

Vergaderjaar 2006–2007

30 071

Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet

Nr. 37

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 10 november 2006 en het nader rapport d.d. 12 januari 2007, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken, mede namens de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 28 september 2006, no. 06.003506, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, mede namens de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het amendement van het lid Heemskerk op het voorstel van wet houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, inhoudende een doorzoekingsbevoegdheid voor de NMa (Kamerstukken II 2005–2006, 30 071, nr. 15).

Dit amendement strekt ertoe in de Mededingingswet (hierna: Mw) de bestuursrechtelijke bevoegdheid op te nemen voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) om woningen te betreden en te doorzoeken tegen de wil van de bewoner. Omdat het amendement tot een ingrijpende wijziging leidt van het wetsvoorstel «Evaluatie Mededingingswet», heeft de regering dit voorgelegd aan de Raad van State. Daarbij verzoekt zij de Raad in te gaan op de volgende vragen:

- Hoe moet de regeling die door het aangenomen amendement in het wetsvoorstel is opgenomen, worden gewaardeerd in het licht van de daarbij benodigde rechtswaarborgen en van de bestaande verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht?*
- Hoe moet die regeling worden gewaardeerd in het licht van de notitie van de Minister van Justitie over de keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor?¹*
- Hoe moet die regeling worden gewaardeerd in het perspectief van de geschiedenis van de totstandkoming van de Mw en de handhavingspraktijk tot op heden?*

Hoewel de regering de Tweede Kamer heeft verzocht de eindstemming over het wetsvoorstel «Evaluatie Mededingingswet» aan te houden totdat de Raad van State advies heeft uitgebracht over het amendement², heeft de Kamer anders besloten. Op 31 oktober 2006 heeft zij het wetsvoorstel inclusief amendement aangenomen; dit met het oog op het verkiezingsreces per 1 november 2006.

¹ Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30.

² Zie de brief van de minister van Economische Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer van de Staten-Generaal, Kamerstukken II 2006/07, 30 071, nr. 35.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 28 september 2006, nr. 06.003506, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde amendement rechtstreeks aan mij te doen

toekomen. Dit advies, gedateerd 10 november 2006, nr. W10.06.0415/II, bied ik U hierbij, mede namens mijn ambtgenoot van Justitie, aan.

Alvorens in te gaan op de inhoud van het advies, merk ik het volgende op. Het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet zoals het bij de Tweede Kamer werd ingediend, is door aanneming van het amendement-Heemskerk (Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 15) op een aantal punten ingrijpend gewijzigd. Om die reden heeft de regering het amendement met een verzoek om spoedadvies voorgelegd aan de Raad van State.

1. Bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen

Het amendement van het lid Heemskerk strekt ertoe aan de in artikel 52, eerste lid, van de Mw bedoelde ambtenaren van de NMa de bestuursrechtelijke bevoegdheid toe te kennen in de onderzoeksfase woningen te betreden en te doorzoeken tegen de wil van de bewoner, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bedoelde bevoegdheden (artikel 55, eerste lid)¹. Voor het betreden of het doorzoeken is een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank te Rotterdam (artikel 55a, eerste lid). Deze machtiging moet met redenen omkleed en ondertekend zijn en de in de wet genoemde gegevens vermelden (artikel 55b, eerste lid). Het betreden van de woning dient volgens het amendement plaats te vinden onder toezicht van de rechter-commissaris (artikel 55a, vierde lid). De ambtenaar die onder toezicht van de rechter-commissaris is binnentreden of een doorzoeking als bedoeld in artikel 55 heeft verricht, maakt op zijn ambtseed ofbelofte een schriftelijk verslag op omtrent het binnentreden of de doorzoeking (artikel 55c, eerste lid).

