

235. Handhaven zonder besluiten en van gebrekkige besluiten

MR. D.E. BOSELIE EN MR. DR. J.J.M. SLUIJS

Aan de totstandkoming van besluiten van bestuursorganen worden diverse eisen gesteld. Besluiten dienen zorgvuldig te zijn voorbereid, te zijn gebaseerd op een zorgvuldige belangenafweging, evenredig te zijn en geen uiting te zijn van misbruik van een bevoegdheid (Hfdst. 3, afd. 3.2 en Hfdst. 5, titel 5.2 Awb). Een besluit waarmee een boete van meer dan € 340 wordt opgelegd, mag slechts genomen worden nadat de bevoegde toezichthouder een rapport of een proces-verbaal heeft opgemaakt en de daarin genoemde overtreder zijn zienswijze naar voren heeft kunnen brengen (artikel 5:53 Awb).

1. Inleiding

Deze eisen worden niet voor niets gesteld. Zij dienen er toe de kans zo groot mogelijk te maken dat het ‘juiste’ besluit wordt genomen. Juist betekent in dit geval onder meer dat het besluit is gebaseerd op een juiste voorstelling van de feiten, de betrokken belangen voldoende in kaart zijn gebracht, het toepasselijke recht op de juiste wijze is toegepast en de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Ook moet de opgelegde boete evenredig aan de overtreding zijn.

Een belanghebbende die het niet eens is met een besluit kan daartegen bezwaar en beroep instellen. Ook voor de rechtsgang bij de rechter geldt dat daaraan eisen worden gesteld. Deze procesrechtelijke eisen zijn deels terug te voeren op de noodzaak om een gerechtelijke procedure op ordentelijke wijze te laten verlopen en waarborgen daarnaast het ‘eerlijk’ verloop van dergelijke procedures. Ook de procesregels zijn erop gericht de rechterlijke instanties tot de ‘juiste’ uitspraak te laten komen.

Wij willen twee ontwikkelingen aan de orde stellen waardoor de hiervoor genoemde ‘juistheid’ en alles wat daarmee samenhangt in het gedrang komt: het informeel handhaven en het gebruik van de bestuurlijke lus in boetezaken.

2. Informeel handhaven

ACM lijkt zich vaker te willen bedienen van informeel handhaven,¹ dat wil zeggen van de zogenoemde ‘normoverdragende gesprekken’ die ACM voert met ondernemingen. Naar aanleiding van deze gesprekken passen ondernemingen hun gedrag aan, overeenkomstig de wens van ACM. Op deze gang van zaken zijn de wettelijke bepalingen ter bevordering van een juiste besluitvorming niet van toepassing, omdat het *stricto sensu* geen besluiten zijn in zin van artikel 1:3 Awb. Evenmin is er de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen. Deze vorm van handhaven vinden wij daarom niet juist.

Voor een mededingingsrechtelijk handhavingstraject of een gerechtelijke procedure is de ‘juiste’ uitkomst dat ondernemingen die een overtreding hebben begaan en daarbij verwijtbaar hebben gehandeld, worden bestraft. Ondernemingen waarvoor dat niet geldt, moeten onbestraft blijven. Veel procedurele waarborgen zijn hierop gericht.

In september 2013 heeft ACM haar strategie gepubliceerd.² ACM noemt als haar drie kernwaarden: onafhankelijk

1 Die ‘wens’ is geuit tijdens de 5-7 bijeenkomst van 27 mei 2014 van de Vereniging voor Mededingingsrecht. Vgl. ook 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’, *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2011, nr. 7, p. 145.

2 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11991/Strategie-Autoriteit-Consument-en-Markt/>

heid, openheid en professionaliteit. In het document van 14 pagina's presenteert ACM zich als een zelfbewuste onafhankelijke toezichthouder met een missie: het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten. Daartoe wil ACM de concurrentie op de Nederlandse markt bewaken en bevorderen. ACM schrijft dat het opleggen van sancties een belangrijk instrument is en blijft, en dat ACM niet zal schromen dit in te zetten bij overtredingen.

Daarnaast geeft ACM aan dat zij – indien de omstandigheden dit mogelijk maken – gebruik zal maken van normoverdragende gesprekken, toezeggingsbesluiten,³

ACM dient geen gelegenheid te krijgen om een niet-controleerbaar beleid te voeren dat in de praktijk tot afdwingbare normen leidt.

informele zienswijzen, monitoring en marktscans. ACM streeft ernaar marktproblemen zo snel en effectief mogelijk op te lossen. In dat kader stelt ACM nadrukkelijk oog te hebben 'voor de zorgvuldigheid van haar handelen en de inhoudelijke en procedurele waarborgen voor belanghebbenden'.

