', *OSP* 2014-5/6.

**Ballegooij & Barkhuysen 2008**

G.A.C.M. van Ballegooij & T. Barkhuysen, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

**Barbier de La Serre 2006**

E. Barbier de La Serre, 'Procedural justice in the European Community case-law concerning the rights of the defence: essential and instrumental trends', *European Public Law* 2006-2, 2.

**Barkhuysen 2002**

T. Barkhuysen, 'Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van artikel 8. EVRM?', *NTB* 2002-8.

**Barkhuysen 2004**

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-Reeks 132), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2004.

**Barkhuysen 2014**

T. Barkhuysen, 'Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sancties', *NJB* 2014-136.

**Barkhuysen & Bos 2014**

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2014.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2006**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006-4.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2007**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Annotatie Jussila t. Finland', *AB* 2007, 51.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2008**

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2009**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Öztürk – Punitieve sancties en EVRM-waarborgen', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek – Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2009.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2010**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren – 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2011**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer Juridische Uitgevers 2011.

**Barkhuysen & Van Ettekoven 2009**

T. Barkhuysen en B.J. van Ettekoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NJB* 2009.

**Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009**

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, 'Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?' in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht - Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E. A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009.

**Barkhuysen e.a. 2007**

T. Barkhuysen e.a., *Derde evaluatie van de Awb 2006 – Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Barkhuysen e.a. 2014**

T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen – Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

**Batting, Heinrich & Veldhuis 2014**

M.L. Batting, J.P. Heinrich & R.W. Veldhuis, 'Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? De VAR-preadviezen 2014', *NTB* 2014-16.

**Bauer 2002**

R. Bauer, *Das recht auf eine gute Verwaltung in Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2002.

**Bechtold & Bosch 2008**

R. Bechtold & W. Bosch, 'Deficiencies in European Community Competition Law', 2008  
([http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008\\_regulation\\_1\\_2003/gleiss\\_lutz\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_en.pdf)).

**Van der Beek 2007**

A. van der Beek, 'Nederlandse Mededingingsautoriteit publiceert herziene Clementierichtsnoeren na recente wijziging van de Mededingingswet', *Bb* 2007-27.

**Belinfante & Mulder 1957**

A.D. Belinfante & A. Mulder, *De verhouding van administratieve sancties en straffen* (preadviezen VAR), Haarlem: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

**Benjamin 2006**

V. Benjamin, 'The application of EC competition law and the European Convention on Human Rights', *ECLR* 2006-27.

**Ten Berge 2001**

J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid*, Den Haag: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

**Berger 2006**

M. Berger, 'Europeanizing self-incrimination: the right to remain silent in the European Court of Human Rights', *Columbia Journal of European Law* 2006-12.

**Bernatt 2015**

M. Bernatt, 'Deferential standard of judicial review in the light of Article 6 of the ECHR', in: P. Nihoul & T. Skoczny (red.), *Procedural fairness in competition proceedings*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015.

**Beumer 2008**

A.E. Beumer, 'De Treuhand-zaak: kartelondersteuners opgepast!', *AM* 2008-8.

**Beumer 2014**

A.E. Beumer, 'Een voorstel voor een effectief rechtsmiddel voor overschrijdingen van het redelijke termijnvereiste', *NTER* 2014-4.

**Beumer & Van de Heyning 2012**

A.E. Beumer & C.J. van de Heyning, 'Het EVRM en de handhaving van het mededingingsrecht – De zaak Menarini uitgelicht', *M&M* 2012-1.

**Beumer & Karpetas 2012**

A.E. Beumer & A. Karpetas, 'The Disclosure of Files and Documents in EU Cartel Cases: Fairytale or Reality?', *European Competition Journal* 2012-8.

**Bianco & Lamadrid de Pablo**

L. Bianco & A. Lamadrid de Pablo, 'EU competition law enforcement: elements for a discussion on effectiveness and uniformity', *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2011*, New York: Iuris Publishing 2012.

**Biesheuvel, Mok & Sevenster 1996**

M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok & H.G. Sevenster, *Van ordening naar marktwerking. Kanttekeningen bij het ontwerp mededingingswet* (preadvies voor de Vereniging Handelsrecht en de Vereniging voor Mededingingsrecht, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 1996.

**Biezeveld 2015**

G.A. van Biezeveld in: G.A. Biezeveld & A. Mein, 'Moet de opmars van de bestuurlijke boete worden gestuit?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2015-6, 1.

**Biezeveld & Mein 2015**

G.A. Biezeveld & A. Mein, 'Moet de opmars van de bestuurlijke boete worden gestuit?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2015-6.

**Blomberg 2004**

A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**De Bock 2000**

R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het Vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak', *JBplus* 2000.

**De Bock 2001**

R.H. de Bock, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadvies NVvP nr. 13), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Boersma 2009**

B.J.B. Boersma, 'Arrest-Sopropé: handelswijze Nederlandse Douane moet drastisch anders', *WFR* 2009/662.

**Boksem e.a. 2010**

J. Boksem e.a. (red.), *Handboek strafzaken* (losbladig), Deventer: Kluwer, par. 24.5.3.d.

**Borgers 2001**

M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Bornkamp 2010**

J. Bornkamm, 'Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren', *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2010.

**Bos 2002**

P.V.F. Bos & R.A. Struijlaart, 'De jonge boetepraktijk van de NMA', *M&M* 2002-7.

**Bos 2012**

P.V.F. Bos, 'Van procestijgers en Chinese muren', *M&M* 2012-6.

**Van den Bos 2009**

K. van den Bos, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid', in: W.L. Tiermeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedraging*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

**Van den Bos 2013**

K. van den Bos, 'Vertrouwen in de overheid: wanneer hebben burgers het, wanneer hebben ze het niet, en wanneer weten ze niet of de overheid te betrouwbaar is?', te raadplegen via <http://montaigne.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/11/Van-den-Bos-2011-essay-BZK-vertrouwen-in-de-overheid.pdf> (laatste raadpleegdatum 2 juni 2015).

**Van den Bos, Van der Velden & Lind 2014**

K. van den Bos, L. van der Velden & E. A. Lind, 'Procedural justice and citizen-government interactions. On the role of perceived procedural justice in citizens' reactions to government decisions and the handling of conflict', *Utrecht Law Review* 2014-10.

**Bosman e.a. 2012**

A.R. Bosman e.a. 'Kroniek Nederlands mededingingsrecht', *M&M* 2012-2.

**Boyle 1984**

A. Boyle, 'Administrative justice, judicial review and the right to a fair hearing under the European Convention on Human Rights', *PL* 1984-89.

**Braeken 2011**

B.H.J. Braeken, 'CBb stelt grenzen aan alles-in-één-hand-stelsel', *M&M* 2011-6.

**Braithwaite 2002**

J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

**Brants & Stapert 2004**

C. Brants & Bart Stapert, *Voor wat hoort wat: plea bargaining in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**Braster 2000**

J.F.A. Braster, *De kern van casestudy's*, Assen: Van Gorcum 2000.

**De Bree 2006**

R. de Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking', *M&M* 2006/7.

**De Bree 2008**

R. de Bree, 'Mededingingsrecht in het strafrecht: 'Law in the making'?', *AM* 2008/9.

**De Bree 2010**

R. de Bree, 'De ex-werknemer en het zwijgrecht: evoluerend mededingingsrecht (?)', *AM* 2010-7/8.

**De Bree 2012**

R. de Bree, 'ACM: evolutie uit zuinigheid?', *M&M* 2012-4.

**De Bree 2013**

R. de Bree, 'Een analyse van het arrest ZZ (HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11) en de moeizame verhouding tussen geheime procesvoering en het recht op een eerlijk proces', *NTer* 2013-10.

**Brenninkmeijer & Lavrijssen 2004**

A.F.M. Brenninkmeijer & S. Lavrijssen, 'Independent administrative authorities in the Netherlands', in: R. Caranta, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Independent administrative authorities*, London: British Institute of International and Comparative Law 2004.

**Bronckers & Vallery 2011**

M. Bronckers & A. Vallery, 'No longer presumed guilty? – The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law', *World competition* 2011-4.

**Bronckers & Vallery 2012**

M. Bronckers & A. Vallery, 'Fair and effective competition policy in the EU: Which role for authorities and which role for the courts after *Menarini*?', *European Competition Journal* 2012-8, 2.

**Bröring 2015**

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

**Brouwer 1999**

O.W. Brouwer, 'Interactie bestuursrecht en mededingingsrecht – De rechten van de verdediging', *M&M* 1999-1.

**Brugman 2010**

D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? – De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

**Bruin 1995**

A.C.N. Bruin, 'Twee adviezen voor de vernieuwing van de WEM', *TVVS* 1995-6.

**Bruijn 2011**

J.A. Bruijn, 'Redactioneel – Onafhankelijkheid', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011-2, 3.

**De Bruijn-Lückers 2012**

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *JIN* 2012-166.

**De Bruijn-Lückers 2013**

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *VA* 2013-2.

**Buccirosi e.a. 2009**

P. Buccirosi, L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo & C. Vitale, 'Deterrence in competition law (discussion paper no. 285)', oktober 2009.

**Buigues & Meiklejohn 2013**

P. Buigues & R. Meiklejohn, 'National Competition Authorities in France, Germany, and the United Kingdom: resources, independence and enforcement', *CPI Antitrust Chronicle* August 2013.

**Buijs 1994**

D.C. Buijs, 'Nieuwe mededingingswet; adviesaanvraag aan de Sociaal Economische Raad en de Commissie economische mededinging', *TVVS* 1994-5.

**Buijze 2014**

A.W.G.J. Buijze, 'Het Hof van Justitie in Kamino-Datema: horen in bezwaar onder voorwaarden gesanctioneerd', *NTer* 2014-9.

**Bulterman & Lawson 2003**

M. Bulterman & R. Lawson, 'De rechten van de mens en internationale organisaties', in: C. Flinterman & W. van Genugten (red.), *Niet-statelijke actoren en de rechten van de mens: gevestigde waarden, nieuwe wegen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Van Buuren 1978**

P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden*, Deventer: Kluwer 1978.

**Van Buuren 1992**

P.J.J. van Buuren, 'Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling', *NJB* 1992-41.

**Van Buuren 1995**

P.J.J. van Buuren, 'De bestuurlijke boete geregeld?', in: W.G.A. Hazewindus & O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek. Bijdragen van het op 24 november 1994 te Amsterdam gehouden wetenschappelijk congres over de bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 1995.



**Callewaert 2010**

J. Callewaert, 'Het EVRM en de Europese Unie: van Bosphorus naar Lissabon', *NTER* 2010-3.

**Castillo de la Torre 2009**

F. Castillo de la Torre, 'Evidence, proof and judicial review in cartel cases', *World Competition*, 2009-32, 4.

**Castillo De La Torre 2010**

F. Castillo De La Torre, 'Evidence, proof and judicial review in cartel cases', in: C.D. Ehlermann & M. Marquis (Eds.), *European competition law annual 2009: evaluation of evidence and its judicial review in competition cases*, Oxford: Hart Publishing 2010.

**Classen 2008**

K.D. Classen, *Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union (Eine untersuchung zu herkunft, entstehung und bedeutung des art. 41 abs. 1 und 2 der Europäischen grundrechtecharta)*, Berlijn: Duncker & Humblot 2008.

**Cleynenbreugel 2013**

P. van Cleynenbreugel, *From shared competences to constitutional heteronomy. The institutional architecture of supranationally structured market supervision* (diss. KU Leuven), 2013.

**Coffee 1980-1981**

J. Coffee, 'No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalised Inquiry into the Problem of Corporate Punishment', *Michigan Law Review* 1980/1981-79.

**Corstens 1995**

G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

**Corstens & Schaffmeister 1984**

G.J.M. Corstens & D. Schaffmeister, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (preadviezen Nederlandse Juristenvereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

**Craig 2012**

P. Craig, *EU administrative law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

**Crijns 2010**

J.H. Crijns, 'Een terugtocht van de politie uit de openbare ruimte? Over de consequenties van de bestuurlijke strafbeschikking en de bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte voor de taak en de positie van de politie', *Strafblad* 2010-5.

**Crijns 2014**

J.H. Crijns, 'Op zoek naar consistentie – Bestrafing buiten de rechter om in strafrecht en bestuursrecht', *RM Themis* 2014-6.

**Daalder 2011**

E.J. Daalder, 'Interne onafhankelijkheid binnen de boezem over toezichthoudende organisaties', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011-3, 3.

**Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000**

E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul – De vaststelling van feiten in het bestuursrecht', *NTB* 2000-7.

**Damen 2000**

L.J.A. Damen, 'De bewijsfuik – Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', *Ars Aequi* 2000-49.

**Damen e.a. 2007**

L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.T. Marseille, A. Tollenaar, T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, 'Feitenvaststelling in beroep', in: Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Damen e.a. 2013**

L.J.A. Damen, H.E. Bröring, K.J. de Graaf, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, M.J. Schueler & H.B. Winter, *Bestuursrecht 1 en 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Dennis 2010**

I. Dennis, 'The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights', *Criminal Law Review* 2010.

**Van Dijk 1994**

P. van Dijk, 'Bendenoun binnen properties', *NJB* 1994.

**Van Dijk 2009**

P. van Dijk, 'Een effective remedy bij overschrijding van de redelijke termijn', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht – Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009.

**Van Dijk e.a. 2006**

P. van Dijk e.a. (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006.

**Doorenbos 2010**

D.R. Doorenbos, 'Strafrecht baat niet, schaadt wel', *M&M* 2010-5.

**Doorenbos 2013a**

D.R. Doorenbos, 'Het zwijgrecht van de rechtspersoon', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2013-5/6.

**Doorenbos 2013b**

D.R. Doorenbos, 'Tweede Kamer opgelet! Stiekeme uitholling van het zwijgrecht en overruling van de rechter', *NJB* 2013/1438, 24.

**Doorenbos 2013c**

D.R. Doorenbos, 'Een waardeloos zwijgrecht', *NJB* 2013-2064.

**Douglas-Scott 2011**

S. Douglas-Scott, 'The European Union and human rights after the Treaty of Lisbon', *Human Rights Law Review* 2011-11, 4.

**Drahos 2001**

M. Drahos, *Convergence of competition law and policies in the European Community* (diss. Utrecht), Den Haag: Kluwer Law International 2001.

**Dreissen & Nauta 2012**

W.H.B. Dreissen & O. Nauta, *Anonimiteit in het strafproces. De praktijk van de regeling beperkt anonieme getuige en de regeling bedreigd anonieme getuige in het strafproces*, Eindrapport WODC 2012-2114.

**Van Drumpt & Wijnakker 2012**

C.F. van Drumpt & C.P.J. Wijnakker, 'Kroniek jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', NJCM-Bulletin 2012.

**Dubelaar 2014**

M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs – Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden, UL), Deventer: Kluwer 2014.

**Duk 1973**

W. Duk, *Tanden van het recht – Oriënterende beschouwingen over sancties* (oratie Amsterdam, UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

**Dworkin 1986**

R. Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana Press 1986.

**Editorial Comments 2010**

Editorial Comments, 'Towards a more judicial approach? EU antitrust fines under the scrutiny of fundamental rights', *CML Rev* 2011-48.

**Ehlermann 2000**

C.D. Ehlermann, 'The modernization of EC competition policy: a legal and cultural revolution', *CML Rev* 2000.

**Ehlermann & Drijber 1996**

C.D. Ehlermann & D.J. Drijber, 'Legal Protection of enterprises: administrative procedures, in particular access to files and confidentiality', *ECLR* 1996-17.

**Ehlermann & Marquis 2010**

C.D. Ehlermann & M. Marquis (Eds.), *European Competition Law Annual 2009 – Evaluation of evidence and its judicial review in competition cases*, Oxford: Hart Publishing 2010.

**Elffers 2005**

H. Elffers, *De rationele regelovertreder*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005.

**Elkerbout & Wolbers 2012**

R. Elkerbout & W. Wolbers, 'Handhaving van het mededingingsrecht met toezeggingen', *NJB* 2012-1100, 19.

**Emberland 2006**

M. Emberland, *The human rights of companies – Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford: Oxford University Press 2006.

**Van Eijk 2011**

N. van Eijk, 'ACM onafhankelijk?', *Nederlands Juristenblad* 2011-44/45.

**Van der Eijnden 2011**

P.M. van der Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

**Van Emmerik, Loof & Schuurmans 2014**

M.L. van Emmerik, J.P. Loof & Y.E. Schuurmans, *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memoranda 2014-10, 2.

**Van Emmerik & Saris 2014**

M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: M.L. van Emmerik e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief* (VAR-preadvies), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

**Essens 2009**

O.F. Essens e.a. (red.), *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen: Europa Law Publishing 2009.

**Ettehoven & Ortlep 2012**

B.J. van Ettehoven & R Ortlep, 'Zelf in de zaak voorzien en schadevergoeding', *O&A* 2012.

**Fedorova 2012**

M.I. Fedorova, 'EHRM-eisen aan het getuigenverhoor', *Strafblad* 2012.

**Feinberg 1985**

R.M. Feinberg, 'The enforcement and effects of European competition policy: results of a survey of legal opinion', *Journal of Commom Market Studies* 1985-23, 4.

**Feteris 1993**

M.W.C. Feteris, *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1993.

**Feteris 1994**

M.W.C. Feteris, annotatie bij: EHRM 24 februari 1994, 3/1993/398/476, *FED* 1994-276.

**Feteris 2000**

M. Feteris, '50 jaar EVRM en het belastingrecht', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000* (Meijersreeks, MI 18), Leiden: Gouda Quint 2000.

**Fierstra 2013**

M.A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NTER* 2013-6.

**First, Fox & Hemli 2012**

H. First, E.M. Fox & D. Hemli, 'Procedural and institutional norms in antitrust enforcement: the US system' *New York University Law and Economics Working Papers* 2012-203.

**Fontein 2015**

C. Fontein, voordracht voor het Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 8 oktober 2015, te raadplegen op:  
<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14807/Speech-Chris-Fontein-Congres-Ontwikkelingen-Medingingsrecht-2015/> (laatst geraadpleegd op 3 januari 2016).

**Fontein & Barendrecht 2011**

C.A. Fontein & J.M. Barendrecht, 'Onafhankelijkheid van toezicht is wel/niet essentieel', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011-2, 3.

**Fonteijs & Janssen 2014**

C. Fonteijs & D. Janssen, 'A behavioural revolution? Toepassing van gedragseconomische inzichten bij ACM', *Tijdschrift voor Toezicht* 2014-3.

**Fonteijs & Ottow 2014**

C.A. Fonteijs & A.T. Ottow, 'Independence of competition authorities – independence in heart, mind and law', in: D. Arts (red.), *Mundi et Europae Civis: Liber Amicorum Jacques Steenbergen*, Brussels: Larcier 2014.

**Forrester 2009**

I. Forrester, 'Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures', *European Law Review* 2009-34.

**Forrester 2011a**

I. Forrester, 'A challenge of Europe's judges: the review of fines in competition cases', *European Law Review* 2011-2.

**Forrester 2011b**

I. Forrester, 'A bush in need of pruning: the luxuriant growth of light judicial review' in: C.D. Ehlermann & M. Marquis (Eds.), *European Competition Law Annual 2009: the evaluation of evidence and its judicial review in competition case*, Oxford: Hart Publishing 2011.

**Fountoukakos & Puech-Baron 2014**

K. Fountoukakos & C. Puech-Baron, 'What happens in Luxembourg stays in Luxembourg: Confidentiality issues in competition law proceedings before the EU Courts', *Journal of European Competition Law & Practice* 2014-5, 6.

**Fox & Trebilcock 2012**

E. Fox & M.J. Trebilcock, *The design of competition law institutions – global norms, local choices*, Oxford: Oxford University Press 2012.

**Franken 2004a**

F. Franken, 'Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen', *NJB* 2004.

**Franken 2004b**

A.A. Franken, 'Kennismaking van stukken: naar Straatsburg en weer terug', in: A.H. Klip e.a. (red.), *KriTies* (Prakken-bundel), Deventer: Kluwer 2004.

**Frese 2007**

M.J. Frese, 'Het toezeggingsbesluit: kenmerken van een nieuw handhavings-instrument', *M&M* 2007-2.

**Fritzsche 2010**

A. Fritzsche, 'Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law', *CML Rev.* 2010-47, 2.

**Fuchs & Hein 2014**

T. Fuchs & D.P. Hein, '67. Straffeloos sanctioneren: een keuze voor de weg van de minste juridische weerstand?', *Tijdschrift onderneming & strafrecht in praktijk* 2014-4.

**Galetta 2007**

D.U. Galetta, 'Inhalt und Bedeutung des Europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung', *EuR* 2007-1.

**Galligan 1996**

D.J. Galligan, *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, Oxford: Clarendon Press 1996.

**Gargantini 2015**

M. Gargantini, 'Public enforcement of market abuse bans. The ECtHR *Grande Stevens* decision', *Journal of Financial Regulation* 2015-1.

**Geradin & Petit 2011**

D. Geradin & N. Petit, 'Judicial review in European Union competition law: a quantitative and qualitative assessment', *TILEC discussion paper*, 2011-8.

**Gerards 2010**

J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? – Gezichtspunten voor toekomstige codificatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren – 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

**Gerards 2012**

J.H. Gerards, 'Beginselrecht "in de regel". De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Gerbrandy 2009**

A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht – De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Gerbrandy 2012**

A. Gerbrandy, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', in: M.A. Loth, G. de Groot, A. Gerbrandy & M.S. Groenhuijsen, *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2012.

**Geursen 2011**

W.W. Geursen, 'Tendens om alleen te toetsen aan het EU-Grondrechtenhandvest: opmaat voor een ruimere bescherming dan EVRM?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2011-8.

**Geursen & Hendriks 2008**

W.W. Geursen & J.A. Hendriks, 'Consultants en andere dienstverleners opgepast voor het Treuhand-arrest: een kartel faciliteren leidt ook tot beboeting', *Juridisch up to date* 2008-16.

**Giannakopoulos 2011**

T. K. Giannakopoulos, *Safeguarding companies' rights in competition and anti-dumping*, Alphen aan de Rijn: Kluwer International Law 2011.

**Gilardi 2002**

F. Gilardi, 'Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis', *Journal of European Public Policy* 2002-9, 6.

**Godissart 2012**

M.-A. Godissart, 'La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice', 48 *Cahiers de droit européen* 2012-3.

**Goisis 2014**

F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino: G. Giappichelli Editore 2014.

**Goss 2014**

R. Goss, *Criminal fair trial rights – Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2014.

**De Graaf 2004**

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**De Graaf, Marseille & Sietses 2015**

K.J. de Graaf, A.T. Marseille & D. Sietses, 'Overheid en aansprakelijkheid – De reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure', *O&A* 2015-3.

**Van de Gronden & Widdershoven 2002**

J.W. van de Gronden & R. Widdershoven (red.), *Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?*, Deventer: Kluwer 2002.

**Ham 1994**

A.D. Ham, 'Op weg naar een nieuwe Wet Economische Mededinging', *SEW* 1994-7.

**Hancher, Larouche & Lavrijssen 2004**

L. Hancher, P. Larouche & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Principles of good market governance', *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004-49, 2.

**Harding 2012**

C. Harding, 'Hard core cartel conduct as crime: the justification for criminalization in the European context', *New Journal of European Criminal Law* 2012-3.

**Harris e.a. 2009**

D. Harris e.a. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

**Harris e.a. 2014**

D. Harris e.a. (Eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.

**Hartmann 2005**

A.R. Hartmann, 'Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?', *Justitiële verkenningen* 2005-6.

**Hartmann 2011**

A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en 'into fuzzy law'*, Apeldoorn: Maklu 2011.

**Hartmann & De Meijer 1996**

A.R. Hartmann & M.E. de Meijer, 'De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautieverplichting bij de verdachte rechtspersoon', *NJB* 1996.



**Hartmann & Rogier 2004**

A. R. Hartmann & L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB* 2004.

**Hartmann & Van Russen Groen 1994**

A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, 'Bestuursstrafrecht', in: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Bestuursstrafrecht*, SI-EUR reeks nr. 3, Gouda Quint Arnhem, 1994.

**Hartmann & Van Russen Groen 1994**

A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, 'Criminal charge uitgekleeft? Bendenoun gerelativeerd', *NJB* 1994.

**Hartman & Van Russen Groen 1998**

A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam, EUR), Deventer: Gouda Quint 1998.

**Hauger & Palzer 2013**

N. Hauger & C. Palzer, 'Investigator, prosecutor, judge... and now plaintiff? The Leviathanian role of the European Commission in the light of fundamental rights', *World Competition Law & Economics Review* 2013-13, 4.

**Havinga, Klaassen & Neelis 2012**

T. Havinga, C. Klaassen & N. Neelis, *Specialisatie gewenst? De behoefte aan gespecialiseerde rechtspraak binnen het Nederlandse bedrijfsleven*, Research Memoranda Raad voor de rechtspraak 2012/2.

**Hazewindus & Jansen 1995**

W.G.A. Hazewindus & O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek. Bijdragen van het op 24 november 1994 te Amsterdam gehouden wetenschappelijk congres over de bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 1995.

**Heezik 2009**

M.C. van Heezik, 'Kartelverbod uitgebreid? Kartelondersteunende dienstverlener AC Treuhand beboet voor faciliteren kartel producenten organische peroxides', *NTER* 2009-2.

**Van der Heijden & Houtekamer 2015**

T. van der Heijden & C. Houtekamer, 'Kartelwaakhond ACM bijt te weinig', *NRC Handelsblad* 11 april 2015.

**Heldeweg 1993**

M. Heldeweg, *Normstelling en expertise, Waarborgen voor technische deskundigheid, in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1993.

**Hins & Voorhoof 2007**

A.W. Hins & D. Voorhoof, 'Access to state-held information as a fundamental right under the European Convention on Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2007-3.

**Hins 2013**

A.W. Hins, 'De toegang tot overheidsinformatie', in: M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum. Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2013.

**Hofmann & Mihaescu 2013**

H.C.H. Hofmann & B.C. Mihaescu, 'The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU law: good administration as the test case', *European Constitutional Law Review* 2013-9.

**Hofmann, Rowe & Türk 2011**

H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe & A. H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011.

**Hofmann, Schneider & Ziller 2014**

H.C. H. Hofmann, J-P Schneider & J. Ziller (red.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014, online te raadplegen via:  
[http://www.renewal.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/ReNEUAL-%20Model%20Rules-Compilation%20Books%20I\\_VI\\_2014-09-03.pdf](http://www.renewal.eu/publications/ReNEUAL%20Model%20Rules%202014/ReNEUAL-%20Model%20Rules-Compilation%20Books%20I_VI_2014-09-03.pdf) (laatst bekeken op 22 december 2015).

**Hofstetter 2008**

K. Hofstetter, 'EU cartel fining laws and policies in urgent need of reform', *GCP Antitrust Chronicle*, 2009-2.

**Den Houdijker 2006**

F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?' p. 9-54, in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël, J.A.M.A. Sluysmans (red.), *Bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Den Houdijker 2007**

F.M.J. den Houdijker, 'Differentiatie in beschermingsniveau artikel 6 EVRM', *NJCM bulletin* 2007-2.

**Den Houdijker & Schuurmans 2015**

F.M.J. den Houdijker, 'Geheim bewijs in een doeltreffende voorziening in rechte', *JBplus* 2015-17, 3.

**Hulsman 1965**

L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1965.

**Hulsman 1972**

L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: E. André de La Porte (red.), *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: In den Toren 1972.

**Inghelram 2015**

J. Inghelram, 'Het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) – Actuele juridische uitdagingen', *SEW* 2015-5.

**Jaeger 2011**

M. Jaeger, 'The standard of review in competition cases involving complex economic assessments: towards the marginalisation of the marginal review?' *Journal of European Competition Law & Practice* 2011-2, 4.

**Jackson 2005**

J. Jackson, 'The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment', *MLR* 2005-68.

**Jacobs 1999**

F.G. Jacobs, 'The right to a fair trial in European Law', *European Human Rights Law Review* 1999.

**Jacobs & White 2006**

C. Jacobs & R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2006.

**Jans e.a. 2002**

J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

**Jans e.a. 2007**

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

**Jans & Outhuijse 2013**

J.H. Jans & A. Outhuijse, 'De afschaffing van de bezwaarfase bij boetebesluiten van de ACM', *SEW* 2013-1.

**Jans, Prechal & Widdershoven 2011**

J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2011.

**Jans & Outhuise 2013**

J.H. Jans & A. Outhuijse, 'Advisory objection procedures in the Netherlands: a case study on their usefulness in Dutch competition law', in: S. Comtois & K.J. van Graaf (red.), *On judicial and quasi-judicial independence*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Jansen 2009**

A.M.L. Jansen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn', *O&A* 2009.

**Jansen 1999**

O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking*. (diss. Amsterdam, UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

**Jansen 2012**

O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestuurlijk en justitieel bestraffen in Nederland – Op zoek naar (nog) meer eenheid', in: R.C. van Houten (red.), *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete* (Kenniscentrum economisch strafrecht), Arnhem/Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

**Jansen 2013**

O.J.D.M.L. Jansen, 'De zelfstandige last en de bindende aanwijzing', in: D. Doorenbos (red.), *Onderneming en sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

**Jestaedt 1994**

T. Jestaedt, 'The right to remain silent in EC Competition Procedure', in: *Rights of defence and rights of the European Commission in EC Competition Law*, Brussel: Bruylant 1994.

**De Jong 2014**

J.T. de Jong, 'Laat de AFM schikken', *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance*, 2014-2/3.

**Joshua 1991**

J.M. Joshua, 'The right to be heard in EEC Competition Procedures', *FILJ* 1991.

**Kanska 2004**

K. Kanska, 'Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights', *European Law Journal* 2004-10, 3.

**Kerse 1998**

C.S. Kerse, *EC Antitrust Procedure*, London: Sweet and Maxwell 1998.

**Kessler & Keulen 2010**

M. Kessler & B.F. Keulen, *De strafbeschikking*, Deventer: Kluwer 2008.

A.R. Hartmann, 'De bestuurlijke strafbeschikking: panacee voor de gemeentelijke handhaving?', *Sancties* 2010.

**Kist 2001**

A.W. Kist, 'De NMa in haar vierde jaar', *M&M* 2001-1.

**Klap 2012**

A.P. Klap, 'Boeteoplegging in het economisch bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012-9.

**Klayman 1995**

J. Klayman 'Varieties of confirmation bias', in J. Busemeyer, R. Hastie & D.L. Medin (red.), *Decision making from a cognitive perspective*, Cambridge: Academic Press 1995.

**Knigge 2000**

G. Knigge, 'De verkalking voorbij – Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000-3.

**Knoop-Rutten & Strijker-Reintje 2012**

G. Knoop-Rutten & J. Strijker-Reintje, 'Schoon schip in de bouw: NMa blikt terug', *Tijdschrift voor Strafrecht & Compliance*, 2012-3.

**Koenraad & Sanders 2006**

L.M. Koenraad & K.H. Sanders, *Besluiten op bezwaar*, Deventer: Kluwer 2006.

**Kohlen 2013**

J. Kohlen, 'Project 15 – Samenvoeging NMa, OPTA en CA en de stroomlijning der bevoegdheden', *Mediaforum* 2013-9.

**Kohlen & Kuipers 2014**

J. Kohlen & P. Kuipers, 'Stroomlijningwet – nieuwe bevoegdheden voor de reeds samengevoegde autoriteiten in ACM', *M&M* 2014-4.

**Kooijmans 2013**

T. Kooijmans, 'Ondervraag of niet, that's the question', *AA* 2013-2.

**Korsten 2008**

L.E.J. Korsten, 'College van Beroep voor het bedrijfsleven stelt prejudiciële vragen in mobiele operators; Anic-revisited', *M&M* 2008-3.

**Korsten 2013**

L.E.J. Korsten, 'Zwijgrecht ex-werknemer versus medewerkingsplicht', *Bb* 2013-10.

**Korsten & Van Wanroij 2005**

L.E.J. Korsten & M. van Wanroij, 'Wijziging van de Mededingingswet wegens het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan', *Bb* 2005.

**Korsten & Van Wanroij 2008**

L.E.J. Korsten & M. van Wanroij, *Nederlands Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

**Kowalik-Bánczyk 2012**

K. Kowalik-Bánczyk, 'Procedural autonomy of Member States and the EU rights of defence in antitrust proceedings', *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2012-5, 6.

**Kranenburg 2007**

H.R. Kranenburg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie: over de openbaarheid van persoonsgegevens* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

**Kristjánsdóttir 2013**

M.V. Kristjánsdóttir, 'Good administration as a fundamental right', *Icelandic Review of Politics and Administration* 2013-9, 1.

**Kroes 2009**

Neelie Kroes, 'Tackling cartels – a never ending task', SPEECH/09/454, Panel session Brasilia, 8 oktober 2009.

**Kuijer 2004**

M. Kuijer, *The blindfold of lady justice – Judicial independence and impartiality in light of the requirements of article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

**Kuijer 2010**

M. Kuijer, 'Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Hét verjaardagscadeau voor een 60-jarig EVRM of een vreemde gast op het partijtje?', *NJCM-Bulletin* 2010-7.

**Kuipers 1996**

A.J. Kuipers, 'Het recht op full jurisdiction', in: R.L. Vucsan (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?* (Damen-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

**Kwakman 2006**

N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006.

**Laguna de Paz 2014**

J.C. Laguna de Paz, 'Understanding the limits of judicial review in European Competition Law', *Journal of Antitrust Enforcement* 2014-2, 1.

**Laina & Laurinen 2013**

F. Laina & E. Laurinen, 'The EU cartel settlement procedure: current status and challenges', *Journal of European Competition Law & Practice* 2013.

**Vande Lanotte & Haeck 2004**

J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM – Deel 2 Artikelsgewijze Commenaar*, Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2004.

**Vande Lanotte & Haeck 2005**

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM deel 1 - Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

**Lasok 1990**

K.P.E. Lasok, 'The privilege against self-incrimination in competition cases', *ECLR* 1990-11.

**Lavrijssen 2004**

S.A.C.M. Lavrijssen, 'De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging', *SEW* 2004-1.

**Lavrijssen 2009**

S. Lavrijssen, 'More intensive judicial review in competition law and economic regulation in the Netherlands – Vice or Virtue?', in: O. Essens, A. Gerbrandy & S. Lavrijssen (red.), *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation* Groningen: Europa Law Publishing 2009.

**Lavrijssen 2013**

S.A.C.M. Lavrijssen, 'Waakhond of schoothond' (column 6 juni 2013, <http://www.energieactueel.nl/column-waakhond-of-schoothond/>).

**Lavrijssen 2015**

S. Lavrijssen, 'Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief', *RegelMaat* 2015-3.

**Lavrijssen & Nauta 2010**

S.A.C.M. Lavrijssen & T. Nauta 'De Europeanisering van het toezicht op de energiesector', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010-9.

**Lawson 1999**

R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen – Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

**Leeflang & Mortelmans 1999**

F.J. Leeflang & K.J.M. Mortelmans, 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 1998', *Markt & Mededinging* 1999-2.

**Van Leerdam 2001**

J. van Leerdam, 'Bij verzelfstandiging past rechtspersoonlijkheid voor de NMa', *M&M* 2001-6.

**Leeuw 2013**

B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces – Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet*, Oisterwijk: Wolf Productions 2013.

**Leeuw & Mevis 2011**

B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, 'Grondwettelijk recht op een eerlijk proces: goede aanzet, maar ook gemiste kansen', *TvCR* 2011.

**Van Leeuwen 2006**

E. van Leeuwen, 'De bindende aanwijzing tussen handhaving en regulering', *NTE* 2006-4.

**Lenaerts 2012**

K. Lenaerts, 'Exploring the limits of the EU Charter of fundamental rights', *European Constitutional Law Review* 2012-8, 3.

**Lenaerts 2013**

K. Lenaerts, 'Due process in competition cases', *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2013-1, 5.

**Lenaerts & Vanhamme 1997**

K. Lenaerts & J. Vanhamme, 'Procedural rights of private parties in the community administrative process', *CML Rev.* 1997-34, 3.

**Lenaerts, Maeslis & Gutman 2014**

K. Lenaerts, I. Maeslis & K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

**Lenos 1998**

E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Vermande 1998.

**Van Lent 2012**

L. van Lent, 'Rechtspraak EHRM', *DD* 2012.

**Leskinen 2010**

C. Leskinen, 'An evaluation of the rights of defence during antitrust inspections in the light of the case-law of the ECtHR: would the accession of the European Union to the ECHR bring about a significant change?', *Working Paper IE Law School* 2010, AJ8-164-1.

**Lind e.a. 1998**

E.A. Lind e.a., 'The social construction of injustice: fairness judgments in response to own and others' unfair treatment by authorities', *Organisational Behavior and Human Decision Process* 1998-75, 1.

**Linssen 1981**

G.J. Linssen, 'De verhouding tussen het formele en het informele kartelbeleid in Nederland en de plaats van de Commissie economische mededinging', *TVVS* 1981.

**MacCulloch 2006**

A.D. MacCulloch, 'The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications' *Legal Studies* 2006-26.

**MacGregor & Gecic 2012**

A. MacGregor & B. Gecic, 'Due process in EU competition law cases following the introduction of the new best practices guidelines on antitrust proceedings', *Journal of European Competition Law & Practice* 2012-3, 5.

**Maffei 2006**

S. Maffei, *The European right to confrontation in criminal proceedings – Absent, anonymous and vulnerable witnesses*, Groningen: European Law Publishing 2006.



**Marseille 2004**

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**Marseille 2010**

A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen 2010.

**Van der Meer Mohr-Soons 1996**

M.H.A. van der Meer Mohr-Soons, *Wet Economische Mededinging* (Nederlandse Staatswetten, Editie Schuurman & Jordens, nr. 12), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Meij 2009**

A. Meij, 'Judicial review in the EC courts: Tetra Laval and beyond', in: O. Essens, A. Gerbrandy en S.A.C.M. Lavrijssen (Eds.), *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Europa Law Publishing 2009.

**Meij 1974**

P.P.J. Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, NJB 1974.

**Meij 2010**

P.P.J. Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek: een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging*, Deventer: Kluwer 2010.

**Mein 2015**

A.G. Mein, 'De boete uit balans', *FR* 2015-7/8.

**Mendes 2009**

J. Mendes, 'Good administration in EU law and the European code of good administrative behaviour', *EUI Working Papers* 2009-09.

**Mendes 2011**

M.J. Mendes, *Participation in European Union rulemaking*, Oxford: Oxford University Press 2011.

**Van der Meulen 2003**

B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten, aanzet tot een interne rechtsvergelijking', in: B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Van der Meulen & Van Oers 2002**

B.M.J. van der Meulen & M.T.P.J. van Oers, 'Het NMa-clementiebeleid: *Leniency* in Nederland', *M&M* 2002-5/6.

**Meyer-Ladewig 2003**

J. Meyer-Ladewig, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.

**Michiels 1995**

E.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling* (preadviezen VAR), Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995.

**Michiels & Muller 2006**

F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving – Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Kluwer: Deventer 2006.

**Michiels & De Waard 2007**

F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Modrall & Patell 2010**

J. Modrall & R. Patell, 'Oral hearings and the best practices guidelines', *CPI Antitrust Journal* 2010-1.

**Mok 1978**

M.R. Mok, '20 jaar WEM', *SEW* 1978-11.

**Mok 1994**

M.R. Mok, 'Voortgaande verscherping nationaal kartelbeleid in Nederland; twee nieuwe generieke maatregelen', *SEW* 1994-7/8.

**Mok 1996**

M.R. Mok, 'Het voorstel-Mededingingswet', *TVVS* 1996-6.

**Mok 2004**

M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland – De Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004.

**Mok 2008**

M.R. Mok, 'Mededingingswet weer gewijzigd', *SEW* 2008.

**De Mol 2012**

M. de Mol, 'Het toepassingsgebied van Unierechtelijke grondrechten en het beginsel van de allocatie van bevoegdheden', *Maastricht Working Papers Faculty of Law* 2012.