Uit de toelichting bij het amendement blijkt dat de toekenning van de bevoegdheid aan de in artikel 52, eerste lid, van de Mw bedoelde ambtenaren van de NMa tot het betreden en doorzoeken van woningen noodzakelijk wordt geacht met het oog op een betere handhaving van de Mw en aansluiting van die wet bij het EG-mededingingsrecht. Artikel 21 van verordening 1/2003 geeft de Europese Commissie de bevoegdheid bij beschikking een inspectie te gelasten van andere gebouwen, terreinen en vervoermiddelen, waaronder de woningen van directeuren, bestuurders en andere personeelsleden van de betrokken ondernemingen en ondernemingsverenigingen, indien er een redelijk vermoeden bestaat dat boeken of andere bescheiden in verband met het bedrijf en het voorwerp van de inspectie, die relevant kunnen zijn om een ernstige inbreuk op het EG-mededingingsrecht te bewijzen, in de woning worden bewaard². Op grond van de artikelen 89b en 89d Mw heeft de NMa reeds de bevoegdheid de Europese Commissie te assisteren bij het verrichten van doorzoeken in woningen ter handhaving van het EG-mededingingsrecht. De NMa beschikt echter niet over een bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van een woning ingeval van een overtreding van het nationale mededingingsrecht. In de praktijk belemmert dit de effectieve handhaving van het nationale mededingingsrecht. Tevens doet deze divergentie van het Europese en nationale mededingingsrecht afbreuk aan het uitgangspunt dat de Mw, ook wat de daarin geregelde bevoegdheden betreft, zo veel mogelijk aansluit bij het EG-mededingingsrecht.

De Raad van State heeft begrip voor de wens om de handhavingsbevoegdheden van de Europese Commissie en de NMa zo min mogelijk uiteen te laten lopen, gelet op de doelstelling van verordening 1/2003 (decentrale toepassing van het EG-mededingingsrecht ter ontlasting van de Europese Commissie) en het bij de totstandkoming van de Mw geformuleerde uitgangspunt van aansluiting bij het EG-mededingingsrecht³. Eén van de redenen voor het zo veel mogelijk op elkaar afstemmen van het EG-mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht is, dat voorkomen moet worden dat op vergelijkbare gedragingen van ondernemingen verschillende regels worden toegepast al naar gelang al dan niet sprake is van beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Dit uitgangspunt is ook relevant voor de bevoegdheden, en derhalve ook voor de bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van woningen en kan de effectiviteit van de handhaving van het nationale mededingingsrecht ten goede komen⁴. Dit geldt in het bijzonder voor situaties waarin de NMa in navolging van artikel 3 van verordening 1/2003 naast het

¹ De in artikel 52, eerste lid, van de Mw bedoelde ambtenaren beschikken ten dienste van het onderzoek over de bevoegdheden genoemd in paragraaf 2 van hoofdstuk 6 van de Mw, alsmede over de bevoegdheden die hun zijn toegekend ter uitoefening van het toezicht (zie artikel 52, tweede lid, van de Mw).

² Zie Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2003, L 1/1.

³ Zie ook het advies van de Raad van State bij de wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordening 1/2003, Kamerstukken II 2003/04, 29 278, nr. 5, blz. 2.

⁴ Zie de memorie van toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 7.

nationale mededingingsrecht ook het EG-mededingingsrecht toepast (decentrale toepassing EG-mededingingsrecht). De Raad onderschrijft derhalve het aan het amendement ten grondslag liggende uitgangspunt. Hij plaatst echter bij het amendement de volgende kanttekeningen.

1. De Raad van State heeft begrip voor de aan het amendement ten grondslag liggende wens de handhavingsbevoegdheden van de Europese Commissie en de NMa zo min mogelijk uiteen te laten lopen. Met de Raad van State ben ik van oordeel dat het EG-mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht zo veel mogelijk op elkaar moeten worden afgestemd, en dat moet worden voorkomen dat op vergelijkbare gedragingen van ondernemingen verschillende regels worden toegepast al naar gelang al dan niet sprake is van beïnvloeding van de tussenstaatse handel. De Raad van State constateert terecht dat dit uitgangspunt ook relevant is voor de bevoegdheden, en derhalve ook voor de bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van woningen. De Raad van State meent dat dit uitgangspunt de effectiviteit van de handhaving van het nationale mededingingsrecht ten goede kan komen.