Met uitzondering van de toezeggingsbesluiten ontbreekt echter de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing. De eisen die in de Algemene wet bestuursrecht en de Mededingingswet aan de totstandkoming van besluiten gesteld worden, gelden bovendien als gezegd niet voor de 'normoverdragende gesprekken'. Met andere woorden: de wettelijke waarborgen om te bevorderen dat de 'juiste' besluiten worden genomen, zijn er niet. Hoe zorgt ACM er dan voor dat haar informeel handhaven zorgvuldig is? Welke inhoudelijke en procedurele waarborgen biedt ACM aan belanghebbenden in informele handhavingstrajecten?

Daar gaat ACM in haar gepubliceerde strategie met geen woord op in. ACM heeft daarover ook nog nooit verantwoording afgelegd.

Behalve dat procedurele waarborgen ontbreken, is ook niet op voorhand duidelijk in welke situaties ACM een 'normoverdragend gesprek' met een onderneming voert. En dit terwijl ACM stelt openheid na te streven. ACM stelt bij haar toezicht de belangen van de consument centraal.⁴ Dat is goed wanneer overduidelijk en onbetwistbaar is dat consumenten worden benadeeld als gevolg van een schending van een wettelijke (mededingings)norm. Maar

indien niet op voorhand vaststaat dat ondernemingen een dergelijke norm overschrijden, is er naar ons oordeel geen plaats voor informeel handhaven. Het staat dan geenszins vast dat het informeel handhaven van ACM, indien de materiële inhoud daarvan in een besluit zou worden neergelegd, de rechterlijke toetsing zou doorstaan. ACM zou in deze gevallen dus niet informeel moeten mogen handhaven.

Voor de gevallen waarin informeel handhaven wel toelaatbaar is, behoort ACM verantwoording af te leggen over wanneer zij naar dit instrument grijpt. Dat moet gebeuren door de criteria kenbaar te maken waaraan zij toetst of een situatie zich leent voor informeel handhaven. Bijvoorbeeld door een beleidsregel of richtsnoeren te publiceren.⁵ Daarnaast dient ACM openbaar te maken in welke gevallen zij dit instrument heeft ingezet, zoals nu al gebeurt bij informele zienswijzen. Alleen op deze wijze blijft het toezichthouden door ACM controleerbaar. Het past ook bij de kernwaarden die ACM nastreeft: onafhankelijkheid, openheid en professionaliteit.

Informeel handhaven bestaat bij de gratie van de vrijwillige medewerking van een onderneming. Dat maakt het instrument op zichzelf niet passend of 'juist'. Ondernemingen maken rationele afwegingen en niemand zal ontkennen – ook ACM niet – dat door niet vrijwillig mee te werken, de onderneming het risico loopt dat ACM een formeel handhavingstraject start. Een formeel handhavingstraject biedt weliswaar enerzijds alle zorgvuldigheidswaarborgen, maar vormt anderzijds een zware belasting voor een onderneming, waarover zij geen regie kan voeren. Zo'n traject kost een organisatie vaak veel tijd, heeft een onzekere uitkomst, tast doorgaans de kredietwaardigheid van de onderneming aan,⁶ en kosten voor juridische bijstand zijn bij zo'n traject onvermijdbaar. Ondernemingen zullen daarom ook wanneer niet vaststaat dat zij een norm hebben overschreden, vaak 'inbinden' of meeveren met ACM. Wanneer dit gebeurt, wordt de facto het mededingingsbeleid van ACM tot wet verheven. Op deze manier overschrijdt ACM haar wettelijke taak en bevoegdheden, die immers beperkt zijn tot het uitvoering geven aan de Mededingingswet (artikel 5 Mw). Reden te meer om ook bij informeel handhaven waarborgen te introduceren, zoals die gelden bij een zorgvuldig besluit. Dit lijkt niet op voorhand te veel gevraagd van een bestuursorgaan. Het voldoende onderzoeken van de relevante feiten en het geven van inzicht in de juridische en bestuurlijke overwegingen die het bestuursorgaan maakt, zijn toch basale beginselen die een fatsoenlijke overheid in acht neemt in haar optreden jegens particulieren?