**Mollen & Klein 2015**

E.K.S. Mollen & R. Klein, 'Daderschap en deelneming in rechtspraak ACM-besluiten', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming*, 2015-2/3.

**Mols 2003**

G.P.M.F. Mols, *Getuigen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003.

**Monti 2014**

G. Monti, 'Independence, Interdependence & Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network', *EUI Working Papers* 2014/01.

**De Moor-van Vugt**

A. De Moor-van Vugt, 'The ghost of the 'criminal charge': the EU rights of the defence in Dutch administrative law', *Review of European Administrative Law* 2012-5, 2.

**Morijn 2013**

J. Morijn, Annotatie onder HvJ EU 26 februari 2013, *EHRC* 2013/112.

**Morijn, Pahladsingh & Palm 2015**

J. Morijn, A. Pahladsingh & H. Palm, 'Vijf jaar bindend Handvest van de Grondrechten: wat heeft het de rechtzoekende opgeleverd?', *NTER* 2015-4.

**Mulder 1963**

A. Mulder, 'Een nieuwe indeling van strafbare feiten?', *TvS* 1963.

**Myjer 1996**

E. Myjer, 'De dealer en zijn ongehoorde klanten', *NJCM-Bulletin* 1996/21.

**Nagin 1998**

D.S. Nagin, 'Criminal deterrence at the onset of the twenty-first century', in: M. Tonry (red.), *Crime and justice: A review of research*, University of Chicago Press 1998.

**Nazzini 2012**

R. Nazzini, 'Administrative enforcement, judicial review and fundamental rights in EU competition law: a comparative contextual-functionalist perspective', *CML Rev.* 2012-49.

**Nehl 1999**

H.P. Nehl, *Principles of administrative procedure in EC law*, Oxford: Hart Publishing 1999.

**Nehl 2000**

H.P. Nehl, 'Changes in legislation: constitutional reforms and the role of the administrator', in: University of Cambridge – Center for European Legal Studies (red.), *The modernization of European Competition Law: The next ten years*, CELS Occasional Paper 2000-4.

**Nehl 2009**

H.-P. Nehl, 'Good administration as procedural right and/or principle?', in: H.C.H. Hofmann & A.H. Türk (Eds.), *Legal challenges in EU administration Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2009.

**Nehl 2014**

H.P. Nehl, 'Article 48 (Administrative Law)', in: S. Peers & T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2014.

**Nicolaï 1990**

P. Nicolaï, *Algemene Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1990.

**Nicolaï 2009**

P. Nicolaï, 'Terugwerkende kracht salarisverlaging – Ontstaan en ontwikkelingen algemene beginselen van behoorlijk bestuur', in: T. Barkhuyen, J. Polak & B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek: standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2009.

**Nieto-Garrido & Delgado 2007**

E. Nieto-Garrido & I.M. Delgado, *European administrative law in the Constitutional Treaty (Modern studies in European Law)*, Oxford Hart Publishing 2007.

**OECD 2002**

OECD, *Report on the nature and impact of hardcore cartels and sanctions against hardcore cartels under national competition laws*, DAF/COMP 2002-7.

**OECD 2004**

OECD, *Cartels: sanctions against individuals*, DAF/COMP 2004-39.

**Ölçer 2014a**

F.P. Ölçer, annotaties bij: EHRM 24 september 2013, 46090/10 (*Sardón Alvira t. Spanje*); EHRM 3 oktober 2013, 21613/07 (*Kasparov e.a. t. Rusland*), EHRC 2014-1.

**Ölçer 2014b**

F.P. Ölçer, 'Waarheidsvinding in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *Strafblad* 2014-6.

**Ölçer 2014c**

P.N. Ölçer, '(Non)proliferatie van het eerlijk procesrecht – *Natsolishvilli en Togonidze t. Georgië*, waarin de rek eruit was', in: N.M. Blokker, S.C.G. van den Bogaert, N.R. Koffeman, M.L.P. Loenen & F.P. Ölçer, *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

**Van den Oosterkamp 1995**

J.S. van den Oosterkamp, 'Een nieuwe mededingingswet: de adviezen van de Sociaal-Economische Raad en de Commissie economische mededinging', *SEW* 1995-5.

**Ortiz Blanco 2011**

L. Ortiz Blanco, 'Standards of proof and personal conviction in EU antitrust and merger control procedures', in: C.D. Ehlermann & M. Marquis (Eds.), *European Competition Law Annual 2009 – The Evaluation of evidence and its judicial Review in Competition Cases*, Oxford: Hart Publishing 2011.

**Ottervanger 2009**

T.R. Ottervanger, 'Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?', *M&M* 2009-5.

**Ottervanger 2010**

T.R. Ottervanger, 'Maatschappelijk verantwoord concurreren. Mededingingsrecht in een veranderende wereld' (oratie Leiden), *M&M* 2010-3.

**Ottervanger & Nijhuis 1994**

T.R. Ottervanger & M.T. Nijhuis, 'Wijziging Wet economische mededinging ter vergroting van de effectiviteit', *SEW* 1994-7/8.

**Otto, De Meijer & De Doelder 1999**

D. Otto, M.E. de Meijer & H. de Doelder, *De bestuurlijke boete in perspectief*, Gouda: Quint 1999.

**Ottow 1999**

A.T. Ottow, 'De obstakels voor het indienen van een klacht bij de NMa', *Markt & Mededinging* 1999-1.

**Ottow 2010**

A.T. Ottow, 'Boeteberichten', *M&M* 2010-4.

**Ottow 2013**

A. Ottow, 'The different levels of protection of national supervisors' independence in the European landscape', in: S. Comtois & K. de Graaf, *On judicial and quasi-judicial independence*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Ottow 2015**

A. T. Ottow, *Markt & Competition Authorities – Good agency principles*, Oxford: Oxford University Press 2015.

**Ottow & Lavrijssen 2011**

A.T. Ottow & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders', *TvT* 2011-3.

**Outhuijse & J. Jans 2014**

A. Outhuijse & J. Jans, 'Eerstelijns rechterlijk toezicht op boetebesluiten van de ACM', in: *Ridderorde: Liber Amicorum Ko de Ridder*, Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2014.

**Overduin 2011**

A.C. Overduin, 'De waarde van getuigenbewijs in het bestuursprocesrecht', *JB-plus* 2011.

**Ovey & White 2006**

C. Ovey & R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2006.

**Parker 2006**

C. Parker, 'The "compliance" trap: the moral message in responsive regulatory enforcement', *Law & Society Review* 2006-40, 3.

**Parker 2011**

C. Parker 'Criminal cartel sanctions and compliance: the gap between rhetoric and reality', in: C. Beaton-Wells & A. Ezrachi, *Criminalising cartels – critical studies of an international regulatory movement*, Oxford/Portland, Hart Publishing 2011.

**Pech 2014**

L. Pech, 'Commentary on Article 47 (2)', in: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2014.

**Peci e.a. 2016**

I. Peci e.a., *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

**Perroud 2008**

T. Perroud, 'The impact of Article 6(1) ECHR on competition law enforcement: A comparison between France and the United Kingdom', *Global Antitrust Review* 2008-1.

**Pijnacker Hordijk 2011**

E.H. Pijnacker Hordijk, 'Op weg naar de nieuwe marktautoriteit', *M&M* 2011-4.

**Van der Pligt e.a. 2007**

J. van der Pligt e.a., *Bestrafen, belonen en beïnvloeden. Een gedragswetenschappelijk perspectief op handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Van der Poel 1952**

J. van der Poel, 'De tweedeling in misdrijven en overtredingen in het strafwetboek. Opzet, schuld en contraventie', *TvS* 1952.

**Polak 2004**

J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**Pompe 1952**

W.J.P. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1952.

**De Poorter 2000**

J.C.A. de Poorter, 'De belanghebbende in het mededingingsrecht', *M&M* 2000-1.

**De Poorter 2001**

J.C.A. de Poorter, 'Annotatie bij de postbussen-zaak', *M&M* 2001-8.

**De Poorter & Visser 2008**

J.C.A. de Poorter & M.M. Visser, 'Het belanghebbende begrip in beweging. Over recente ontwikkelingen in de jurisprudentie rond de uitleg van het begrip belanghebbende', *Gst.* 2008, 7288.

**De Poorter & Pahladsingh 2010**

J.C.A. de Poorter en A. Pahladsingh, 'Rechtsvorming rond de redelijke termijn', *JBplus* 2010.

**Posner 2002**

R.A. Posner, 'Legal Scholarship Today', *Harvard Law Review* 2002.

**Posner 2008**

R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2008.

**Poustie 2001**

M. Poustie, 'The rule of law or the rule of lawyers? Alconbury, Article 6 (1) and the role of courts in administrative decision-making', *European Human Rights Law Review* 2001-6.

**Prechal & Widdershoven 2011**

S. Prechal & R. Widdershoven, 'Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness and effective judicial protection', *Review of European Administrative Law* 2011-4, 2.

**Prompers 2014**

A.S.M.L. Prompers, 'Het EVRM en bestuursrechtelijke handhaving door ACM (voorheen NMa), in: J.K. Slujs, A.M. de Koning & C. Peterse (red.), *Mensenrechten en toezichthouders*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014.

**Rabinovici 2012**

I. Rabinovici, 'The right to be heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union', *European Public Law* 2012-18.

**Rainey, Wicks & Ovey 2014**

B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.

**Rawls 1971**

J. Rawls, *A theory of justice*, Harvard University Press 1971.

**De Rijke 2001**

M. de Rijke, 'De bindende aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder', *M&M* 2001-6.

**Van Rijn van Alkemade 2011**

J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

**Riley 2000**

A. Riley, 'Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law', *ELR* 2000-21.

**Riley 2010**

A. Riley, 'The Modernization of EU Anti-Cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?', CEPS Special Report 2010.

**Riphagen 1994**

J. Riphagen, *Sancties in de sociale zekerheid: bestuursstrafrecht of strafrechtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

**Rogier 1992**

L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una-via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

**De Rooij 2014**

J.J.J. de Rooij, 'Bestuursrechtelijke boetes en het EVRM – Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht 2014', *Agr.r.* 2014-3.

**Van Rooy 1992**

Y.C.M.T. van Rooy, 'Het einde van het kartelparadijs', *Economische Statistische Berichten* 1992-3578.

**Rosas 2012**

A. Rosas, 'When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at a national level?', *Jurisprudencia* 2012-19.

**Rosas 2014**

A. Rosas, 'Oral hearings before the European Court of Justice', *Maastricht Journal* 2014-4.

**Van Russen Groen 1998**

P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1998.

**Sakkers 2008**

E. Sakkers, 'Rechtshandhaving van het kartelverbod door de NMa en door de Europese Commissie: zoek de verschillen', in: P. Kalbfleisch, J. van Sinderen, A. van den Ende, M. van Oers & P.A.G. van Bergeijk (red.), *Trust en antitrust – Beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa*, Den Haag: NMa 2008.

**Samkalden 2000**

D. Samkalden, 'Handhaving Mededingingswet', in: P.J. Slot & R.A. Swaak, *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer: Kluwer 2000.

**Sánchez 2015**

P. Sánchez, PPT-presentatie gehouden op een internationale conference over kartels georganiseerd door de Instituto Universitario de Estudios Europeas van de Universiteit San Pablo. De PPT-presentatie is online beschikbaar via <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Investigacion/Cartls/Leniency%20%E2%80%93%20Dutch%20experience.pdf> (geraadpleegd op 29 juli 2015).

**Sanders 2012**

T.N. Sanders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete', *M&M* 2012-3.

**Schäfers & Houdijk 2012**

T. Schäfers & J. Houdijk, 'The Netherlands' new authority for consumers and markets: towards a problem-based approach', *World Competition* 2012-35, 4.



**Schillemans & Zois 2013**

C.E. Schillemans & C.E.E. Zois, 'Remedies in concentratie- en antitrustzaken: convergentietrend?', *M&M* 2013-3.

**Schinkel 2013**

M.P. Schinkel, 'Gevraagd: autoriteit met rechtspersoonlijkheid', *M&M* 2013-1.

**Schlössels 2010**

R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?', *Ars Aequi* 2010.

**Schlössels 2013**

R. Schlössels, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Scholten 1974**

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

**Van der Schoot 2009**

K.P.H. van der Schoot, 'Arrest-Sorporé: enige nuanceringen', *WFR* 2009-1432.

**Schouten & De Moor-Van Vugt 2015**

L.M. Schouten & A.J.C. de Moor-van Vugt, 'De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument & Markt', *SEW* 2015-2.

**Schreuder-Vlasblom 2011**

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011.

**Schueler & Ettekoven 2013**

B.J. Schueler & B.J. van Ettekoven, 'De "losse eindjes" van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013-34.

**Schuurmans 2005**

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht – Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 2005.

**Schuurmans 2007**

Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007.

**Schuurmans & Verburg 2012**

Y.E. Schuurmans & D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012.

**Schwarze 2006**

J. Schwarze, *European administrative law*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.

**Schwarze 2012**

J. Schwarze, *European administrative law in the light of the treaty of Lisbon*, *European Public Law* 2012-18, 2.

**Schweitzer 2011**

H. Schweitzer, 'The European competition law enforcement system and the evolution of judicial review' in: C.D. Ehlermann & M. Marquis (Eds.), *European Competition Law Annual 2009: the evaluation of evidence and its judicial review in competition cases*, Oxford: Hart Publishing 2011.

**Schweitzer 2013**

H. Schweitzer, 'Judicial review in EU competition law', in: I. Lianos & D. Geradin, *Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013.

**Scordamaglia-Tousis 2009**

A. Scordamaglia, 'The new Commission settlement procedure for cartels: a critical assessment', *Global Antitrust Review* 2009.

**Scordamaglia-Tousis 2013**

A. Scordamaglia-Tousis, *EU Cartel Enforcement. Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2013.

**Seckelmann 2013**

M. Seckelmann, 'Clotted history and chemical reactions – on the possibility of constitutional transfer', in: G. Frankenberg (Ed.), *Order from transfer – Comparative constitutional design and legal culture*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013.

**Sibony 2011**

A.-L. Sibony, 'Case C-272/09 P, KME Germany and others v. Commission, Judgment of the Court of Justice (Second Chamber) of 8 December 2011', *CML Rev.* 2012/49, 6.

**Sibony 2012**

A.L. Sibony, 'Case C-272/09 P, KME Germany and others v. Commission, Judgment of the Court of Justice (Second Chamber) of 8 December 2011', *CML Rev.* 2012-49, 6.

**Sillen 2014**

J.J.J. Sillen, 'Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet', *RM Themis* 2014-1.

**Simon 2003**

H.J. Simon, 'Het EVRM en de bestuurlijke besluitvorming – delen 1 en 2', *JBplus* 2003.

**Simpson 2002**

S.S. Simpson, *Corporate crime, law and social control*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

**Siragusa & Rizza 2013**

M. Siragusa & C. Rizza, 'Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze *Menarini*, *KME* e *Posten Norge*', *Giur. Comm.* 2013.

**Slater 2008**

D. Slater, S. Thomas & D. Waelbroeck, 'Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?', *GCLC Working Paper* 2008/4.

**Slater & Waelbroeck 2012**

D. Slater & D. Waelbroeck, ‘“Marginal review” by the European Court of Justice in competition cases and its compatibility with fundamental rights’, in: M. Merola & J. Derenne (Eds.), *The role of the Court of Justice of the European Union in competition law cases*, Brussel: Bruylant 2012.

**Slater, Thomas & Waelbroeck 2008**

D. Slater, S. Thomas & D. Waelbroeck, ‘Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform’, *GCLC Working paper* 2004-08.

**Slater, Thomas & Waelbroeck 2009**

D. Slater, S. Thomas & D. Waelbroeck, ‘Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?’, *European Competition Journal* 2009-5, 1.

**Slotboom 1996**

M.M. Slotboom, ‘Ten dienste van de mededinging? Procedurele aspecten van het voorstel-Mededingingswet’, *SEW* 1996-6.

**Slotboom 2001**

M.M. Slotboom, ‘De bescherming tegen zelfbeschuldiging in het Nederlandse mededingingsrecht: te beperking in het licht van artikel 6 EVRM’, in: O.J.D.M.L. Jansen, R.J.G.M. Widdershoven & B.M.J. van der Meulen (red.), *Handhaving van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001.

**Slotboom 2013**

M.M. Slotboom, ‘Sancties voor leidinggevend in het Nederlandse mededingingsrecht’, *M&M* 2013-4.

**Smith 2009**

C.E. Smith, ‘Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2009-38.

**Smits 2009**

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap: over aard, method en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Solum 2004**

L.R. Solum, ‘Procedural Justice’, *Southern California Law Review* 2004.

**Spencer 2008**

J.R. Spencer, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Oxford: Hart Publishing 2008.

**Spronken 2000**

T. Spronken, annotatie bij: EHRM 16 februari 2000, 29777/96, EHRC 2000/32 (*Fitt t. Verenigd Koninkrijk*).

**Spronken 2012**

T. Spronken, annotatie bij: EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, EHRC 2012/56 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

**Spronken & Schalken 2012**

T. Spronken & T.M. Schalken, annotatie bij: EHRM 10 juli 2012, NJ 2012/649 (*Vidgen t. Nederland*).

**Stijnen 2011**

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht: een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

**Stijnen 2012**

R. Stijnen, 'Menarini en KME: Marginale of volle toetsing van mededingingsboetes door de rechter?', *NTER* 2012-4.

**Stijnen 2014a**

R. Stijnen, 'Het huisbezoek en de vordering van informatie: adequate rechtsbescherming door de strafrechter, de bestuursrechter en de burgerlijke rechter?', *JBplus* 2014.

**Stijnen 2014b**

R. Stijnen, 'Saunders en J.B. r[e]visited. Wat te doen met onder druk verkregen wilsafhankelijk bewijsmateriaal', *Sanctierecht & Compliance* 2014.

**Stijnen 2014c**

R. Stijnen, 'Een vergelijking tussen de rol van de straf- en bestuursrechter bij boeteoplegging', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2014-2/3.

**Swaak & Mennema 2015**

C. Swaak & J. Mennema, 'Het natuurazijnkartel: beboeting van "feitelijk leidinggevend" en vereenvoudigde afdoening – ACM-besluiten inzake Carl Kühne KG en Burg B.V. d.d. 25 juni 2015', *M&M* 2015-6.

**Tak 2014**

A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse Bestuursprocesrecht in theorie en praktijk – Boeken 2 en 3*, Oisterwijk: Wolf Productions 2014.

**Temple Lang 1999**

J. Temple Lang, 'Decentralised application of community competition law', *World Competition* 1999.

**Temple Lang 2012**

J. Temple Lang, 'Judicial review of competition decisions under the European Convention on Human Rights and the importance of the EFTA Courts: The Norway Post Judgment', *European Law Review* 2012-37.

**Thibaut & Walker 1975**

J. Thibaut & L. Walker, *Procedural justice: a psychological analysis*, Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates 1975.

**Thibaut & Walker 1978**

J. Thibaut & L. Walker, 'A theory of procedure', *California Law Review* 1978/66.

**Trechsel 2006**

S. Trechsel, *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2006.

**Tridimas 2006**

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

**Turno & Zwalocka-Turno 2012**

B. Turno & A. Zwalocka-Turno, 'Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EU competition law after the Lisbon Treaty – Is it time for a substantial change?', *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2012-5, 6.

**Tweel 2001**

R.J.M. van den Tweel, 'Vindt de consument gehoor bij de NMa?', *SEW* 2001.

**Tyler 1990**

T.R. Tyler, *Why people obey the law*, New Haven CT: Yale University Press 1990.

**Bij de Vaate 2012**

D.M.A. bij de Vaate, 'De ontbindingsprocedure: rechtsmiddelenverbod en bewijsrecht', *ArA* 2012-3.

**Varju 2014**

M. Varju, *European Union Human Rights Law – The Dynamics of Interpretation and Context*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2014.

**Ten Veen 2011**

A. ten Veen en A. Collignon, 'De talmende bestuursrechter; verleden, heden en toekomst', *O&A* 2011/2.

**Veenbrink 2015**

J.M. Veenbrink, 'Het Handvest en de bescherming van nationale fundamentele rechten: een analyse in het licht van het Europees mededingingsrecht', *SEW* 2015-3.

**Veeneman e.a. 2010**

W. Veeneman e.a., *Evaluatie van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)*, Eindrapport, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2010.

**Vegter & Maandag 2015**

J.G. Vegter & P.I.W.R. Maandag, 'Regelgeving en beleid door onafhankelijke toezichthouders: de praktijk van ACM', *RegelMaat* 2015-3.

**Veldhuis & Veldhuis 2015**

R.W. Veldhuis & W.J. Veldhuis, 'Column: Liever verdachte dan overtreder?', *Tijdschrift voor sanctierecht & onderneming* 2016-2/3.

**Verburg 2010**

D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

**Verhey & Verheij 2005**

L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, in: A.A. Rossum, L.F.M. Verhey, N. Verheij (red.), *Toezicht, Volume 135 van Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, Deventer: Kluwer, 2005.

**VerLoren van Themaat & Ottervanger 1992**

P. VerLoren van Themaat & T.R. Ottervanger, 'Concentraties en joint ventures in het mededingingsrecht' (preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

**VerLoren van Themaat 1996**

I.W. VerLoren van Themaat, 'De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: te ingewikkeld?', *SER* 1996-5.

**VerLoren van Themaat 1998**

P. VerLoren van Themaat, 'Nieuw leven in de Wet Economische Mededinging of terug naar de Abtsweg?', *SEW* 1988-2.

**VerLoren van Themaat 2004**

I.W. VerLoren van Themaat, 'De toepassing van het kartelverbod door de NMa in 2003', *M&M* 2004-33.

**Vermeij & Van Zijl 2011**

M.J.N. Vermeij & R.E. van Zijl, annotatie bij: EHRM 30 juni 2011, 25041/07, EHRC 2011-135 (*Messier t. Frankrijk*).

**Vesterdorf 2004**

B. Vesterdorf, 'Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EC law: recent development and current issues', *Fordham International Law Journal* 2004-28, 4.

**Viering 1994a**

M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Nijmegen, KUN), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

**Viering 1994b**

M.L.W.M. Viering, 'Het arrest Bendenoun: een stap terug?', *NJB* 1994.

**Vinken & Van Joolingen 2011**

S.M.M.C. Vinken & M.J. van Joolingen, 'De redelijke termijn in het mededingingsrecht – Nog altijd redelijk?', *M&M*, 2011- 6.

**Vitkauskas & Dikov 2012**

D. Vitkauskas & G. Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights* (Council of Europe human rights handbooks), Strasbourg: 2012.

**Vogel 2012**

L. Vogel, *French Competition Law*, Paris: LawLex 2012.

**Voorhoof 2006**

D. Voorhoof, 'Europees Mensenrechtenhof maakt (eindelijk) toepassing van artikel 10 EVRM in het kader van openbaarheid van bestuur en toegang tot bestuursdocumenten', *Mediaforum* 2006.

**Vranken 2008**

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2008.

**De Waard 1987**

B.M.W. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

**De Waard 2009**

B.W.N. de Waard, 'Maxis en Praxis: Verbod van willekeur', in:  
R. J. G. M. Widdershoven, B. J. Schueler, J. E. M. Polak, & T. Barkhuysen (Eds.),  
*AB Klassiek: Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*,  
Deventer: Kluwer 2009.

**Waelbroeck & Fosselard 1995**

D. Waelbroeck & D. 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', *YEL* 1995-15.

**Wakefield 2007**

J. Wakefield, *The right to good administration*, Den Haag: Kluwer 2007; H.-P. Nehl, 'Good administration as procedural right and/or principle?', in: H.C.H. Hofmann & A.H. Türk (Eds.), *Legal challenges in EU administration Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2009.

**Ward 2014**

A. Ward, 'Article 51: Field of application', in: S. Peers e.a., *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014.

**Wattel 1994**

P.J. Wattel, 'Bendenoun, boeten en belastingen', *NJB* 1994.

**Weiler 1986**

J.H.H. Weiler, 'Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities', *Washington Law Review* 1986-61.

**Wenders 2010**

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures* (diss. Maastricht, UM), Deventer: Kluwer 2010.

**Werden 2009**

G.J. Werden, 'Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime', *European Competition Journal* 2009, vol. 5, no. 1, p. 19-36; A. Stephan, 'Why morality should be excluded from the cartel criminalization debate', *New Journal of European Criminal Law* 2012-3, 2.

**Wesseling, Offers & Mulder 2007**

R. Wesseling, E.J. Offers en J. Mulder, 'De toepassing van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2006', *M&M* 2007-7.

**Wesseling 2010**

R. Wesseling, 'De kartelhel', *M&M*, 2010-4.

**Westerman & Wissink 2008**

P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *NJB* 2008/440.

**Whelan 2010**

P. Whelan, 'Protecting human rights in the context of European antitrust criminalization' in: I. Lianos & I. Kokkoris (red.), *The reform of EC competition law: new challenges*, Deventer: Kluwer Law 2010.



**Whelan 2014**

P. Whelan, *The Criminalization of European Cartel Enforcement – Theoretical, Legal, and Practical Challenges*, Oxford: Oxford University Press 2014.

**Widdershoven 2001**

R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Widdershoven e.a. 2007**

R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Widdershoven 2011**

R.J.G.M. Widdershoven, *Het beginsel van effectieve rechtsbescherming*, Utrecht: Europa Instituut Utrecht 2011.

**Widdershoven & Barkhuysen 2011**

R.J.G.M. Widdershoven & T. Barkhuysen, 'Smartengeld bij schending van mensenrechten', *NJB* 2011/11.

**Widdershoven 2016**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Unitrading Revisited. Oncontroleerbaar bewijs tussen eerlijk proces en doeltreffendheid', *NTER* 2016-3.

**Wiewel 1999**

P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing* (diss. Amsterdam, UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

**Wiggers, Struijlaart & Custers 2015**

M. Wiggers, R. Struijlaart & M. Custers, 'Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2014', *M&M* 2015-2.

**Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002**

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2002.

**Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011**

H.D. Van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2011.

**De Wilde 2012**

B. de Wilde, 'Het arrest Al-Khawaja & Tahery: het ondervragingsrecht uitgekleeft?', *DD* 2012,

**De Wilde 2013**

B. de Wilde, 'Het recht op antwoord', *NJCM Bulletin* 2013-5.

**De Wilde 2015**

B. de Wilde, *Stille getuigen – Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen*, Deventer: Kluwer 2015.

**Willis 2001**

P. Willis, 'You have the right to remain silent ...' or do you?', *ECLR* 2001-22.

**Wils 1996**

W.P.J. Wils, 'La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme', *Cahiers de droit européen* 1996-32, 3/4.

**Wils 2003a**

W.P.J. Wils, 'Self-incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis', *World Competition* 2003-26.

**Wils 2003b**

W.P.J. Wils, 'Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings, but also individual penalties, and in particular imprisonment?', in: C.D. Ehlermann and I. Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing 2003.

**Wils 2004**

W.P.J. Wils, 'The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis', *World Competition* 2004-27, 2.

**Wils 2005**

W.P.J. Wils, 'Is criminalization of EU Competition law the Answer?', *World Competition* 2005/28, 2.

**Wils 2008**

W. Wils, 'Straffen, strafmaat en effectiviteit', in: P. Kalbfleisch, J. van Sinderen, A. van den Ende, M. van Oers & P.A.G. van Bergeijk (red.), *Trust en antitrust – Beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa* 2008.

**Wils 2010**

W. Wils, 'The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the ECHR', *World Competition* 2010-33.

**Wils 2011**

W. Wils, 'EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: the interplay between EU law, national law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights', *World Competition* 2011-34.

**Wils 2012**

W.P.J. Wils, 'The oral hearing in competition proceedings before the European Commission', *World Competition: Law and Economics Review* 2012-35, 3.

**Wils 2014**

W.P.J. Wils, 'The compatibility with fundamental rights of the EU antitrust enforcement system in which the European Commission acts both as investigator and as first-instance decision maker', *World Competition* 2014-37, 1.

**Wish 2008**

R. Whish, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

**De Witte 2011**

B. De Witte, 'The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of Justice', in: P. Popelier, C. Van de Heyning en P. Van Nuffel (Eds.), *Human Rights protection in the European Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2011.

**Wladimiroff 1989**

M. Wladimiroff, *Niets bijzonders. Een beschouwing over de dominantie van het bijzonder strafrecht bij de handhaving van sociaal-economische normen* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1989.

**Van der Woude 1995**

M.H. van der Woude, 'Nederlands en Europees kartelrecht', *RM Themis* 1995-5.

**Yin 2014**

R.K. Yin, *Case study research: design and methods*, New Delhi: Sage 2014.

**Zeeman & Feenstra 2014**

A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingen-verplichting zonder waarborg fout?', *TBS&H* 2014-2.

**Zingales 2010**

N. Zingales, 'The hearing officer in EU competition law proceedings: ensuring respect for the right to be heard?', *Competition law Review* 2010-7, 1.

**Zippro 2009**

E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

**Zuleeg 2002**

M. Zuleeg, 'Criminal sanctions to be imposed on individuals as enforcement instruments in European competition law', in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford: Hart Publishing 2002.

## GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE

**Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM 30 juni 1959 (besl.), 434/58 (*X t. Zweden*).

EHRM (besl.) 7 maart 1964, 1404/62 (*Wiechert t. Duitsland*).

EHRM 7 maart 1964, 1404/62 (*Wiechert t. Duitsland*).

EHRM 17 januari 1970, *Series A* vol. 11 (*Delcourt t. België*).

EHRM 16 juli 1971, *Series A* vol. 13 (*Ringeisen t. Oostenrijk*).

EHRM 21 februari 1975, 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 8 juni 1976, *Series A* vol. 22, NJ 1978, 223 (*Engel e.a. t. Nederland*).

EHRM 6 oktober 1976, 7306/75 (*X t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM Appl no 7370/76, 28 February 1977 (*X v Switzerland*).

EHRM 28 juni 1978, *Series A* vol. 27 (*König t. Duitsland*).

EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*).

EHRM 12 oktober 1978, 7050/75 (*Zand t. Oostenrijk*).

EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376 (*Airey t. Ierland*).

EHRM 27 februari 1980, *Series A* vol. 35 (*Deweert t. België*).

EHRM 10 maart 1980, 6210/73 (*Luedicke, Belkacem & Koc t. Duitsland*).

EHRM 23 juni 1981, *Series A* vol. 43 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*).

EHRM 26 maart 1982, 8269/78 (*Adolf t. Oostenrijk*).  
EHRM 15 juli 1982, 8130/78 (*Eckle t. Duitsland*).  
EHRM 23 september 1982, 7151/75 en 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).  
EHRM 1 oktober 1982, *Series A*, 53 (*Piersack t. België*).  
EHRM 10 december 1982, *Series A* vol. 56 (*Foti e.a. t. Italië*).  
EHRM 10 februari 1983, *Series A* vol. 58 (*Albert en Le Compte t. België*).  
EHRM 8 december 1983, *Series A* vol. 71 (*Pretto e.a. t. Italië*).  
EHRM 12 februari 1984, nr. 9024/80 (*Colozza t. Italië*).  
EHRM 21 februari 1984, *Series A* vol. 73, NJ 1988, 937 (*Öztürk t. Duitsland*).  
EHRM 22 februari 1984, 12954/87 (*Raimondo t. Italië*).  
EHRM 28 juni 1984, *Series A* vol. 90 (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*).  
EHRM 22 oktober 1984 8790/79 (*Sramek t. Oostenrijk*).  
EHRM 26 oktober 1984, *Series A*, 86 (*Cubber t. België*).  
EHRM 18 december 1984, *Series A* vol. 88 (*Sporrong and Lönnroth t. Zweden*).  
EHRM 12 februari 1985, *Series A* no. 89 (*Colozza t. Italië*).  
EHRM 6 mei 1985, *Series A*, 92 (*Bönisch t. Oostenrijk*).  
EHRM 23 oktober 1985, *Series A* vol. 97 (*Bentham t. Nederland*).  
EHRM 29 mei 1986, *Series A* vol. 100 (*Deumeland t. Duitsland*).  
EHRM 8 juli 1986, *Series A* vol. 102 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).  
EHRM 24 oktober 1986, *Series A* vol. 108 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*).  
EHRM 26 maart 1987, *Series A* vol. 116 (*Leander t. Verenigd Koninkrijk*).  
EHRM 23 april 1987, *Series A* vol. 117 (*Poiss t. Oostenrijk*).  
EHRM 25 augustus 1987, *Series A* vol. 123, NJ 1988, 938 (*Lutz*).  
EHRM 27 oktober 1987, *Series A* vol. 125 (*Pudas t. Zweden*).  
EHRM 29 april 1988, *Series A* vol. 132 (*Belilos t. Zwitserland*).  
EHRM 26 mei 1988, 10563/83 (*Ekbatani t. Zweden*).  
EHRM 20 juni 1988, *Series A* nr. 137 (*Schonenberger & Durmaz t. Zwitserland*).  
EHRM 12 juli 1988, *Series A* vol. 114 (*Schenk t. Zwitserland*).  
EHRM 12 juli 1988, *Series A* vol. 114 (*Schenk t. Zwitserland*).  
EHRM 7 oktober 1988, *Series A*, 141 (*Salabiaku t. Frankrijk*).  
EHRM 6 december 1988, 10588/83, 10589/83, 10590/83 (*Barberà, Messegué en Jabardo t. Spanje*).  
EHRM 24 mei 1989, *Series A* vol.154 (*Hauschildt t. Denemarken*).  
EHRM 22 juni 1989, *Series A* vol. 155 (*Langborger t. Zweden*).  
EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*).  
EHRM 7 juli 1989, *Series A* vol. 159 (*Tre Traktören Aktiebolag t. Zweden*).  
EHRM 7 juli 1989, 10857/84 (*Bricmont t. België*).  
EHRM 24 oktober 1989, *Series A*, 162 (*H. t. Frankrijk*).  
EHRM 20 november 1989, 10572/83 (*Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann t. Duitsland*).  
EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990/245 (*Kostovski t. Nederland*).  
EHRM 19 december 1989, 10964/84 (*Brozicek t. Italië*).  
EHRM 19 december 1989, *Series A* vol. 168, NJ 1994/26 (*Kamasinski t. Oostenrijk*).  
EHRM 21 februari 1990, *Series A* vol. 171 (*Håkansson en Sturesson t. Zweden*).

- EHRM 22 mei 1990, *Series A* vol. 177 (Weber t. Zwitserland).
- EHRM 28 juni 1990, *Series A* vol. 179 (Obermeier t. Oostenrijk).
- EHRM 27 september 1990, *Series A* vol. 186 (Windisch t. Oostenrijk).
- EHRM 19 december 1990, *Series A* vol. 191 (Delta t. Frankrijk).
- EHRM 19 december 1990, 11444/85 (Delta t. Frankrijk).
- EHRM 19 februari 1991, *Series A* vol. 194 (Isgrò t. Italië).
- EHRM 19 maart 1991, 11069/84 (Cardot t. Frankrijk).
- EHRM 26 april 1991, 12398/86 (Asch t. Oostenrijk).
- EHRM 27 augustus 1991, *Series A* vol. 210 (Demicoli t. Malta).
- EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (Brandstetter t. Oostenrijk).
- EHRM 23 oktober 1991, *Series A* vol. 214 (Muyldermans t. België).
- EHRM 29 oktober 1991, *Series A* vol. 212 (Fejde t. Zweden).
- EHRM 29 oktober 1991, 11274/84 (Jan Åke Andersson t. Zweden).
- EHRM 29 oktober 1991, 11826/85 (Helmers t. Zweden).
- EHRM 27 februari 1992, *Series A* vol. 231 (Tusa t. Italië).
- EHRM 27 februari 1992, *Series A* vol. 232 (Stenuit t. Frankrijk).
- EHRM 26 maart 1992, *Series A* vol. 234 (Editions Periscope t. Frankrijk).
- EHRM 22 april 1992, 12351/86 (Vidal t. België).
- EHRM 15 juni 1992, *Series A* vol. 238 (Lüdi t. Zweden).
- EHRM 12 oktober 1992, 14104/88 (T. t. Italië).
- EHRM 16 december 1992, *Series A* vol. 247 (Edwards t. Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 16 december 1992, *Series A* nr. 251 (Niemietz t. Duitsland).
- EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz t. Duitsland).
- EHRM 25 februari 1993, 10828.84, BNB 1993/350, NJ 1993, 485 (Funke t. Frankrijk).
- EHRM 23 juni 1993, *Series A* vol. 262 (Ruiz-Mateos t. Spanje).
- EHRM 24 juni 1993, *Series A* vol. 263, FED 1993/920 (Schuler-Zraggen t. Zwitserland).
- EHRM 21 september 1993, *Series A* vol. 268-A (Zumtobel t. Oostenrijk).
- EHRM 21 september 1993, *Series A* vol. 268 –B (Kremzow t. Oostenrijk).
- EHRM 21 oktober 1993, 17265/90 (Alvaro Baragiola t. Zwitserland).
- EHRM 27 oktober 1993, *Series A* vol. 274 (Dombo Beheer B.V. t. Nederland).
- EHRM 23 november 1993, *Series A*, 27 (Poitrimol t. Frankrijk).
- EHRM 24 november 1993, *Series A*, 275 (Imbrioscia t. Zwitserland).
- EHRM 25 november 1993, *Series A* vol. 279 (Zander t. Zweden).
- EHRM 22 februari 1994, *Series A* vol. 281 (Raimondo t. Italië).
- EHRM 23 februari 1994, 18928/91 (Fredin t. Zweden (No.2)).
- EHRM 24 februari 1994, *Series A* vol. 284, NJ 1994/496 (Bendenoun t. Frankrijk).
- EHRM 23 maart 1994, 14220/88 (Ravnsborg t. Zweden).
- EHRM 23 maart 1994, *Series A* vol. 286 (Silvia Pontes t. Portugal).
- EHRM 6 april 1994, 20774/92 (Hoos t. Nederland).
- EHRM 21 september 1994, *Series A* vol. 294 (Fayed t. Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 22 september 1994, *Series A* vol. 297 (Lala t. Nederland).
- EHRM 9 december 1994, *Series A* vol. 301, NJ 1996, 374 (Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis (Holy monasteries) t. Griekenland).
- EHRM 9 december 1994, *Series A* vol. 303 (Ruiz Torija t. Spanje).

EHRM 22 februari 1995, 20872/92 (*A.B. t. Zwitserland*).

EHRM 24 februari 1995, *Series A* vol. 307, NJ 1995, 596, m.nt. J. de Boer (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 11 maart 1995, 10733/84 (*Asociación de Aviadores de la República t. Spanje*).

EHRM 26 april 1995, *Series A* vol. 312 (*Fischer t. Oostenrijk*).

EHRM 5 mei 1995, *Series A* vol. 316 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 19 juli 1995, *Series A* vol. 322 (*Kerojärvi t. Finland*).

EHRM 28 september 1995, 14570/89 (*Procola t. Luxemburg*).

EHRM 23 oktober 1995, 15523/89 (*Schmautzer t. Oostenrijk*).

EHRM 23 oktober 1995, *Series A* vol. 328 (*Gradinger t. Oostenrijk*).

EHRM 23 oktober 1995, *Series A* vol. 328 (*Umlauft t. Oostenrijk*).

EHRM 31 oktober 1995, 14556/89 (*Ppamichalopoulos t. Griekenland*).

EHRM 22 november 1995, *Series A* vol. 335 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 19 februari 1996, 16206/90 (*Botten t. Noorwegen*).

EHRM 20 februari 1996, 15764/89 (*Lobo Machado t. Portugal*).

EHRM 20 februari 1996, 19075/91 (*Vermeulen t. België*).

EHRM 22 februari 1996, 57/1994/504/586 (*Putz t. Oostenrijk*).

EHRM 26 maart 1996, 20524/92 NJ 1996/741 (*Doornson t. Nederland*).

EHRM 10 juni 1996, 22399/93, ECHR 1996-III (*Pullar t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 7 augustus 1996, 19874/92 (*Ferrantelli en Santangelo t. Italië*).