2. Rechtswaarborgen

a. Betreden van woningen tegen de wil van de bewoner

De rechtswaarborgen die in acht moeten worden genomen bij het betreden van woningen tegen de wil van de bewoner, zijn te vinden in de Grondwet (hierna: Gw) en de Algemene wet op het binnentreden, en in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Hieronder wordt allereerst aangegeven wat deze rechtswaarborgen inhouden. Daarna volgt een waardering van de in het amendement opgenomen regeling in het licht van deze rechtswaarborgen.

Op grond van artikel 12 van de Gw is het tegen de wil van de bewoner binnentreden in een woning alleen geoorloofd in bij of krachtens de wet bepaalde gevallen door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen, en wel na voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen. Aan de eis van aanwijzing bij of krachtens de wet voldoet de met het amendement voorgestelde regeling. De legitimatieplicht en de uitzonderingen daarop, alsmede de doel/noodzakelijkheidseis en de verslaglegging zijn nader uitgewerkt in de Algemene wet op het binnentreden (hierna: Awbi). In sectorspecifieke wetgeving kan van de algemene regeling tot binnentreden worden afgeweken.

Artikel 8 van het EVRM bepaalt dat een ieder recht heeft op bescherming van zijn woning. Het betreden en doorzoeken van die woning tegen de wil van de bewoner is alleen toelaatbaar, wanneer deze inmenging in de privacy van de eigen woning bij wet is voorzien en zij in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en met het oog op dat belang proportioneel is. Van de genoemde beperkingsgronden komen er twee in aanmerking als het gaat om het betreden en doorzoeken van woningen bij overtreding van de Mw, te weten het economische welzijn en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten (onwettige handelingen)¹.

Mede aan de hand van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kan worden geconcludeerd dat in beginsel aan deze voorwaarden wordt voldaan, indien de huiszoeking voor een effectief toezicht op de naleving van het mededingingsrecht noodzakelijk is en is gebaseerd op een rechterlijke machtiging die zo concreet mogelijk het object van de huiszoeking formuleert en de aard van de daarbij gewenste inlichtingen². Daarbij is tevens van belang dat de in het amendement opgenomen regeling voor het betreden van woningen voorziet in een verplichting tot het vragen van een voorafgaande machtiging aan de rechter-commissaris van de rechtbank te Rotterdam (artikel 55a, eerste lid) en vereist dat de machtiging met redenen wordt omkleed en het doel en het voorwerp van het onderzoek

¹ EHRM 16 april 2002, Colas Est, NJ 2003/452.

² Zie EHRM 16 april 2002, Colas Est, NJ 2003/452; EHRM 15 juli 2003, Ernst, NJ 2006/290. Vergelijk artikel 21, derde lid, van verordening 1/2003, Pb. 2003, L 1/1.

vermeldt (artikel 55b, eerste lid). Ook het betreden van de woning dient volgens de regeling plaats te vinden onder toezicht van de rechter-commissaris (artikel 55a, vierde lid). Tot slot schrijft de regeling voor dat een schriftelijk verslag wordt opgemaakt van het binnentreden dat wordt verstrekt aan zowel de rechter-commissaris die de machtiging heeft gegeven als de bewoner (artikel 55c, eerste lid). De regeling biedt hiermee doeltreffende garanties tegen misbruik van of willekeur bij de uitoefening van de bevoegdheid tot binnentreden. De afwijkingen van de Awbi zijn uitdrukkelijk in het amendement bepaald en vinden hun reden in specifieke regelingen ter zake. Naar het oordeel van de Raad voldoet de in het amendement opgenomen regeling op zichzelf aan de waarborgen die de Grondwet en het EVRM stellen voor het binnentreden van woningen tegen de wil van de bewoner.

b. Doorzoeken van woningen tegen de wil van de bewoner

Naast een bevoegdheid tot het betreden van woningen tegen de wil van de bewoner voorziet het amendement ook in een bestuursrechtelijke bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen tegen de wil van de bewoner. De hierboven onder a genoemde rechtswaarborgen dienen bij het uitoefenen van deze bevoegdheid in acht te worden genomen. Daarnaast is hier artikel 6 van het EVRM van belang.