3 Toezeggingsbesluiten (artikelen 49a t/m 49d Mw) zijn besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Ondanks dat deze in de praktijk wellicht ook onder dreiging van een boete tot stand komen, laten de besluiten wel de mededingingsrechtelijke afweging door ACM zien en staat er beroep tegen open. Toezeggingsbesluiten vallen dan ook niet onder de categorie informeel handhaven.

4 Zie nieuwsbericht van 11 januari 2014 bij de start van ACM, www.acm.nl.

5 Al dan niet eventueel opgesteld door de minister van Economische Zaken.

6 Banken staan niet in de rij om (investerings)activiteiten van een onderneming te financieren, als deze een forse boete boven het hoofd hangt.

3. Toepassing van de bestuurlijke lus

De tweede ontwikkeling die ons zorgen baart, is het gebruik van de bestuurlijke lus in boetezaken op grond van de Mededingingswet. De bestuurlijke lus (artikel 8:51a Awb) houdt in dat wanneer een bestuursrechter constateert dat het besluit waartegen beroep is ingesteld een of meerdere gebreken vertoont, de bestuursrechter het bestuursorgaan in de gelegenheid stelt het gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

De bestuurlijke lus is bedoeld als een middel om een definitieve beslechting van het geschil te bevorderen. Het bestuursorgaan krijgt de gelegenheid om gebreken in het bestreden besluit nog tijdens de beroepsprocedure te herstellen.⁷ Op deze manier worden tijdverlies en extra besluiten met daarmee samenhangende nieuwe rechterlijke procedures voorkomen.⁸

Op het eerste gezicht lijkt er niet veel op tegen om in boetezaken een bestuurlijke lus toe te passen. Het leidt er immers toe dat een onderneming die een overtreding heeft begaan, niet de dans ontspringt wegens een gebrek in het boetebesluit dat vermeden of hersteld had kunnen worden. Dat lijkt de gewenste uitkomst van een handhavingstraject of een gerechtelijke procedure.

Toepassing van de bestuurlijke lus hoeft echter niet altijd tot het herstel van een gebrekkig besluit te leiden. Soms blijkt herstel onmogelijk of wordt niet tijdig hersteld.⁹ Is dat het geval dan heeft de toepassing van de bestuurlijke lus tot gevolg dat een ‘onschuldige’ onderneming nog langer wordt blootgesteld aan vervolgingsacties van de overheid die niet tot een veroordeling kunnen leiden. Dat is onwenselijk.¹⁰ Toepassing van de bestuurlijke lus vereist dus een afweging van voor- en nadelen.

Verder kunnen naar ons oordeel, evenals Sanders in 2012 al betoogde,¹¹ twee fundamentele bezwaren worden ingebracht tegen het bestuurlijk lussen bij boetebesluiten. Ten eerste heeft de wetgever het niet beoogd, ten tweede druist het in tegen het ‘ne bis in idem’-beginsel.¹² Hierna wordt dit toegelicht.

3.1 De wetgever is tegen

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever toepassing van de bestuurlijke lus niet gewenst heeft geacht bij beroepsprocedures tegen boetebesluiten. Dit kwam naar voren bij de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel in de Eerste Kamer. Een van de indieners, kamerlid Neppéus, stelde tijdens de ‘verdediging’ van het wetsvoorstel dat de bestuurlijke lus niet van toepassing is in het geval van de bestuurlijke boete.¹³ De minister van Justitie stelde zich op het standpunt dat met de invoering van artikel 8:72a Awb (dat de rechter in boetezaken verplicht tot finale afdoening) is vastgelegd dat bij een bestuurlijke boete nooit een bestuurlijke lus kan worden toegepast.¹⁴ Naar aanleiding hiervan wees senator Broekers-Knol erop dat artikel 8:72a Awb spreekt over de situatie dat een bestuurlijke boete wordt vernietigd en dat aan die situatie met een bestuurlijk lus niet wordt toegekomen.¹⁵ De minister van Justitie onderschreef dit maar stelde dat ‘er geen aanleiding is om bij de bestuurlijke boete de lus toe te passen’.¹⁶ Omdat de rechter verplicht is de zaak zelf finaal af te doen, leidt bestuurlijk lussen in boetezaken niet tot een snellere procesgang.

Toch passen het CBb en de Rechtbank Rotterdam de bestuurlijke lus toe in kartelzaken.¹⁷ Zij verlaten zich klaarblijkelijk op de letterlijke tekst van artikel 8:51a Awb (en artikel 8:72a Awb) en motiveren de toepassing niet. Dat laatste vinden wij discutabel gelet op de uitdrukkelijke wens van de wetgever.