EHRM 26 september 1996, 18978/91 (*Miaillhe t. Frankrijk (no. 2)*).

EHRM 23 oktober 1996, 21920/93 (*Levages Prestations Services t. Frankrijk*).

EHRM 23 oktober 1996, 17748/91 (*Ankerl t. Zwitserland*).

EHRM 17 december 1996, 19187/91, BNB 1997/254, NJ 1997, 699, m.nt. G. Knigge (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 17 december 1996, 20641/92, JB 1997/43 (*Terra Woningen t. Nederland*).

EHRM 18 februari 1997, 18990/91 (*Nideröst Huber t. Zwitserland*).

EHRM 24 februari 1997, 19983/92 (*De Haes en Gijssels t. België*).

EHRM 25 februari 1997, 22107/93 (*Findlay t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 18 maart 1997, 21497/93, JB 1997/112 (*Mantovanelli t. Frankrijk*).

EHRM 19 maart 1997, 18357/91, NJ 1998, 434 (*Hornsby t. Griekenland*).

EHRM 23 april 1997, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, NJ 1997/635 (*Van Mechelen t. Nederland*).

EHRM 28 mei 1997, 16717/90 (*Pauger t. Oostenrijk*).

EHRM 25 juni 1997, 20122/92 (*Van Orshoven t. België*).

EHRM 1 juli 1997, 26433/95 (*Torri t. Italië*).

EHRM 1 juli 1997, 23196/84 (*Rolf Gustafson t. Zweden*).

EHRM 23 september 1997, 22410/93 (*Robins t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 24 september 1997, 93/1996/712/909, JB 1997/281, m.nt. A.W. Heringa (*Garyfallou AEBE*).

EHRM 20 oktober 1997, NJ 1998/758 (*Serves t. Frankrijk*).

EHRM 21 oktober 1997, 120/1996/732/938 (*Pierre-Bloch*).

EHRM 30 november 1997, 8950/80 (*H. t. België*).



- EHRM 16 december 1997, 25420/94 (*Tejedor Garcia t. Spanje*).
- EHRM 19 januari 1998, 28530/95 (*X t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a. t. Italië*).
- EHRM 19 februari 1998, 8/1997/792/993 (*Allan Jacobsson t. Zweden (No. 2)*).
- EHRM 25 maart 1998, EHRC 1998-II (*Kopp t. Zwitserland*).
- EHRM 27 maart 1998, 21351/93 (*J.J. t. Nederland*).
- EHRM 27 maart 1998, 21981/93 (*K.D.B. t. Nederland*).
- EHRM 21 april 1998, 22600/93 (*Daud t. Portugal*).
- EHRM 9 juni 1998, 10/1997/794/995-996 (*McGinley & McEgan t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 10 juli 1998, 20390/92 en 21322/92 (*Tinnelly & Sons ltd e.a. & McElduff e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 2 september 1998, 26138/95 (*Lauko t. Slowakije*).
- EHRM 9 september 1998, 35138/97 (*Ayyildiz t. Nederland*).
- EHRM 11 mei 1999, 30505/96 (*Huikko t. Finland*).
- EHRM 29 september 1999, 37475/97 en 39036/97 (*Smith & Ford t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 28 oktober 1999, 26790/95, EHRC 1996/6 m.nt. K. Albers (*Escoubet t. België*).
- EHRM 28 oktober 1999, 24846/94, 34165/96 en 34173/96, EHRC 1999/5 m.nt. H. Janssen (*Zielinski, Pradal & Gonzalez e.a. t. Frankrijk*).
- EHRM 23 november 1999, 26507/95 (*Müller t. Oostenrijk*).
- EHRM 25 november 1999, 30509/96 (*Vihunen t. Finland*).
- EHRM 16 februari 2000, 28901/95, EHRC 2000, m.nt. T. Spronken (*Rowe & Davis t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 16 februari 2000, 29777/96 (*Fitt t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 23 maart 2000, 36707/97 (*Haralambidis Y Haralambidis Liberpa SA & Liberpa Ltd t. Griekenland*).
- EHRM 28 maart 2000, 38042/97 (*Zanatta t. Frankrijk*).
- EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita t. Italië*).
- EHRM 13 juli 2000, 41963/98 (*Scozarri t. Italië*).
- EHRM 25 juli 2000, nrs. 24954/94, 24971/94 & 24972/94 (*Tierce e.a. t. San Marino*).
- EHRM 19 september 2000, 29522/95, 30056/96 en 30574/96 (*I.J.L. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 7 november 2000, 39374/98, EHRC 2000/93 m.nt. H.L. Janssen (*Anagnostopoulos e.a. t. Griekenland*).
- EHRM 7 november 2000, 35606/9, EHRC 2000/92, m.nt. A.W. Heringa (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 14 november 2000, 27783/95 (*T. t. Oostenrijk*).
- EHRM 21 december 2000, 36887/97 (*Quinn t. Ierland*).
- EHRM 6 februari 2001, 31145/96 en 35580/97 (*Wilkinson en Allen t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 13 februari 2001, 25116/04 (*Schöps t. Duitsland*).
- EHRM 27 februari 2001, 33354/96, NJ 2002, 101 (*Lucà t. Italië*).
- EHRM 3 mei 2001, 31827/96, BNB 2002/26, NJ 2003, 354 (*J.B. t. Zwitserland*).
- EHRM 17 mei 2001 (besl.), nr. 57655/08 (*Suhadolc t. Slovenië*).
- EHRM 5 juni 2001, 35685/97 (*Mills t. Verenigd Koninkrijk*).



- EHRM 14 juni 2001, 20491/92 (*Medenica t. Zwitserland*).
- EHRM 16 juni 2001, 36533/97 (*Atlan t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 28 juni 2001, 37292/97 (*F.R. t. Zwitserland*).
- EHRM 5 juli 2001, 41087/98, EHRC 2001/56, m.nt. T. v. Kampen & F.P. Ölçer (*Philips t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 12 juli 2001, 44759/98 (*Ferrazzini t. Italië*).
- EHRM 20 juli 2001, 30882/96 (*Pellegrini t. Italië*).
- EHRM 27 september 2001, 23272/07 (*Hrdalo t. Kroatië*).
- EHRM 29 september 2001, nr. 3127/09 (*Flisar t. Slovenië*).
- EHRM 16 oktober 2001, 39846/98 (*Brennan t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 20 december 2001, 32899/96 (*Buckberger t. Oostenrijk*).
- EHRM 20 december 2001, 33900/96 (*S.P. t. Duitsland*).
- EHRM 14 februari 2002, 26668/95, NJ 2002, 378 (*Visser t. Nederland*).
- EHRM 16 april 2002, 37971/97, EHRC 2002/46, NJCM-Bulletin 2003/1 (*Cola Est e.a. t. Frankrijk*).
- EHRM 25 april 2002 (besl.), 64336/01 (*Varela Assalino t. Portugal*).
- EHRM 28 mei 2002, 35605/97 (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 18 juni 2002, 24541/94 (*Wierzbicki t. Polen*).
- EHRM 2 juli 2002, 34209/96 (*S.N. t. Zweden*).
- EHRM 11 juli 2002, 36590/97 (*Göç t. Turkije*).
- EHRM 23 juli 2002, 34619/97 (*Janosevic t. Zweden*).
- EHRM 23 juli 2002, 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag & Vulic t. Zweden*).
- EHRM 5 september 2002 (besl.), 42057/98 (*Speil t. Oostenrijk*).
- EHRM 10 september 2002, 76574, FED 2003, 589 (*Allen t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 12 november 2002, 28394/95 (*Döry t. Zwitserland*).
- EHRM 12 november 2002, 32559/96 (*Fortum Oil en Gas Oy t. Finland*).
- EHRM 3 december 2002, 53892/00 (*Lilly t. Frankrijk*).
- EHRM 17 december 2002, ECHR 2003/17 (*Venema t. Nederland*).
- EHRM 7 januari 2003, 54528/00 (*Korellis t. Cyprus*).
- EHRM 14 januari 2003, 27751/95 (*K.A. t. Finland*).
- EHRM 16 januari 2003, 62763/00 (*Verlagsgruppe News GMBH t. Oostenrijk*).
- EHRM 11 februari 2003, 34964/97, 30287/96, 29327/95 en 56568/00 (*Ringvold, Hammern, O. en Y. t. Noorwegen*).
- EHRM 13 februari 2003, 49636/99 (*Chevol t. Frankrijk*).
- EHRM 27 februari 2003, nr. 54999/00 (*Axen t. Duitsland*).
- EHRM 27 februari 2003, 54999/00 (*Axen t. Duitsland*).
- EHRM 27 maart 2003, nr. 10390/09 (*Berdajs t. Slovenië*).
- EHRM 10 april 2003, 43454/98 (*Bakker t. Oostenrijk*).
- EHRM 24 april 2003, 44962/98 (*Yvon t. Frankrijk*).
- EHRM 6 mei 2003, 48898/99 (*Perna t. Italië*).
- EHRM 6 mei 2003, AB 2003/211 (*Kleyn t. Nederland*).
- EHRM 13 mei 2003, 59290/00 (*Montcornet de Caumont t. Frankrijk*).
- EHRM 3 juni 2003, 54559/00 (*Morel t. Frankrijk*).
- EHRM 12 juni 2003, 48015/99 (*Easterbrook t. Verenigd Koninkrijk*).

- EHRM 1 juli 2003, 37801/97 (*Suominen t. Finland*).
- EHRM 8 juli 2003, EHRC 2003, 71 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 15 juli 2003, 32559/96 (*Fortum t. Finland*).
- EHRM 22 juli 2003, 39647/98 en 40461/98 (*Edwards & Lewis t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 24 september 2003, 39482/98 (*Dowsett t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 9 oktober 2003, 39665/98 en 40086/98 (*Ezeh en Connors t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 15 oktober 2003, 32599/96 (*Fortum t. Finland*).
- EHRM 18 november 2003, 54109/00 (*Chadwich t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 25 november 2003, 57795/00 (*Pursiheimo t. Finland*).
- EHRM 16 december 2003, 57067/00, ECHR 2003-XII (*Grieves t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 27 januari 2004, 54445/00 (*Verhoek t. Nederland*).
- EHRM 27 januari 2004, 44484/98 (*Lorsé t. Nederland*).
- EHRM 27 januari 2004, 54445/00 (*Verhoek t. Nederland*).
- EHRM 3 februari 2004, 50230/99 (*Laukkanen en Manninen t. Finland*).
- EHRM 12 februari 2004 (besl.), nr. 69264/01 (*De Lorenzo t. Italië*).
- EHRM 12 februari 2004, 43284/98, EHRC 2004/28 (*Morel t. Frankrijk*).
- EHRM 4 maart 2004, 47650/99 (*Silvester's Horeca Service t. België*).
- EHRM 8 april 2004, 38544/97 (*Weh t. Oostenrijk*).
- EHRM 25 mei 2004, 994/03 (*Cornelis t. Nederland*).
- EHRM 1 juni 2004, 44925/98 (*Valová, Slezák en Slezák t. Slowakije*).
- EHRM 3 juni 2004, 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 en 69058/01 (*Neste St. Petersburg e.a. t. Rusland*).
- EHRM 15 juni 2004, 1814/02 (*Stepinska t. Frankrijk*).
- EHRM 8 juli 2004, 44734/98 (*Libert t. België*).
- EHRM 18 augustus 2004, 56651/00, EHRC 2004/73 m.nt. T. Spronken (*Destrethem t. Frankrijk*).
- EHRM 10 november 2004, 62361/00 (*Riccardi Pizzati t. Italië*).
- EHRM 16 november 2004, 41673/98 (*Bruncrona t. Finland*).
- EHRM 8 februari 2005, 55853/00 (*Miller t. Zweden*).
- EHRM 22 maart 2005, 46601/99 (*M.S. t. Finland*).
- EHRM 24 maart 2005, nr. 9808/02 (*Stoichkov t. Bulgarije*).
- EHRM 28 april 2005, 43578/98 (*I.d. t. Bulgarije*).
- EHRM 5 mei 2005, 994/03 (*Cornelis t. Nederland*).
- EHRM 10 mei 2005, 19354/02 (*Thomas t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 12 mei 2005, 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*).
- EHRM 31 mei 2005, 29346/95 (*K.S. t. Finland*).
- EHRM 2 juni 2005, 38240/02 (*Zolotas t. Griekenland*).
- EHRM 28 juni 2005, 18114/02 (*Hermi t. Italië*).
- EHRM 30 juni 2005, 45036/98 (*Bosphorus t. Ierland*).
- EHRM 28 juli 2005, 33538/96 (*Alatulkkila t. Finland*).
- EHRM 6 september 2005, 65518/01 (*Salov t. Oekraïne*).
- EHRM 27 september 2005, 50882/99 (*Petri Sallinen e.a. t. Finland*).
- EHRM 4 oktober 2004, 6563/03 (*Shannon t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 19 oktober 2005, 32555/96 (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 15 november 2005, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 24 november 2005, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

EHRM 1 maart 2006, 56581/00 (*Sejdovic t. Italië*).

EHRM 21 maart 2006, 39765/04 (*Sale t. Frankrijk*).

EHRM 29 maart 2006, 62361/00 (*Pizzati t. Itali (no. 2.)*).

EHRM 6 april 2006, 46917/99 (*Stankiewicz t. Polen*).

EHRM 12 april 2006, 58675/00 (*Martinie t. Frankrijk*).

EHRM 30 mei 2006, 38184/03 (*Matyjek t. Polen*).

EHRM 7 juni 2006, 39594/98 (*Kress t. Frankrijk*).

EHRM 8 juni 2006, 10337/104 (*Lupsa t. Roemenië*).

EHRM 15 juni 2006, 57785/00 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*).

EHRM 10 juli 2006, nr. 19101/03 (*Sdruženi Jihočeské Matky t. Tsjechië*).

EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh t. Duitsland*).

EHRM 11 september 2006, 22007/03 (*Sapunarescu t. Duitsland*).

EHRM 21 september 2006, EHRC 2006/129 (*Moser t. Oostenrijk*).

EHRM 3 oktober 2006, nr. 74341/01 (*Karahanoğlu t. Turkije*).

EHRM 18 oktober 2006, 18114/02 (*Hermi t. Italië*).

EHRM 18 oktober 2006, nr. 18114/02 (*Hermi t. Italië*).

EHRM 24 oktober 2006, 40426/98 (*Martin t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 9 november 2006, ECHR 2006-XIII (*Kaste en Mathisen t. Noorwegen*).

EHRM 14 november 2006, 60860/00 (*Tsfayo t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 23 november 2006, 73053/01, AB 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen (*Jussila t. Finland*).

EHRM 15 februari 2007, 43432/02 (*Verdú Verdú t. Spanje*).

EHRM 1 maart 2007, 72967/01 (*Belevitskiy t. Rusland*).

EHRM 24 april 2007, 40412/98 (*V. t. Finland*).

EHRM 24 april 2007, 38184/03 (*Matyjek t. Polen*). EHRM 21 juni 2007, 25053/05 (*Ferreira Alves t. Portugal (No. 3)*).

EHRM 20 mei 2007, 25774/05 (*Bistrovic t. Kroatië*).

EHRM 12 juni 2007, 70204/01 (*Frérot t. Frankrijk*).

EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 17 juli 2007, nr. 61557/00 (*Oy en Karanko t. Finland*).

EHRM 29 augustus 2007, 71/1996/690/882 (*A.P., M.P. en T.P. t. Zwitserland*).

EHRM 27 september 2007, 35522/04 (*Vassilios Stavropoulos t. Griekenland*).

EHRM 15 november 2007, 26986/03 (*Galstyan t. Armenië*).

EHRM 6 december 2007, JV 2008/32, m.nt. P. Boeles (*Liu en Liu t. Rusland*).

EHRM 18 december 2007, 3738/02 (*Marini t. Albanië*).

EHRM 15 januari 2008, 37469/05 (*Luboch t. Polen*).

EHRM 15 februari 2008, 27278/03 (*Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland*).

EHRM 4 maart 2008, nr. 11529/02 (*Hüseyin Turan t. Turkije*).

EHRM 27 maart 2008, nr. 34499/06 (*Peric t. Kroatië*).

EHRM 3 april 2008, 773/03 (*Regent Company t. Oekraïne*).

EHRM 8 april 2008, 21151/04, EHRC 2008, 75 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

EHRM 22 juli 2008, 32993/02 (*Lehtinen t. Finland*).

EHRM 22 juli 2008, 40199/02 (*Kallio t. Finland*).

- EHRM 24 juli 2008, 18603/03 (*André e.a. t. Frankrijk*).
- EHRM 24 juli 2008, 41461/02 (*Romanov t. Rusland*).
- EHRM 31 juli 2008, 72034/01 (*Družstevni Záložna Pria e.a. t. Tsjechië*).
- EHRM 25 september 2008, 42123/06 (*Paraponiaris t. Griekland*).
- EHRM 7 oktober 2008, 35228/03 (*Bogumil t. Portugal*).
- EHRM 9 oktober 2008, 38238/04 (*Forminster Enterprises Limited t. Tsjechië*).
- EHRM 4 december 2008, 1111/02 (*Trofimov t. Rusland*).
- EHRM 11 december 2008, 6293/04 (*Mirilashvili t. Rusland*).
- EHRM 5 januari 2009, 22330/05, EHRC 2009/57 (*Olujić t. Kroatië*).
- EHRM 13 januari 2009, 926/05 (*Taxquet t. België*).
- EHRM 29 januari 2009, 77018/01 (*Polyakov t. Rusland*).
- EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05 (*Olujić t. Kroatië*).
- EHRM 3 maart 2009, 4411/04 (*Bacanu e.a. t. Roemenië*).
- EHRM 14 april 2009, nr. 37374/05, EHRC 2009/74, m.nt. W. Hins (*Társaság a Szabadságjogokért t. Hongarije*).
- EHRM 21 april 2009, 19235/03, FED 2009/69 (*Marttinen t. Finland*).
- EHRM 26 mei 2009, nr. 31475/05 (*Kenedi t. Hongarije*).
- EHRM 11 juni 2009, 35298/04 (*Trgo t. Kroatië*).
- EHRM 11 juni 2009, 5242/04 (*Dubus Sa t. Frankrijk*).
- EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola t. Italië (no. 2)*).
- EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, AB 2010, 75 (*Micallef t. Malta*).
- EHRM 27 oktober 2009, 42509/05 (*Crompton t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 5 januari 2010, 13102/04 (*Impar t. Litouwen*).
- EHRM 9 maart 2010, 60705/08 (*Petuhovs t. Oostenrijk*).
- EHRM 27 april 2010, 23083/05 (*Hudáková en andere t. Slowakije*).
- EHRM 12 mei 2010, 32435/06 (*Kammerer t. Oostenrijk*).
- EHRM 20 juli 2010, AB 2011/132 (*A. t. Nederland*).
- EHRM 28 september 2010, 40156/07 (*A.S. t. Finland*).
- EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/97 (*Kudla t. Polen*).
- EHRM 30 november 2010, 23614/08, EHRC 2011/22 (*Henryk Urban & Ryszard Urban t. Polen*).
- EHRM 21 december 2010, 29408/08 (*Canal Plus*).
- EHRM 21 december 2010, 29613/08 (*Primagaz t. Frankrijk*).
- EHRM 11 januari 2011, 6684/05 (*McKeown t. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 18 januari 2011, 45482/06 (*Bok t. Nederland*).
- EHRM 27 januari 2011, 42224/02 (*Krivosphapkin t. Rusland*).
- EHRM 27 maart 2011, nr. 10390/09 (*Berjads t. Slovenië*).
- EHRM 29 maart 2011, 50084/06 (*RBTF t. België*).
- EHRM 12 april 2011, 34388/05 (*Çelik (Bozkurt) t. Turkije*).
- EHRM 26 april 2011, 31351/06 (*Steulet t. Zwitserland*).
- EHRM 28 juni 2011, 20197/03 (*Miminoshvili t. Rusland*).
- EHRM 30 juni 2011, 25041/07, EHRC 2011/135 (*Messier t. Frankrijk*).
- EHRM 19 juli 2011, nr. 23954/10 (*Uj t. Hongarije*).
- EHRM 21 juli 2011, 32181/04 en 35122/05 (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*).

EHRM 26 juli 2011, 35485/05, 45553/05, 35680/05, 36085/05 (*Huseyn en andere t. Azerbeidzjan*).

EHRM 27 september 2011, 43409/08, EHRC 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen; AB 2012/9, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Menarini t. Italië*).

EHRM 6 oktober 2011, 23465/03 (*Agrokompleks t. Oekraïne*).

EHRM 22 november 2011, 18544/08 (*Central Mediterranean Development Corporation Ltd. t. Malta*).

EHRM 24 november 2011, 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

EHRM 15 december 2011, 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 13 maart 2012, 5605/04 (*Karpenko t. Rusland*).

EHRM 5 april 2012, 11663/04, EHRC 2012/135, m.nt. R.E.C.M. Niessen, FED 2012/77, m.nt. E. Thomas (*Chambaz t. Zwitserland*).

EHRM 17 april 2012, 21539/07 (*Steininger t. Oostenrijk*).

EHRM 10 mei 2012, 28328 (*Aigner t. Oostenrijk*).

EHRM 19 juli 2012, 29881/07 (*Sievert t. Duitsland*).

EHRM 19 juli 2012, 26171/07 (*Hümmer t. Duitsland*).

EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud t. Frankrijk*).

EHRM 9 januari 2013, 21722/11 (*Oleksandr Volkov t. Oekraïne*).

EHRM 11 februari 2013, 56568/00 (56568/00 (*Y. t. Noorwegen*)).

EHRM 28 februari 2013, nr. 11411/11 (*Milenović t. Slovenië*).

EHRM 14 maart 2013, 24117/08, EHRC 2013/123 (*Bernh Larsen t. Noorwegen*).

EHRM 25 juni 2013, nr. 48135/06, EHRC 2013/235, m.nt. C.B. Modderman & R. Nehmelman (*Youth Initiative for Human Rights t. Servië*).

EHRM 10 oktober 2013, 51355/10 (*Topić t. Kroatië*).

EHRM 12 november 2013, 36181/05 (*Galina Kostova t. Bulgarije*).

EHRM 5 december 2013, 22635/09 (*Willroider t. Oostenrijk*).

EHRM 4 maart 2014, 18640/10, 18647/10, 18668/10 en 18698/10 (*Grande Stevens e.a. t. Italië*).

EHRM 29 april 2014, 9043/05 (*Natsvlishvilli en Togonidze t. Georgië*).

EHRM 2 oktober 2014, 97/11, EHRC 2015/28 (*Delta Pekámy t. Tsjechië*).

EHRM 17 februari 2015, nr. 6987/07, EHRC 2015/99, m.nt. C.B. Modderman (*Guseva t. Bulgarije*).

EHRM 2 april 2015, 63629/10 en 60567/10 (*Vinci & GTM t. Frankrijk*).

EHRM 15 maart 2016, 39966/09 (*Gillissen t. Nederland*).

## Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 16 december 1978, 40/73 – 48/73, 50/73, 54/73 – 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jur.* 1975, p. 1663 (*Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' e.a. t. Commissie*).

HvJ EG 15 oktober 1987, 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*).

HvJ EG 22 maart 1961, 42/59 en 49/59, *Jur.* 1961, p. 103 (*SNUPAT t. Hoge Autoriteit*).

HvJ EG 12 december 1962, 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*).

HvJ EG 4 juli 1963, 32/62, *Jur.* 1963, p. 49 (*Alvis t. Raad*).



- HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jur.* 1964, p. 1255 (*Costa/ENEL*).
- HvJ EG 30 juni 1966, 61/65, *Jur.* 1996, p. 377 (*Vaassen-Göbbels*).
- HvJ EG 15 juli 1970, 45/69, *Jur.* 1970, p. 661 (*ACF Chemiefarma e.a. t. Commissie (Quinine)*).
- HvJ EG 15 juli 1970, 44/69, *Jur.* 1970, p. 733 (*Buchler t. Commissie*).
- HvJ EG 14 juli 1972, 57/69, *Jur.* 1972, p. 57/69 (*ACNA t. Commissie*).
- HvJ EG 23 oktober 1974, 17/74, *Jur.* 1974, p. 1063 (*Transocean Marine Paint Association t. Commissie*).
- HvJ EG 16 december 1976, 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).
- HvJ EG 29 mei 1977, C-299/95, *Jur.* 1997, p. I-2629 (*Kremzow*).
- HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*).
- HvJ EG 26 juni 1980, 136/79, *Jur.* 1980, p. 2033 (*National Panasonic t. Commissie*).
- HvJ EG 10 juli 1980, 30/78, *Jur.* 1980, p. 2229 (*Distillers t. Commissie*).
- HvJ EG 10 juli 1980, 30/78, *Jur.* 1980, p. 2229 (*Distillers*).
- HvJ EG 29 oktober 1980, 209/78-215/78 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125 (*Landewyck e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 11 november 1981, 60/81, *Jur.* 1981, p. 2639 (*IBM*).
- HvJ EG 23 maart 1982, 102/81, *Jur.* 1982, p. I-1095 (*'Nordsee' Deutsche Hochseefischerei*).
- HvJ EG 18 mei 1982, 155/79, *Jur.* 1982, p. 1575 (*AM & S*).
- HvJ EG 7 juni 1983, 100/80-103/80, *Jur.* 1983, p. 1825 (*Musique Diffusion française e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82, *Jur.* 1983, p. 3151 (*AEG t. Commissie*).
- HvJ EG 9 november 1983, 322/82, *Jur.* 1983, p. 3461 (*Michelin*).
- HvJ EG 15 maart 1984, 64/82, *Jur.* 1984, p. 1359 (*Tradax*).
- HvJ EG 15 mei 1984, 22/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston*).
- HvJ EG 16 mei 1984, 9/83, *Jur.* 1984, p. 2071 (*Eisen AG*).
- HvJ EG 11 juli 1985, 42/84, *Jur.* 1985, p. 2545 (*Remia*).
- HvJ EG 7 november 1985, 145/83, *Jur.* 1985, p. 3559 (*Adams t. Commissie*).
- HvJ EG 15 mei 1986, 22/84, *Jur.* 1985, p. 1651 (*Johnston*).
- HvJ EG 24 juni 1986, 53/85, *Jur.* 1986, p. 1965 (*AKZO Chemie en AKZO Chemie UK t. Commissie*).
- HvJ EG 10 juli 1986, 40/85, *Jur.* 1986, p. 2321 (*België t. Commissie*).
- HvJ EG 9 juli 1987, 43/85, *Jur.* 1987, p. 3131 (*ANCIDES t. Commissie*).
- HvJ EG 17 november 1987, 142/84 en 156/84, *Jur.* 1987, p. 4487 (*BAT & Reynolds t. Commissie*).
- HvJ EG 13 juli 1989, 5/88, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf*).
- HvJ EG 21 september 1989, 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989, p. I-2859 (*Hoechst t. Commissie*).
- HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 3283 (*Orkem t. Commissie*).
- HvJ EG 14 februari 1990, C-301/87, *Jur.* 1990, p. I-307 (*Frankrijk t. Commissie*).
- HvJ EG 19 maart 1991, C-202/88, *Jur.* 1991, p. I-1223 (*Frankrijk t. Commissie*).
- HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*ERT*).
- HvJ EG 21 november 1991, C-269/90, *Jur.* 1991, p. I-5469 (*TU München*).
- HvJ EG 12 februari 1992, C-48/90 en C-66/90, *Jur.* 1992, p. I-565 (*Nederland e. a. t. Commissie*).
- HvJ EG 31 maart 1992, C-255/90 P, *Jur.* 1992, p. I-2253 (*Burban*).

- HvJ EG 8 april 1992, C-62/90, *Jur.* 1990, p. I-2575 (*Commissie t. Duitsland*).
- HvJ EG 10 november 1992, C-60/92, *Jur.* 1993, p. I-5683 (*Otto/Postbank*).
- HvJ EG 3 december 1992, C-97/91, *Jur.* 1992, p. I-6313 (*Borelli*).
- HvJ EG 31 March 1993, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, *Jur.* 1993, p. I-1307 (*Ahlström Osaakeyhtiö e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 19 mei 1993, C-198/91, *Jur.* 1993, p. I-2386 (*William Cook plc t. Commissie*).
- HvJ EG 15 juni 1993, C-225/91, *Jur.* 1993, p. I-3203 (*Matra SA t. Commissie*).
- HvJ EG 13 juli 1993, C-42/92, *Jur.* 1993, p. I-4047 (*Corbiau*).
- HvJ EG 27 oktober 1993, C-69/91, *Jur.* 1993, p. I-5373 (*Decoster*).
- HvJ EG 10 november 1993, C-60/92, *Jur.* 1993, p. I-5683 (*Otto/Postbank*).
- HvJ EG 19 mei 1994, C-36/92 P, *Jur.* 1994, p. I-1911 (*SEP t. Commissie*).
- HvJ EG 29 juni 1994, C-135/92, *Jur.* 1994, p. I-2885 (*Fiskano*).
- HvJ EG 6 april 1995, C-310/93 P, *Jur.* 1995, p. I-865 (*BPB Industries en British Gypsum*).
- HvJ EG 17 oktober 1995, C-44/94, *Jur.* 1995, p. I-3115 (*Fishermen's Organisations e.a.*).
- Advies HvJ EG 28 maart 1996, 2/94, *Jur.* 1996, p. I-1759.
- HvJ EG 17 September 1996, C-19/95 P, *Jur.* 1996, p. I-4435 (*San Marco t. Commissie*).
- HvJ EG 24 oktober 1996, C-32/95 P, *Jur.* 1996, p. I-5373 (*Commissie t. Lisrestal*).
- HvJ EG 29 mei 1997, C-299/95, *Jur.* 1997, p. I-2629 (*Kremzow*).
- HvJ EG 17 september 1997, C-54/96, *Jur.* 1997, p. I-4961 (*Dorsch*).
- HvJ EG 18 december 1997, C-286/94, C-340/95, C-401/95 en C-47/96, *Jur.* 1997, p. I-7281 (*Garage Molenheide*).
- HvJ EG 18 december 1997, C-309/96, *Jur.* 1997, p. I-7505 (*Annibaldi*).
- HvJ EG 31 maart 1998, C-68/94 en C-30/95, *Jur.* 1998, p. I-1375 (*France e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 12 november 1998, C-134/97, *Jur.* 1998, p. I-7023 (*Victoria Film*).
- HvJ EG 17 december 1998, C-185/95 P, *Jur.* 1998, p. I-8417 (*Baustahlgewebe t. Commissie*).
- HvJ EG 4 februari 1999, C-103/97, *Jur.* 2009, p. I-551 (*Köllensperger en Atzwanger*).
- HvJ EG 4 maart 1999, C-119/97 P, *Jur.* 1999, p. I-1341 (*Ufex e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 8 juli 1999, C-199/92 P, *Jur.* 1999, p. I-4287 (*Hüls AG t. Commissie*).
- HvJ EG 8 juli 1999, C-51/92 P, *Jur.* 1999, p. I-4235 (*Hercules Chemicals t. Commissie*).
- HvJ EG 16 maart 2000, C-395/96 P en C-396/96 P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (*Compagnie maritime belge t. Commissie*).
- HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, *Jur.* 2000, p. I-1935 (*Krombach*).
- HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, *Jur.* 2000, p. I-5539 (*Abrahamsson en Anderson*).
- HvJ EG 5 oktober 2000, C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland t. Commissie*).
- HvJ EG 10 juli 2001, C-315/99 P, *Jur.* 2001, p. I-5281 (*Ismeri Europa/Rekenkamer*).
- HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297 (*Courage Crehan*).
- HvJ EG 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P tot C-252/99 P en C-254/99 P, *Jur.* 2002, p. I-08375 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (*Roquette Frères SA t. Commissie*).
- HvJ EG 7 november 2002, C-24/01 P en C-25/01 P, *Jur.* 2001, p. I-10138 (*Glencore Grain Ltd & Compagnie Continentale SA t. Commissie*).
- HvJ EG 2 oktober 2003, C-194/99 P, *Jur.* 2003, p. I-10821 (*Thyssen Stahl t. Commissie*).
- HvJ EG 2 oktober 2003, C-199/99 P, *Jur.* 2003, p. I-11177 (*Corus UK t. Commissie*).



- HvJ EG 30 oktober 2003, C-57/00 P and C-61/00 P, *Jur.* 2003, p. I-9975 (*Freistaat Sachsen e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland*).
- HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/0 P, *Jur.* 2004, p. I-123 (*Aalborg Portland t. Commissie*).
- HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02, *Jur.* 2004, p. I-3025 (*Karner*).
- HvJ EG 12 juni 2004, C-112/00, *Jur.* 2004, p. I-5659 (*Schmidberger*).
- HvJ EG 7 oktober 2004, C-136/02 P, *Jur.* 2004, p. I-9165 (*Mag Instrument t. OHIM*).
- HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 P, *Jur.* 2005, p. I-987 (*Tetra Laval*).
- HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Jur.* 2005, p. I-3565 (*Berlusconi*).
- HvJ EG 9 juni 2005, C-287/02, *Jur.* 2005, p. I-5093 (*Spanje t. Commissie*).
- HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, p. I-5425 (*Dansk Rorindustri e.a. t. Commissie*).
- HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P - C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, p. I-5425 (*Dansk Rørindustri A/S e.a. t. Commissie*).
- HvJ EU 23 februari 2006, C-289/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5859 (*Showa Denko t. Commissie*).
- HvJ EG 15 juni 2006, C-28/05, *Jur.* 2006, p. I-5431 (*Dokter e.a.*).
- HvJ EG 29 juni 2006, C-289/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5859 (*Showa Denko KK t. Commissie*).
- HvJ EG 29 juni 2006, C-301/04 P, *Jur.* 2006, p. I-5915 (*SGL Carbon*).
- HvJ EG13 juli 2006, C-438/04, *Jur.* 2006, p. I-6675 (*Mobistar*).
- HvJ EG 12 september 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman en Sevinger*).
- HvJ EG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*).
- HvJ EU 25 januari 2007, C-407/04 P, *Jur.* 2007, p. I-829 (*Dalime SpA t. Commissie*).
- HvJ EU 25 januari 2007, C-403/04 P en C-405/04 P, *Jur.* 2007, p. I-729 (*Sumitomo Metal Industries Ltd en Nippon Steel Corp t. Commissie*).
- HvJ EU 25 januari 2007, C-407/04 P, *Jur.* 2007, p. I-829 (*Dalmine t. Commissie*).
- HvJ EG 8 februari 2007, C-3/06 P, *Jur.* 2007, p. I-1331 (*Groupe Danone t. Commissie*).
- HvJ EG 22 november 2007, C-525/04 P, *Jur.* 2007, p. I-9947 (*Spanje/Lenzing*).
- HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-10779 (*Viking*).
- HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jur.* 2007, p. I-11767 (*Laval*).
- HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, *Jur.* 2008, p. I-581, AB 2008/34 (*Varec*).
- HvJ EU 3 september 2008, C-402/05 P en C-415/05 P, *Jur.* 2008, p. I-6351 (*Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*).
- HvJ EG 29 oktober 2008, 209-215/78, *Jur.* 1982, p. 3125 (*Van Landewyck t. Commissie (FEDETAB)*).
- HvJ EG 18 december 2008, C-349/07, *Jur.* 2008, p. I-10369 (*Sopropé*).
- HvJ EU 2 april 2009, C-394/07, *Jur.* 2009, p. I-2563 (*Gambazzi*).
- HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *Jur.* 2009, p. I-4529 (*T-Mobile*).
- HvJ EG 11 juni 2009, C-429/07, *Jur.* 2009, p. I-4833 (*Inspecteur van de Belastingdienst t. X BV*).
- HvJ EU 3 september 2009, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, *Jur.* 2009, p. I-7191 (*Papierfabrik August Koehler*).

- HvJ EG 1 oktober 2009, C-141/08 P, *Jur.* 2009, p. I-9147 (*Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware t. Raad*).
- HvJ EG 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 P en C-519/06 P, *Jur.* 2009, p. I-9291 (*Glaxo Smith Kline t. Commissie*).
- HvJ EU 2 december 2009, C-89/08 P, *Jur.* 2009, p. I-11245 (*Europese Commissie t. Ierland e.a.*).
- HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, *Jur.* 2009, p. I-12073 (*Spector Photo Group NB e.a. t. CBFA*).
- HvJ EU 18 maart 2010, C-317/08–C-320/08, *Jur.* 2010, p. I-2213 (*Alassini*).
- HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, *Jur.* 2010, p. I-1885 (*Commissie t. Duitsland*).
- HvJ EU 29 juni 2010, C-441/07 P, *Jur.* 2010, p. I-5949 (*Commissie t. Alrosa*).
- HvJ EU 1 juli 2010, C-407/08, *Jur.* 2010, p. I-6375 (*Knauf t. Europese Commissie*).
- HvJ EU 14 september 2010, C-550/07 P, *Jur.* 2010, p. I-8301 (*AKZO Nobel*).
- HvJ EU 5 oktober 2010, C-400/10 PPU (n.n.g.) (*McB*).
- HvJ EU 7 december 2010, C-439/08, *Jur.* 2010, p. I-12471 (*Vebic t. Raad voor de Mededinging en Ministers van Economie*).
- HvJ EU 10 december 2010, nr. T-19/07, *Jur.* 2010, p. II-6083 (*Systran SA e.a. t. Commissie*).
- HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, nng (*DEB t. Duitsland*).
- HvJ EU, nr. C-279/99, *Jur.* 2010, p. I-3849 (*Donau Chemie*).
- HvJ EU 17 maart 2011, C-211/09, *Jur.* 2011, p. I-204 (*AJD Tuna*).
- HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, *Jur.* 2011, p. I-8263 (*Gueye & Sanchez*).
- HvJ EU 25 oktober 2011, C-109/10 P (n.n.g.) (*Solvay t. Commissie*).
- HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (n.n.g.) (*Dereci*).
- HvJ EU 8 december 2011, C-386/10 P, *Jur.* 2011, p. I-13085 (*Chalkor t. Commissie*).
- HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 P, *Jur.* 2011, p. I-12789 (*KME t. Commissie*).
- HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, *Jur.* 2011, p. I-14139 (*Cicala t. Regione Siciliana*).
- HvJ EU 21 december 2011, C-27/09 P, *Jur.* 2011, p. I-13427 (*Frankrijk t. People's Mojahedin Organization of Iran*).
- HvJ EU 7 februari 2012, C-421/11 P, *Jur.* 2012 (n.n.g.) (*Total SA en Elf Aquitaine SA*).
- HvJ EU 19 april 2012, C-443/09, *Jur.* 2012 (n.n.g.) (*Grillo Star*).
- HvJ EU 5 juni 2012, C-489/10 (n.n.g.) (*Bonda*).
- HvJ EU 15 juni 2012, C-494/11 P (n.n.g.) (*Otis*).
- HvJ EU 6 september 2012, C-619/10 (n.n.g.) (*Trade Agency*).
- HvJ EU 6 september 2012, C-96/11 P (n.n.g.) (*Storck/BHIM*).
- HvJ EU 16 oktober 2012, C-614/10 (n.n.g.) (*Commissie t. Oostenrijk*).
- HvJ EU 6 november 2012, C-199/11 (n.n.g.) (*Otis e.a.*).
- HvJ EU 7 november 2012, C-313/12 (n.n.g.) (*Giuseppe Romeo*).
- HvJ EU 8 november 2012, C-40/11 (n.n.g.) (*Lida*).
- HvJ EU 22 november 2012, C-277/11 (n.n.g.), JV 2013/8, m.nt. P. van Reenen (M.M.).
- HvJ EU 19 december 2012, C-363/11 (n.n.g.) (*Antonopoulos*).
- HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (n.n.g.) (*Sky Österreich GmbH t. Österreichischer Rundfunk (ORF)*).
- HvJ EU 29 januari 2013, C-396/11 (n.n.g.) (*Radu*).