Uit de in deze verdragsbepaling besloten liggende garantie van een eerlijk proces vloeit voor zaken die tot oplegging van een sanctie kunnen leiden, voort dat niemand gehouden is aan zijn eigen veroordeling mee te werken (nemo tenetur beginsel)¹. Dit beginsel vindt toepassing vanaf het moment waarop betrokkene in kennis wordt gesteld van het voornemen aan hem een boete op te leggen. In geval van de Mw is dit het moment waarop het rapport in de zin van artikel 59 van de Mw wordt uitgebracht².

De in het amendement opgenomen regeling gaat ervan uit dat de bevoegdheid tot doorzoeking alleen gebruikt wordt in de fase voorafgaand aan het opmaken van bedoeld rapport. Bovendien zal de doorzoeking betrekking hebben op materiaal dat onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat³.

De Raad ziet echter niet in waarom verschil zou moeten worden gemaakt tussen de rechtswaarborgen ter zake van doorzoeking opgenomen in het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) en de ter zake van een doorzoeking in het amendement opgenomen waarborgen. Zo kent de in het amendement opgenomen regeling niet eenzelfde leidinggevende rol toe aan de rechter-commissaris als in het kader van artikel 110 Sv. Voorts is de rol van de officier van justitie een andere. Ten slotte is niet voorzien in een bevoegdheid tot bijstand door een raadsman. De Raad acht het zoveel mogelijk gelijk trekken met de in Sv opgenomen waarborgen geboden, nu een doorzoeking van een woning een ingrijpende inbreuk op het huisrecht en de persoonlijke levenssfeer vormt.

2a. De Raad van State is van oordeel dat de in het amendement vervatte regeling doeltreffende garanties biedt tegen misbruik van of willekeur bij de uitoefening van de bevoegdheid tot binnentreden en dat de regeling op zichzelf voldoet aan de waarborgen die de Grondwet en het EVRM stellen. Die conclusie wordt onderschreven.

2b. De Raad van State constateert dat er verschillen bestaan tussen de rechtswaarborgen ter zake van het doorzoeken uit het Wetboek van Strafvordering en die uit de regeling van het amendement. De Raad van State acht het zoveel mogelijk gelijktrekken van de in het amendement opgenomen waarborgen met die uit het Wetboek van Strafvordering geboden. Met de Raad van State ben ik van oordeel dat de regeling van het amendement wat betreft de daarin vervatte waarborgen zo min mogelijk moet afwijken van die van het Wetboek van Strafvordering. Ik zie thans, in het licht van de omstandigheid dat de regeling van het amendement wat betreft de daarin vervatte doorzoekingsbevoegdheid niet onverenigbaar is met de eisen die het EVRM en de Grondwet stellen, geen aanleiding deze regeling opnieuw te bezien. Daarbij teken ik het volgende aan.

De Raad van State wijst erop dat de in het amendement opgenomen regeling niet eenzelfde leidinggevende rol toekent aan de rechter-commissaris als artikel 110 Sv doet. Geconstateerd kan worden dat de bevoegdheid woningen zonder toestemming van de bewoner te doorzoeken in artikel 110 Sv aan de rechter-commissaris toekomt, terwijl deze bevoegdheid in de regeling van het

¹ Zie EHRM 25 februari 1993, Funke, NJ 1993/485.

² Zie de memorie van toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 84–85.

³ Zie EHRM 17 december 1996, Saunders, NJ 1997/699.

amendement toekomt aan de NMa, zij het dat de NMa daartoe door de rechter-commissaris moet zijn gemachtigd. Ik teken daarbij aan dat het in het bestuursrecht niet gebruikelijk is dat een rechter de primair optredende instantie kan zijn. In het bestuursrecht treden alleen bestuursorganen op. Belanghebbenden kunnen het optreden van deze organen laten toetsen door de bestuursrechter. De regeling van het amendement sluit bij dit kenmerk van het bestuursrecht aan.