3.2 Ne bis in idem

Dat de bestuursrechter ACM de mogelijkheid biedt om gebreken in boetebesluiten te herstellen door een nieuw besluit te nemen, staat ook op gespannen voet met het ‘ne bis in idem’-beginsel. Dit beginsel houdt in het strafrecht in dat het niet is toegestaan om iemand te straffen of te veroordelen voor een feit waarvoor hij al eerder onherroepelijk is veroordeeld of vrijgesproken of een mededeling heeft ontvangen dat van vervolging wordt afgezien.

Voorstanders van de toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken zouden kunnen stellen dat op het moment dat de bestuurlijke lus wordt toegepast, het desbetreffende boetebesluit nog niet *onherroepelijk* is. Om die reden zou er geen strijd zijn met het ‘ne bis in idem’-beginsel.

7 Kamerstukken II, 31 352, nr. 3, p. 10 (ook de MvT na advies van Raad van State, 31 352, nr. 6, p. 14.)

8 Kamerstukken II, 31 352, nr. 6, p. 2.

9 Van de laatste situatie was sprake in een zaak over inkomenssteun, CBb 10 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:61.

10 Vgl. ook CRvB 16 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ7385, die oordeelde dat een informele bestuurlijke lus die een zeer gedetailleerde instructie inhield in strijd was met het in artikel 6 EVRM neergelegde vereiste van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter (r.o. 4.5).

11 T.N. Sanders, ‘Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete’, *M&M* 2012, nr. 3, p. 133 e.v.

12 Zie ook zo mr. dr. C.L.G.F.H. Albers, *Bestraffend bestuur 2014 – Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?*, VAR-reeks 152 (preadviezen 2014), p. 87-91.

13 Handelingen Eerste Kamer 2009/2010, nr. 7, p. 168, Neppéus: “Wij zeggen: nee, daar moet je hem niet toepassen.” En: “Ons antwoord is dus: niet van toepassing. Wij hebben in de memorie geprobeerd om dat nader toe te lichten, maar dat heeft kennelijk toch wat verwarring gesticht.”

14 Handelingen Eerste Kamer 2009/2010, nr. 7, p. 171.

15 Handelingen Eerste Kamer 2009/2010, nr. 7, p. 189.

16 Handelingen Eerste Kamer 2009/2010, nr. 7, p. 194.

17 In deze bijdrage beperken wij ons tot kartelboetes, zie bijvoorbeeld CBb 14 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV9430 en ECLI:NL:CBB:2012:BV9426; CBb 20 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2012:BW3671; Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689 en Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5930.

Maar het ‘ne bis in idem’-beginsel zoals geformuleerd in artikel 5:43 Awb kent die eis van onherroepelijkheid niet. De wetgever heeft dit ook niet beoogd, zodat artikel 5:43 Awb meer bescherming aan de dader biedt dan het EVRM.¹⁸ De overeenkomst met de strafrechtelijke codificatie van het beginsel in artikel 68 Sr gaat hier dus mank. In de memorie van toelichting bij artikel 5:43 Awb staat:

“Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat het bestuursorgaan na vernietiging door de rechter van het boetebesluit geen nieuw boetebesluit voor hetzelfde feit kan nemen. Dit uitgangspunt wordt reeds door de belastingrechter gehanteerd. Het is wenselijk dit voor het gehele bestuursrecht te laten gelden. De betrokken burger heeft er zeker in het geval van bestraffende sancties recht op dat de zaak door de rechter definitief wordt afgedaan. Een en ander doet ook recht aan de eisen van artikel 6 EVRM om een «criminal charge» binnen redelijke termijn te behandelen. Daartoe is in artikel 8:72a de verplichting voor de rechter opgenomen zelf in de zaak te voorzien nadat hij een boetebesluit heeft vernietigd.”¹⁹

Indachtig de parlementaire geschiedenis over de bestuurlijke lus, lijkt ook uit deze toelichting te volgen dat bestuurlijk lussen in strijd is met het ‘ne bis in idem’-beginsel, zoals neergelegd in artikel 5:43 Awb.