- HvJ EU 31 januari 2013, C-175/11 (n.n.g.) (*H.I.D. en B.A. t. Refugee Applications Commissioner*).
- HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11 (n.n.g.) (*Melloni*).
- HvJ EU 26 februari 2013, C-617/00 (n.n.g.) (*Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson*).
- HvJ EU 4 juni 2013, C-300/11 (n.n.g.) (*ZZ t. Secretary of State for the Home Department*).
- HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11 (n.n.g.) (*Donau Chemie*).
- HvJ EU 11 juli 2013, C-439/11 P (n.n.g.) (*Ziegler SA t. Commissie*).
- HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (n.n.g.) (*Schilder Holding e.a. t. Commissie*).
- HvJ EU 18 juli 2013, C-510/11 P, n.n.g. (*Kone Oyj t. Commissie*).
- HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 (n.n.g.) (*PPU*).
- HvJ EU 26 september 2013, C-418/11 (n.n.g.) (*Texdata Software*).
- HvJ EU 26 september 2013, C-676/11 P, n.n.g. (*Alliance t. Commissie*).
- HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12 (n.n.g.) (*Sabou*).
- HvJ EU 19 december 2013, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, *Jur.* 2013, n.n.g. (*Siemens t. Commissie*).
- HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13 (n.n.g.) (*Siragusa*).
- HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (n.n.g.) (*Pfleger*).
- HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12 (n.n.g.) *EHRC* 2014/163, m.nt. L.J.M. Timmermans-Vermeer (*H.N.*).
- HvJ EU 12 juni 2014, C-578/11 P (n.n.g.) (*Deltafine SpA t. Commissie*).
- HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (n.n.g.) (*Kaminol/Datema*).
- HvJ EU 10 juli 2014, C-295/12 P, (n.n.g.) (*Telefónica SA t. Commissie*).
- HvJ EU 17 juli 2014, C-141/12 (n.n.g.), *EHRC* 2014/248, m.nt. H.R. Kranenborg, *AB* 2014/365, m.nt. M.M.C. van Graafeiland (*Y.S.*).
- HvJ EU 5 november 2014, C-166/13 (n.n.g.) *EHRC* 2015/2, m.nt. J.H. Gerards & M. den Heijer (*Mukarubega*).
- HvJ EU 26 november 2014, T-272/12 (n.n.g.) (*Energetický a průmyslový holding e.a. t. Europese Commissie*).
- HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (n.n.g.) (*FNV Kunsten Informatie en Media t. Nederland*).
- HvJ EU 11 december 2014, C-249/13 (n.n.g.), *AB* 2015/89 (*Khaled Boudjlida*).
- HvJ EU 18 december 2014, 2/13 (n.n.g.) (*Advies Toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*).
- Conclusie A-G Warner 19 september 1974, 17/74, *Jur.* 1974, p. 1088-1089 (*Transocean Marine Paint t. Commissie*).
- Conclusie A-G Warner 30 april 1980 in 136/79 (*National Panasonic t. Commissie*).
- Conclusie A-G Stix-Hackl 11 mei 2005 in C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson*).
- Conclusie A-G Mazak 16 december 2010 in C-360/09, *Jur.* 2011, p. I-5151.
- Conclusie A-G Sharpston 10 februari 2011 in C-272/09 P, *Jur.* 2011, p. I-12789 (*KME*).
- Conclusie A-G Kokott 14 april 2011 in C-109/10 P, *Jur.* 2011, p. I-10319 (*Solvay*).
- Conclusie A-G Trstenjak 22 september 2011, C-411/10 (n.n.g.) (*N.S.*).
- Conclusie A-G Bot 26 april 2012 in C-271/11 (n.n.g.) (*M.M.*).
- Conclusie A-G Sharpston 30 mei 2013 in zaak C-58/12 (*Groupe Gascogne*).

Conclusie A-G Kokott 6 juni 2013 in C-276/12 (n.n.g.) (*Sabou*).

Conclusie A-G Wathelet 23 augustus 2013 in C-383/13 PPP (n.n.g.) (*M.G. & N.R. tegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*).

Conclusie A-G Sharpston 12 december 2013 in C-141/12 (n.n.g.) (*Y.S. t. Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel*) en C-372/12 (n.n.g.) (*Minister voor Immigratie, Integratie & Asiel t. M & S*).

## Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie

EFTA Gerecht 18 april 2012, E-15/10 (*Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*).

## Gerecht van de Europese Unie

GvEA EG 10 juli 1990, T-64/89, *Jur.* 1990, p. II-367 (*Automec*).

GvEA EG 10 maart 1992, T-11/89, *Jur.* 1992, p. II-757 (*Shell t. Commissie*).

GvEA EG 15 december 1992, T-96/92, *Jur.* 1995, p. II-1213 (*CCE t. Commissie*).

GvEA EG 18 december 1992, T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, *Jur.* 1992, p. II-2667 (*Cimenteries*).

GvEA EG 24 maart 1993, T-3/93, *Jur.* 1994, p. II-121 (*Air France t. Commissie*).

GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, *Jur.* 1993, p. II-389 (*British Gypsum*).

GvEA EG 23 februari 1994, T-39/92 en T-40/92, *Jur.* 1994 p. II-49 (*Carte Blue t. Commissie*).

GvEA EG 7 juli 1994, T-43/92, *Jur.* 1994, p. II-441 (*Dunlop Slavenger t. Commissie*).

GvEA EG 15 juli 1994, T-17/93, *Jur.* 1994, p. II-595 (*Matra Hachette t. Commissie*).

GvEA EG 1 december 1994, T-535/94 R, *Jur.* 1994, p. II-1141 (*Postbank*).

GvEA EG 6 december 1994, T-450/93, *Jur.* 1994, p. II-1177 (*Lisrestal*).

GvEA EG 6 april 1995, T-150/89, *Jur.* 1995, p. II-1165 (*Martinelli t. Commissie*).

GvEA EG 29 juni 1995, T-30/91, *Jur.* 1995, p. II-1775 (*Solvay*).

GvEA EG 29 juni 1995, T-37/91, *Jur.* 1995, p. II-1901 (*ICI t. Commissie*).

GvEA EG 18 september 1995, T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*).

GvEA EG 14 maart 1996, T-134/95, *Jur.* 1996, p. II-181 (*Dysan Magnetics en Review Magnetics*).

GvEA EG 22 oktober 1997, T-213/95 en T-18/96, *Jur.* 1997, p. II-1739 (*SCK en FNK t. Commissie*).

GvEA EG 27 november 1997, T-290/94, *Jur.* 1997, p. 2137 (*Kayerberg t. Commissie*).

GvEA EG 10 december 1997, T-141/94, *Jur.* 1999, p. II-347 (*Thyssen Stahl t. Commissie*).

GvEA EG 14 mei 1998, T-348/94, *Jur.* 1998, p. II-1875 (*Enso Española t. Commissie*).

GvEA EG 14 mei 1998, T-337/94, *Jur.* 1998, p. II-1571 (*Enso-Gutzeit t. Commissie*).

GvEA EG 17 december 1998, nr. C-185.95 P, *Jur.* 1998, p. I-8417 (*Baustahlgewebe t. Commissie*).

GvEA EG 28 april 1999, T-221/95, *Jur.* 1999, p. II-1299 (*Endemol t. Commissie*).

GvEA EG 19 mei 1999, T-175/95, *Jur.* 1999, p. II-1581 (*BASF t. Commissie*).

GvEA EG 9 juli 1999, T-231/97, *Jur.* 1999, p. II-2403 (*New Europe Consulting e.a.*).

GvEA EG 13 juli 2001, T-138/07, *Jur.* 2011, p. II-4819 (*Schindler t. Commissie*).

- GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, *Jur.* 2002, p. II-1487 (*HFB e.a. t. Commissie*).
- GvEA EG 15 maart 2000, T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, *Jur.* 2000, p. I-491 (*Cimenteries CBR e.a. t. Commissie*).
- GvEA EG 6 juli 2000, T-62/98, *Jur.* 2000, p. II-2707 (*Volkswagen AG t. Commissie*).
- GvEA EG 20 februari 2001, T-112/98, *Jur.* 2001, p. II-729 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*).
- GvEA EG 8 november 2001, T-65/96, *Jur.* 2001, p. II-3261 (*Kish Glass t. Commissie*).
- GvEA EG 6 december 2001, T-196/99, *Jur.* 2001, p. II-3597 (*Area Cova t. Raad en Commissie*).
- GvEA EG 20 december 2001, T-213/01 R, *Jur.* 2001, p. II-3963 (*Österreichische Postsparkasse AG t. Commissie*).
- GvEA EG 28 februari 2002, T-86/95, *Jur.* 2002, p. II-101 (*Compagnie generale maritime t. Commissie*).
- GvEA EG 20 maart 2002, T-16/99, *Jur.* 2002, p. II-1633 (*Lögstör Rör t. Commissie*).
- GvEA EG 25 oktober 2002, T-5/02, *Jur.* 2002, p. II-4381 (*Laval t. Commissie*).
- GvEA EG 9 juli 2003, T-224/00, *Jur.* 2003, p. II-2597 (*Archer Daniels Midland*).
- GvEA EG 30 september 2003, T-191/98 en T-212/98-T-214/98, *Jur.* 2003, p. II-3275 (*Atlantic Container Line AB e.a. t. Commissie*).
- GvEA EG 29 april 2004, T-236/01, T-239/01, T-244/01 t/m T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Jur.* 2004, p. II-1181 (*Tokai Carbon t. Commissie*).
- GvEA EG 8 juli 2004, T-50/00, *Jur.* 2004, p. II-2395 (*Dalmine SpA t. Commissie*).
- GvEA EG 8 juli 2004, T-67/00, *Jur.* 2004, p. II-2501 (*JFE Engineering e.a. t. Commissie*).
- GvEA EG 7 juni 2005, T-213/01 en T-214/01, *Jur.* 2006, p. II-1601 (*Osterreichische Postsparkasse e.a.*).
- GvEA EG 25 oktober 2005, T38/02, *Jur.* 2005, p. II-4407 (*Groupe Danone t. Commissie*).
- GvEA EG 15 maart 2006, T-15/02, *Jur.* 2006, p. II-497 (*BASF t. Commissie*).
- GvEA EG 30 mei 2006, T-198/03, *Jur.* 2006, p. II-1429 (*Bank Austria Creditanstalt AG t. Commissie*).
- GvEA EG 27 september 2006, T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969 (*Glaxo Smith Kline t. Commissie*).
- GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, *Jur.* 2006, p. II-3085 (*Avebe t. Commissie*).
- GvEA EG 27 september 2006, T-43/02, *Jur.* 2006, p. II-3435 (*Jungbunzlauer t. Commissie*).
- GvEA EG 27 september 2006, T44/02 OP, T54/02 OP, T56/02 OP, T60/02 OP en T61/02 OP, *Jur.* 2006, p. II-3567 (*Dresdner Bank e.a. t. Commissie*).
- GvEA EG 27 september 2006, T-59/02, *Jur.* 2006, p. II-3627 (*Archer Daniels Midland t. Commissie*).
- GvEA EG 16 november 2006, zaak T-120/04, *Jur.* 2006, p. II-4441 (*Peróxidos Orgánicos t. Commissie*).
- GvEA EG 13 december 2006, T-217/03 en T-245/03, *Jur.* 2006, p. II-4987 (*FNCBV e.a. t. Commissie*).
- GvEA EG 14 december 2006, T-259/02 tot T-264/02 en T-271/02, *Jur.* 2006, p. II-5169 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a. t. Commissie*).

GvEA 26 april 2007, nrs. T109/02, T118/02, T122/02, T125/02 en T126/02, T128/02 en T129/02, T132/02 en T136/02, *Jur.* 2007, p. II-947 (*Bolloré e.a. t. Commissie*).

GvEA EG 17 september 2007, T-125/03 en T-253/03 (*AKZO Nobel e.a. t. Commissie*).

GvEA EG 17 september 2007, T-201/04, *Jur.* 2007, p. II-3601 (*Microsoft t. Commissie*).

GvEA EG 12 december 2007, T-101/05 en T-111/05, *Jur.* 2007, p. II-4949 (*BASF en UCB t. Commissie*).

GvEA EG 10 april 2008, T-271/03, *Jur.* 2008, p. II-477 (*Deutsche Telekom t. Commissie*).

GvEA EG 18 juni 2008, T-410/03, *Jur.* 2008, p. II-881 (*Hoechst t. Commissie*).

GvEA EG 8 juli 2008, T-53/03, *Jur.* 2008, p. II-1333 (*BPB plc t. Commissie*).

GvEA EG 8 juli 2008, T-54/03, *Jur.* 2008, p. II-120 (*Lafarge t. Commissie*).

GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, *Jur.* 2008, p. II-1501 (*AC Treuhand t. Commissie*).

GvEA EG 30 april 2009, T-13/03, *Jur.* 2009, p. II-975 (*Nintendo en Ninento Europa t. Commissie*).

GvEA EG 30 september 2009, T-161/05, *Jur.* 2009, p. II-3555 (*Hoechst t. Commissie*).

Gerecht EU 17 december 2009, T-57/01, *Jur.* 2009, p. II-4621 (*Solvay SA t. Commissie (Solvay II)*).

Gerecht EU 3 maart 2011, T-110/07, *Jur.* 2011, p. II-477 (*Siemens t. Commissie*).

Gerecht EU 16 juni 2011, T-191/06, *Jur.* 2011, p. II-2959 (*FMC Foret t. Commissie*).

Gerecht EU 12 juli 2011, T-113/07, *Jur.* 2011, p. II-3989 (*Toshiba Corp. t. Commissie*).

Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07, *Jur.* 2011, p. II-4819 (*Schindler e.a. t. Commissie*).

Gerecht EU 9 september 2011, T-12/06, *Jur.* 2011, p. II-5639 (*Deltafina t. Commissie*).

Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10 (n.n.g.) (*Bolloré t. Commissie*).

Gerecht EU 27 september 2012, T-343/06 (n.n.g.) (*Shell t. Commissie*).

Gerecht EU 16 september 2013, T-378/10 (n.n.g.) (*Masco e.a. t. Commissie*).

Gerecht EU 14 maart 2014, T-296/11 (n.n.g.) (*Cementos Portland Valderrivas SA t. Commissie*).

Gerecht EU 14 maart 2014, T-297/11 (n.n.g.) (*Buzzi Unicem SpA t. Commissie*).

Gerecht EU 14 maart 2014, T-302/11 (n.n.g.) (*Heidelberg Cement AG t. Commissie*).

Gerecht EU 27 maart 2014, T-56/09 en T-73/09 (n.n.g.) (*Saint-Gobain t. Commissie*).

Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09 (n.n.g.) (*Intel Corp*).

Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08 (n.n.g.) (*Sasol*).

Gerecht EU 6 januari 2015, T-47914 (n.n.g.) (*Kendrion t. Commissie*).

Gerecht EU 28 januari 2015, T-341/12 (n.n.g.) (*Evonik Degussa GmbH t. Commissie*).

Gerecht EU 16 december 2015, T-46/1 (n.n.g.) (*Deutsche Lufthansa e.a. t. Commissie*).

Gerecht EU (lopend), T-46/11 (*Deutsche Lufthansa e.a. t. Commissie*).

## Europese Commissie

Europese Commissie 18 april 2007, COMP/B/37.766 (*Nederlandse biermarkt*).

Europese Commissie 9 november 2010, COMP/39258 (*Airfreight*).

Europese Commissie 22 april 2013, COMP/IP/13/346 (*Smart cards chips*).



## Hoge Raad

HR 19 juni 1985, *NJ* 1986/104, m.nt. E.A. Alkema, ECLI:NL:HR:1985:AC8934.  
 HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253, m.nt. M. Scheltema.  
 HR 16 december 1986, *NJ* 1987/321.  
 HR 22 juni 1988, *NJ* 1988/955, m.nt. Th. W. van Veen, ECLI:NL:HR:1988:ZC3854.  
 HR 10 november 1992, *NJ* 1993/181, m.nt. M. Scheltema ECLI:NL:HR:1992:ZC9134.  
 HR 30 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2300, *BNB* 1998/380, *FED* 1998/750 m.nt. J. Ch. Caanen.  
 HR 24 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2719, *BNB* 1999/218.  
 HR 2 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1495, *NJ* 1999/648.  
 HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD9800, *AB* 2002/353 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; *BNB* 2002/223, m.nt. M.W.C. Feteris; en *FED* 2002/559 m.nt. A.C. Alkemade.  
 HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2248, *BNB* 2002/141.  
 HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AB1141, *AB* 2007/2, m.nt. M.P. Jongma.  
 HR 10 oktober 2007, *AB* 2007/326, m.nt. R. Ortlep, *JB* 2007/203, ECLI:NL:HR:2007:BA0582.  
 HR 7 december 2007, *AB* 2008/82, m.nt. R. Ortlep, ECLI:NL:HR:2007:BB9389.  
 HR 25 april 2008, *AB* 2009/407, m.nt. L.J.A. Damen, ECLI:NL:HR:2008:BA3823.  
 HR 15 mei 2009, *AB* 2009/342, m.nt. B.W.N. de Waard, ECLI:NL:HR:2009:BI3751.  
 HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes.  
 HR 7 januari 2011, *BNB* 2011/62, m.nt. A.O. Lubbers, ECLI:NL:PHR:2011:BL0214.  
 HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013/145.  
 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *AB* 2013/343, m.nt. R. Stijnen.  
 HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2144.  
 HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874.  
 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1117.  
 HR 23 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:960.

## Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 11 augustus 1976, *Gst.* 1976, 6417. 6 (m.nt. Kan).  
 ABRvS 10 augustus 1995, *AB* 1996/307, m.nt. F.C.M.A. Michiels.  
 ABRvS 22 april 1996, *AB* 1997/39, m.nt. N. Verheij; *JB* 2000/ 218, m.nt. R.J.N. Schlössels.  
 ABRvS 25 juni 1996, *AB* 1996/411, m.nt. I.C. van der Vlies, ECLI:NL:RVS:1996:AN5166.  
 ABRvS 19 september 1996, *AB* 1996/215, m.nt. P.J.J. van Buuren.  
 ABRvS 10 februari 1997, *AB* 1997/427 m.nt. N. Verheij, ECLI:NL:RVS:1997:ZB7279.  
 ABRvS 3 juli 1998, *AB* 1998, 332.  
 ABRvS 25 maart 1999, *AB* 1999/229, m.nt. B.P. Vermeulen, ECLI:NL:RVS:1999:AN5980.  
 ABRvS 1 november 1999, *JB* 1999/301.  
 ABRvS 13 maart 2001, *JB* 2001/95, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.  
 ABRvS 7 augustus 2002, *AB* 2003/176, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:RVS:2002:AE6240.  
 ABRvS 6 augustus, 2003 ECLI:NL:RVS:2003:AI0789.



ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004/69, m.nt. F.C.M.A. Michiels, ECLI:NL:RVS:2003:AO4902.  
 ABRvS 3 maart 2004, *AB* 2004/252, m.nt. N. Verheij, ECLI:NL:RVS:2004:AO4777.  
 ABRvS 11 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5360, *JB* 2005/188.  
 ABRvS 7 september 2005, *AB* 2006/155m m.nt. N. Verheij.  
 ABRvS 12 juli 2006, *JB* 2006/268, m.nt. D.W.M. Wenders, *AB* 2008/144, m.nt. A.M.L. Jansen, ECLI:NL:RVS:2006:AY3673.  
 ABRvS 8 april 2009, *AB* 2009/375, m.nt. C.M. Bitter, ECLI:NL:RVS:2009:BI0419.  
 ABRvS 7 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9644.  
 ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8718, *AB* 2010/332, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.  
 ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7160.  
 ABRvS 30 november 2011, *AB* 2012/142, m.nt. T.R. Barhuysen & M. van Emmerik, ECLI:NL:RVS:2011:BU6382.  
 ABRvS 4 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8805.  
 ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3870.  
 ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3923.  
 ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3309.  
 ABRvS 3 januari 2013, *AB* 2013, 198, m.nt. R. Ortlep, ECLI:NL:RVS:2013:BY8254.  
 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643.  
 ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982.  
 ABRvS 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280.

### **College van Beroep voor het bedrijfsleven**

CBb 24 augustus 1959, *SEW* 1959, p. 319-329.  
 CBb 24 juli 1979, Hoffmann la Roche, 150/01/21, 22 en 23, *AB* 1980/487, m.nt. M.R. Mok, *SEW* 1980, afl. 2.  
 CBb 15 april 1988, *SEW* 1989.  
 CBb 23 mei 1995, *AB* 1995/455, m.nt. J.H. van der Veen, ECLI:NL:CBB:1995:ZG0724.  
 CBb 5 december 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD6693.  
 CBb 27 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8688  
 CBb 15 januari 2003, *AB* 2003/93, m.nt. J.H. Veen, ECLI:NL:CBB:2003:AF4118.  
 CBb 28 maart 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF7150.  
 CBb 27 juni 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AI0109.  
 CBb 5 augustus 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AL1845.  
 CBb 27 augustus 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AL1184.  
 CBb 4 september 2003, *AB* 2004, 14, m.nt. I.C. Vlies, ECLI:NL:CBB:2003:AL1183.  
 CBb 20 februari 2004, *AB* 2005/166, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AO5968.  
 CBb 29 april 2004, *JOR* 2004/173, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol, ECLI:NL:CBB:2004:AO9910.  
 CBb 28 mei 2004, *AB* 2004/449, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AP1336.  
 CBb 28 mei 2004, *AB* 2004/449, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AP1336.  
 CBb 17 november 2004, *AB* 2005/81 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.

- CBb 17 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004: AR6034.
- CBb 17 november 2004, *AB* 2005/81, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.
- CBb 6 juli 2005, *AB* 2005/397, m.nt. I.C. Vlies, ECLI:NL:CBB:2005:AT9206.
- CBb 28 oktober 2005, *M&M* 2006/2, ECLI:NL:CBB:2005:AU5316.
- CBb 7 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8309.
- CBb 9 februari 2006, *AB* 2006/292, ECLI:NL:CBB:2006:AV2682.
- CBb 21 maart 2006, *AB* 2006/13, ECLI:NL:CBB:2006:AV6537.
- CBb 22 maart 2007, *AB* 2008/212, ECLI:NL:CBB:2007:BA2598.
- CBb 31 december 2007, *NJB* 2008/246, ECLI:NL:CBB:2007:BC1396.
- CBb 3 juli 2008, *AB* 2009/177, ECLI:NL:CBB:2008:BD6635.
- CBb 3 juli 2008, *AB* 2009/305, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629.
- CBb 6 oktober 2008, *AB* 2009/270, ECLI:NL:CBB:2008:BF8820.
- CBb 19 januari 2009, *JOR* 2009/194, ECLI:NL:CBB:2009:BH0436.
- CBb 22 januari 2009, *AB* 2009, 186, ECLI:NL:CBB:2009:BH6932.
- CBb 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424, *AB* 2009/394.
- CBb 6 november 2009, *AB* 2010/215, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641.
- CBb 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0770, *AB* 2010/216.
- CBb 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463, *AB* 2010/317.
- CBb 12 februari 2010, *AB* 2010/297, ECLI:NL:CBB:2010:BM1689.
- CBb 18 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM2423.
- CBb 29 juni 2010, *NJB* 2010/1499, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470.
- CBb 7 juli 2010, *AB* 2010/235.
- CBb 8 juli 2010, *LJN*: BN4148.
- CBb 20 augustus 2010, *AB* 2010/242.
- CBb 31 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN6716.
- CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO4962.
- CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8060.
- CBb 25 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ5977.
- CBb 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6737.
- CBb 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.
- CBb 25 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU4338, *JB* 2011/283.
- CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5581.
- CBb 10 januari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV1542.
- CBb 21 februari 2012, *AB* 2012/84 m.nt. I. Sewandono, ECLI:NL:CBB:2012:BV7304.
- CBb 14 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV9426.
- CBb 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3286, *AB* 2013/67.
- CBb 28 augustus 2012, *AB* 2012/380, ECLI:NL:CBB:2012:BX7256.
- CBb 4 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.
- CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2037.
- CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7031.
- CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY9875.
- CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, *JOR* 2013/48.
- CBb 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866, *JOR* 2013/174.

CBb 10 april 2014, *AB* 2014/313, m.nt. R. Stijnen, ECLI:NL:CBB:2014:116.  
CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116, *AB* 2014/313.  
CBb 25 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:162, *JOR* 2014/171.  
CBb 25 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:162, *FED* 2014/75.  
CBb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200.  
CBb 3 december 2014, *NJB* 2015/109, *JOR* 2015/39, ECLI:NL:CBB:2014:438.  
CBb 9 juli 2015, *JB* 2015/166, ECLI:NL:CBB:2015:193.  
CBb 2 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:388.  
CBb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56.  
CBb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:189.

### **Centrale Raad van Beroep**

CRvB 22 november 1990, *TAR* 1991/20.  
CRvB 30 november 1994, *AB* 1995/271.  
CRvB 11 april 1995, *KG* 1995/245.  
CRvB 23 december 1996, *AB* 1997/239.  
CRvB 29 april 1999, *TAR* 1999/96, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8270.  
CRvB 4 januari 2000, *AB* 2000/146.  
CRvB 2 maart 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA0586.  
CRvB 27 augustus 2008, *JB* 2008/260.  
CRvB 13 mei 2009, *JB* 2009/184, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4912.  
CRvB 8 februari 2011, *AB* 2011/309, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6186.  
CRvB 8 februari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6186.  
CRvB 5 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0530.  
CRvB 24 januari 2013, *AB* 2013/106, ECLI:NL:CRVB:2013:BY9358.

### **Gerechtshoven**

Gerechtshof Den Haag 24 februari 2009, *AB* 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3856.  
Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL6952, *NTFR* 2010, 702.  
Gerechtshof Amsterdam 21 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ2794.

### **Rechtbanken**

Rb. Den Haag 16 oktober 1986, *KG* 1986/486.  
Rb. Amsterdam 23 juli 1998, *KG* 98/1908.  
Rb. Rotterdam 20 september 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA9482, *M&M* 2001/1, m.nt. P.P.J. Van Ginneken.  
Rb. Den Haag 22 januari 2001, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF3195.  
Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, ECLI:NL:RBROT:2001:AB6588.  
Rb. Rotterdam 4 december 2001, ECLI:NL:RBROT:2001:AD9026.  
Rb. Rotterdam 6 februari 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AR5218.

- Rb. Leeuwarden 25 februari 2002, ECLI:NL:RBLEE:2002:AD9641.
- Rb. Rotterdam 26 november 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219, *AB* 2003/385, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
- Rb. Rotterdam (vzr.) 24 december 2002, *AB* 2004/65, m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:RBROT:2002:AF2989.
- Rb. Den Haag (vzr.) 22 januari 2003, *AM* 2003, p. 37-40, m.nt. B.A. Nijs, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF3195.
- Rb. Rotterdam 11 maart 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5745.
- Rb. Den Haag 9 april 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF7087, *AB* 2003/199, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
- Rb. Rotterdam 14 april 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF7601, *JOR* 2003/148 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.
- Rb. Rotterdam 18 juni 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AI0095.
- Rb. Rotterdam 2 september 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU9056.
- Rb. Rotterdam 22 december 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV9019.
- Rb. Rotterdam 20 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX9223.
- Rb. Rotterdam 19 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY4888.
- Rb. Rotterdam 8 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI7165.
- Rb. Rotterdam 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT8903.
- Rb. Rotterdam 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221.
- Rb. Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2448, *JOR* 2013/139, m.nt. S.M.C. Nuyten.
- Rb. Amsterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5346.
- Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5611.
- Rb. Rotterdam 5 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9461.
- Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.
- Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273.
- Rb. Rotterdam 15 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3805.
- Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689.
- Rb. Rotterdam 14 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689.
- Rb. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:227.
- Rb. Rotterdam 17 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5822.
- Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, *JOR* 2014/332, m.nt. S.M.C. Nuijten, ECLI:NL:RBROT:2014:8382.
- Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10173.
- Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10129.
- Rb. Rotterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3381.
- Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892.
- Rb. Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635.
- Rb. Rotterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7123.
- Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477.

## Nederlandse Mededingingsautoriteit en Autoriteit Consument & Markt

NMa 18 juni 1998, 10.  
 NMa 26 mei 1998, 377 (*Albert Heijn*).  
 NMa 30 november 1998, 130 (*Essers*).  
 NMa 26 augustus 1999, 650 (*Hydro Energy B.V.- Sep*).  
 NMa 14 september 1999, 952 (*Bredase notarissen*).  
 NMa 12 januari 2000, 757 (*Secon/Chilly-Basilicum*).  
 NMa 15 februari 2001, 2039 en 2040 (*EuroNet Internet BV/KPN Telecom BV*).  
 NMa 25 juni 2002, 2498 (*Sparu B.V., Vermeulen Neerbosscheweg B.V., Vermeulen St. Anna B.V., B.V. Benzine Exploitiatiemaatschappij en Texaco Nederland B.V.*).  
 NMa 29 augustus 2002, 2422 (*Klager-AUV en Aesculaap*).  
 NMa 2 oktober 2007, 5842-5850 (*Sierstenen*).  
 NMa 2 oktober 2007, 5888-5896 (*Breedplaat- & Ribcassettevloeren*).  
 NMa 13 november 2007, 5211 (*Boomkwekerijen*).  
 NMa 16 november 2007, 5697 (*Verkeersregeltoestellen en verkeersregelininstallaties*).  
 NMa 5 maart 2008, 102898/10 (*Bindende aanwijzing Essent en NRE*).  
 NMa 11 augustus 2008, 102755/13 (*Delta Netwerkbedrijf B.V.*).  
 NMa 21 augustus 2009, 6492 & 6430 (*De Tongelreep & Meiveld*).  
 NMa 21 augustus 2009, 103258\_2/24 (*NRE Netwerk B.V.*).  
 NMa 12 november 2009, 6091 (*Zwembadchloor*).  
 NMa 3 februari 2010, 6492 (*De Tongelreep*).  
 NMa 4 maart 2010, 103351\_1/26 (*Dow Benelux B.V.*).  
 NMa 7 mei 2010, 6719, 6622.  
 NMa 16 juli 2010, 102941/69 (*Liander N.V.*).  
 NMa 29 oktober 2010, 6494 en 6836 (*Limburgse bouwzaken*).  
 NMa 16 december 2010, 6303 (*Meelsector*).  
 NMa 29 december 2010, 5965 (*Producenten isolerend dubbelglas*).  
 NMa 30 december 2010, 5998 (*Verzekeringspools*).  
 NMa 30 juni 2011, 7138 (*Thebe & 't Heem/Thebe & Maasduinen/Thebe & De Volckaert*).  
 NMa 13 december 2011, 6538 & 6539 (*Executieveiling (1<sup>e</sup> tranche)*).  
 NMa 20 december 2011, 6425 (*Glazenwassers*).  
 NMa 29 december 2011, 7245 (*FTN*).  
 NMa 30 december 2011, 6888 (*LHV*).  
 NMa 15 mei 2012, 7036 (*Paprika*).  
 NMa 20 november 2012, 7130 en 7131 (*Taxivervoer IJsselsteden/Rijnmond*).  
 NMa 7 januari 2013, 7237 & 7268 (*Executieveiling (2<sup>e</sup> & 3<sup>e</sup> tranche)*).  
 NMa 25 februari 2013, 7533 (*Kunstveilingen*).  
 ACM 24 mei 2013, 7400 (*Geuneburg*).  
 ACM 24 mei 2013, 7401 (*Kanaalweg*).  
 ACM 24 mei 2013, 7403 (*Bergambacht & Dilettant*).  
 ACM 7 januari 2014 (*Mobiele operators*).  
 ACM 3 juni 2014, (*Buma/Stemra*).  
 ACM 25 juni 2015, 14.0705.27 (*Natuurazijn*).

**Kamerstukken**

- Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 11.  
*Kamerstukken II* 1960/61, 6348, 1.  
*Kamerstukken II* 1974/75, 13100 XIII, 3, p. 19 e.v. (MvT).  
*Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 1990/91, 22008, 1-2.  
*Kamerstukken II* 1990/91, 22045, 1-2.  
*Kamerstukken II* 1990/91, 22093, 1.  
*Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 1992/93, 22093, 6.  
*Kamerstukken II* 1992/93, 22093, 7.  
*Kamerstukken II* 1992/93, 22093, 71.  
*Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VI, 48.  
*Kamerstukken II* 1995/96, 24707.  
*Kamerstukken II* 1995/96, 24707, A.  
*Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 1 en 2.  
*Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 1996/97, 25128, 3, p. 13-14.  
*Kamerstukken II* 1997/98, 25175, 5.  
*Kamerstukken II* 1998/99, 26360, 1.  
*Kamerstukken II* 1999/2000, 26800 VI, 67.  
*Kamerstukken II* 2000/01, 27639, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3.  
*Kamerstukken II* 2004/05, 30071, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 2005/06, 30071, 27.  
*Kamerstukken II* 2005/06, 30071, 29.  
*Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VI, 2.  
*Kamerstukken II* 2007/08, 31200, XIII, 76.  
*Kamerstukken II* 2009/10, 24036, 369.  
*Kamerstukken II* 2010/11, 31490, 55.  
*Kamerstukken II* 2010/11, 32261, 3.  
*Kamerstukken II* 2011/12, 31570, C.  
*Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 1 en 2.  
*Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3 (MvT).  
*Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, 4.  
*Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 6.  
*Kamerstukken II* 2011/12, 33622, 266.  
*Kamerstukken I* 2012/13 31570, G.  
*Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3 (MvT).  
*Kamerstukken I* 2012/13, 33622, 9.  
*Kamerstukken I* 2013/14, 33622, nr. C.

*Kamerstukken II* 2013/14, 33 622, 1.  
*Kamerstukken II* 2013/14, 32648, 6.  
*Kamerstukken II* 2014/15, 34190, 3 (MvT).

*Handelingen II* 2005/06, 9.  
*Handelingen II* 2005/06, 91.  
*Handelingen II* 2005/06, 99.

#### GERAADPLEEGDE ADVIEZEN EN RAPPORTEN

Sociaal-Economische Raad, *Advies betreffende het voorontwerp Wet Economische Mededinging*, 1953, nr. 11.  
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving* (rapport nr. 35), 's-Gravenhage: Sdu 1988.  
Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, *Handhaving door bestuurlijke boeten*, 1994/1.  
Commissie Economische Mededinging, *Advies inzake de nieuwe Mededingingswet*, 30 september 1994, nr. 13117.  
Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake de nieuwe Mededingingswet*, 21 oktober 1994, nr. 13.  
Raad van State, *Advies inzake de nieuwe regels omtrent de economische mededinging*, 19 februari 1996 (met nader advies van 26 april 1996), nr. W10.95.0378, opgenomen in: Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, *Rapport Handhaven op niveau*, 1998, p. 36.  
Europese Commissie, *White paper on modernisation of the rules implementing articles 81 and 82 of the EC Treaty*, PB 1999, C 132.  
Rapport van de Commissie-Polak, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 137.  
Sociaal-Economische Raad, *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet* 2006, nr. 3.  
Commissie-Meijers, *Notitie geheime informatie en ambtsberichten in de vreemdelingenprocedure*, 2007.  
Algemene Rekenkamer, *Toezicht op mededinging door de NMa*, 30 mei 2007.  
Algemene Rekenkamer, *Rapport 'Kaders voor toezicht en verantwoording – Uitgangspunten, redeneerlijnen en handreikingen van de Algemene Rekenkamer*, februari 2008.  
Staatscommissie Grondwet, *Wetsvoorstel recht op eerlijk proces in de Grondwet* 2010.  
SiRM & Pels Rijcken, *Boete-inkomsten van ACM*, 3 juli 2013.  
ABD TOPConsult, *Rapport Raad van Toezicht Autoriteit Financiële Markten (AFM) – Compliance en integriteit herijkt*, 9 december 2014.  
Europese Commissie, *Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003: achievements and future perspectives*, COM (2014)453.  
Europese Commissie, *Commission staff working document – Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues*, SWD (2014) 231/2.



SiRM, *Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt*, 6 februari 2014.

Afdeling advisering van de Raad van State, *Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht*, 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280.



## De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten

### Samenvatting

De toevlucht van de bestuurlijke boete in het mededingingsrecht, het alles-in-één-hand-handhavingssysteem waarin de ACM optreedt als opsporings- en sanctieorgaan en de uitgebreide opsporingsbevoegdheden van de ACM geven aanleiding om vraagtekens te plaatsen bij de verenigbaarheid van de publieke handhaving van het mededingingsrecht met mensenrechten. Rechtspraak van de bestuursrechter illustreert dat vooral in boeteprocedures de rechtsbescherming tekort kan schieten omdat bijvoorbeeld geen volledige inzage is verleend in het boetedossier, de interne onafhankelijkheid van de ACM onvoldoende is gewaarborgd of de cautie niet is gegeven. Dit onderzoek heeft, gelet op deze ontwikkelingen, de volgende onderzoeksvraag:

*In hoeverre zijn de publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in Nederland verenigbaar met de fundamentele procesrechten die voortvloeien uit het EVRM en het Unierecht?*

Uit dit onderzoek blijkt dat procedurele verstevigingen gewenst zijn in het licht van verschillende fundamentele procesrechten die zijn neergelegd in de artikelen 6 en 8 EVRM en 41, 47 en 48 Handvest (en de procesrechten die als algemene rechtsbeginselen gelding hebben binnen de Europese rechtsorde). Het proefschrift bestaat uit drie delen. Het eerste – theoretische – deel gaat over de geschiedenis van de publieke handhaving van het mededingingsrecht, de huidige bevoegdheden en procedures van de ACM en de relevante fundamentele procesrechten. Het tweede deel behandelt in drie casestudies de volgende fundamentele procesrechten: het inzagerecht, het hoorrecht en het ondervragingsrecht. Het derde deel verbindt de knelpunten die in de casestudies naar boven zijn gekomen aan mogelijke oplossingen. Deze samenvatting beschrijft de belangrijkste bevindingen en aanbevelingen van dit onderzoek.

#### *Procedures en rechtsbescherming*

In het eerste deel van het proefschrift zijn de verschillende fundamentele procesrechten besproken en de uitwerking van deze bepalingen op publieke handhavingsprocedures in Nederland inzake het kartelverbod en het machtsmisbruikverbod (ex artikelen 6 en 24 Mw en 101 en 102 VWEU). Een onderscheid is gemaakt tussen de verschillende procedures die de ACM kan inzetten bij een vermoedelijke overtreding: boeteprocedures, clementieprocedures, toezeggingsprocedures en lastprocedures (last onder dwangsom en zelfstandige last). In beginsel zou voor elke handhavingsvorm een ander

rechtsbeschermingsniveau moeten gelden – een gedifferentieerd rechtsbeschermingsniveau is dan het uitgangspunt.

Op basis van de drie *Engel*-criteria – de kwalificatie van het strafbare feit volgens het nationale recht, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de straf – hebben het EHRM en het HvJ EU bepaald dat in boeteprocedures sprake is van een strafvervolgung. Deze vaststelling heeft tot gevolg dat in beginsel het volledige rechtsbeschermingspakket van toepassing is (artikel 6 EVRM en, naast artikel 47, ook artikel 48 Handvest). In de zaak *Jussila* heeft het EHRM echter een onderscheid gemaakt tussen zaken die *hardcore* strafrecht betreffen en zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen. Voor die laatste categorie geldt dat de strafrechtelijke waarborgen niet te allen tijde ‘within its full stringency’ van toepassing zijn. Mededingingszaken zijn expliciet als voorbeeld genoemd van zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen. Bij deze kwalificatie kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, namelijk de zwaarte en het stigmatiserende effect van de sanctie, is het verdedigbaar dat in een boeteprocedure wel een *hardcore* strafvervolgung plaatsvindt. Bij andere, meer op een schikking gerichte, boeteprocedures (bijvoorbeeld de clementieprocedure) ligt echter een milder rechtsbeschermingsniveau voor de hand. In deze procedures biechten de betrokkenen de inbreuk op en ze verlenen medewerking aan het onderzoek in ruil voor een boetekorting. In deze procedures is het bieden van het volledige rechtsbeschermingspakket overbodig en kan het door het EHRM ontwikkelde *Jussila*-onderscheid een rol spelen. Een optie is bijvoorbeeld de introductie van een procedurele *waiver* die vrijwillig en ondubbelzinnig kenbaar is gemaakt door de betrokkene en die gepaard gaat met een (extra) boetekorting. Naast de boeteoplegging kan de ACM een herstelsanctie opleggen (de last onder dwangsom en de zelfstandige last (bindende aanwijzing)) of een toezegging bindend verklaren. In beide gevallen zou het minimumrechtspakket van toepassing moeten zijn bestaande uit de rechtswaarborgen die zijn opgenomen in artikel 6 lid 1 EVRM en artikel 47 Handvest, waarbij als verschil geldt dat artikel 6 lid 1 EVRM alleen van toepassing is op toezeggingsaanvragen die niet vrijwillig zijn ingediend.

Nadat in de hoofdstukken 1 tot en met 3 voor de verschillende handhavingsprocedures verschillende rechtsbeschermingsniveaus zijn voorgesteld, behandelt hoofdstuk 4 de vraag in hoeverre een alles-in-één-hand-handhavingsstelsel, waarbij de ACM zelf onderzoek verricht en de boete oplegt, in overeenstemming is met fundamentele procesrechten. Uit de jurisprudentie van het EHRM – en dit is tot op zekere hoogte ook af te leiden uit de jurisprudentie van het HvJ EU – hangt de toelaatbaarheid van het alles-in-één-hand-handhavingsstelsel af van de vraag of het bestuursorgaan onafhankelijk en onpartijdig is. Is dit niet het geval, dan kan in beginsel alleen een volledige rechterlijke toetsing het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid herstellen.

In het eerste deel van hoofdstuk 4 is vastgesteld dat de boetetaakstelling, het gebrek aan eigen personeel en onvoldoende doorgetrokken *Chinese walls* (tussen de directie mededinging en de directie juridische zaken) tekenen zijn dat de ACM onvoldoende haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan garanderen. Een probleem

is echter dat deze lacunes niet volledig door de bestuursrechter hersteld kunnen worden. Ten eerste is de rechterlijke toetsing niet op alle punten volledig. De bestuursrechter beoordeelt immers het besluit van het bestuursorgaan en neemt geen nieuw besluit. Voor de niet aangevoerde gronden verlaat de bestuursrechter zich dus op de analyses van het bestuursorgaan. De ACM heeft dan ook een zekere discretionaire bevoegdheid in zaken die complexe economische analyses vergen. De rechterlijke toetsing en de procedurele waarborgen in de besluitvormingsfase werken in deze situaties als communicerende vaten: hoe meer de bestuursrechter zich verlaat op de vaststellingen van het bestuursorgaan, hoe meer de besluitvormingsfase dient te voldoen aan de procedurele waarborgen van artikel 6 EVRM. Het is (mede) daarom van belang dat de besluitvormingsfase eerlijk verloopt. Daarnaast moet de bestuursrechter alle aangevoerde gronden toetsen, ook wanneer deze economische analyses raken. Partijneutrale deskundigen kunnen de bestuursrechter daarbij helpen. Ten tweede zijn er andere zaken die pleiten voor de doorwerking van artikel 6 EVRM in de bestuurlijke besluitvormingsfase, te weten: (1) het moment waarop de bescherming van artikel 6 EVRM begint te lopen, namelijk het moment waarop iemand weet dat hij zal worden vervolgd, (2) de plicht van het bestuursorgaan om tot een zorgvuldige feitenvaststelling te komen, (3) de relatie tussen rechtsvermoedens (waarop bestuursorganen zich kunnen baseren) en de voldoende waarborging van verdedigingsrechten, en (4) de onmogelijkheid om in alle gevallen het gebrek aan rechtsbescherming te herstellen bij de bestuursrechter. Deze argumenten leiden in dit onderzoek tot de conclusie dat er een fundamenteel recht op een eerlijk besluitvormingsproces zou moeten bestaan.

### *Toetsing aan de hand van casestudies en aanbevelingen*

Aan de hand van drie casestudies is vervolgens in de hoofdstukken 5 tot en met 7 getoetst in hoeverre de besluitvormingsprocedures van de ACM in overeenstemming zijn met het recht op een eerlijk proces. Vervolgens zijn in hoofdstuk 8 aanbevelingen gedaan die tegemoetkomen aan bepaalde knelpunten.

De eerste casestudie staat in het teken van het hoorrecht, het recht van partijen om zich tijdens een hoorzitting mondeling te verdedigen. Met betrekking tot de hoorzitting is opgemerkt dat deze procedure grotendeels in lijn is met het EVRM en het Unierecht, mits tijdens de hoorzitting ook de beslissende instantie aanwezig is. In mededingingsprocedures is dit de raad van bestuur van de ACM. Hoewel een hoorzitting het uitgangspunt is, en dus ook de praktijk van de ACM, heeft het EHRM bepaald dat een hoorzitting niet noodzakelijk is in zaken die binnen de periferie van het strafrecht vallen. Een enkel schriftelijke behandeling van de zaak kan bijvoorbeeld geschikt zijn voor clementieprocedures.

Wel zou tijdens de hoorzitting, conform de conclusies uit de derde casestudie over het ondervragingsrecht, een mogelijkheid tot het horen van getuigen moeten bestaan. Deze verplichting zou moeten gelden voor situaties waarin de ACM getuigenverklaringen heeft gebruikt bij de inbreukvaststelling. Onder het begrip getuigen vallen volgens het EHRM ook mede-inbreukmakers. Dit betekent dat verklaringen van

bijvoorbeeld clementieverzoekers aanleiding kunnen zijn voor de ACM om de ondervraging van deze clementieverzoekers toe te staan. Het ondervragingsrecht is echter niet absoluut: een gerechtvaardigde beperking hierop is mogelijk afhankelijk van het belang van de verklaring voor de uitkomst van de procedure en de aanwezigheid van compenserende maatregelen.

De tweede casestudie gaat over het inzagerecht dat zowel inzage in het rapport als in de relevante stukken bestrijkt. Ten aanzien van het rapport is aangegeven dat de beperkte verplichting tot het uitbrengen van een rapport (alleen bij boetes vanaf € 340) en de soms beperkte vertaling daarvan in strijd kunnen komen met artikel 6 EVRM. De keuze om wel of geen inzage te verlenen in het dossier is lastig, aangezien deze beslissing regelmatig een afweging vereist tussen verschillende (fundamentele) belangen: het belang van openbaarmaking (i.e. de rechten van verdediging) versus het belang van geheimhouding van documenten (wegens vertrouwelijkheidskwesties). In principe zou de ACM toegang moeten verlenen tot alle belastende en ontlastende stukken. De ACM verstrekt dan ook alle stukken die volgens haar op de zaak betrekking hebben. Het EHRM heeft bevestigd dat autoriteiten (zoals de ACM) zelf een boetedossier mogen samenstellen, mits zij gehoor geven aan een (licht) gemotiveerd verzoek om toegang tot documenten die in eerste instantie niet aan het boetedossier zijn toegevoegd. Het stellen van te hoge motiveringseisen, hetgeen in het verleden het geval is geweest, is daarmee in strijd met artikel 6 EVRM. Met betrekking tot de niet-bestaftende procedures voldoet het echter wanneer de ACM alleen toegang verleent tot die documenten die relevant zijn voor de inbreukvaststelling. Een belangrijke eis die het EHRM stelt, is de eis dat de weigering van de vervolgende autoriteit om geen inzage te verlenen in vertrouwelijke documenten beoordeeld moet kunnen worden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter die de opportuniteit van de beslissing nagaat en daarvoor toegang krijgt tot alle stukken. De Awb voorziet, met artikel 8:29 Awb, in een aparte procedure voor de geheimhouding van documenten. Hoewel deze procedure 'EHRM-proof' is bevonden (in het kader van een niet-bestaftende procedure), is het de vraag of het wenselijk is dat de rechter die over de zaak beslist de vertrouwelijke documenten niet mee kan nemen in de beoordeling wanneer partijen daarvoor geen toestemming verlenen. Deze procedure druist in tegen het uitgangspunt dat de rechter zich met volledige kennis van zaken een oordeel moet kunnen vellen. Een eventuele oplossing ligt in het werken met vertrouwelijkheidskringen waarbij een beperkte groep personen toegang krijgt tot de vertrouwelijke documenten.

### *Suggesties en conclusies*

De knelpunten die in de hoofdstukken 4 tot en met 7 zijn aangestipt, leiden tot de bredere vraag of de ACM in mededingingszaken nog wel geschikt is om bestraffend op te treden. Hoofdstuk 8 behandelt deze vraag naast de, voor de casestudies, specifieke aanbevelingen.

Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Ten eerste heeft de ACM de juridische en economische expertise om mededingingsinbreuken op te sporen en te bestraffen. Het opsporen en bestraffen van mededingingsinbreuken heeft dan ook een

prioriteit bij de ACM. Bij het OM is het maar de vraag of, gezien de geschiedenis die leert dat het mededingingsrecht onder de WEM praktisch niet strafrechtelijk werd gehandhaafd, mededingingszaken opportuun genoeg zijn om te handhaven. Daarnaast kunnen de meeste procedurele knelpunten met verschillende interne wijzigingen in de procesgangen worden weggenomen. De effectiviteit van de procedures wordt bovendien versterkt door te werken met een *taylor-made* rechtsbeschermingspakket. De beslissingsruimte die de ACM krijgt om bepaalde procedurele rechten wel, of juist niet, in te zetten, kan worden ondervangen door van belangrijke procesbeslissingen (i.e. de beslissing om geen getuigen te ondervragen, geen zwijgrecht toe te kennen, geen hoorzitting te verlenen of beperkt toegang te verlenen tot het dossier) appellabele beslissingen te maken die in eerste instantie in bezwaar door een, opnieuw in te stellen, adviescommissie bezwaarschriften beoordeeld kunnen worden. Een eventueel vastgestelde schending van een fundamenteel procesrecht zou moeten leiden tot de uitsluiting van het bewijs (eventueel met als gevolg de vernietiging van het besluit) of tot een uitkering van een schadevergoeding. Een reden om wel over te gaan tot het overhevelen van de bestuurlijke handhaving van het mededingingsrecht naar de strafrechtelijke handhaving is de aanwezigheid van specifieke opsporingsmethodes die het opsporen van kartelinbreuken kunnen vergemakkelijken. Verder onderzoek naar de noodzaak van deze opsporingsmethodes, en wie deze opsporingsbevoegdheden zou moeten krijgen (de ACM zelf?), is echter noodzakelijk. Een hypothese is dat een sterker rechtsbeschermingspakket (zoals in dit proefschrift is voorgesteld) ruimte biedt voor een sterker opsporingsapparaat. Het onderzoek suggereert dat, vanuit het perspectief van de fundamentele verdedigingsbelangen van betrokkenen, het versterken van de rechtsbescherming in mededingingsprocedures prioriteit heeft.





## The public enforcement procedures of competition law in view of human rights

### Summary

Several reasons, the refuge the administrative fine has taken in competition law, the all-in-one enforcement system where the Authority Consument & Markt (ACM) acts as the investigative and sanctioning body and the extensive investigative powers of the ACM, give reason to call into question the compatibility of public enforcement procedures of competition law with human rights. Case law of the administrative court illustrates that legal protection may fall short, because, for example, no full access was granted to the file of the ACM, the ACM internal independence is insufficiently guaranteed or no caution was given. Because of these developments, the following research question is central to the study.

*To what extent are the public enforcement procedures of competition law in the Netherlands in conformity with the fundamental procedural rights deriving from the ECHR and EU law?*

This study shows that procedural reinforcements are desirable in view of various fundamental procedural rights laid down in Articles 6 and 8 of the ECHR, 41, 47 and 48 Charter (and the procedural rights which apply as general legal principles within the European legal order). The dissertation comprises three parts. The first, theoretical part is about the history of the public enforcement of competition law, the current powers and procedures of the ACM and the relevant fundamental procedural rights. The second part deals in three case studies with the following basic procedural rights: the right to get access to the file, the right to be heard and the right to interrogate witnesses. The third part connects the impediments to possible solutions which have emerged from the case studies. This summary describes the main findings and recommendations of this study.

#### *Procedures and legal protection*

In the first part of the thesis, the various fundamental procedural rights are discussed and the effect of these provisions on public enforcement procedures in the Netherlands relating to the prohibition of cartels and the abuse of power (under Articles 6, 24 and 101 Competitive Trading Act, 102 TFEU). A distinction is made between the different procedures the ACM can deploy in case of an apparent infringement: penalty procedures, leniency procedures, commitment procedures and order procedures (an order subject to an incremental penalty and an independent order). In principle, a different level of legal protection should apply for each form of enforcement – a differentiated legal protection level will then be the starting point.

Based on the three *Engel* criteria, the classification of the offense under domestic law, the nature of the offense and the nature and severity of the punishment, the

ECtHR and the ECJ have decided that there is an element of prosecution in penalty procedures. This conclusion means that in principle the full legal protection package applies (Article 6 ECHR and, in addition to Article 47, also Article 48 Charter). However, in the case of *Jussila*, the ECtHR distinguished between matters concerning hard-core criminal law and matters in the periphery of the criminal law. As far as this latter category is concerned, the criminal law guarantees do not always apply within its full stringency. Competition cases are explicitly mentioned as examples of cases in the periphery of criminal law. The question is whether this qualification is correct. Depending on the circumstances of the case, namely the degree of stigmatising effect of the sanction, one could argue that a hard-core criminal charge is at stake. In other penalty procedures more focussed on settlement (for example the leniency procedure), a milder level of legal protection would seem obvious. In these procedures, the parties involved confess their participation in the infringement and assist in the investigation in exchange for a lower penalty. Offering a complete legal protection package is redundant in these procedures. The dissertation suggests that the *Jussila* distinction developed by the ECtHR can play a part in these kind of procedures. One option is to introduce a procedural waiver which is declared voluntarily and unambiguously by the party involved and accompanied by an (additional) penalty reduction. In addition to a sanction, the ACM can issue a restorative sanction (a periodic penalty payment, an independent order (binding instruction)) or declare a commitment binding. In those cases, the minimal legal package consisting of the legal guarantees included in Article 6 section 1 ECHR and Article 47 Charter should apply, with the difference being that Article 6 section 1 ECHR applies only to commitment requests that are not submitted voluntarily.

After Chapters 1 to 3, where different legal protection levels are proposed for the various enforcement procedures, Chapter 4 deals with the extent to which an all-in-one enforcement system, where the ACM conducts the investigation and imposes the penalty itself, is in accordance with fundamental procedural rights. ECtHR case law, and up to a certain level this can also be derived from ECJ case law, shows that the permissibility of the all-in-one enforcement system depends on the question whether the administrative body is independent and impartial. If this isn't the case, then in principle a complete assessment by the court can restore the lack of independency and impartiality. In the first part of Chapter 4, it is determined that the penalty task assignment, the lack of own personnel and insufficiently extended *Chinese Walls* are signs that ACM can insufficiently guarantee its independence and impartiality. These voids cannot, however, be completely restored by the administrative court. Firstly, the court assessment is not complete at all points. After all, the administrative court assesses the decision by the administrative body and doesn't take a new decision. The administrative court relies upon the analyses by the administrative body for all grounds that are not adduced. The ACM also has a certain discretionary power in cases which require complex economic analyses. The court assessment and the procedural guarantees in the decision phase in these situations act as communicating vessels: the more the administrative court relies upon the conclusions by the administrative body, the more the decision phase must meet the procedural guarantees of Article 6 ECHR.

This is part of the reason why it is important that the decisions phase runs fairly. Secondly, there are different matters which argue in favour of the continued effect of Article 6 ECHR in the administrative decision phase, namely (1) the moment when the protection of Article 6 ECHR starts running, namely the moment when someone knows that an action will be brought against him/her, (2) the administrative body's duty to come to a careful decision, (3) the relationship between presumptions of law (on which administrative bodies' can base themselves) and the sufficient guarantee of rights of defence, and (4) the impossibility to sometimes restore the lack of legal protection with the administrative court. In this study, these arguments lead to the conclusion that there should be a fundamental right to a fair administrative process.

### *Assessment by means of case studies and recommendations*

Next, by means of three case studies, the Chapters 5 to 7 assess to what extent the ACM decision procedures are in accordance with the right to a fair trial. Subsequently in chapter 8, recommendations are made which meet certain impediments. The first case study deals with the right to be heard: the right of parties to give a verbal defence during a hearing. In relation to the hearing, it has been noted that this procedure is generally in line with the ECHR and the Union law, provided the deciding authority is present at the hearing. In competition procedures, this is the ACM Executive Board. Though a hearing is the starting point and therefore also the practice of the ACM, the ECtHR has decided that a hearing isn't necessary in cases which fall in the periphery of criminal law. Specifically, in leniency procedures one could wonder whether an oral hearing is needed or whether the case be handled fully in writing.

During the hearing, the right to interrogate witnesses should exist in conformity with the conclusions from the third case study. This obligation should apply to situations where the ACM used witness statements in establishing the infringement. According to the ECtHR, the term 'witnesses' includes also the other infringing parties. This means that statements from leniency applicants, for example, may be a reason for the ACM to allow interrogating these leniency applicants. The right to interrogate is however not absolute: a justified limitation to this may possibly depend on the importance of the statement for the outcome of the procedure and the presence of compensating measures.

The second case study is about the right to get access to the file, which covers both access to the statement of objections as well as the relevant documents. With regard to the statement of objections, the dissertation indicates that the limited obligation to publish such a statement (only for penalties of €340 and higher) and the sometimes limited translation of this could be contrary to Article 6 ECHR. The choice whether to grant access or not to the file is a difficult one as this decision often requires deliberation between different fundamental interests: the interest of disclosure (i.e. the rights of the defence) versus the interest of secrecy (on account of confidentiality issues) of documents. Essentially, ACM should grant access to all inculpatory and exculpatory documents. This is why the ACM supplies all the documents it considers relevant to the case. The ECtHR has confirmed that authorities (such as the ACM) can compose a

file themselves, provided they comply with a (brief) substantiated request to grant access to documents which were initially not added to this file. Making the requirement to state reasons too high, something which has happened in the past, is consequently contrary to Article 6 ECHR. With respect to non-punitive procedures, it suffices when the ACM grants access to only those documents relevant for establishing the infringement. An important requirement imposed by the ECtHR is the requirement that the refusal of the prosecuting authority not to grant access to confidential documents should be revivable by an independent and impartial court which checks the appropriateness of the decision and is granted access to all documents in order to do so. Article 8:29 of the General Administrative Law Act provides a separate procedure for the confidentiality of documents. Although this procedure has been found 'ECtHR proof' (in the context of a non-punitive procedure), it's the question whether it is desirable that the court deciding on the case can't take the confidential documents into consideration when the parties don't give permission to do so. This procedure is in conflict with the principle that the court has to pass judgment knowing all the facts. A possible solution is in working with confidentiality spheres where a limited group of people has access to the confidential documents.

### *Suggestions and conclusions*

The impediments indicated briefly in the Chapters 4 to 7 lead to the broader question of whether the ACM is still suitable for punitive action. As well as discussing the specific recommendations for the case studies, Chapter 8 deals with this question.

The answer to it is affirmative. First of all, the ACM has the economic expertise to trace and punish competition infringements. This is why tracing and punishing infringement cases has priority with the ACM. Given the time when competition law wasn't actually criminally enforced under the Economic Competition Act, it's the question whether competition cases are expedient enough to be enforced by the Public Prosecutor. Secondly, most procedural impediments can be resolved with a number of operational internal changes. The effectiveness of the procedures is strengthened by working with a tailor-made legal protection package. The room the ACM gets in order to decide whether or not to deploy certain procedural rights can be obviated by turning major process decisions – i.e. the decisions not to interrogate witnesses, not to grant the right to remain silent, not to grant a hearing or to grant limited access to the file – into decisions which can be appealed. These decisions when appealed can initially be assessed by an Objections Advisory Board which needs to be (re)established. Any infringement found of a fundamental right to legal proceedings should lead to exclusion of the evidence (possibly resulting in quashing the decision) or to compensation of damages. One reason to decide to transfer the administrative enforcement of competition law to criminal law enforcement is the presence of specific investigative methods which can simplify investigating cartel infringements. Further investigation into the necessity for these investigation methods and who should receive these investigative powers (ACM itself?) is required. A hypothesis is that a stronger legal protection package (as proposed in this dissertation) offers scope for a stronger

investigation system. The study suggests that, from the point of view of the fundamental defence interests of parties involved, strengthening the legal protection in competition procedures has priority.





## Bijlage I. Karteloverzicht ACM

| Datum       | Besluit                                                               | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Rechterlijke procedures |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| <b>2015</b> |                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                         |
| 25-6-2015   | 14.0705.27<br>Natuurazijn<br>(boete –<br>vereenvoudigde<br>afdoening) | De ACM heeft in deze zaak een boete opgelegd aan twee producenten van natuurazijn, Kühne & Burg, en vijf leidinggevend van de bedrijven, voor het maken van kartelafspraken in de periode van 2001 tot 2012. De afspraken bestonden uit het afstemmen van de prijzen van offertes van in totaal zeven afnemers. Bij gedeelde afnemers was het doel van partijen om de onderlinge volumeverhoudingen bij de betreffende afnemers in stand te houden; bij niet-gedeelde afnemers was het doel van partijen om de bestaande klantrelatie in stand te houden. | Kühne heeft op 14 november 2012 een clementieverzoek ingediend voor haarzelf en ten behoeve van een aantal (oud-)werknemers. De ACM is vervolgens een onderzoek gestart en heeft in dat kader verschillende keren inlichtingen gevorderd van de betrokken partijen, andere producenten en afnemers van industrieel natuurazijn. Bij de onderneming van Burg heeft de ACM op 12 februari 2013 een onderzoek verricht op haar bedrijfslocatie en inlichtingen gevorderd. Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport dat op 31 januari 2014 naar de partijen is verzonden. | Medio juni 2014 hebben de partijen de ACM verzocht om de mogelijkheden voor een vereenvoudigde afdoening van het rapport te verkennen. Vervolgens hebben de partijen op 11 juli 2014 en 23 september 2014 schriftelijk hun zienswijzen kenbaar gemaakt. De partijen en de ACM hebben vervolgens besproken dat het meewerken aan de vereenvoudigde afdoening van het rapport een boetevermindering van 10% met zich brengt. Deze medewerking bestaat uit de erkenning van de feiten en de juridische beoordeling zoals weergegeven in het rapport en de acceptatie van de methode van |                         |

| Datum       | Besluit                           | Inbreuk                                                                                                                                                         | Onderzoeksprocedure                                                                                                                            | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|-------------|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|             |                                   |                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                | <p>beboeting en de op te leggen boete.</p> <p>De beide ondernemingen hebben vervolgens – gezien de bijzondere vorm van medewerking – een boetevermindering van 10% gekregen. De onderneming Kühne heeft echter ook voldaan aan de clementievoorraarden en verkrijgt daarmee een volledige boete-immuniteit. Hetzelfde geldt voor de drie leidinggevend van Kühne die ook een clementieverzoek hebben ingediend en daarvoor een volledige boetekorting krijgen.</p> |                         |
| <b>2014</b> |                                   |                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                         |
| 21-2-2014   | Mastercard (informele toezegging) | In deze zaak heeft de ACM geen aanleiding gezien om nader onderzoek te doen naar een mogelijke overtreding van de mededingingsregels door MasterCard, aangezien | In deze zaak kreeg de ACM (begin 2013) van ondernemers, voornamelijk uit de detailhandel, het signaal dat de tarieven die banken rekenden voor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------|
|       |         | <p>MasterCard bepaalde toezeggingen heeft gedaan. MasterCard heeft toegezegd om in de komende twee jaar de tarieven die banken elkaar onderling berekenen voor het verwerken van de binnenlandse creditcard-betalingen te verlagen. De toezegging duurt vier jaar.</p> | <p>creditcardbetalingen te hoog waren. Naar aanleiding van deze klachten startte de ACM een onderzoek. Vervolgens heeft de ACM de vastgestelde mededingingsrisico's in juli 2013 voorgelegd aan MasterCard en aangegeven open te staan voor alternatieve afdoening. Vervolgens heeft MasterCard in augustus 2013 aangegeven bereid te zijn om maatregelen te nemen die de door de ACM aangegeven mededingingsbezwaren weg kunnen nemen. In de periode tot januari 2014 hebben diverse contacten en overleggen tussen de ACM en MasterCard plaatsgevonden die vervolgens resulteerden in een brief van 20 februari 2014 waarin MasterCard een concreet voorstel tot gedragsaanpassing</p> |                  |                         |

| Datum    | Besluit                                   | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures |
|----------|-------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------|
|          |                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | indiende. Vervolgens heeft de ACM bij brief van 21 februari 2014 de voorstelde informele toezegging geaccepteerd en daarmee toegezegd geen formeel onderzoek te zullen starten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                  |                         |
| 3-6-2014 | 13.1395.53<br>Buma/Stemra<br>(toezegging) | De ACM heeft geconstateerd dat componisten en tekstdschrijvers feitelijk geen mogelijkheden hadden om hun liedteksten en composities aan te bieden op het internet buiten Buma/Stemra om. Buma/Stemra heeft toegezegd om meer keuze te bieden aan componisten en tekstdschrijvers voor het beheer van hun auteursrechten op muziek. | Naar aanleiding van een klacht van een muziekauteur heeft de ACM een onderzoek gedaan naar een mogelijke overtreding van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. De ACM heeft vastgesteld dat de door Buma/Stemra gehanteerde voorwaarden voor de overdracht van muziek auteursrechten risico's voor de mededinging met zich meebrachten. Naar aanleiding van de vastgestelde risico's is de ACM met Buma/Stemra in contacten getreden. Daarop heeft Buma/Stemra aangegeven toezeggingen te willen doen. |                  |                         |

| Datum      | Besluit                       | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                     | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|------------|-------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|            |                               |                                                                                                                                                                                                                                             | Op 4 april 2014 heeft de ACM de aanvraag tot het bindend verklaren van bepaalde toezeggingen ontvangen. Het ontwerp-toezeggingsbesluit is van 15 april 2014 tot en met 26 mei 2014 bij de ACM ter inzage gelegd. Op 3 juni 2014 is de toezegging bindend verklaard voor een periode van drie jaar. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 20-11-2014 | 6306<br>Meelkartel<br>(boete) | Drie investeringsmaatschappijen zijn aansprakelijk gesteld voor de gedragingen van een bedrijf dat betrokken was bij het meelkartel. <sup>1</sup> De investeringsmaatschappijen hadden beslissende invloed op de betreffende meelproducent. | Zie het besluit 6306 van 16 december 2010. Naar aanleiding van het advies van de Adviescommissie over de toerekening van de gedragingen aan de moedermaatschappij heeft de ACM een aanvullend rapport opgesteld en op 19 december 2012 toegezonden.                                                | Per brief van 1 maart 2013 is het op het aanvullend rapport betrekking hebbende dossier toegezonden en op 11 juli 2013 zijn nadere dossierstukken gestuurd. Vervolgens hebben de investeringsmaatschappijen hun schriftelijke zienswijzen naar voren gebracht (30 september 2013) en zijn deze door de gemachtigden van de investeringsmaat- | De ondernemingen hebben de ACM verzocht het aanvullende en onderliggende rapport te vertalen. De ACM heeft dit verzoek afgewezen omdat de rechtspersonen deel uitmaken van een economische eenheid en binnen die eenheid wel personen werkzaam zijn die de Nederlandse taal machtig zijn. Op 15 mei 2014 wees de voorzieningenrechter een |

<sup>1</sup> Zie over de mededingingsbeperkende afspraken het besluit van 16 december 2010.

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------|---------|---------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         |                     | <p>schappijen nader toegelicht op de hoorzitting van 7 november 2013.</p> <p>Vervolgens zijn naar aanleiding van de hoorzitting nadere schriftelijke stukken ingediend.</p> <p>De ACM komt uiteindelijk tot de conclusie dat de overtreding van een van de meelproducenten aan de investeringsmaatschappijen kan worden toegerekend en legt vervolgens een bestuurlijke boete op die tussen de € 450.000 en € 1.500.000 ligt. Het is daarmee voor het eerst dat de ACM investeringsmaatschappijen beboet.</p> | <p>verzoek van de rechtspersonen om een voorlopige voorziening te treffen af omdat het verzoek principiële vragen behelsde.<sup>2</sup> De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat aan de ondernemingen die in het aanvullende rapport zijn genoemd een recht op vertaling toekomt. Van de rechtspersonen kan niet worden gevergd dat zij een boetesluit afwachten alvorens zij tegen de weigering van de ACM te vertalen in verweer kunnen komen, omdat de tussentijdse beslissing onomkeerbare gevolgen kan hebben en het recht op vertaling van artikel 6 EVRM aantast.<sup>3</sup></p> |

<sup>2</sup> Rb. Rotterdam (Vz) 15 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3805.

<sup>3</sup> Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, JOR 2014/332, m.nt. S.M.C. Nuijten, ECLI:NL:2014:8382.

| Datum    | Besluit                                      | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures |
|----------|----------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------|
| 7-1-2014 | 13.0612.53<br>Mobiele operators (toezegging) | In deze zaak heeft de ACM haar zorgen geuit ten aanzien van publieke aankondigingen door KPN, T-Mobile en Vodafone. Volgens de ACM kunnen deze aankondigingen een instrument zijn om strategische onzekerheid tussen ondernemingen weg te nemen. Door de betreffende ondernemingen zijn toezeggingen gedaan (alhoewel geen concrete aanwijzing bestond voor een inbreuk op artikel 6 of 24 Mw). De toezeggingen zien erop dat de mobiele netwerkoperators geen uitingen doen in het publieke domein over toekomstige prijzen en andere commerciële voorwaarden voor mobiele communicatiediensten op de Nederlandse markt die een verslechtering voor de consument inhouden | De ACM heeft in de periode december 2011 en juni 2013 diepgaand onderzoek verricht naar de contacten tussen de mobiele netwerkoperators. Op 1 augustus 2013, 14 augustus 2013 en 10 september 2013 heeft de ACM een aanvraag ontvangen voor het bindend verklaren van toezeggingen als bedoeld in artikel 49a lid 1 Mw. Op 21 november 2013 heeft de ACM het ontwerp voor het toezeggingsbesluit ter inzage gelegd. Op 7 januari 2014 heeft de ACM de toezeggingen bindend verklaard. |                  |                         |



| Datum       | Besluit                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures |
|-------------|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|             |                        | voordat de interne besluitvorming is afgerond en vastgelegd.                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                         |
| <b>2013</b> |                        |                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                         |
| 24-5-2013   | 7400 Geuneburg (boete) | Voorafgaand aan de aanbesteding van het slooppject 'Geuneburg' te Rotterdam hebben Van Eijck en Hofstede hun inschrijfgedrag met elkaar afgestemd, hetgeen volgens de NMa een schending van het kartelverbod tot gevolg had. | De zaak is gestart door een clementieverzoek dat was ingediend door Bik Sloopwerken. Het clementieverzoek was de aanleiding voor de bedrijfsonderzoeken. Tijdens de bedrijfs-onderzoeken heeft de NMa vrouwelijke correspondentie (zoals een e-mail over de inschrijfstaat en de inschrijfstaat) gevonden die de basis vormt voor de conclusie dat sprake was van een inbreuk op artikel 6 Mw. Deze conclusie is ook gestoeld op verklaringen van Van Eijck. Een rapport is op 9 augustus 2012 opgesteld en verstuurd. | De ondernemingen hebben de op de zaak betrekking hebbende stukken ontvangen. De ondernemingen hebben vervolgens hun zienswijzen schriftelijk ingediend. De partijen hebben geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het dossier in te zien ten kantore van de ACM. Daarnaast hebben de partijen geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om hun zienswijzen mondeling toe te lichten. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                         |

| Datum     | Besluit                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|-----------|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 24-5-2013 | 7401 Kanaalweg (boete) | Voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van het project 'Kanaalweg' te Hellevoetsluis hebben Bik Sloopwerken en Hofstede hun inschrijfcijfers met elkaar afgestemd, in het kader waarvan zij tevens met elkaar een vergoeding hebben afgesproken. Dit leverde een schending van het kartelverbod op. | De zaak is gestart door een clementieverzoek die door Bik Sloopwerken was ingediend. In het clementieverzoek heeft Bik verklaard dat er voorafgaand aan de inschrijving op deze aanbesteding contact is geweest tussen Bik en Hofstede. Onderdeel van de afspraak was voorts een vergoeding van € 12.500 (waarvoor valselijk opgemaakte facturen zijn gemaakt). Voorts zijn door de clementieverzoekers bewijsstukken overlegd waarin de afspraken zijn weergegeven. Bewijs is bijna uitsluitend afkomstig van de clementievrager, met uitzondering van informatie over de door Bik ontvangen vergoeding die deels afkomstig is uit de administratie van Hofstede (zoals een faxbericht). Een rapport is op | De ondernemingen hebben de op de zaak betrekking hebbende stukken ontvangen. De ondernemingen, behalve Bik Sloopwerken (c.q. de clementieverzoeker), hebben vervolgens hun zienswijzen schriftelijk ingediend. De partijen hebben geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het dossier in te komen zien ten kantore van de NMa. Daarnaast hebben de partijen geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om hun zienswijzen mondeling toe te lichten. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. Rik Sloopwerken en twee persoonlijk leidinggevendenden hebben een clementiekorting van 100% gekregen. |                         |

| Datum     | Besluit                                       | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Rechterlijke procedures |
|-----------|-----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 24-5-2013 | 7403<br>Bergambacht &<br>Dilettant<br>(boete) | Voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van de projecten 'Woonzorgboerderij Bergambacht' te Bergambacht en 'Dilettant' te Krimpen aan de Lek hebben Sluyk en Van Herk hun inschrijfcijfers/offertes met elkaar afgestemd. Dit heeft geresulteerd in de vaststelling van een schending van het kartelverbod. | 9 augustus 2012<br>opgemaakt en verstuurd.<br><br>De zaak is gestart door een clementieverzoek dat is ingediend door Bik Sloopwerken. Tijdens de bedrijfsonderzoeken zijn van schriftelijke en digitale gegevens kopieën gemaakt en zijn mondelinge verklaringen afgenomen. Verder zijn inlichtingen gevorderd bij marktpartijen.<br>Sluyk en Van Herk hebben tijdens het onderzoek en in hun schriftelijke zienswijze niet ontkend dat zij voor het indienen van een prijs contact hebben gehad. Zij erkennen dat zij elkaar bij de projecten hebben geholpen bij het calculeren van de prijs. Dit volgt ook uit een e-mail van Sluyk aan Van Herk waarin Sluyk het inschrijfbdrag meldt met daarbij begeleidende teksten zoals 'volgens afspraak | De ondernemingen hebben de op de zaak betrekking hebbende stukken ontvangen. De ondernemingen hebben vervolgens hun zienswijzen schriftelijk ingediend.<br>De partijen hebben geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het dossier in te komen zien ten kantore van de NMa.<br>Daarnaast hebben de partijen geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om hun zienswijzen mondeling toe te lichten.<br>De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                         |

| Datum    | Besluit                                                                                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|          |                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                              | bijgaande offerte zoals ik hem indien' en 'Dit is mijn inschrijving. Gaarne je akkoord voordat ik deze wegstuur.'<br>Een rapport is op 9 augustus 2012 opge maakt en verstuurd.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 7-1-2013 | 7237 en 7268<br>Executieveiling<br>(2 <sup>e</sup> /3 <sup>e</sup> tranche)<br>(boete) | Verschillende executiehandelaars hebben het kartelverbod overtreden doordat zij door samentuning hun individuele biedgedrag hebben afgestemd ten aanzien van afzonderlijke woningen die op executieveilingen geveild worden. | De NMa is op 13 oktober 2009 een (zelfstandig) onderzoek gestart (naar aanleiding van informatie die de Belastingdienst heeft overgedragen) en heeft in het kader van dit onderzoek verschillende (onaangekondigde) bedrijfsonderzoeken verricht. Op 20 november 2009 heeft de NMa een clementieverzoek ontvangen. De vaststelling van de gedragingen is gebaseerd op tientallen verklaringen van handelaars zelf. Naast deze verklaringen bevat het dossier verklaringen van makelaars, taxateurs, een notaris, een tweetal | Het dossier is aan de handelaars toegezonden. De betreffende handelaars hebben schriftelijk zienswijzen naar voren gebracht. Op 28 februari, 29 februari en 1 maart 2012 heeft de NMa (in de tweede tranche) hoorzittingen georganiseerd. Van de hoorzittingen is een verslag opge maakt. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. De NMa heeft aan de clementieverzoeker een clementietoezegging in de categorie B verleend. | De betreffende ondernemingen betwisten de verklaringen van de clementieverzoeker (met name vanwege zijn dyslexie). Bezwaar is aange tekend. De Adviescommissie is het niet geheel met de vaststellingen van de ACM eens (bijvoorbeeld dat de zogeheten inzetfase de opmaat was voor de gedragingen in de afmijntfase). Het advies van de Adviescommissie is niet door de NMa gevolgd. In beroep stelt de rechtbank Rotterdam dat de NMa – bij de boeteberekening – rekening had moeten houden met het feit dat eisers |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|-------|---------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>controlerende ambtenaren van de Belastingdienst en werknemers van verschillende banken en het Waarborgfonds Eigen Woningen.</p> <p>Op 27 april 2011 heeft de Directie Mededinging met betrekking tot de eerste tranche rapporten opgemaakt en verstuurd. Voor de tweede tranche vond dit op 24 oktober 2011 plaats en met betrekking tot de derde tranche op 27 april 2012.</p> |                  | <p>privé en zakelijk behoorlijke financiële gevolgen hebben ondervonden van de tegen hen genomen besluiten, vooral door (de aankondiging van) het beëindigen van de bancaire relaties door de bank. De rechtbank acht een verlaging van de opgelegde boetes met 10% passend en voorziet hier zelf in. Met betrekking tot de bewijsstandaard oordeelt de rechtbank dat de ACM hieraan voldoet. De ACM beschikt immers over een clementieverklaring die wordt ondersteund door verschillende verklaringen van handelaren. Naast deze (mondelinge) verklaringen is er ook schriftelijk bewijs bestaande uit handgeschreven aantekeningen opgesteld door bij de gedragingen betrokken handelaren waarop het veilingverloop van een</p> |

| Datum           | Besluit                       | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Rechterlijke procedures                                     |
|-----------------|-------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| 7 november 2013 | 7244<br>Leesmappen<br>(boete) | De ondernemingen hebben klantverdelingsafspraken gemaakt die werden ondersteund door boetebedingen, overschrijfverboden, informatie-uitwisseling en bi- en multilaterale gebiedsafspraken over klanten en overnames, hetgeen door de NMa is gekwalificeerd als een inbreuk op het kartelverbod. | Op 8 augustus 2011 is de NMa een onderzoek begonnen naar overtredingen door ondernemingen op het gebied van de distributie, verhuur en verkoop van leesmappen. Onaangekondigde bedrijfs-onderzoeken hebben vanaf 22 november 2011 plaatsgevonden. Gedurende het onderzoek zijn schriftelijke stukken verzameld en mondelinge verklaringen afgenomen. Zowel verschillende schriftelijke stukken (zoals e-mails, notulen van vergaderingen) als de afgegeven verklaringen ondersteunen de conclusie dat sprake was van een inbreuk op artikel 6 Mw.<br>Op 17 juli 2012 heeft de | De op de zaak betrekking hebbende stukken zijn op 22 oktober 2012 toegezonden. Vrijwel alle betrokken ondernemingen hebben schriftelijk en mondeling (tijdens een hoorzitting) hun zienswijzen naar voren gebracht.<br>De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. De ACM heeft aan dertien feitelijk leidinggevend geen persoonlijke boete opgelegd, maar hen wel hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor een deel van de aan hun ondernemingen opgelegde boetes. | pand is weergegeven en overzichtsverklaringen. <sup>4</sup> |