Ter verdediging van het toepassen van de bestuurlijke lus in boetezaken brengt Stijnen toch nog naar voren dat aansluiting gezocht kan worden bij de gang van zaken in het strafrecht.²⁰ Artikel 313 Sv maakt het mogelijk de tenlastelegging aan te passen mits er sprake blijft van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr. Deze regel zou volgens Stijnen ook kunnen worden toegepast bij de bestuurlijke boete. Het zou volgens hem betekenen dat de grondslag van een bestuurlijke boete in een nieuw besluit mag worden aangepast, zolang er sprake blijft van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr.

Stijnen pleit overigens niet voor het ongebreideld toepassen van de bestuurlijke lus: het mag geen lapmiddel worden om gebrekkige boetebesluiten overeind te houden. Hij ziet het met name als geschikt instrument voor de volgende gevallen: (i) het bestuursorgaan is ten onrechte niet toegekomen aan een inhoudelijke heroverweging van de primaire boeteoplegging, (ii) de rechter acht het aannemelijk dat sprake is van een overtreding, maar (mede) gelet op het debat tussen partijen is nadere bewijslevering ter zake van de omvang en duur van de overtreding nodig, (iii) de overtreding staat vast, maar het beroep op het gelijkheidsbeginsel roept vragen op omtrent de inzet of hoogte van de boete.²¹

Deze afbakening van Stijnen komt ons arbitrair over terwijl in het Europees mededingingsrecht klare wijn

wordt geschonken. In het arrest *PVC-II* neemt het Hof het standpunt in dat het ‘ne bis in idem’-beginsel niet van toepassing is wanneer een eerste beslissing op formele gronden nietig is verklaard zonder dat ten gronde uitspraak is gedaan over de ten laste gelegde feiten. Dat was gebeurd in *PVC-I* en daarom had het Gerecht terecht geoordeeld dat de Commissie in *PVC-II* de ondernemingen niet tweemaal voor dezelfde feiten heeft gestraft of vervolgd.²² Dit betekent dus dat een bestuursrechter die in een tussenuitspraak een materieel oordeel velt over de overtreding – en dat lijkt doorgaans te gebeuren²³ – volgens de uitleg die het Hof geeft aan het ‘ne bis in idem’-beginsel, de bestuurlijke lus niet zou mogen toepassen.

Het feit dat nationale procesregels mogen verschillen van de Europese, zal in mededingingszaken over het algemeen niet veel helpen. Het Nederlandse kartelrecht mag immers niet strenger of soepeler zijn dan het Europese kartelrecht.²⁴ Bovendien dienen nationaal rechterlijke instanties op grond van artikel 3 lid 1 Verordening 1/2003 het Europese kartelverbod toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten die de tussenstaatse handel kunnen beïnvloeden. Hiervan zal snel sprake zijn. De Rechtbank Rotterdam en het CBB zouden zich ook hiervan rekenschap moeten geven wanneer zij de bestuurlijke lus willen blijven toepassen.

4. Conclusie

Het instrument informeel handhaven is bij gebrek aan waarborgen omtrent zorgvuldige besluitvorming niet geschikt om toezicht te houden op de mededinging, met uitzondering van die gevallen waarin een overtreding onmiskenbaar is. ACM dient geen gelegenheid te krijgen om een niet-controleerbaar beleid te voeren dat er in de praktijk toe leidt dat de opvattingen van ACM tot wet worden verheven.

De bestuursrechter dient de bestuurlijke lus niet toe te passen in boetezaken. De wetgever wil dat niet, het (b)lijkt in strijd met het ‘ne bis in idem’-beginsel zoals neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht, en het is bovendien in strijd met de EU-rechtspraak omtrent ne bis in idem wanneer de bestuursrechter in een tussenuitspraak een oordeel ten gronde geeft.

Over de auteur

Mr. Dirk Boselie en mr. dr. Jan-Koen Sluijs zijn beiden advocaat bij FLORET in Den Haag.

18 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, annotatie bij ECLI:NL:XX:2009:BI6882, AB 2009, 309.

19 *Kamerstukken II*, 29 702, nr. 3, p. 137.

20 R. Stijnen, annotatie bij ECLI:NL:CRVB:2011:BR4120, AB 2012, 224.

21 Stijnen, a.w. AB 2012, 224.

22 HvJ EU 15 oktober 2002, zaak C-254/99 P, r.o. 62 en 63. Bevestigd in *Toshiba*, HvJ EU 14 februari 2012, zaak C-17/10.

23 In ieder geval in de in voetnoot 14 genoemde zaken.

24 *Kamerstukken II*, 24 707, nr. 3, p. 10.