<sup>4</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10172.

| Datum     | Besluit                             | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                              | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures |
|-----------|-------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------|
|           |                                     |                                                                                                                                                                                                                                                      | NMa een rapport opgemaakt en verstuurd aan de betrokken ondernemingen en de feitelijk leidinggevend.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                  |                         |
| 25-2-2013 | 7533<br>Kunstveilingen (toezegging) | Met dit toezeggingsbesluit heeft de ACM het onderzoek naar een kartelinbreuk door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de veilinghandel in Nederlandse kunstobjecten uit de 17 <sup>e</sup> tot en met de 20 <sup>e</sup> eeuw beëindigd. | <p>Het onderzoek van de NMa leidde tot de vaststelling dat de betrokken handelaren onder omstandigheden tijdens een veiling mede namens één of meer handelaren op schilderijen boden en bij verkrijging daarvan een vergoeding aan de medebieders betaalden. Bovendien was het niet ongebruikelijk dat een object na de verkrijging onderling door de betrokken partijen werd doorverkocht.</p> <p>Om de geïdentificeerde mededingingsrisico's weg te nemen, hebben de handelaren toegezegd zich vooraf en tijdens een veiling in Nederland te onthouden van afspraken over het biedgedrag en van de betaling van</p> |                  |                         |



| Datum       | Besluit                    | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------|----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|             |                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | vergoedingen. Verder hebben de handelaars toegezegd biedingen mede namens andere handelaars vooraf aan de veilinghouder kenbaar te zullen maken, met vermelding van de namen van de betrokken handelaars.                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| <b>2012</b> |                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| 15-5-2012   | 7036<br>Paprika<br>(boete) | De betreffende ondernemingen hebben afgesproken (1) om dag- en weerprijzen van paprika's af te stemmen en hierbij een minimumverkoopprijs te hanteren, (2) om informatie uit te wisselen over gerealiseerde dag- en weekprijzen alsmede aanbodprognoses, (3) om elkaars klanten te respecteren en daartoe klanteninformatie uit te wisselen, en (4) om de klokprijs van Zon Verkoopdiensten te beïnvloeden. | Aanleiding voor het onderzoek was een clementieverzoek (oorspronkelijk ingediend op 26 februari 2009, en later op 12 juni 2009). Vervolgens vonden bedrijfsonderzoeken plaats (op 28 juli 2009), heeft de NMa een marktonderzoek verricht en zijn schriftelijke en mondelinge verklaringen afgenomen. Het bewijs (belastend bewijsmateriaal bestaande uit een verslag van een bestuursvergadering, presentielijsten, schema's, presentaties) heeft | De ondernemingen hebben alle op de zaak betrekking hebbende stukken ontvangen. Het oorspronkelijke clementieverzoek is echter niet in het dossier opgenomen. Alle ondernemingen (behalve de clementieverzoeker) hebben schriftelijk zienswijzen ingediend. Alle ondernemingen, behalve de clementieverzoeker en één andere onderneming, hebben deelgenomen aan een hoorzitting. Ook met betrekking tot het aanvullende rapport | De ondernemingen hebben tegen het besluit rechtstreeks beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank heeft geoordeeld dat het bewijs (clementieverklaringen, presentaties en verklaringen) voldoet aan de bewijsstandaard en dat het kartelverbod inderdaad is overtreden. Het gebrek dat de rechtspersonen waaraan in het besluit een boete is opgelegd andere rechtspersonen zijn dan de rechtspersonen die in het |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-------|---------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | betrekking op de periode tussen 30-5-2006 tot en met 28-4-2007 en op de feiten die op 13-2-2009 hebben plaatsgevonden. Voor de periode tussen 28-4-2007 en 13-2-2009 berust de vaststelling van de inbreuk op verklaringen van betrokken personen. Op 15 december 2010 is een rapport opgemaakt en verstuurd. | hebben de ondernemingen schriftelijke zienswijzen naar voren gebracht. Het onderzoek heeft geresulteerd in een boete-besluit. De clementieverzoeker heeft boete-immuniteit verkregen. Een partij die bij het kartel een faciliterende rol vervulde (door het organiseren van de kartelvergaderingen) heeft ook een boete opgelegd gekregen. | (aanvullend) rapport worden genoemd, kan volgens de rechtbank worden hersteld. De ACM heeft dan ook nog steeds de bevoegdheid om de rechtspersonen genoemd in het (aanvullend) rapport te beboeten. Het gebrek moet, zonder vernietiging van het besluit (door middel van de bestuurlijke lus), binnen tien weken hersteld worden. <sup>5</sup> Met haar brief van 3 september 2014 heeft de ACM uitvoering gegeven aan de tussen-uitspraak. In een tussen-uitspraak van 9 juli 2015 geeft de rechtbank aan dat de ACM de gebreken in het bestreden besluit nog niet volledig heeft hersteld en krijgt (wederom) een termijn van tien weken om |

<sup>5</sup> Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689.

| Datum     | Besluit                        | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|-----------|--------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 25-5-2012 | 6964<br>Zilveruilen<br>(boete) | De ondernemingen hebben door afspraken over quotering, het opkopen van stakende zilveruilen-telers/verwerkers en het uitwisselen van informatie over de te hanteren prijzen de marktwerking voor het telen en verwerken van zilveruilen aanzienlijk beperkt. | Op 10 augustus 2010 is de NMa ambtshalve een onderzoek gestart. Op 17 en 18 augustus 2010 hebben verschillende onderzoeken plaatsgevonden in bedrijfslocaties en in een privé-woning. Naar aanleiding van de verzamelde stukken en de mondelinge verklaringen heeft de NMa een redelijk vermoeden geuit dat de ondernemingen een inbreuk hebben gepleegd op de mededingingsregels. Dit is bevestigd door de verschillende documenten die de NMa heeft verzameld (zilveruienteelconventie, vertrouwelijke notities, brieven, faxberichten, | Op 10 oktober 2011 zijn de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd en toegesonden. Alle ondernemingen hebben vervolgens schriftelijk zienswijzen naar voren gebracht en hebben (op één onderneming na) de hoorzitting bijgewoond. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. | opnieuw de hoogte van de boetes te bepalen. <sup>6</sup><br><br>De vijf betrokken ondernemingen zijn met instemming van de ACM in rechtstreeks beroep gegaan bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank deed op 20 maart 2014 uitspraak <sup>7</sup> en bevestigde grotendeels het besluit van de ACM. De rechtbank verlaagde de boete van een van de betrokken ondernemingen vanwege een door de ACM erkende dubbelstelling in de berekening van het boetemaximum. Het CBB heeft vervolgens de uitspraak van de rechtbank Rotterdam bevestigd. <sup>8</sup> |

<sup>6</sup> Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4885.

<sup>7</sup> Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2045.

<sup>8</sup> CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56.

| Datum      | Besluit                               | Inbreuk                                                                                                                                                                                 | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                  | Rechterlijke procedures |
|------------|---------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|            |                                       |                                                                                                                                                                                         | notulen, agenda's) en de mondelinge verklaringen die zijn afgenomen.<br>Het rapport is op 31 augustus 2011 getekend en verstuurd.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                         |
| 18-12-2012 | 6987<br>Eerstejaars plantuien (boete) | De ondernemingen hebben hun gezamenlijke aanbod eerstejaars plantuien voor de teeltjaren 2009 en 2010 afgesteld en in het kader hiervan concurrentie-gevoelige informatie uitgewisseld. | De NMa is op 8 juni 2010 ambtshalve een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van het kartelverbod in de markt voor het telen, verwerken en verhandelen van eerstejaars plantuien. Uit diverse documenten (zoals e-mails en faxberichten) en verklaringen volgt dat de ondernemingen, in verschillende samenstellingen, zijn bijeengekomen om tot onderlinge afspraken te komen over de beperking van hun gezamenlijke aanbod.<br><br>Het rapport is op 27 december 2011 en 31 januari 2012 toegezonden aan de betrokken ondernemingen. | Nadat alle stukken zijn toegezonden, hebben alle ondernemingen (op één onderneming na) schriftelijk zienswijzen ingediend. Alle betrokken ondernemingen waren bij de hoorzitting aanwezig. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                         |

| Datum       | Besluit                                          | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                            | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rechterlijke procedures |
|-------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 10-12- 2012 | 7249<br>Slopersbedrijven<br>Rotterdam<br>(boete) | De ondernemingen Hofstede en Struijk hebben in de periode 2004 tot en met 2009, voorafgaand aan de inschrijving op aanbestedingen, onderling hun inschrijfcijfers afgestemd. Deze gedragingen hadden betrekking op de markt van sloopwerkzaamheden van bouwwerken. | Op 23 maart 2010 heeft de NMa een onderzoek ingesteld en, vervolgens bedrijfsbezoeken uitgevoerd, inzage in schriftelijke stukken gevorderd (zoals e-mails), en mondelinge verklaringen afgenomen. De ondernemingen onderkennen dat zij hebben deelgenomen aan 'prijslenen', maar ontkennen dat dit een schending van artikel 6 Mw oplevert. Het onderzoek heeft echter geresulteerd in een redelijk vermoeden dat de betreffende ondernemingen het kartelverbod hebben overtreden. Van dit vermoeden is op 27 oktober 2011 een rapport opgemaakt en toegezonden. | De op de zaak betrekking hebbende stukken zijn ter inzage gelegd en verstuurd. De betrokken ondernemingen hebben geen schriftelijke zienswijzen ingediend, maar hebben wel de hoorzitting bijgewoond. Van de hoorzitting is vervolgens een verslag gemaakt. De onderneming Hofstede heeft vervolgens gereageerd op het verslag. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                         |
| 20-11-2012  | 7130 Taxivervoer<br>IJsselsteden<br>(boete)      | De ondernemingen RMC, IJsselsteden en BIOS hebben concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld en hun inschrijfgedrag                                                                                                                                             | Op 6 januari 2009 is de NMa een onderzoek gestart. Het onderzoek bevatte bedrijfsonderzoeken, het vorderen van inzage in schriftelijke                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Alle op de zaak betrekking hebbende stukken zijn ter inzage gelegd en aan de betrokken ondernemingen en feitelijk leidinggevendenden toegezonden.                                                                                                                                                                                                                                                                      |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         | (voorafgaande aan de inschrijving op aanbestedingen van contractueel taxivervoer) afgestemd. | <p>stukken, het maken van forensische <i>images</i> (digitale afdrukken), en het afnemen van verklaringen. Op grond van de schriftelijke stukken (zoals e-mails) en de mondelinge verklaringen heeft de NMa een vermoeden geuit dat een inbreuk op artikel 6 Mw heeft plaatsvonden. Van dit vermoeden is op 28 april 2011 een rapport opemaakt en verzonden.</p> | <p>Behalve de onderneming IJsselsteden hebben alle ondernemingen en feitelijk leidinggevendenden schriftelijke zienswijzen naar voren gebracht. Slechts één onderneming heeft van de mogelijkheid gebruik gemaakt om gehoord te worden.</p> <p>Volgens RMC (één van de betrokken ondernemingen) heeft de NMa ten onrechte ontlastende feiten genegeerd, wat volgens RMC een schending oplevert van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 6 EVRM.</p> <p>De NMa is echter van oordeel dat de ondernemingen in de gelegenheid zijn gesteld om hun zienswijzen kenbaar te maken en het dossier in te zien. Daarnaast heeft de raad van bestuur niet voorin genomen gehandeld, aangezien de ambtenaren die het rapport opstelden</p> |                         |

| Datum      | Besluit                           | Inbreuk                                                                                                                                                                     | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|------------|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|            |                                   |                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | niet betrokken waren bij het voorafgaande onderzoek.<br>De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. Naast de betreffende ondernemingen heeft de ACM de feitelijk leidinggevenden beboet. Deze hebben ieder afzonderlijke besluiten ontvangen.                                                                                                           |                         |
| 20-11-2012 | 7131 Taxivervoer Rijnmond (boete) | De ondernemingen RMC, IJsselsteden en BIOS hebben afspraken gemaakt over wie van hen in de regio Rotterdam zou inschrijven bij aanbestedingen van contractueel taxivervoer. | Het onderzoek is op 6 januari 2009 ingesteld. Vervolgens hebben bedrijfsonderzoeken plaatsgevonden (op 31 augustus en 1 september 2009). Tijdens de bedrijfsonderzoeken zijn schriftelijke stukken verzameld, digitale kopieën gemaakt en verklaringen afgenomen die de conclusie ondersteunen dat sprake is van een vermoeden van kartelschending van het kartelverbod. | Nadat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn verstuurd hebben alle ondernemingen (behalve de onderneming IJsselsteden) en de feitelijk leidinggevenden schriftelijk zienswijzen ingediend. BIOS stelt dat het aan haar toegezonden dossier niet compleet is omdat zij geen kennis heeft kunnen nemen van de afspraken tussen RMC en IJsselsteden (hetgeen een ander licht kan werpen op de |                         |



| Datum       | Besluit                 | Inbreuk                                                                                                                                          | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                             |
|-------------|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|             |                         |                                                                                                                                                  | Voordat de NMa een rapport uitbracht, heeft een van de ondernemingen (RMC) een verzoek tot het nemen van een toezeggingsbesluit, als bedoeld in artikel 49a Mw, ingediend. De BIOS-groep heeft op 24 maart 2011 bericht dat BIOS de toezeggingsaanvraag van RMC onderschrijft en bereid is daaraan uitvoering te geven. Op 28 april 2011, de dag van het uitbrengen van het rapport, is het verzoek afgewezen. | positie van BIOS). Volgens de NMa behoeven de stukken die slechts betrekking hebben op de afspraken tussen RMC en IJsselsteden en die verder geen raakvlakken hebben met de zaak, niet aan het dossier te worden toegevoegd. Enkel de ondernemingen RMC en BIOS hebben de hoorzitting bijgewoond (en niet de feitelijk leidinggevend). De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                                                                                                                                                                                                     |
| <b>2011</b> |                         |                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                     |
| 17-11-2011  | 6929<br>Zeescheepsafval | De ondernemingen maakten prijsafspraken en verdeelden onderling opdrachten voor het afvoeren van zeescheepsafval in het Rotterdamse havengebied. | De NMa kwam deze zaak op het spoor dankzij telefoontaps die de inlichtingen- en opsporingsdienst van het toenmalige ministerie VROM vond in het kader van een milieuonderzoek. Vervolgens heeft de NMa                                                                                                                                                                                                         | De ondernemingen hebben vervolgens alle op de zaak betrekking hebbende stukken ontvangen. Alle ondernemingen hebben schriftelijk zienswijzen ingediend en hebben tijdens een hoorzitting hun zienswijzen mondeling                                                                                                                                                                                                            | De ondernemingen betwisten de toelaatbaarheid van de telefoontaps en het gebruik daarvan. Volgens de NMa is het gebruik van de telefoontaps – in het licht van de vrije bewijsleer – rechtmatig. De |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                    | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------|---------|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>op 29 juni 2010 bedrijfsbezoeken uitgevoerd en daarbij inzage gevorderd in schriftelijke en digitale gegevens. Tevens hebben ambtenaren van de NMa verscheidende mondelinge verklaringen afgenomen van werknemers en voormalige werknemers van de betreffende ondernemingen. Verder heeft de NMa schriftelijke inlichtingen gevorderd bij de betreffende ondernemingen en verschillende andere partijen.</p> <p>Een redelijk vermoeden van een inbreuk op artikel 6 Mw heeft geresulteerd in een rapport dat op 28 december 2010 is opgesteld en verstuurd.</p> | <p>naar voren gebracht. Verschillende ondernemingen hebben gereageerd op het verslag van de hoorzitting. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen.</p> | <p>rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak van 11 juli 2013<sup>9</sup> het gebruik van de telefoontaps afgewezen gezien het gebrek aan een motivering van de officier van justitie om de telefoontaps te verstrekken. Aangezien het hele onderzoek op het onrechtmatig verkregen bewijs was gebaseerd, heeft de rechtbank het boetebesluit van de NMa vernietigd.</p> |

<sup>9</sup> Rb. Rotterdam 11 juli 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:5042).

| Datum     | Besluit                  | Inbreuk                                                                                                                                                                                                       | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 8-12-2011 | 6855 Wasseringen (boete) | De betreffende ondernemingen (die onder meer bedlinnen en bedrijfskleding voor zorginstellingen reinigen) hebben de Nederlandse markt onderling verdeeld door elke onderneming een eigen rayon toe te kennen. | Op 10 augustus 2009 is de NMa zelfstandig een onderzoek gestart en heeft, onaangetoond, bedrijfslocaties bezocht. Bij de bedrijfsbezoeken is inzage gevorderd in schriftelijke en digitale stukken en zijn mondelinge verklaringen afgenomen. Verder heeft de NMa bij de betreffende ondernemingen en bij derden schriftelijke stukken gevorderd. Voordat het rapport aan de ondernemingen is toegezonden (op 31 maart 2011) heeft de NMa de betrokken ondernemingen bij brief van 12 november 2010 op de hoogte gesteld van de stand van het onderzoek waarbij aan hen gelegenheid is geboden inhoudelijk te reageren op de voorlopige | Drie van de vier ondernemingen hebben op 24 mei 2011 de op de zaak betrekking hebbende stukken ontvangen. Vervolgens hebben zij schriftelijk en mondeling (op 20 september 2011) zienswijzen ingediend. De vierde onderneming (Rentex Dieben) heeft later, op 11 augustus 2011, het dossier ontvangen. De onderneming heeft naar aanleiding van het dossier schriftelijk zienswijzen ingediend, maar heeft geen beroep gedaan op een hoorzitting. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. | De Rechtbank Rotterdam heeft het besluit van de NMa bevestigd. Volgens de rechtbank is inderdaad sprake van een enkele, voortdurende (ook nadat verbod op passieve acquisitie was vervallen) inbreuk. De NMa heeft echter onvoldoende onderzoek gedaan naar betrokkenheid van één onderneming bij de afspraak. Voor deze onderneming is de overtrekking verjaard. De boetes voor de overige ondernemingen zijn evenredig, maar ambtshalve gematigd wegens overschrijding redelijke termijn. <sup>10</sup> |

<sup>10</sup> Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477.

| Datum      | Besluit                         | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Rechterlijke procedures |
|------------|---------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 22-12-2011 | 6425<br>Glazenwasser<br>(boete) | De betrokken ondernemingen – acht verpachters en vijftien pachters – hebben in de periode van (in ieder geval) 1 januari 2003 tot en met 3 april 2006 deelgenomen aan een pachtsysteem in het kader waarvan zij afspraken maakten over de verdeling van particulier glazenwasserswerk per straat of wijk in verschillende gemeenten in de regio Hoofddorp, Den Haag, Rotterdam en Utrecht. | bevestigingen. Alle betrokken ondernemingen hebben van deze mogelijkheid gebruikgemaakt.<br><br>Door de loop der jaren heeft de NMa tips van consumenten ontvangen over misverstanden in de glazenwassersbranche. In dezelfde periode heeft de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD) onderzoek gedaan naar vermeende verboden gedragingen van een groot aantal glazenwassers. <sup>11</sup> Na toestemming van de officier van justitie heeft de FIOD een deel van het bewijsmateriaal overgedragen aan de NMa (13 augustus 2008). De bij | Nadat de ondernemingen het rapport ontvingen, hebben 6 (van de 23) ondernemingen schriftelijk zienswijzen ingediend. Vervolgens hebben 13 ondernemingen mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht tijdens de hoorzittingen die op 18, 19 en 20 januari 2011 plaatsvonden. Volgens de ondernemingen heeft de NMa in strijd gehandeld met het <i>ne bis in idem</i> - en het <i>una via</i> -beginsel door |                         |

<sup>11</sup> Dit onderzoek heeft geleid tot de strafrechtelijke vervolging van een aantal personen (onder andere op grond van deelname aan een criminele organisatie ex artikel 140 Sr. Dit leidde in eerste instantie tot strafrechtelijke vervolgingen door de rechtbank 's-Gravenhage (uitspraken van 15 december 2006, ECLI:NL:RBGSR:2006:AZ4554 en ECLI:NL:RBGSR:2006:AZ4559). In hoger beroep verklaarde het Gerechtshof 's-Gravenhage op 21 mei 2008 het OM niet ontvankelijk op het punt van de deelname aan een criminele organisatie, aangezien het kartelgedrag betrof en een dergelijk feitencomplex tot de exclusieve bevoegdheid van de NMa behoorde (ECLI:NL:GHSGR:2008:BD3383).

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>de FIOD afgelegde verklaringen en een onderzoek naar de glazenwassersmarkt waren aanleiding voor de eerste verdenkingen van de NMa.</p> <p>Op 27 mei 2010 heeft de NMa alle ondernemingen in kennis gesteld van haar onderzoek naar een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw. Hierbij bood de NMa de ondernemingen de gelegenheid voor een reactie. De NMa heeft zes reacties ontvangen. Verder heeft de NMa in een brief aangegeven dat zij een clementieregeling hanteert. Van deze regeling is echter geen gebruik gemaakt.</p> <p>Het onderzoek resulteerde in een redelijk vermoeden dat sprake was van een overtreding van artikel 6 Mw. Van dit vermoeden is op 27 augustus 2010 een</p> | <p>een rapport uit te brengen op basis van hetzelfde bewijs en derhalve dezelfde feiten en omstandigheden als in de strafrechtelijke procedure gevoerd door het OM in 2006 en waarvoor betrokkenen in eerste instantie door de Rechtbank 's-Gravenhage zijn veroordeeld. Volgens de NMa gaat het in deze zaak noch om dezelfde feiten noch om hetzelfde te beschermen rechtsgoed waardoor het <i>ne bis in idem</i>-beginsel niet is geschonden. Daarnaast is het <i>una via</i>-beginsel niet geschonden nu in deze zaak geen sprake was van de aanwezigheid van twee handhavingswegen. Verder betwisten de ondernemingen het gebruik van het bewijs en de zorgvuldigheid van de besluitvorming. Ook deze punten worden door de</p> |                         |

| Datum      | Besluit                                   | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                            | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|------------|-------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|            |                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                    | rapport opgemaakt en toegezonden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | NMa afgewezen.<br>De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen.                                                                                                                                                                                                           |                         |
| 13-12-2011 | 6538 en 6539<br>Executieveilingen (boete) | Verschillende executiehandelaren hebben een complex van gedragingen vertoond voorafgaand, tijdens en na afloop van executieveilingen met als doel het afstemmen van het biedbedrag ten aanzien van afzonderlijke woningen die op executieveilingen geveild werden. | Aanleiding voor het onderzoek was een fiscaal onderzoek dat was verricht door de Belastingdienst.<br>Vervolgens is de NMa op 13 oktober 2009 een onderzoek gestart. Het onderzoek omvatte verschillende onaangekondigde bedrijfsbezoeken, het vorderen van gegevens en het afnemen van verklaringen. Verder vorderde de NMa gegevens van ruim 400 (rechts)personen. Het clementiebureau ontving op 20 november 2009 een clementieverzoek; op 4 februari 2009 werd een voorwaardelijke clementietoezegging gedaan. | Nadat de ondernemingen het dossier ontvingen, heeft de NMa een procedurebijeenkomsst georganiseerd (28 juni 2011). Vervolgens zijn schriftelijk zienswijzen naar voren gebracht en heeft een hoorzitting plaatsgevonden.<br>De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                         |

| Datum      | Besluit                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 30-12-2011 | 6888<br>LHV<br>(boete) | In deze zaak had de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV, de brancheorganisatie waarbij bijna alle huisartsen zijn aangesloten) haar leden aanbevolen om alleen huisartsen toe te laten als de gevestigde huisartsen het hiermee eens waren. Op deze manier werden de vestigingsmogelijkheden voor huisartsen beperkt. | Vervolgens heeft de NMa een rapport opgesteld en verstuurd.<br><br>Op 26 maart 2010 is de NMa ambtshalve een onderzoek gestart. Vervolgens heeft onderzoek plaatsgevonden op een aantal kantoorlocaties van de LHV en zijn verklaringen afgenomen. Verder heeft de NMa, voor de vaststelling van een vermoeden van een inbreuk, verschillende (digitale) stukken verzameld zoals een vestigingsaanbeveling die op het gesloten gedeelte van de website van de LHV was geplaatst en een digitale nieuwsbrief die de LHV op 30 mei 2008 zond aan al haar leden. Een rapport is op 13 april | Alle betrokken partijen hebben schriftelijke zienswijzen ingediend. Vervolgens vond met alle partijen een hoorzitting plaats.<br><br>De NMa legde vervolgens een bestuurlijke boete op aan de brancheorganisatie. Daarnaast kregen twee functionarissen een persoonlijk boete opgelegd. Verder was de raad van bestuur van oordeel dat in de onderhavige zaak naast een punitieve sanctie ook een herstelsanctie (zijnde een last onder dwangsom) op zijn plaats was. De last verplicht de LHV op duidelijke wijze afstand te nemen van de inhoud van | Tegen het besluit is bezwaar gemaakt. De ACM heeft het bezwaar ten aanzien van de hoogte van de boete gegrond verklaard en de boete vervolgens verlaagd. De ACM heeft het primaire besluit voor het overige in stand gelaten. Vervolgens is beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. Deze heeft het beroep volledig gegrond verklaard. Volgens de rechtbank is onvoldoende vast komen te staan dat de aanbevelingen van de LHV de strekking hadden de mededinging te beperken. De rechtbank heeft het besluit vervolgens vernietigd en |



| Datum       | Besluit                                          | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                            | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------|--------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|             |                                                  |                                                                                                                                                                                                                                    | 2011 opgemaakt en verstuurd.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | de vestigingsaanbevelingen. De dwangsom bedraagt € 1.000 per dag indien de LHV in gebreke blijft aan haar last te voldoen (met een maximale totaal te verbeuren som van € 650.000).                                                                                                                                                                                                                                 | het primaire besluit herroepen. <sup>12</sup>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>2010</b> |                                                  |                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 29-12-2010  | 5965<br>Producenten isolerend dubbelglas (boete) | De vier grootste producenten van isolerend dubbelglas (AGC, Saint-Gobain, Pilkington en Scheuten) hebben het Europese en nationale kartelverbod overtreden door prijsverhogingen af te spreken en minimumprijzen overeen te komen. | Naar aanleiding van een clementieverzoek van AGC (die vervolgens een voorwaardelijke boetevrijstelling heeft gekregen) is de NMa op 15 februari 2007 een onderzoek gestart. Gedurende het onderzoek heeft de NMa bij Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington bedrijfsbezoeken uitgevoerd. Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke en digitale stukken. Gedurende het bij haar | Na ontvangst van het rapport en het dossier (waarbij bij brieven van 5 februari, 9 februari en 1 maart 2010 stukken zijn nagezonden) hebben AGC, Saint-Gobain en Scheuten schriftelijk zienswijzen ingediend. Pilkington had eveneens schriftelijk een zienswijze ingediend, maar deze nadien ingetrokken omdat zij niet kon instemmen met toezending van een niet-vertrouwelijke versie aan de andere in deze zaak | De ondernemingen Pilkington en Scheuten hebben tegen het besluit van de NMa bezwaar ingesteld. De Adviescommissie concludeerde dat de beschikbare bewijsmiddelen, ook in onderling verband beschouwd, de bewezenverklaring van de NMa niet kunnen dragen. De NMa volgde dit advies slechts ten dele door te concluderen dat niet kan worden vastgesteld dat de eiseressen al op 18 mei |

<sup>12</sup> Rb. Rotterdam 17 december 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:9352).

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-------|---------|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>uitgevoerde bedrijfsbezoek heeft Saint-Gobain een clementieverzoek ingediend en naar aanleiding van dit clementieverzoek een voorwaardelijke boetekorting van 30% gekregen. Verder heeft de NMa mondelinge verklaringen afgenomen en inlichtingen gevorderd bij producenten en afnemers van isolerend dubbelglas. Op grond van de clementieverklaringen en aanvullend bewijs (zoals minimumprijslijsten en agenda's) concludeerde de NMa dat sprake was van een vermoeden van een inbreuk op het kartelverbod.</p> <p>Op 27 juli 2009 is het geheel van feiten uit het onderzoek aan de in de procedure betrokken</p> | <p>betrokken partijen. Volgens Pilkington is sprake van vier afzonderlijke bilaterale sanctieprocedures tegen de vier in het rapport genoemde ondernemingen. Volgens haar zijn de ondernemingen geen belanghebbenden bij elkaars procedure en kan de zienswijze niet worden aangemerkt als een op de zaak betrekking hebbend stuk. Verder is Pilkington van mening dat de Wob<sup>13</sup> zich verzet tegen toezending van de in hun geheel vertrouwelijke zienswijzen. Volgens de NMa verzet geen wettelijke bepaling zich tegen de huidige praktijk. Bovendien hecht de NMa aan de praktijk om de bij een sanctieprocedure</p> | <p>2008 betrokken waren bij de afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen. In het bestreden besluit stelde de NMa zich op het standpunt dat eiseressen reeds vanaf 24 september 2004 hadden deelgenomen aan het kartel.</p> <p>Vervolgens stelden de twee ondernemingen (met succes) beroep in. Op 3 april 2014 deed de rechtbank Rotterdam de uitspraak dat de NMa onvoldoende heeft bewezen dat de betreffende ondernemingen aan de overtreding hadden deelgenomen.<sup>14</sup> Zo plaatst de rechtbank vraagtekens bij de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal zoals de</p> |

<sup>13</sup> Artikel 10, lid 2, aanhef en onder g, Wob.

<sup>14</sup> Rb. Rotterdam 3 juli 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:227).

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                     | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|-------|---------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>partijen verzonden. De ondernemingen AGC, Saint-Gobain en Scheuten hebben gebruikgemaakt van de mogelijkheid om te reageren op het feitencomplex.</p> <p>Vervolgens is een rapport opgesteld en op 31 augustus 2009 toegezonden aan de partijen.</p> | <p>betrokken onder-nemingen kennis te laten nemen van elkaars schriftelijk uitgebrachte zienswijzen (met uitsluiting van bedrijfs- vertrouwelijke gegevens).</p> <p>Volgens de NMa is deze praktijk in overeenstemming met het beginsel van hoor en wederhoor en de rechten van de verdediging van de andere ondernemingen.</p> <p>Op 10 maart 2010 hebben AGC, Saint-Gobain en Scheuten hun zienswijzen mondeling naar voren gebracht. Wederom heeft Pilkington hiervan afgezien.</p> <p>Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, waarbij de ondernemingen in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. AGC en Saint-Gobain hebben hiervan gebruikgemaakt.</p> <p>De sanctieprocedure heeft</p> | <p>clementieverklaringen van twee (oud-)werknemers van AGC en Saint-Gobain. Voor zover de NMa de inbreuk zou willen vaststellen op basis van het marktgedrag van de betrokken ondernemingen is de rechtbank van oordeel dat de eiseressen een andere plausibele verklaring van de feiten bieden. De rechtbank vernietigt het besluit van de NMa voor zover dat betrekking heeft op eiseressen.</p> |

| Datum      | Besluit                 | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|------------|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 16-12-2010 | 6306 Meelsector (boete) | De NMa heeft vastgesteld dat vijftien meelproducenten (uit Nederland, België en Duitsland) het Nederlandse en het Europese kartelverbod hebben overtreden door in wisselende samenstellingen afspraken te maken om elkaars klanten niet over nemen. Daarnaast werd een concurrent opgekocht en uit de markt gehaald. Een andere concurrent werd afgekocht voor verlies van afzet op voorwaarde dat hij geen spelbreker zou zijn. | De NMa is op 22 februari 2008 een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van het kartelverbod in de meelsector. In de loop van het onderzoek hebben drie ondernemingen een clementieverzoek ingediend (Wilh. Werhahn op 27 februari 2008, Grain Millers op 29 oktober 2008 en Meneba op 17 april 2009). Vanaf 15 april 2008 hebben aangekondigde en onaangekondigde bedrijfsbezoeken plaatsgevonden in Nederland en in België (op verzoek van de NMa). Gedurende het onderzoek heeft de NMa schriftelijke stukken | De NMa heeft op 8 en 9 april 2010 de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de meelproducenten toegezonden, met uitzondering van de verslagen van enkele mondeling afgelegde clementieverklaringen. De op de zaak betrekking hebbende stukken zijn deels in de Nederlandse, deels in de Duitse, deels in de Franse en deels in de Engelse taal gesteld. De Nederlandse en Belgische belanghebbenden zijn in de gelegenheid gesteld om gemotiveerd aan te geven van welke stukken zij ten behoeve van hun verdediging een Nederlandse vertaling | De rechtbank achtte op 17 juli 2014 het grootste deel van de overtredingen bewezen. Voor twee meelproducenten vond de rechtbank dat er onvoldoende bewijs was voor de deelname aan de enkele voortdurende inbreuk en onvoldoende bewijs voor deelname van twee Duitse meelproducenten aan de losse overtreding. <sup>15</sup> Anders dan de rechtbank heeft het CBB geoordeeld dat voor één van de twee meelproducenten van wie de rechtbank de boete heeft vernietigd er wel genoeg bewijs is voor deelname aan de één enkele inbreuk. <sup>16</sup> |

<sup>15</sup> Rb. Rotterdam 17 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5822.

<sup>16</sup> CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:189.

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>verzocht bij de betreffende ondernemingen en derden. Verder heeft de NMa mondelinge verklaringen afgenomen. Op verzoek van de NMa hebben ook de Belgische, Duitse en Luxemburgse mededingingsautoriteiten bij diverse Belgische, Duitse en Luxemburgse meelproducenten en derden om schriftelijke inlichtingen verzocht. De Raad stelt vast dat uit de clementieverzoeken – en uit overeenkomstige bewijsstukken (zoals aantekeningen en e-mails) – een vermoeden blijkt dat sprake was van consensus tussen de meelproducenten om de mededinging te beperken.</p> | <p>wensten.<sup>17</sup> Vrijwel alle belanghebbenden hebben schriftelijk (in hun eigen taal) zienswijzen naar voren gebracht. Vrijwel alle belanghebbenden hebben (ook) mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. De drie ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend, hebben clementie gekregen (Wilh-Werhahn 80%, Grain Millers 30% en Meneba 10%).</p> |                         |

<sup>17</sup> De Duitse belanghebbenden zijn, *idem dito*, in de gelegenheid gesteld om te motiveren van welke stukken zij de Duitse vertaling wensten. Op 20 april 2010 is aan de Duitse belanghebbenden een vertaling van de uitgebreide inventarislijst toegezonden. Aan de vervolgens ontvangen verzoeken om vertaling is gehoor gegeven voor zover de stukken naar het oordeel van de NMa voor de verdediging noodzakelijk waren, met uitzondering van in de Engelse taal gestelde stukken.

| Datum      | Besluit                                            | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|            |                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Vanwege dit redelijke vermoeden is op 10 december 2009 een rapport opgemaakt en toegezonden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 29-10-2010 | 6494 en 6836 Limburgse bouwzaken 1, 2 en 3 (boete) | In 2008 hebben twee bouwbedrijven (Janssen de Jong en WBL) in de GWW-sector in strijd met het kartelverbod inschrijfprijzen en inschrijfgedrag onderling afgestemd voorafgaand aan elf aanbestedingen. In het merendeel van de elf aanbestedingen diende een van de genoemde bedrijven, met medewerking van de ander, een schijnbaar concurrerende inschrijfprijs bij de opdrachtgever in; deze inschrijfprijs was onderling afgestemd zodat die bij inschrijving geen kans zou maken. | De NMa is op 9 december 2008 een onderzoek gestart naar aanleiding van contacten met de Rijksrecherche (welke valt onder het OM). De Rijksrecherche was een onderzoek gestart naar ambtelijke corruptie in Zuid-Limburg en had vervolgens gebruikgemaakt van haar bevoegdheden om telefoongesprekken af te tappen. Uit de afgetapte telefoongesprekken rees het vermoeden van het bestaan van prijsafspraken tussen de bouwbedrijven. Het OM heeft de NMa over dit vermoeden geïnformeerd. Vervolgens | Na ontvangst van het rapport en de stukken hebben de deelnemende ondernemingen hun zienswijzen schriftelijk ingediend. Vervolgens hebben de twee ondernemingen en een feitelijk leidinggevende op 21 en 25 juni 2010 hun zienswijzen mondeling naar voren gebracht tijdens de hoorzitting. De andere twee feitelijke leidinggevenden hebben op 8 juli 2010 een hoorzitting bijgewoond. De NMa heeft vervolgens aan de twee ondernemingen en aan drie leidinggevenden een | De ondernemingen hebben voor de voorzieningen-rechter van de rechtbank 's-Gravenhage gesteld dat de NMa de verkregen telefoontaps aan het OM dient te retourneren. De ondernemingen zijn van mening dat de NMa het beweerdelijke onrechtmatig verkregen bewijs (de telefoontaps) niet mag gebruiken. Volgens de NMa is het bewijs niet onrechtmatig verkregen en mag zij het bewijs gewoon gebruiken. De voorzieningenrechter heeft op 26 juni 2009 de vordering afgewezen. <sup>18</sup> De rechtbank Rotterdam wijst op 13 juni 2013 de |

<sup>18</sup> Rb. 's-Gravenhage (Vz) 26 juni 2009 (ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ0047).

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                          | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-------|---------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | is de NMa een onderzoek gestart en heeft te dien einde de audio-opnamen en tapverslagen van het OM ontvangen.<br>Naar aanleiding van dit vermoeden is een rapport opgesteld. Dit rapport is verstuurd naar de betreffende ondernemingen, alsmede de feitelijk leidinggevend. | boete opgelegd.  | vordering echter toe.<br>Volgens de rechtbank kwalificeren de tapgegevens als strafvorderlijke gegevens. Nu daarvan sprake is, mocht de NMa de gegevens niet gebruiken als bewijs, omdat anders geen recht wordt gedaan aan de eisen van artikel 8 EVRM. <sup>19</sup> Het CBb vernietigt echter de uitspraak en wijst de uitspraak terug naar de rechtbank. Volgens het CBb zijn de aan de ACM overgedragen telefoontaps inderdaad strafvorderlijke gegevens. De verstrekking daarvan was echter niet in strijd met artikel 8 EVRM. Volgens het CBb was de bevoegdheid tot verstrekking van de |

<sup>19</sup> De NMa had zich, alvorens gebruik te maken van deze gegevens, ervan te dienen vergewissen dat en waarom de officier van justitie van oordeel was dat sprake was van een zwaarwegend belang en waarom de verstrekking noodzakelijk was. Daarnaast neemt de rechtbank tevens in aanmerking dat de NMa zelf niet de bevoegdheid heeft om via het aftappen van telefoongesprekken bewijsmateriaal te vergaren. Zie Rb. Rotterdam 13 juni 2013 (ECLI:NL:RBROT:2913:CA3079), par. 6.13-6.14.



| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-------|---------|---------|---------------------|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         |                     |                  | <p>tapgegevens door de officier van justitie wettelijk verankerd. Bovendien is voorzien in een met voldoende waarborgen omklede rechterlijke procedure waar de rechtmatigheid van de verkrijging kan worden aangevochten, namelijk civielrechtelijk (in het kader van de verstreking van de gegevens) en bestuursrechtelijk (in het kader van de toetsing van het besluit tot boeteoplegging waaraan deze gegevens ten grondslag zijn gelegd). Tot slot is voor het CBb voldoende aannemelijk geworden dat de informatie betreffende de eventuele prijsafspraken in redelijkheid niet op een andere, minder belastende wijze door de ACM verkregen kon worden nu dergelijke afspraken in de</p> |

| Datum      | Besluit                    | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Rechterlijke procedures                             |
|------------|----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
| 21-10-2010 | 6442 WMO Friesland (boete) | Twee thuiszorg-instellingen (Stichting Thuiszorg Zuidwest Friesland (TZWF) en Stichting Thuiszorg de Friese Woude (TFW)) hebben voorafgaand aan de indiening van de offertes voor aanbestedingen ter zake van huishoudelijke hulp in de regio Zuidoost-Friesland informatie uitgewisseld over het te voeren prijsbeleid. | De NMa heeft op 30 juli 2008 amtshalve een onderzoek ingesteld. De initiële aanleiding voor het onderzoek is gelegen in een andere zaak waarvoor op 31 maart 2008 verschillende bedrijfsbezoeken hadden plaatsgevonden (waaronder bij TZWF). Tijdens deze bedrijfsbezoeken zijn aanwijzingen gevonden over een afstemming tussen TZWF en TFW voorafgaand aan de aanbestedingen voor huishoudelijke hulp. Vervolgens hebben bij de betrokken ondernemingen bedrijfsbezoeken plaatsgevonden en heeft de NMa schriftelijke (en digitale) gegevens ingenomen. Verder zijn verklaringen van (ex-)werknemers van | Na ontvangst van de op de zaak betrekking hebbende stukken hebben de betrokken ondernemingen schriftelijk zienswijzen ingediend en op 11 december 2009, ten kantore van de NMa, hun zienswijze mondeling naar voren gebracht. Stichting Bestuursstichting Antonius ziekenhuis en Thuiszorg Zuidwest Friesland (de rechts-personen waaraan de vermoedelijke overtreding van artikel 6 Mw kan worden toegerekend) hebben schriftelijk een separate zienswijze ingediend en daarbij meegedeeld af te zien van de mogelijkheid tot het geven van een mondelinge zienswijze. | regel niet op schrift worden gesteld. <sup>20</sup> |

<sup>20</sup> CBb 9 juli 2015 (ECL:ENTL:CBb:2015:193).

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>de betrokken ondernemingen afgenomen. Tevens heeft de NMa informatie opgevraagd bij de aanbestedende diensten en telefonische interviews gehouden met gemeenten en het aanbestedingsbureau dat de betreffende aanbesteding heeft begeleid.</p> <p>Op 2 juni 2009 heeft de NMa de feitelijke bevindingen verzonden aan de betrokken ondernemingen. TZWF heeft van de mogelijkheid gebruik gemaakt om te reageren op dit feitencomplex. Op 19 juni 2009 heeft de NMa van de betrokken ondernemingen een aanvraag voor een toezeggingssbesluit ontvangen.<sup>21</sup></p> <p>Bij besluit van 9 juli 2009 is deze aanvraag afgewezen. Vervolgens heeft de NMa</p> | <p>De ondernemingen zijn van oordeel dat de NMa de verdedigingsrechten heeft geschonden o.a. doordat het bewijsmateriaal in deze zaak het resultaat was van een ongeoorloofde <i>fishing expedition</i> in een ander onderzoek. Volgens de NMa heeft zij echter binnen de grenzen van het eerdere onderzoek gehandeld waardoor geen sprake is van een schending van de rechten van verdediging. Verder wijst de NMa de klachten af omtrent de onheuse bejegening tijdens de verhoren en de schending van de onschuldpresumptie. Als laatste stelt TZWF dat de NMa het dossier onzorgvuldig had behandeld door</p> |                         |

<sup>21</sup> Als bedoeld in artikel 49a lid 1 Mw.

| Datum      | Besluit                          | Inbreuk                                                                                                                                                                             | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                     | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|------------|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|            |                                  |                                                                                                                                                                                     | op 5 juli 2009 een rapport opgesteld. Het rapport is vervolgens verzonden naar de betrokken ondernemingen.                                                                                                                              | vertrouwelijke documenten foutief toe te zenden. Verder verkreeg TZWF onvolledige inzage in het rapport en kreeg zij geen inzage in de bewijskaart en de startnotitie. Volgens de NMa zijn alle ontbrekende stukken aan het dossier toegevoegd en kon TZWF eventuele zienswijzen indienen. De bewijskaart was echter een intern document en wordt nimmer ter inzage gelegd. De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. |                         |
| 21-12-2010 | 6274<br>Midden IJssel<br>(boete) | In deze zaak zijn de thuiszorgondernemingen Carint en Carinova een ongeoorloofd non-currentiebeding overeen gekomen dat volgens de NMa een schending van het kartelverbod oplevert. | Op 6 maart 2008 heeft de NMa ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van het kartelverbod door ondernemingen die (onder meer) thuiszorg aanbieden. Vervolgens hebben bedrijfsbezoeken plaatsgevonden. Tijdens | Na ontvangst van het rapport, en na de overdracht van de zaak aan de JD van de NMa, heeft de NMa op 31 juli een toezeggingsaanvraag ontvangen. Een aanvraag van de ondernemingen om een toezegging bindend te verklaren, is bij besluit van                                                                                                                                                                                                                        |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>het onderzoek zijn verhoren afgenomen en schriftelijk en mondeling vragen gesteld aan marktpartijen en zorgkantoren. Een onderzoeksbureau heeft onderzoek uitgevoerd naar de economische en juridische mogelijkheden voor concurrentie in de zorgsector. Op 9 juni 2009 is het feitencomplex in een (concept-) rapport aan de betrokken ondernemingen verzonden. Beide ondernemingen hebben gereageerd op dit feitencomplex. De reacties hebben echter geen wijzigingen in het definitieve feitencomplex (zoals opgenomen in het rapport) tot gevolg gehad. Het rapport is vervolgens op 24 juli 2009 opgesteld en verstuurd.</p> | <p>21 september 2009 afgewezen. Nadat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn verstuurd, hebben de ondernemingen schriftelijke zienswijzen ingediend en op 27 januari 2010 hun mondelinge zienswijzen. Van de hoorzitting is een verslag opgemaakt. De betrokken ondernemingen hebben vervolgens op het verslag gereageerd. De onderneming Carinova klaagt dat de NMa het zwijgrecht<sup>22</sup> onjuist heeft uitgelegd door het standpunt in te nemen dat deze bepaling niet ziet op schriftelijke vragen. De NMa is van mening dat de antwoorden op die vragen (die hoofdzakelijk betrekking hadden op de inhoudelijke activiteiten</p> |                         |

<sup>22</sup> Artikel 53 Mw.

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         |                     | <p>van Carinova) niet aan het besluit ten grondslag zijn gelegd. Carinova is niet in haar rechten van verdediging geschaad. Of het zwijgrecht ook van toepassing is op schriftelijke vragen laat de NMa in het midden.</p> <p>Volgens Carinova heeft de NMa eveneens artikel 51 Mw geschonden omdat tijdens het bezoek van een privéwoning analoge en digitale documenten zijn gekopieerd (met vrouwelijke informatie van een advocaat) die niet zijn verwijderd en vernietigd. De NMa heeft echter de mogelijkheid geboden om vrouwelijke informatie van een advocaat te laten verwijderen. Van deze mogelijkheid is geen gebruik gemaakt.</p> <p>Carinova verwijt de NMa verder dat zij verzuimd heeft alle belastende en</p> |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         |                     | <p>ontlastende documenten ter inzage te leggen, waaruit zou blijken dat geen wilsovereenstemming met Carint bestond met betrekking tot een onderlinge verdeling van werkgebieden. De NMa oordeelt echter dat bepaalde documenten uit het dossier zijn verwijderd aangezien deze documenten niet op de zaak betrekking hadden. Verder heeft Carinova geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om, bij haar schriftelijke zienswijzen (of voor de hoorzitting), ontlastende stukken in te brengen. Als laatste stelt Carinova dat, in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), bedrijfsvertrouwelijke stukken aan het dossier</p> |                         |



| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         |                     | <p>zijn toegevoegd. De NMa wijst deze klacht af. Ten eerste zijn de productieafspraken tussen de zorgaanbieders en zorgkantoren (zoals de in deze jaren door zorgaanbieders behaalde productie-uren) niet als bedrijfsvertrouwelijke informatie aan te merken (de informatie dient als gedateerd beschouwd te worden). Zelfs als deze gegevens wel als bedrijfsvertrouwelijke informatie zijn aan te merken, valt niet in te zien dat Carinova geen eerlijk proces heeft gehad. Het belang van Carinova dat (haar betreffende) vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van artikel 10 lid 1 onder c Wob niet openbaar worden gemaakt, betreft immers een ander belang dan haar belang bij een eerlijk proces in de zin van</p> |                         |

| Datum      | Besluit                                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                     | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rechterlijke procedures |
|------------|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|            |                                        |                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                         | artikel 6 EVRM. Verder is aan Carinova meegedeeld op welke wijze de vertrouwelijkheidscclaims worden beoordeeld. Dit heeft echter geen aanleiding gegeven om een civielrechtelijke procedure tegen de NMa te entameren. De sanctieprocedure heeft uiteindelijk geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen.                                            |                         |
| 30-12-2010 | 5998<br>Verzekeringspools (toezegging) | In deze zaak hadden een aantal verzekeraars in poolverband een beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor notarissen aangeboden. De pool had volgens de NMa een te groot marktaandeel waardoor sprake zou zijn van een mededingingsbeperking. | Op 3 augustus 2008 heeft de NMa een rapport opgesteld over de zogenoemde notarispool. Het rapport benoemt mededingingsbezwaren, bestaande uit het door poolnemers aanbieden van een uniform verzekeringsproduct terwijl zij door het verzekeringsproduct een groot marktaandeel hadden. | De betrokken ondernemingen hebben hun zienswijzen over het rapport ingebracht, schriftelijk en tijdens een hoorzitting op 26 mei 2009. Na het uitbrengen van het rapport zijn in een parallelle Duitse procedure belanghebbende rechterlijke uitspraken gedaan over de marktafbakening van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. Daarnaast is een relevante Europese |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         |                     | <p>groepsvrijstelling in werking getreden. Om de mededingingsbezwaren weg te nemen, hebben de verzekeraars op 28 oktober 2010 een aanvraag gedaan tot bindend verklaring van toezeggingen. Gezien deze ontwikkelingen heeft de NMa opnieuw onderzoek verricht en hebben de betrokken ondernemingen zich bezonnen over het doen van bepaalde toezeggingen. De verzekeraars hebben vervolgens toegezegd dat zij de notarispool zullen beëindigen of dat zij het marktaandeel van de pool zullen terugbrengen tot maximaal 20%. Verder hebben de verzekeraars toezeggingen gedaan voor verzekeringspools voor advocaten, accountants, assurantiepersonen en makelaars.</p> <p>Op 11 november 2010 tot en met 22 december 2010</p> |                         |

| Datum       | Besluit                          | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Rechterlijke procedures |
|-------------|----------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|             |                                  |                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | heeft de NMa vervolgens een toewijzend ontwerpbesluit ter inzage gelegd. Voorts is aan belanghebbenden gelegenheid geboden om schriftelijk en mondeling een zienswijze in te brengen. Van beide mogelijkheden is geen gebruik gemaakt. De NMa heeft dan ook de toezegging op 30 december 2010 bindend verklaard. |                         |
| <b>2009</b> |                                  |                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                         |
| 12-11-2009  | 6091<br>Zwembadchloor<br>(boete) | In deze zaak kregen verschillende distributeurs van zwembadchloor een boete opgelegd voor het maken van marktverdelingsafspraken met betrekking tot de verkoop van zwembadchloor. Deze afspraken waren in strijd met artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU. | Op 24 april 2007 is de NMa een onderzoek gestart naar aanleiding van een clementieverzoek dat was ingediend door de onderneming Brenntag (die vervolgens een voorwaardelijke boete-immuniteit verkreeg). Gedurende het onderzoek heeft de NMa bedrijfs-onderzoeken verricht en is op locatie inzage | Naar aanleiding van het rapport, en de op de zaak betrekking hebbende stukken, hebben de deelnemende ondernemingen de mogelijkheid gekregen om schriftelijk zienswijzen in te dienen. Vivochem, IMCD en Imtech hebben hiervan gebruikgemaakt. Alle ondernemingen (met uitzondering van Imtech)                   |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>gevorderd in de verkoopgegevens en zijn hiervan digitale kopieën gemaakt. Verder heeft de NMa mondelinge verklaringen afgenomen en zijn inlichtingen gevorderd bij marktpartijen.</p> <p>Op 11 november 2008 zijn twee deelnemende ondernemingen (die nog niet eerder door de NMa waren benaderd) in de gelegenheid gesteld om te reageren op de voorlopige bevindingen van de NMa. Van deze mogelijkheid is gebruikgemaakt.</p> <p>De onderneming Vivochem heeft ruim na de bedrijfsbezoeken een clementieverzoek ingediend en vervolgens een schriftelijke ondernemingsverklaring overgelegd. Naar aanleiding hiervan heeft Vivochem een voorwaardelijke clementietoezegging</p> | <p>hebben tevens mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht tijdens een hoorzitting.</p> <p>De sanctieprocedure heeft geresulteerd in een boete voor alle betrokken ondernemingen. Aan de onderneming Brenntag werd een boetekorting van 100% verleend en aan de onderneming Vivochem een boetekorting van 25%.</p> |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>gekregen (met een boetekorting van 25%). Naar aanleiding van dit onderzoek is een vermoeden gerezen dat sprake was van een inbreuk op het kartelverbod. Vervolgens is op 3 maart 2009 een rapport opgemaakt en verstuurd naar de deelnemende ondernemingen en de rechtspersonen aan wie de vermoedelijke overtreding mede toegerekend kon worden. De NMa heeft tevens de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van de andere lidstaten op de hoogte gesteld van deze formele onderzoeksmaatregel.<sup>23</sup></p> |                  |                         |

<sup>23</sup> Conform artikel 11 lid 4 Verordening 1/2003 heeft de NMa de Europese Commissie in kennis gesteld van het voornemen het rapport vast te stellen en is de Commissie voorzien van de voor deze in kennisstelling benodigde informatie.

| Datum    | Besluit                                   | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                         | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Rechterlijke procedures |
|----------|-------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 5-6-2009 | 6429 & 6431<br>Kazerne I en II<br>(boete) | In juni 2009 hebben verschillende schilders-bedrijven een boete gekregen voor het afstemmen van inschrijfprijzen voorafgaand aan aanbestedingen (en in sommige gevallen voor het afspreken van een reken-vergoeding ten behoeven van de bedrijven die de opdracht niet kregen). | Op 11 december 2006 heeft de NMa een onderzoek ingesteld naar aanleiding van een klacht die was ingediend door een woningcorporatie en een bouwbedrijf. Gedurende het onderzoek heeft de NMa bedrijfsbezoeken afgelegd en heeft de Belgische mededingings-autoriteit (op verzoek van de NMa) een huiszoeking verricht. Daarnaast is aanvullende informatie verkregen van de betrokken ondernemingen naar aanleiding van schriftelijke vragen die de NMa heeft gesteld. In de administratie van Spegelt (het calculatiebureau) zijn documenten aangetroffen die een weergave bevatten van de afspraken tussen de betrokken ondernemingen. Deze weergave wordt bevestigd door de verschillende verklaringen van de schildersbedrijven. | Na ontvangst van het rapport en het dossier hebben de betrokken ondernemingen, met uitzondering van de onderneming Metim, schriftelijk zienswijzen ingediend. Daarnaast hebben alle ondernemingen mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht (tijdens een hoorzitting op 12 februari 2009).<br><br>De onderneming SWE stelde dat de NMa onrechtmatig bewijs had verkregen, namelijk het bewijs afkomstig van een USB-stick die is aangetroffen in een auto. Volgens de NMa was het onderzoek in de betreffende auto verricht met toestemming en medewerking van de eigenaar. Nu toestemming was verleend, is de discussie over de vraag of |                         |



| Datum     | Besluit                                 | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                              | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                         | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Rechterlijke procedures |
|-----------|-----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|           |                                         |                                                                                                                                                                                                                                                      | Het onderzoek resulteerde in een redelijk vermoeden dat artikel 6 Mw is overtreden. Een rapport is op 24 september 2008 opgemaakt en toegezonden aan de betrokken ondernemingen.                                                            | de NMa over de bevoegdheid beschikt om auto's te doorzoeken (ex artikel 5:19 Awb) buiten beschouwing gelaten. Vervolgens heeft de NMa een inbreuk vastgesteld en een boete aan de betrokken ondernemingen opgelegd. De NMa heeft ook twee boetes opgelegd aan het calculatiebureau dat zelf niet actief was op de markt voor schilderwerkzaamheden, maar dat naar het oordeel van de NMa als kartel-ondersteuner betrokken was bij het kartel. |                         |
| 21-8-2009 | 6492 & 6430<br>De Tongelreep en Meiveld | Vier schildersbedrijven hebben samen met calculatiebureau Spegelt naar oordeel van de NMa het kartelverbod uit artikel 6 Mw overtreden door voorafgaand aan een onderhandse aanbesteding onderling het werk te verdelen en de inschrijfprijzen af te | De NMa is een onderzoek gestart naar aanleiding van een klacht van een woningcorporatie en een bouwbedrijf. Het onderzoek betrof de onderhandse aanbesteding voor het verkrijgen van schilderopdrachten. Tijdens het onderzoek heeft de NMa | Alle ondernemingen, behalve het calculatiebureau Spegelt, hebben naar aanleiding van het rapport (en de bijgevoegde stukken) schriftelijk zienswijzen ingediend. Alle ondernemingen hebben de hoorzitting bijgewoond. Verschillende                                                                                                                                                                                                            |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                          | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         | stemmen. De schilders-bedrijven waren bij hun kartelvorming ondersteund door het calculatiebureau, dat op zijn kantoor een bestekbespreking organiseerde, hierbij zelf aanwezig was, documenten opstelde met weergaven van gemaakte afspraken en deze afspraken in banen leidde. | bedrijfsbezoeken afgelegd en heeft de Belgische mededingingsautoriteit (op verzoek van de NMa) een huiszoeking verricht. Verder zijn mondelinge verklaringen afgenomen. In de administratie van Spiegelt (het calculatiebureau) is een overzicht gevonden dat de mededingsbeperkende afspraken weergeeft. Naar aanleiding van het onderzoek is een redelijk vermoeden gerezen dat artikel 6 Mw was overtreden. Op 15 december 200 heeft de NMa een rapport opgesteld en toegezonden. | ondernemingen stellen dat een ex-werknemer de NMa ten onrechte geen cautie heeft gesteld. De NMa is echter van oordeel dat geen sprake was van zelfincriminatie. Daarnaast kon de betreffende persoon geen beroep doen op het zwijgrecht omdat hij als individu reeds was gehoord en ten tijde van de verhoren niet meer bij de betreffende onderneming werkzaam was.<br>In een addendum bij het rapport is vastgesteld dat het geconstateerde redelijke vermoeden tevens betrekking had op Liebrechts. Vervolgens hebben de ondernemingen de mogelijkheid gekregen om te reageren op het addendum. Liebrechts Schilderwerken en Liebrechts zelf hebben schriftelijk een zienswijze |                         |

| Datum      | Besluit                                      | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rechterlijke procedures |
|------------|----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|            |                                              |                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | <p>ingediend (en afgezien van het indienen van mondelinge zienswijzen). De andere ondernemingen hebben in hun geheel afgezien van het indienen van zienswijzen.</p> <p>Op grond van deze zienswijzen heeft de NMa een inbreuk vastgesteld en de ondernemingen en het calculatiebureau een boete opgelegd.</p>          |                         |
| 30-11-2009 | 5698<br>Van der Linden Groen B.V.<br>(boete) | De hoveniersonderneming Van der Linden was betrokken bij een verboden vooroverleg dat plaatsvond voor de inschrijving op openbare aanbestedingen voor het onderhoud van groen-voorzieningen in de gemeente Maastricht. | Van der Linden was in eerste instantie betrokken bij een onderzoek van de NMa naar enkele Limburgse hoveniers die in 2004 onderling overleg hadden gevoerd voorafgaand aan openbare aanbestedingen door de gemeente Maastricht voor het onderhoud van het openbaar groen. In 2005 beboette de NMa 8 ondernemingen. <sup>24</sup> Tegen | <p>De NMa heeft Van der Linden en Schinnen Groen Holding BV (de enige aandeelhouder van Van der Linden), aan wie de vermoede overtreding mede werd toegerekend, uitgenodigd een zienswijze te geven. Namens bovenvermelde rechtspersonen heeft de heer Van der Linden tijdens de hoorzitting van 15 september 2009</p> |                         |

<sup>24</sup> Besluit NMa van 15 december 2005 in zaak 4014 (*Openbaar Groen Maastricht*).

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Sanctieprocedure                                                                                                                                                        | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | <p>Van der Linden werd geen rapport opgemaakt. Gedurende de sanctie- en bezwaarfase werden door de ondernemingen verklaringen afgelegd ten nadele van Van der Linden. In eerste instantie oordeelde de NMa dat zij onvoldoende bewijs had om de betrokkenheid van Van der Linden aan te tonen, maar dit corrigeerde de NMa bij besluit van 17 november 2007.<sup>25</sup> Dit oordeel werd door de rechtbank Rotterdam gevolgd,<sup>26</sup> waarna alsnog een onderzoek naar de mededingsbeperkende gedragingen van Van der Linden werd gestart.</p> | <p>mondeling een zienswijze naar voren gebracht. Vervolgens heeft de NMa Van der Linden ook een boete opgelegd voor diens aandeel in de schending van artikel 6 Mw.</p> |                         |

<sup>25</sup> Besluit op bezwaar NMa van 16 oktober 2007 (gecorrigeerd bij besluit van 14 november 2007) in zaak 4014 (*Openbaar Groen Maastricht*).

<sup>26</sup> Uitspraak Rb. Rotterdam van 6 mei 2009 (ECLI:NL:RBROT:2009:BK6975). De rechtbank leidde uit de gedingstukken en de door Van der Linden afgelegde verklaring af dat Van der Linden reeds jarenlang op de hoogte was van onderlinge afspraken van de betreffende ondernemingen. Omdat Van der Linden niet heeft afgezien van inschrijving en zich niet uitdrukkelijk heeft gedistantieerd van de gedragingen van de betrokken ondernemingen heeft Van der Linden volgens de rechtbank artikel 6 Mw overtreden.

| Datum     | Besluit                              | Inbreuk                                                                                                                                                               | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-----------|--------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2008      |                                      |                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 19-9-2008 | 5851<br>Thuiszorg 't Gooi<br>(boete) | De NMa heeft een boete opgelegd vanwege marktverdeling door zorginstellingen voor persoonlijke verzorging thuis, verpleging thuis en huishoudelijke verzorging thuis. | Op 20 februari 2007 heeft de NMa ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van het kartelverbod door ondernemingen die (onder meer) thuiszorg aanbieden. Op 29 juli 2005 hadden de ondernemingen reeds contact opgenomen met de NMa en hun fusievoorstellen bekendgemaakt. De vergunningaanvraag is vervolgens ingetrokken. Onafhankelijk van het fusietraject hebben de ondernemingen een samenwerkingsovereenstemming gesloten die zich in het fusiedossier van de NMa bevond. <sup>27</sup> Vervolgens hebben bedrijfsbezoeken plaatsgevonden, waarbij inzage is gevorderd in | Op 18 maart 2008 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd en aan de betrokken ondernemingen toegezonden. De betrokken ondernemingen hebben gezamenlijk één schriftelijke zienswijze ingediend en op 15 mei 2008 hun zienswijze mondeling naar voren gebracht. Van de hoorzitting is een verslag opgesteld. Het verslag van de hoorzitting is op 3 juli 2008 aan de betrokken ondernemingen toegezonden, waarbij zij in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. De betrokken ondernemingen hebben hiervan gebruikgemaakt. De opmerkingen zijn aan | De ondernemingen hebben verschillende procedurele bezwaren naar voren gebracht. Ten eerste klaagden de ondernemingen dat het rapport niet ziet op de gedragingen die ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt. <sup>28</sup> Volgens de NMa bleef het besluit binnen de kaders van het rapport. Ook de klacht dat de NMa voorgenomen gehandeld zou hebben, werd door de NMa afgewezen met verwijzing naar de bestaande functiescheiding binnen de NMa. Over een eventuele schending van het ' <i>legal professional privilege</i> ' stelt de NMa dat zij de ondernemingen in de gelegenheid heeft |

<sup>27</sup> Besluit NMa van 4 november 2005 in zaak 4212 (De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium).

<sup>28</sup> In strijd met artikel 6 lid 3 sub a EVRM.

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure        | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------|---------|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>schriftelijke gegevens (en zijn forensische en digitale kopieën gemaakt). Verder is aanvullende informatie van de betrokken ondernemingen verkregen naar aanleiding van schriftelijke vragen. Een onderzoeksbureau heeft onderzoek uitgevoerd naar de economische en juridische mogelijkheden voor concurrentie in de zorgsector.</p> <p>Na afloop van het onderzoek is een rapport opgesteld en toegezonden aan de partijen.</p> | het dossier toegevoegd. | <p>gesteld om aan te geven welke gegevens als geprivilegieerd aangemerkt dienden te worden. Uit het dossier blijkt niet dat bezwaar is gemaakt tegen het niet-verwijderen van de documenten, terwijl de ondernemingen wel de mogelijkheid hadden om schriftelijk gemotiveerd aan te geven welke gegevens als geprivilegieerd dan wel privé moesten worden beschouwd.</p> <p>De bestuursrechter heeft het besluit van de NMa echter vernietigd,<sup>29</sup> omdat de NMa onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de concurrentiemogelijkheden op de vastgestelde markt. De bezwaardviescommissie was reeds in een eerder</p> |

<sup>29</sup> Uitspraak rechtbank Rotterdam van 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1335.

| Datum      | Besluit                                      | Inbreuk                                                                                                                                                                                                              | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------|----------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 19-09-2008 | 6108<br>Thuiszorg<br>Kennemerland<br>(boete) | In deze zaak oordeelde de NMa dat twee AWBZ-zorginstellingen in de regio van het zorgkantoor Kennemerland ongeoorloofde marktverdelingsafspraken hadden gemaakt door de markt geografisch in twee delen te verdelen. | Naar aanleiding van een jaardocument van Stichting Thuiszorg IJmond (dat de NMa verkreeg van de NZa) startte de NMa op 26 april 2007 een onderzoek naar een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw door thuiszorgondernemingen. Het jaardocument deed vermoeden dat de betrokken ondernemingen de markt voor de thuiszorg geografisch hadden verdeeld. De NMa heeft vervolgens openbare documenten van de betrokken ondernemingen bezien en heeft op 10, 11 en 12 juli 2007 bij de betrokken ondernemingen |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | stadium tot de conclusie gekomen dat de NMa aanvullend marktonderzoek diende te verrichten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|            |                                              |                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Op 15 februari 2008 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd. Vervolgens hebben de betrokken ondernemingen hun zienswijzen schriftelijk ingediend en tevens hun zienswijzen mondeling naar voren gebracht. De betrokken ondernemingen hebben vervolgens gereageerd op het verslag van de hoorzitting. De ondernemingen zijn van mening dat de NMa op verschillende fronten hun procedurele rechten heeft geschonden. Ten eerste klaagden de ondernemingen dat de NMa het recht op | De betreffende ondernemingen hebben vervolgens bezwaar aangetekend. In het besluit op het bezwaar heeft de NMa het advies van de Bezwaarcommissie Mededinging (om nader onderzoek te doen naar de economische omstandigheden) niet opgevolgd. <sup>30</sup> Daarop stelden de thuiszorginstellingen beroep in bij de rechtbank Rotterdam. Op 12 april 2012 vernietigde de rechtbank de beslissingen op bezwaar. Volgens de rechtbank had de NMa onvoldoende onderzocht of de afspraken die de |

<sup>30</sup> Besluit op bezwaar NMa 21 oktober 2010, zaak 6108 (*Thuiszorg Kennemerland*).



| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures                                                                                 |
|-------|---------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>bedrijfsbezoeken uitgevoerd. Daarnaast is aanvullende informatie verkregen naar aanleiding van de schriftelijke vragen die de NMa stelde. Op verzoek van de NMa heeft het Erasmus Competition &amp; Regulation Institute vervolgens onderzoek uitgevoerd naar de juridische en economische mogelijkheden voor concurrentie in de thuiszorg.</p> <p>Vervolgens is op 16 november 2007 het feitencomplex aan de betrokken ondernemingen verzonden. De betrokken ondernemingen hebben gebruikgemaakt van de mogelijkheid om te reageren op het feitencomplex. Na afloop van het onderzoek heeft de Directie Mededinging van</p> | <p>bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en een cliënt heeft geschonden. Volgens de NMa gaat dit beroep niet op, aangezien de e-mail niet de tekst of de inhoud van de briefwisseling met een advocaat weergeeft. Verder is volgens de ondernemingen het recht op een eerlijk proces (artikel 6 lid 3 EVRM) geschonden omdat de NMa (door niet te constateren dat de gedraging het gevolg had dat de mededinging werd beperkt) hen niet op de hoogte heeft gebracht van de aard en de redenen van de tegen hen ingebrachte beschuldigingen. Volgens de NMa bleef het besluit echter binnen het kader</p> | <p>thuiszorginstellingen hadden gemaakt geschikt waren om de concurrentie te beperken.<sup>31</sup></p> |

<sup>31</sup> Rb. Rotterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1327.

| Datum     | Besluit                           | Inbreuk                                                                | Onderzoeksprocedure                                              | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Rechterlijke procedures |
|-----------|-----------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|           |                                   |                                                                        | de NMa op 18 december 2007 een rapport opgemaakt en toegezonden. | <p>van het rapport en ziet het (net als het rapport) op overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te beperken.</p> <p>Na afloop van deze procedure heeft de NMa besloten een boete op te leggen aan de betreffende ondernemingen. Verder bezag de NMa of (tevens) een last onder dwangsom opgelegd zou moeten worden, hetgeen in deze zaak zou neerkomen op een gebod om zich te onthouden van het maken en uitvoeren van afspraken met betrekking tot het verdelen van markten. De onderhavige fusies vormden op zichzelf geen overtredding, waardoor de NMa geen reden zag om deze (middels een last) ongedaan te maken.</p> |                         |
| 30-6-2009 | 5709<br>Kinderopvang<br>Amsterdam | Tussen vijf aanbieders van kinderopvangactiviteiten in Amsterdam waren | De betreffende ondernemingen hebben toegezegd dat zij geen       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                         |

| Datum       | Besluit<br>(toezegging)                                           | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                  | Rechterlijke procedures |
|-------------|-------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|             |                                                                   | marktverdelingsafspraken gemaakt die eruit bestonden dat zij voor onbepaalde tijd elkaars werkgebieden zouden respecteren. De NMa heeft in deze zaak de toezegging passend geacht omdat dit doelmatiger is dan het opstellen van een rapport en dit het gedrag van de betreffende ondernemingen sneller en effectiever beïnvloedt. | concurrentiegevoelige informatie meer met elkaar zullen delen, tenzij deze informatie beschikbaar wordt gesteld in geanonimiseerde benchmarks of marktonderzoeken. Verder zullen zij: (i) geen informatie over toetredingsplannen tot elkaars werkgebied delen, (ii) de klanten informeren over de hernieuwde concurrentie, (iii) notulen bijhouden van gezamenlijke vergaderingen, en (iv) medewerking verlenen bij de controle op de naleving van de toezeggingen. |                                                                                                                                                   |                         |
| <b>2007</b> |                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                   |                         |
| 16-11-2007  | 5697<br>Verkeersregeltostellen en verkeersregelinallaties (boete) | In deze zaak hebben vijf leveranciers van verkeersregeltostellen en verkeersregelinallaties boetes opgelegd gekregen voor het maken van kartelafspraken vanaf                                                                                                                                                                      | Het onderzoek is door de NMa ingesteld op 30 juni 2006. Alle ondernemingen hebben een clementieaanvraag ingediend. Vervolgens heeft de NMa mondelinge verklaringen                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | De deelnemende ondernemingen zijn op 24 oktober 2007 in de gelegenheid gesteld te reageren op de in het rapport vermelde feiten. Alle deelnemende |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         | <p>januari 1998 tot en met december 2003. De betrokken leveranciers hadden contact met elkaar voortgaande aan inschrijvingen op aanbestedingen van gemeenten, provincies en Rijkswaterstaat. In deze contacten verdeelden de betrokken leveranciers opdrachten en stemden zij inschrijfprijzen af. Deze afspraken hingen met elkaar samen en vormden één landelijk dekkend systeem.</p> | <p>afgenomen die schriftelijk zijn vastgelegd en ondertekend door de betreffende personen. Naast de mondelinge verklaringen (van direct bij de gedragingen betrokken personen) heeft de NMa beschikking gekregen over andere bewijsmiddelen zoals projectadministraties van de betrokken ondernemingen.</p> <p>De NMa heeft vervolgens de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten op de hoogte gebracht van het onderzoek.</p> | <p>ondernemingen hebben hiervan gebruikgemaakt. De betrokken ondernemingen hebben gekozen voor deelname aan de versnelde sanctieprocedure. Daarom heeft de NMa de boetes van deze bedrijven verminderd met 15%.</p> <p>Verder hebben de betrokken ondernemingen gebruikgemaakt van de clementieregeling, hetgeen tot boeteverlagingen heeft geleid tussen de 40% en 80%.</p> <p>Dit is de laatste zaak waarbij de NMa bouwondernemingen naar aanleiding van de zogeheten 'bouwfraudeaffaire' de mogelijkheid geboden heeft deel te nemen aan de versnelde sanctieprocedure om de bedrijven in staat te stellen snel 'schoon schip' te maken.</p> |                         |

| Datum     | Besluit                                                          | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Onderzoeksprocedure                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                             | Rechterlijke procedures |
|-----------|------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 2-10-2007 | 5888-5896<br>Breedplaat- &<br>ribcassette-<br>vloeren<br>(boete) | De overtreding in deze zaak betrof een uitwisseling van actuele productie-, verkoop-, afzet- en orderportefeuillegegevens tussen negen ondernemingen in de sector breedplaatvloeren. De ondernemingen kwamen regelmatig bijeen, dat wil zeggen ongeveer acht tot tien keer per jaar. Met de tijdens deze bijeenkomsten uitgewisselde informatie werden individuele volumeaandelen gecontroleerd. | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. | In de zaken 5888 & 5893 werd aan verschillende ondernemingen een clementiekorting van 100% toegekeend.                       |                         |
| 2-10-2007 | 5842-5850<br>Sierstenen<br>(boete)                               | In deze zaak namen negen ondernemingen deel aan bijeenkomsten (die in de jaren 1998-2005 plaatsvonden) waarin prijsverhogingen werden afgesteld en waarbij over en weer informatie werd uitgewisseld met betrekking tot de voorgenoemen en gerealiseerde prijsstelling. Dit leverde                                                                                                              | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. | Verskillende ondernemingen hebben boete-immuniteit verkregen aangezien zij met succes een clementieverzoek hadden ingediend. |                         |

| Datum      | Besluit                           | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------|-----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 13-11-2007 | 5211<br>Boomkwekerijen<br>(boete) | De ondernemingen waren volgens de NMa een schending van het kartelverbod op.<br><br>De ondernemingen waren betrokken bij overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel hadden de leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten te verdelen en daarbij de inschrijfprijzen onderling af te stemmen. Dit leverde een overtreding op van de artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 lid 1 VWEU. | Op 4 november 2005 stelde de ACM een onderzoek in naar een mogelijke mededingingsovertreding door ondernemingen die zich bezighielden met het kweken en afzetten van onder meer laan- en parkbomen, sierheesters en vaste planten in Nederland. Aanleiding voor het onderzoek was de ontvangst van materiaal van de FIOD-ECD. Dit materiaal betrof circa 800 faxen die de FIOD/ECD had aangetroffen bij verschillende ondernemingen en die duiden op afspraken, in wisselende samenstelling, door boomkwekerijen voorafgaand aan de inschrijving op aanbestedingen van | Tijdens de hoorzitting bleek onduidelijkheid te bestaan over verschillende versies van het rapport die zich bevonden in het ACM-dossier dat aan het College was overgelegd. De ACM vertuidelijke dat op 5 december 2006, voorafgaand aan verzending van het rapport, een overzicht van het feitencomplex is toegestuurd. Op het voorblad van dit document was ten onrechte vermeld dat het een rapport betreft. Het rapport zoals dat op 8 februari 2007 is gezonden, is het rapport in de zin van artikel 59 lid 1 Mw dat door de ACM aan het besluit van 13 november 2007 ten | In hoger beroep is het besluit van de ACM bestreden. Het CBb heeft in één zaak alle aangevoerde gronden afgewezen, <sup>32</sup> maar verklaarde in een andere zaak het hoger beroep gegrond. Voorafgaand aan deze uitspraak heeft het CBb bij beslissing van 15 mei 2012 geoordeeld dat ten aanzien van een aantal stukken die de ACM verplicht is over te leggen, beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is (artikel 8:29 Awb). Het College heeft vervolgens geen uitspraak gedaan op grond van de vertrouwelijke stukken. In de uitspraak vernietigt het CBb vervolgens het besluit |

<sup>32</sup> CBb 10 april 2014, N/B 2014/1371, ECLI:NL:CBB:2014:118.

| Datum       | Besluit                       | Inbreuk                                                                                                                                                                         | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Sanctieprocedure                                                                                                                  | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------|-------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|             |                               |                                                                                                                                                                                 | <p>leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten in de periode van 1998 tot 2004.</p> <p>Na afloop van het onderzoek van de ACM bestond een redelijk vermoeden dat acht ondernemingen artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU hadden overtreden en dat daarvoor boetes dienden te worden opgelegd. Dit onderzoek heeft geleid tot een rapport dat bij brief van 8 februari 2007 aan de betrokken ondernemingen is gezonden.</p> | <p>grondslag is gelegd.</p> <p>Op basis van het rapport heeft ACM de overtredding vastgesteld en boetes opgelegd.</p>             | <p>gedeeltelijk, namelijk het deel waar aan één van de ondernemingen een boete was opgelegd, omdat volgens het CBb de ACM ten tijde van het boetebesluit van 13 november 2007 geen bevoegdheid meer toekwam om aan deze onderneming een boete op te leggen nu de bevoegdheid daartoe (op grond van artikel 64 Mw) was verjaard.<sup>33</sup></p> |
| <b>2006</b> |                               |                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| 12-12-2006  | 2269 Noordzeegarnalen (boete) | In deze zaak heeft de NMa een inbreuk vastgesteld omdat – in het kader van het Trilateraal Overleg – overeenkomsten waren gemaakt over vangstbeperkingen en minimumprijzen voor | De NMa heeft reeds op 14 januari 2003 een inbreuk vastgesteld en heeft in dat kader zestien ondernemingsverenigingen en ondernemingen een boete opgelegd voor de afspraken die waren                                                                                                                                                                                                                                           | De NMa verklaart de bezwaren van de ondernemingen tegen het besluit van 14 januari 2003 gegrond en besluit de boetes te verlagen. | Op 12 februari 2010 heeft het CBb uitspraak gedaan over de vraag of de NMa – door de Duitse ondernemingen een inventarisatielijst in het Duits te verschaffen en met de in het Duits vertaalde                                                                                                                                                   |

<sup>33</sup> CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:119. Zie voor de uitspraak van de Rb. Rotterdam van 1 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM9911.



| Datum | Besluit | Inbreuk          | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------|---------|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         | Noordzeegamalen. | gemaakt in de periode 1 januari 1998 tot 30 januari 2000. Verder heeft de NMa, op dezelfde dag, een inbreuk vastgesteld die was gericht op het belemmeren van de toetreding van een nieuwe handelaar die op de Nederlandse visafslag Noordzeegamalen wilde inkopen. Tegen het besluit is bezwaar en beroep ingediend. De rechtbank verklaart het beroep, voor zover het betrekking heeft op de hoogtes van de boetes, gegrond. Volgens de rechtbank heeft de NMa onvoldoende gemotiveerd waarom de gedragingen gekwalificeerd dienden te worden als een zeer zware overtreding. De rechtbank gaat verder in op de schending van het recht op |                  | stukken – heeft voldaan aan de plicht om stukken uit het dossier te vertalen. In deze zaak heeft het CBb bepaald dat alleen een verslag tussen de vaste commissie voor Landbouw, Natuurbeheer en Visserij voor Economisch Zaken met de waarnemend minister van Economische Zaken (nog) vertaald had moeten worden. <sup>34</sup> |

<sup>34</sup> CBb 12 februari 2010, AB 2010/297 m.nt. G.J.M. Cartigny, ECLI:NL:CBB:2010:BM1689.

| Datum      | Besluit                                                   | Inbreuk                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Sanctieprocedure                                                                                                   | Rechterlijke procedures                                                                                   |
|------------|-----------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|            |                                                           |                                                                                                            | vertaling (artikel 6 EVRM).<br>Hoewel de ACM niet verplicht was om alle stukken uit het dossier te vertalen, dienden de verklaringen die door Nederlandse producenten waren afgegeven wel vertaald te worden naar het Duits (zie voor de uitspraak van het CBb de tekst onder het kopje 'Rechterlijke procedure').<br>Een heroverweging van de zaak op grond hiervan is echter niet nodig nu de ondernemingen na kennisgeving van de vertaalde stukken geen andere argumenten tegen het bestreden besluit naar voren hebben gebracht. <sup>35</sup> |                                                                                                                    |                                                                                                           |
| 21-12-2006 | 3309<br>Verenigingen van psychologen en psychotherapeuten | De verenigingen hebben artikel 6 lid 1 Mw overtreden door het nemen van besluiten aangaande adviestarieven | Bij besluit van 26 april 2004 heeft de NMa vastgesteld dat de ondernemingsvereniging n het kartelverbod hebben                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | De NMa is van oordeel dat – ondanks de uitspraak van de rechtbank Rotterdam – voldoende vast is komen te staan dat | De partijen hebben vervolgens de zaak voorgelegd aan het CBb. Deze heeft het besluit van 21 december 2006 |

<sup>35</sup> Rechtbank Rotterdam 20 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX9223.

| Datum | Besluit<br>(boete) | Inbreuk<br>aan hun leden in de<br>periode van 1998 tot en<br>met 2003. | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-------|--------------------|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |                    |                                                                        | overtreden. Op grond van deze vaststelling heeft de NMa boetes opgelegd en een last onder dwangsom die ertoe strekt dat de verenigingen hun leden meedelen dat zij de praktijk van het verstrekken van tariefaanbevelingen definitief hebben beëindigd. Deze beslissing volgde nadat de NMa ambtshalve onderzoek had ingesteld naar aanleiding van diverse adviestarieven die waren gepubliceerd op de websites van de verschillende ondernemingsverenigingen. In dat kader hadden op 8 april 2003 verschillende bedrijfsbezoeken plaatsgevonden en zijn schriftelijke vragen aan partijen gesteld. Een rapport was op 2 oktober | de afspraken een mededingingsbeperkende strekking hadden. In deze zaken heeft de NMa de economische weerslag van de overtreding genuanceerd, omdat voldoende aannemelijk was gemaakt dat sprake was van een zekere mate van concurrentiedruk. De NMa heeft vervolgens het boetepercentage in deze zaken verlaagd van 12% naar 9%. | vernietigd wegens strijd met de artikelen 3:2 en 7:12 Awb en heeft de NMa de opdracht gegeven om opnieuw te beslissen nu de NMa onvoldoende eigen onderzoek heeft verricht en de door haar getrokken conclusie dat de tariefadviezen de strekking hebben de mededinging te verhinderen niet berust op een deugdelijke motivering. <sup>36</sup> De NMa herroept vervolgens bij besluit van 17 maart 2009 het besluit van 26 april 2004 en ziet af van het opleggen van een boete. |

---

<sup>36</sup> CBb 6 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8820.

| Datum     | Besluit                                     | Inbreuk                                                                                                                                                                                       | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                       | Rechterlijke procedures |
|-----------|---------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 9-11-2006 | 5259<br>Betonnen<br>straatstenen<br>(boefe) | In totaal zijn 21 ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector. Deze ondernemingen zijn volgens de NMa gedurende de periode 1 januari 1998 tot en met | 2003 opgesteld en verstuurd.<br>Vervolgens stelden de verenigingen bezwaar en beroep in. De rechtbank Rotterdam heeft het bezwaar van partijen gegrond verklaard op 17 juli 2006. De rechtbank Rotterdam kwam tot de conclusie dat niet voor alle jaren van de overtredding voldoende was aangetoond dat de adviestarieven aan de leden van deze verenigingen bekend waren gemaakt. <sup>37</sup> | In deze zaken heeft de NMa de economische weerslag van de overtredding genuanceerd omdat voldoende aannemelijk was gemaakt dat sprake was van een zekere mate van concurrentiedruk van |                         |

<sup>37</sup> Rb. Rotterdam 17 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY4928.

| Datum     | Besluit                                   | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Onderzoeksprocedure                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures |
|-----------|-------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|           |                                           | medio 2001 twee keer per maand bij elkaar gekomen om de leveranties van betonnen straatstenen aan hun afnemers onderling te verdelen                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                          | andere typen bouw materiaal. De NMa heeft vervolgens het boetepercentage in deze zaken verlaagd van 12% naar 9%.                                                |                         |
| 30-5-2006 | 5367 & 5368 Kabel & leidingwerken (boete) | In totaal zijn 69 ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector. De ondernemingen hebben volgens de NMa in de periode van 1 januari 1998 tot eind 2001 in wisselende samenstelling overleg gevoerd voorafgaand aan de inschrijving op aanbestedingen. Deze overleggen vormden één landelijk dekkend systeem. | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. |                                                                                                                                                                 |                         |
| 30-5-2006 | 5436 & 5379 Groen-voorziening (boete)     | In totaal zijn 54 ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector. De ondernemingen hebben volgens de NMa in de periode van 1 januari 1998                                                                                                                                                                     | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. | In zaak 5379 verlaagde de NMa het boetepercentage als gevolg van een minder frequente deelname van individuele ondernemingen aan de ontmoetingen in het kartel. |                         |

| Datum    | Besluit                       | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                      | Sanctieprocedure | Rechterlijke procedures |
|----------|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------|
|          |                               | tot eind 2001 in wisselende samenstelling overleg gevoerd voorafgaand aan de inschrijving op aanbestedingen. Deze overleggen vormden één landelijk dekkend systeem.                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                          |                  |                         |
| 4-7-2006 | 3938<br>B&U-sector<br>(boete) | In totaal zijn 570 ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector. De betrokken ondernemingen, die actief zijn in de nieuwbouw en het onderhoud van gebouwen, hebben in de periode van 1 januari 1998 tot eind 2001 voorafgaande aan aanbestedingsprocedures gezamenlijk hun biedgedrag afgestemd. Daarnaast stelden zij gezamenlijk een rekenvergoeding vast waarmee de inschrijfcijfers van de biedende bedrijven werden verhoogd. | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. |                  |                         |

| Datum     | Besluit                                    | Inbreuk                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                              | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Rechterlijke procedures |
|-----------|--------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 9-11-2006 | 5242<br>Betonnen<br>heipalen<br>(boete)    | In totaal zijn negen ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector. | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector.<br>Het rapport is op 25 november 2005 aan de ondernemingen toegezonden. | In deze zaken heeft de NMa de economische weerslag van de overtreding genuanceerd omdat voldoende aannemelijk was gemaakt dat sprake was van een zekere mate van concurrentiedruk van andere typen bouw materiaal. De NMa heeft vervolgens het boetepercentage in deze zaken verlaagd van 12% naar 9%.<br>Een van de betrokken ondernemingen kreeg volledige boete-immuniteit. |                         |
| 9-11-2006 | 5233<br>Kanaal-<br>plaatvloeren<br>(boete) | In totaal zijn drie ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector.  | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector.                                                                         | In deze zaken heeft de NMa de economische weerslag van de overtreding genuanceerd omdat voldoende aannemelijk was gemaakt dat sprake was van een zekere mate van concurrentiedruk van andere typen bouw materiaal. De NMa                                                                                                                                                      |                         |



| Datum      | Besluit                          | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Onderzoeksprocedure                                                                                      | Sanctieprocedure                                                             | Rechterlijke procedures |
|------------|----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 28-12-2006 | 4253<br>Verzinkerijen<br>(boete) | In totaal zijn zes ondernemingen beboet in het kader van de versnelde sanctieprocedure in de bouwsector voor het onderling verdelen van in Nederland gevestigde klanten op basis van klantenverdelingslijsten in de periode van 1 januari 1998 tot 1 juli 2002.                                                                               | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. | heeft vervolgens het boetepercentage in deze zaken verlaagd van 12% naar 9%. |                         |
| 11-1-2006  | 2112<br>Betonmortel<br>(boete)   | In totaal zijn tien ondernemingen beboet in het kader van de reguliere sanctieprocedure in de bouwsector. De tien betonmortelcentrales zijn beboet voor het onderling uitwisselen van informatie over voorgenomen prijsverhogingen van betonmortel in de periode 1998 tot en met 2002. De betrokken partijen stelden elkaar jaarlijks tijdens | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. |                                                                              |                         |

| Datum     | Besluit                                                                                                                                | Inbreuk                                                                                                                      | Onderzoeksprocedure                                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                  | Rechterlijke procedures |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|           |                                                                                                                                        | zogeheten<br>najaarsbijeekkomsten<br>en/of per post op de<br>hoogte van voorgenomen<br>prijswijzigingen voor<br>betonmortel. |                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                   |                         |
| 31-8-2006 | 4780<br>GWW-sector<br>(boete)                                                                                                          | In totaal zijn veertien<br>ondernemingen beboet in<br>het kader van de reguliere<br>sanctieprocedure in de<br>bouwsector.    | Zie voor een beschrijving<br>van de<br>onderzoeksprocedure de<br>beschrijving van het<br>onderzoek in de GWW-<br>sector. |                                                                                                                                                                                                                                                                   |                         |
| 31-8-2006 | 5023<br>Installatiesector<br>(boete)                                                                                                   | In totaal zijn negen<br>ondernemingen beboet in<br>het kader van de reguliere<br>sanctieprocedure in de<br>bouwsector.       | Zie voor een beschrijving<br>van de<br>onderzoeksprocedure de<br>beschrijving van het<br>onderzoek in de GWW-<br>sector. |                                                                                                                                                                                                                                                                   |                         |
| 15-9-2006 | 3054<br>Atletiekbanen<br>2873<br>Noord-Holland<br>Acht<br>3064<br>Asfaltware<br>wegenprojecten<br>Noord-<br>Nederland<br>(alle: boete) |                                                                                                                              | Zie voor een beschrijving<br>van de<br>onderzoeksprocedure de<br>beschrijving van het<br>onderzoek in de GWW-<br>sector. | De betrokken<br>ondernemingen hadden<br>tegen deze besluiten<br>bezwaar aangetekend. Na<br>overleg met de NMa<br>hebben partijen hun<br>bezwaren ingetrokken en<br>heeft de NMa<br>wijzigingsbesluiten in de<br>zin van artikel 62 Mw<br>genomen. Het feit dat de |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         |                     | <p>betrokken<br/> bouwendernemingen<br/> schoon schip hebben<br/> gemaakt door een<br/> financiële bijdrage te<br/> leveren aan een collectieve<br/> regeling van financiële<br/> claims van<br/> overheidsoverdrachtgevers<br/> is door de NMa beloond<br/> met een korting op de<br/> boetes van de oude<br/> bouwzaken: 10% van die<br/> bijdrage is in mindering<br/> gebracht op de boete.<br/> Voorts heeft de NMa in<br/> alle oude bouwzaken<br/> meegewogen dat er reeds<br/> boetes zijn opgelegd in<br/> andere (deel)sectoren en<br/> dat de betrokken<br/> ondernemingen hebben<br/> deelgenomen aan de<br/> versnelde<br/> sanctieprocedures. Om die<br/> reden heeft de NMa in<br/> deze zaken het<br/> boetebedrag nogmaals<br/> verminderd met 45%.</p> |                         |

| Datum      | Besluit                                      | Inbreuk                                                                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Rechterlijke procedures |
|------------|----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 25-10-2006 | 3020<br>APNN<br>(uiteindelijk geen<br>boete) | Volgens de NMa hebben<br>de bouwondernemingen<br>geen inbreuk gemaakt op<br>het kartelverbod door de<br>(vermeende) prijs- en<br>marktverdelingsafspraken. | Bij een<br>verificatieonderzoek in<br>april 2002 heeft de NMa<br>documenten aangetroffen<br>die informatie bevatten<br>omtrent een<br>(voorgenomen)<br>samenwerkingsverband<br>tussen een aantal<br>bouwondernemingen op<br>het gebied van<br>asfaltproductie, genaamd<br>Asfalt Productie Noord<br>Nederland.<br>De NMa heeft vervolgens<br>een rapport opgemaakt<br>tegen achttien<br>ondernemingen die als<br>aandeelhouders in een van<br>de drie<br>asfaltproductiecentrales<br>(APK, APW en NOAP)<br>participeerden. Er bestond<br>een redelijk vermoeden<br>dat de betrokken<br>ondernemingen artikel 6<br>Mw hadden overtreden<br>door het sluiten van een<br>overeenkomst en/of het<br>afstemmen van gedrag | In hun schriftelijke en<br>mondelinge zienswijzen<br>hebben de ondernemingen<br>de juridische kwalificatie<br>van de gedragingen<br>betwist. Partijen hebben<br>aangedrongen op een<br>nader onderzoek van de<br>economische en juridische<br>context waarin de<br>afspraken en gedragingen<br>toepassing vonden. In haar<br>besluit van 25 oktober 2006<br>stelt de NMa dat een nader<br>onderzoek niet opportuun<br>is.<br>De NMa heeft om deze<br>redenen geen overtreding<br>vastgesteld en afgezien<br>van het opleggen van<br>boetes. |                         |

| Datum       | Besluit            | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rechterlijke procedures |
|-------------|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|             |                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | met betrekking tot de vaststelling van (delen van) de prijs van asfalt van de centrales APK, APW en NOAP. Tevens zouden de betrokken ondernemingen volgens de NMa marktverdelingsafspraken gemaakt hebben. De overtredingen zouden tussen 2 december 1998 tot en met 30 april 2002 plaatsgevonden hebben.                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                         |
| <b>2005</b> |                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                         |
| 21-11-2005  | 4108/168<br>Nozema | De ondernemingen Nozema en Broadcast NT, destijds de enige aanbieders van omroepzendernetwerkdiensten voor landelijke radio-omroepen, hebben marktverdelingsafspraken gemaakt. De marktverdeling kwam erop neer dat Nozema – op basis van een getekende intentieverklaring – gedurende 24 uur geen aanbiddingen zou doen in | Het onderzoek van de NMa startte op 22 juni 2004. In het kader van het onderzoek hebben bedrijfsonderzoeken plaatsgevonden en zijn gesprekken met betrokkenen gevoerd. Op 21 december 2004 is vervolgens het feitencomplex aan partijen voorgelegd. Uit het onderzoek rees vervolgens een redelijk vermoeden dat de betrokken partijen | De op de zaak betrekking hebbende stukken zijn aan partijen gezonden. De partijen hebben ieder afzonderlijk en schriftelijk een zienswijze ingediend. Op 30 juni 2005 heeft vervolgens een hoorzitting plaatsgevonden. Naar aanleiding van deze zienswijzen heeft de NMa bij brief van 21 juli 2005, met instemming van partijen, het ministerie van Economische Zaken |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk                                                                                              | Onderzoeksprocedure                                                                                  | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         | de markt of contracten zou sluiten met radiostations met betrekking tot twee van de geveilde kavels. | het kartelverbod hadden overtreden. Op 2 maart 2005 is dan ook een rapport aan partijen toegezonden. | <p>verzocht om de vertrouwelijkheid van enkele dossierstukken opnieuw te beoordelen. Bij brief van 3 augustus 2005 heeft het ministerie van Economische Zaken alsnog twee eerder als vertrouwelijk aangemerkte documenten openbaar gemaakt. Deze stukken zijn alsnog aan partijen toegezonden waarop de partijen vervolgens konden reageren.</p> <p>Vervolgens heeft de NMa aan partijen een boete opgelegd. De NMa verlaagde de boete met 10% omdat de ondernemingen onder grote druk van de overheid stonden om het project op tijd te realiseren, hetgeen de <i>standstill</i> in de hand heeft gewerkt.</p> <p>In bezwaar ziet de NMa echter (op 10 juli 2007) af van beboeting van de onderneming nu</p> |                         |

| Datum      | Besluit                                         | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                   | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|------------|-------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 15-12-2005 | 4014<br>Openbaar Groen<br>Maastricht<br>(boete) | Verskillende<br>hoveniersbedrijven hebben<br>het kartelverbod<br>overtreden door de<br>inschrijving op een<br>individuele aanbesteding<br>van onderhoud en<br>groenvoorziening van de<br>gemeente Maastricht<br>vooraf af te stemmen.                                                                      | Zie voor een beschrijving<br>van de onderzoeks-<br>procedure de beschrijving<br>van het onderzoek in de<br>GWV-sector.                                                                                                                                                                             | onvoldoende vast is<br>komen te staan dat er door<br>de afspraak tussen<br>Nozema en Broadcast<br>sprake is geweest van een<br>merkbaar beperking van<br>de concurrentie.                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| 25-9-2005  | GWV-sector<br>(boete)                           | De betreffende<br>bouwondernemingen<br>hebben voorafgaande aan<br>de inschrijving op de<br>aanbesteding in de grond-,<br>weg- en waterbouwsector<br>in Nederland hun<br>inschrijving afgestemd en<br>rekenvergoedingen<br>vastgesteld. Een aantal<br>bouwondernemingen heeft<br>daarnaast een aparte boete | Aanleiding voor het<br>onderzoek was de<br>uitzending van het<br>televisieprogramma<br><i>Zembla</i> in november 2001<br>waarin aan de hand van<br>een schaduwwaardering<br>van bouwbedrijf Koop<br>Tjuchem werd onthuld dat<br>in de bouwsector in<br>Nederland illegale<br>prijsafspraken werden | Op 1 september 2005 is<br>door middel van de<br>Bekendmaking<br>boetetoemeting aangaande<br>bepaalde de mededinging<br>beperkende activiteiten in<br>de GWV-sector inzicht<br>gegeven in de wijze<br>waarop de NMa<br>voornemens was de<br>hoogte van de boetes te<br>bepalen voor | Met betrekking tot de<br>deelname van één<br>bouwonderneming in de<br>GWV-sector heeft het CBb<br>geoordeeld dat door de<br>NMa de zogenaamde<br>'2+2'-regel niet was<br>gehandeerd. De NMa<br>leunde weliswaar op twee<br>clementieverklaringen,<br>maar het schriftelijke<br>bewijs dat afkomstig was |



| Datum | Besluit | Inbreuk                                                                                                                             | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------|---------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         | ontvangen voor de door hen gemaakte marktverdelingsafspraken over grote infrastructurale werken zoals de HSL-Zuid en de Betuwelijn. | gemaakt. Naar aanleiding hiervan is een parlementaire enquête gestart. In februari 2004 onthulde <i>De Telegraaf</i> een schaduwboekhouding van het bouwbedrijf Boele & Van Eesteren die betrekking had op illegale kartelvorming in de utiliteitsbouw. Op 16 februari 2004 heeft de NMa deze schaduwadministratie van het OM ontvangen. Naar aanleiding hiervan is de NMa op 19 februari 2004 ambtshalve een onderzoek gestart naar de mogelijke overtredingen van de Mw door ondernemingen die werkzaam waren in de bouwsector. Het onderzoek heeft geleid tot het rapport GWW-sector van 6 september | ondernemingen die betrokken waren bij de overtredingen. Om de procedures met de betrokken ondernemingen in de fase na het rapport zo snel en efficiënt mogelijk te kunnen afwickelen, heeft de NMa de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geboden de zogeheten versnelde sanctieprocedure te volgen. Bij brief van 6 september 2005, waarbij het rapport aan de betrokken ondernemingen werd aangeboden, heeft de NMa een nadere toelichting verschaft over de versnelde procedure. In deze brief werd uiteengezet dat deelname aan de versnelde procedure inhield dat | van de clementieverzoekers dateerde van na de overtreding en was niet authentiek. <sup>38</sup> Het CBb bevestigde daarmee de uitspraak van de rechtbank Rotterdam waarin het besluit van de NMa was vernietigd. <sup>39</sup> In een andere zaak was het beroep van de betreffende bouwonderneming niet succesvol. In deze zaak claimde de bouwonderneming dat haar deelname zo beperkt was dat zij daarmee geen bijdrage kon leveren aan de instandhouding van het landelijke systeem van vooroverleg. Het CBb was echter van oordeel dat de onderneming viemaal en in wisselende samenstellingen afspraken over inschrijfgedrag en |

<sup>38</sup> CBB 5 april 2012, *NJB* 2012/1133, ECLI:NL:CBB:2012:BW139.

<sup>39</sup> Rb. Rotterdam 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ9175.

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Rechterlijke procedures                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------|---------|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|       |         |         | <p>2005. In dit rapport concludeerde de NMa dat ondernemingen die in Nederland (in de periode 1998-2001) bouwactiviteiten uitvoerden, in wisselende samenstelling hebben deelgenomen aan vooroverleg voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding. In het rapport is voorts vermeld dat de afzonderlijke overleggen ten aanzien van de aanbesteding in Nederland met elkaar samenhangen en één voortdurend systeem van afstemming vormden over de werkverdeling en het inschrijfgedrag.</p> | <p>tegen een vermindering van de op te leggen boete van 15% de betrokken onderneming in het kader van de sanctieprocedure afstand zou doen van het recht op individuele inzage van de stukken als bedoeld in artikel 60 lid 2 Mw en van het recht om een individuele zienswijze naar voren te brengen, en dat de zienswijze die door een centraal gemachtigde namens alle betrokken ondernemingen zou worden ingebracht niet een gehele of gedeeltelijke betwisting inhield van de in het rapport vastgelegde juridische beoordeling en feiten. Wel werden de ondernemingen nog in de gelegenheid gesteld om individuele verzachtende</p> | <p>rekenvergoedingen had gemaakt waardoor zij wel degelijk bijdroeg aan de mededingingsinbreuk.<sup>40</sup> Een derde uitspraak van het CbB over een boetebesluit in de GWW-sector betrof een zaak waarin de onderneming het besluit op zowel procedurele gronden (schending rechten van verdediging, gelijkheid der wapenen, en redelijke-termijnvereiste) als materiële gronden (toerekening inbreuk) aanvocht. In deze zaak gaf het CbB de betreffende onderneming alleen gelijk met betrekking tot de schending van het redelijke-termijnvereiste en, verlaagde de boete met € 20.000.<sup>41</sup></p> |

<sup>40</sup> CbB 12 juli 2012, *NJB* 2012/1868, ECLI:NL:CBB:2012:BX6386. Met deze uitspraak vernietigde het CbB (gedeeltelijk) de uitspraak van de rechtbank Rotterdam en werd de zaak zelf afgedaan. Zie rechtbank Rotterdam 8 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BK8717.

<sup>41</sup> CbB 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2037. Zie voor de uitspraak in eerste aanleg: Rechtbank Rotterdam 10 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3913.

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         |                     | omstandigheden aan te voeren in het kader van de boetetoemeting. <sup>42</sup><br>Op basis van het rapport zijn vervolgens ten aanzien van de ondernemingen die volgens de NMa aan het in het rapport omschreven landelijke systeem van vooroverleg hebben deelgenomen afzonderlijke boetebesluiten genomen. Met betrekking tot de GWW-sector hebben 24 ondernemingen ervoor gekozen niet deel te nemen aan de versnelde procedure. Deze ondernemingen hebben de reguliere procedure gevolgd. De overige 248 ondernemingen hebben wel deelgenomen aan de versnelde procedure. |                         |

<sup>42</sup> Zo heeft de NMa in enkele gevallen een extra boetekorting toegepast vanwege de kleine omvang van de onderneming of omdat de geadresseerde een natuurlijk persoon was (zie bijvoorbeeld het besluit van de NMa van 29 juni 2005 in zaak 4322), maar paste de NMa geen boeteverlaging toe wegens vrijwillige beëindiging van de overtrekking of de vrijwillige verstrekking van informatie aan de Belastingdienst (zie bijvoorbeeld het besluit van de NMa van 29 juni 2005 in zaak 4345).

| Datum      | Besluit                                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                              | Onderzoeksprocedure                                                                                      | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Rechterlijke procedures |
|------------|----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 20-10-2005 | Installatiesector (boete)              | In totaal zijn 155 ondernemingen beboet voor het maken van afspraken voorafgaande aan aanbestedingen in de installatiesector. De sanctieprocedure van de installatiesector volgde een vergelijkbaar stramien als de sanctienering van de GWW-sector. | Zie voor een beschrijving van de onderzoeksprocedure de beschrijving van het onderzoek in de GWW-sector. | Uit de Bekendmaking boetetoemeting voor de installatiesector (Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de installatiedeelsector, <i>Sicrt</i> . 2005, 78, p. 34) zijn verschillen waar te nemen tussen de versnelde procedure in de GWW-sector en de installatiesector. Een belangrijk verschil betreft het gegeven dat de NMa het onderzoek in de installatiesector al begonnen was voordat het eerste clementieverzoek werd ingediend. Dit betekent dat de NMa het clementiepercentage op maximaal 40% heeft vastgesteld. |                         |
| 25-3-2005  | 3371 Vervoer zeecontainers over de weg | Volgens de NMa hebben drie ondernemingsverenigingen op het gebied van transport van                                                                                                                                                                  | Na een onderzoek heeft de NMa op 8 september 2003 een rapport opgemaakt.                                 | Ondanks de vaststelling dat de verenigingen het kartelverbod hadden overschreden, kregen de                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                         |

| Datum                    | Besluit                                                         | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Onderzoeksprocedure | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|                          | (geen boete)                                                    | (zee)containers over de weg) zowel artikel 81 lid 1 EG als artikel 6 lid 1 Mw overtreden door besluiten te nemen met betrekking tot de doorberekening van fluctuaties in de brandstofkosten en de doorberekening van de door Duitsland voorgenomen kilometerheffing in de door haar leden gehanteerde vrachtprijzen. |                     | verenigingen uiteindelijk geen boete opgelegd. Dit had alles te maken met de 'medeplichtigheid' van de overheid: de regering had meermaals en uitdrukkelijk opgeroepen tot een doorberekening van de verhoogde kosten; aan die oproep werd door de verenigingen gehoor gegeven. |                         |
| <b>2004<sup>43</sup></b> |                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                         |
| 15-11-2004               | 3022<br>Stichting<br>Automatisering<br>Gezondheidszorg<br>Breda | In deze zaak heeft de NMa afgezien van het opleggen van een boete (en last onder dwangsom) nu de stichting en haar deelnemers de overtreding hadden beëindigd en de NMa niet eerder met betrekking tot soortgelijke                                                                                                  |                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                         |

<sup>43</sup> Besluiten vanaf 1 augustus 2004. Op die datum trad de Wet modernisering EG-mededingingsrecht (Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-Verordeningen 1/2003 en 139/2004, Stb. 2004, 345) in werking ter implementatie van Verordening 1/2003 (Verordening 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag van 16 december 2002, PB 2003, L 1/1). De voornaamste wijziging was het vervallen van de mogelijkheid tot het vragen van ontheffing van het kartelverbod.

| Datum     | Besluit                                | Inbreuk                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Onderzoeksprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Rechterlijke procedures |
|-----------|----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|           |                                        | overtredingen op de markt voor farmaceutische hulpverlening sanctionerend had opgetreden.                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                         |
| 9-12-2004 | 3031<br>Inleenverbod<br>uitzendbranche | In deze zaak heeft de NMa alleen aan de Stichting Financiële Toetsing (SFT) een boete opgelegd omdat de SFT met de in haar register ingeschreven ondernemingen overeen was gekomen dat zij geen personeel zullen inlenen van buitenlandse ondernemingen vanwege de eis van openheid en de eis van aanvaarding van door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen. | Op 4 juni 2002 ontving de NMa een aanvraag in de zin van artikel 56 en 83 Mw van de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (hierna: NBBU). De NBBU was van mening dat de regeling waarbij het gecertificeerde ondernemingen verboden werd personeel in te lenen van niet-gecertificeerde ondernemingen strijdig was met de Mw. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft de NMa onderzoek ingesteld en een bedrijfsbezoek verricht bij Stichting VPR, verzoeken om schriftelijke informatie verstuurd en marktpartijen gehoord. Na afloop van het onderzoek heeft de NMa | De partijen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld om schriftelijk hun zienswijzen te geven. Vervolgens vond op 8 januari 2004 een hoorzitting plaats. Een van de partijen, de SFT, stelt dat de NMa door het uitbrengen van een persbericht op 4 november 2003 de presumptie van onschuld en het verbod van vooringenomenheid heeft geschonden. Volgens de NMa is alleen het redelijke vermoeden van een overtreding naar buiten gebracht, hetgeen ook de aanleiding was voor het rapport. Uit het persbericht volgt niet dat de NMa een definitief oordeel heeft gegeven over de in het rapport |                         |

| Datum | Besluit | Inbreuk | Onderzoeksprocedure                       | Sanctieprocedure                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Rechterlijke procedures |
|-------|---------|---------|-------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|       |         |         | op 4 november 2003 een rapport opgesteld. | geconstateerde overtredingen.<br>De NMa komt dan ook tot de conclusie dat het inleenverbod de mededinging beperkt. De NMa stelt vervolgens de boete voor de SFT naar beneden bij tot € 10.000 omdat onverkorte toepassing van de Richtsnoeren Boetetoemeting zou resulteren in een evident onbillijke uitkomst. |                         |



## Bijlage II.    Overzicht bepalingen fundamentele procesrechten EVRM, Handvest en nationaal recht

|                                        | EVRM            | Handvest           | Nationaal recht        | Toelichting                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------|-----------------|--------------------|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Recht op een eerlijk proces            | Artikel 6 lid 1 | Artikel 47, par. 2 | Zie <i>bijlage III</i> | Artikel 47, par. 2 heeft een ruimere toepassing dan artikel 6 lid 1 EVRM aangezien het recht op toegang tot de rechter niet alleen van toepassing wordt verklaard op geschillen inzake <i>civil rights &amp; obligations</i> en <i>criminal charges</i> . Met uitzondering van de werkingssfeer zijn de door het EVRM geboden waarborgen op dezelfde wijze van toepassing in de EU. |
| Recht op rechtsbijstand                | Artikel 6 lid 1 | Artikel 47, par. 3 | Artikel 18 Gw          | Met betrekking artikel 47, par. 3 zij erop gewezen dat volgens de jurisprudentie van het EHRM in rechtsbijstand moet worden voorzien wanneer de garantie van een doeltreffende voorziening in rechte wegens het ontbreken van die bijstand ontwricht zou worden. <sup>1</sup> Er bestaat ook een rechtsbijstandregeling voor het HvJ.                                               |
| Vermoeden van onschuld                 | Artikel 6 lid 2 | Artikel 48 lid 1   | -                      | Artikel 48 lid 1 Handvest is hetzelfde als artikel 6 lid 2 EVRM.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| (Strafrechtelijke) verdedigingsrechten | Artikel 6 lid 3 | Artikel 48 lid 2   | Zie <i>bijlage III</i> | Artikel 48 lid 2 Handvest is hetzelfde als artikel 6 lid 3 EVRM.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |

---

<sup>1</sup>     Arrest EHRM 9 oktober 1979 (*Airey t. Ierland*).

|                                                                                      | EVRM       | Handvest                | Nationaal recht                   | Toelichting                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------|-------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Legaliteitsbeginsel                                                                  | Artikel 7  | Artikel 49 leden 1 en 2 | Artikel 16 Gw,<br>artikel 1 Sr    | Artikel 49 leden 1 en 2 Handvest is hetzelfde als artikel 7 EVRM.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| Evenredigheidsbeginsel<br>inzake delicten en straffen                                | -          | Artikel 49 lid 3        | Artikel 3:4 Awb                   | Artikel 49 lid 3 Handvest behelst het algemene beginsel dat is vastgelegd in de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en in de jurisprudentie van het HvJ.<br>Een algemeen evenredigheidsbeginsel, ongeacht de aard van de procedure, is opgenomen in artikel 3:4 Awb.                                                                                                                                                                           |
| Recht op eerbiediging van<br>privé-, familie- en<br>gezinsleven                      | Artikel 8  | Artikel 7               | Artikel 10 Gw                     | Artikel 7 Handvest is hetzelfde als artikel 8 EVRM.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Recht op een doeltreffende<br>voorziening in rechte en op<br>een onpartijdig gerecht | Artikel 13 | Artikel 47, par. 1      | Artikel 115 jo.<br>artikel 112 Gw | Artikel 47, par. 1 biedt volgens de Toelichting bij het Handvest een ruimere bescherming. De Toelichting maakt echter niet expliciet duidelijk wat het verschil in bescherming is, maar uit de tekst valt op te maken dat de ruimere bescherming gelegen is in de waarborging van een <u>rechterlijke</u> voorziening in tegenstelling tot artikel 13 EVRM dat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een <u>nationale instantie</u> regelt. <sup>2</sup> |

<sup>2</sup> De Unierechter heeft dit 'ruimere' recht erkend als aan algemeen beginsel van het recht van de EU. Zie HvJ EG 15 mei 1984, 22/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston*); HvJ EG 15 oktober 1987, 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*); en HvJ EG 3 december 1992, C-97/91, *Jur.* 1992, p. I-6313 (*Borrelli*).

|                                                                                                              | EVRM                     | Handvest                           | Nationaal recht                                                  | Toelichting                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------|------------------------------------|------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Recht op hoger beroep in strafzaken                                                                          | Artikel 2 Protocol nr. 2 | -                                  | -                                                                | -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde delict te worden berecht of gestraft | Artikel 4 Protocol nr. 7 | Artikel 50                         | Artikel 68 Sr                                                    | Artikel 50 Handvest heeft dezelfde inhoud en reikwijdte als artikel 4 Protocol nr. 7, maar is niet alleen van toepassing binnen de rechtsmacht van dezelfde staat maar ook in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van verschillende lidstaten.<br>Artikel 4 Protocol nr. 7 is niet door Nederland geratificeerd.                                                |
| Recht op behoorlijk bestuur                                                                                  | -                        | Artikel 41, par. 1 en 2 (a) en (b) | Algemene beginselen van behoorlijk bestuur                       | Het recht op behoorlijk bestuur is door de jurisprudentie <sup>3</sup> ontwikkeld en wordt in de EU erkend als algemeen rechtsbeginsel. Het recht op een behoorlijk bestuur bestaat als zodanig niet in het EVRM. Daarnaast raken de nationale algemene beginselen van behoorlijk bestuur slechts zijdelings het recht op een behoorlijk bestuur van artikel 41 Handvest. |
| Motiveringsplicht                                                                                            | -                        | Artikel 41, par. 2 (c)             | Motiveringsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur | Artikel 41, par. 2 (c) Handvest geeft het recht weer dat nu door artikel 296 VWEU is gewaarborgd.                                                                                                                                                                                                                                                                         |

<sup>3</sup> Zie onder meer de volgende arresten HvJ EG 31 maart 1992, C-255/90 P, *Jur.* 1992, p. I-2253 (*Burban*); GvEA EG 18 september 1995, T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*); GvEA EG 9 juli 1999, T-231/97, *Jur.* 1999, p. II-2403 (*New Europe Consulting e.a.*). De formulering van dit recht in de eerste twee leden vloeit voort uit de jurisprudentie (HvJ EG 15 oktober 1987, 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*); HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* 1989, p. 3283 (*Orkem*); HvJ EG 21 november 1991, C-269/90, *Jur.* 1991, p. I-5469 (*TU München*); GvEA EG 6 december 1994, T-450/93, *Jur.* 1994, p. II-1177 (*Lisrestal*); GvEA EG 18 september 1995, T-167/94, *Jur.* 1995, p. II-2589 (*Nölle*).

|                                                                                                                                                          | EVRM | Handvest           | Nationaal recht | Toelichting                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|--------------------|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Contractuele en niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie                                                                                          |      | Artikel 41, par. 3 | n.v.t.          | Artikel 41, par. 3 Handvest geeft het recht weer dat nu door artikel 340 VWEU is gewaarborgd.                                                                                                                                                                                                                           |
| Het recht voor eenieder om zich in een van de talen van de verdragen tot de instellingen van de Unie te kunnen wenden en in die taal antwoord te krijgen |      | Artikel 41, par. 4 | n.v.t.          | Artikel 41 lid 4 geeft het recht weer dat nu door artikel 20 lid 2 onder d VWEU is gewaarborgd.                                                                                                                                                                                                                         |
| Recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad van Ministers en de Europese Commissie                                               | -    | Artikel 42         | Wob             | Artikel 42 geeft het recht weer dat nu door artikel 15 lid 3 VWEU wordt gewaarborgd. Artikel 15 lid 3 VWEU heeft een ruimer toepassingsbereik. Het recht in dat artikel betreft de documenten van alle EU-instellingen, organen en instanties in het algemeen, ongeacht de informatiedrager waarop zij zijn vastgelegd. |

### Bijlage III. Overzicht (deel)rechten op een eerlijk proces

|                                    | <b>EVRM</b>                                                          | <b>Unierecht</b>                                                                                  | <b>Nationaal recht</b>                                                                                                                                                                                   |
|------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Recht op een hoorzitting           | Artikel 6 lid 1 EVRM                                                 | Artikel 47, par. 1 Handvest + verdedigingsbeginsel                                                | Artikel 5:53 lid 3 Awb (primaire besluitvormingsfase)<br>Artikel 7:2 lid 1 Awb (bezwaarfase)<br>Artikelen 8:43, 8:59 en 8:27 Awb (rechtelijke fase)                                                      |
| Recht op toegang tot het dossier   | Dossier: artikel 6 lid 1 EVRM<br>Rapport: artikel 6 lid 3 sub a EVRM | Dossier: artikel 47, par. 2 + verdedigingsbeginsel<br>Rapport: idem + artikel 48, par. 2 Handvest | Dossier: artikel 5:49 lid 1 Awb (primaire besluitvormingsfase)<br>Rapport: artikel 5:48 Awb (primaire besluitvormingsfase)<br>Artikel 7:4 lid 2 Awb (bezwaarfase)<br>Artikel 8:42 Awb (rechtelijke fase) |
| Recht op vertaling van het dossier | Artikel 6 lid 3 sub a EVRM                                           | Artikel 48, par. 2 Handvest                                                                       | Artikel 5:49 lid 2 Awb                                                                                                                                                                                   |
| Recht op ondervraging getuigen     | Artikel 6 lid 3 sub d EVRM                                           | Artikel 48, par. 2 Handvest                                                                       | Artikel 7:8 Awb (bezwaarfase)<br>Artikelen 8:46 en 8:60 Awb (rechterlijke fase)                                                                                                                          |
| Zwijgrecht                         | Artikel 6 lid 2 EVRM                                                 | Artikel 48, par. 1 Handvest                                                                       | Artikel 12i Instellingswet (primaire besluitvormingsfase)                                                                                                                                                |



## Curriculum Vitae

Elsbeth Beumer is geboren op 7 juli 1984 in Utrecht. In 2002 behaalde zij haar vwo-diploma aan het Koningin Wilhelmina College te Culemborg. Zij voltooide in 2008 haar rechtenstudie, afstudeerrichting Internationaal en Europees Recht aan de Universiteit Utrecht. Tijdens haar bachelor studeerde Elsbeth een jaar aan de Universiteit Wenen en behaalde een extra minor in Internationaal Privaatrecht & Rechtsvergelijking. Vervolgens werkte zij als advocaat bij een internationaal georiënteerd advocatenkantoor. In 2010 maakte Elsbeth de overstap naar het Europa Instituut van de Universiteit Leiden en begon zij met het doceren van verschillende vakken Europees (mededingings)recht. In 2011 startte zij, gefinancierd door het onderzoeksprogramma *Interaction between Legal Systems*, met een promotieonderzoek. Sinds begin 2016 is Elsbeth werkzaam als senior beleidsmedewerker bij de Autoriteit Consument & Markt, Directie Mededinging.