Voorts wijst de Raad van State erop dat de rol van de officier van justitie een andere is. Deze – juiste – constatering sluit aan bij de keuze in de regeling van het amendement om de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen zonder toestemming van de bewoner bij de NMa neer te leggen. Opgemerkt kan worden dat de regeling van het amendement erin voorziet dat de rechter-commissaris het openbaar ministerie kan horen.

Wat betreft de mogelijkheid van bijstand door een raadsman merk ik het volgende op.

Op grond van artikel 2:1 van de Algemene wet bestuursrecht kan een ieder zich in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of zich door een gemachtigde laten vertegenwoordigen. Op grond van dit artikel kan een onderneming waarbij de NMa een doorzoeking wil verrichten zich bij die doorzoeking laten bijstaan door een raadsman.

Dat is ook praktijk bij de bedrijfsbezoeken die de NMa op grond van de reeds bestaande wetgeving aan ondernemingen brengt.

3. Regeling in strafrecht of bestuursrecht

a. Totstandkoming en handhavingspraktijk van de Mw

Bij de totstandkoming van de Mw, die in 1998 in werking is getreden, is, anders dan in de daarvoor geldende Wet economische mededinging, gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving. Deze keuze is onder meer op de volgende overwegingen gebaseerd:

- *handhaving door een bestuursrechtelijk orgaan met specifieke deskundigheid past beter bij een stelsel van mededingingspolitieke normen dan handhaving door strafrechtelijke instanties;*
- *met bestuursrechtelijke handhaving kan sneller en eenvoudiger worden gereageerd op gedragingen in strijd met de wet;*
- *bij bestuursrechtelijke handhaving is het opleggen van sancties niet opgedragen aan verschillende rechterlijke instanties, maar behoort deze tot de verantwoordelijkheid van één bestuursorgaan. Dit kan bijdragen tot een grotere rechtseenheid;*
- *het strafrecht dient het karakter van «ultimum remedium» te hebben;*
- *bestuursrechtelijke handhaving leidt tot convergentie daar het mededingingsrecht van de EG en van verschillende lidstaten eveneens bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd;*
- *de in de Mw opgenomen normen voldoen weliswaar niet aan de door de Commissie-Kortmann opgestelde criteria dat een overtreding eenvoudig moet zijn vast te stellen en dat het mogelijk moet zijn een gedragslijn te ontwikkelen¹, maar volgens het kabinetsstandpunt over dat rapport mag van de daarin opgestelde criteria in uitzonderingsgevallen worden afgeweken²;*
- *gezien de capaciteitsproblemen bij het strafrechtelijke apparaat en de geringe verontrusting die een inbreuk op het mededingingsrecht teweeg brengt, zou het strafrechtelijke apparaat geneigd zijn onder meer zulke inbreuken snel te seponeren of via een schikking af te doen;*
- *bij bestuursrechtelijke handhaving is een goede afstemming tussen het nationale en Europese mededingingsrecht eenvoudiger te bereiken. Dit is met name ook van groot belang in gevallen van decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels³.*

¹ Zie Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, «Handhaving door bestuurlijke boeten», Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

² Zie het kabinetsstandpunt over het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten «Handhaving door bestuurlijke boeten», Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

³ Zie de memorie van toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 42–44.

⁴ Zie de memorie van toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43.

De regering achtte het bij de totstandkoming van de Mw niet zinvol om naast bestuursrechtelijke handhaving het strafrecht achter de hand te houden, omdat naar haar mening de aard van overtredingen van de Mw niet met zich brengt dat er behoefte bestaat aan andere dan bestuursrechtelijke sancties, zoals gevangenisstraf⁴.

Onderzoek in het kader van de evaluatie van de Mw heeft aangetoond dat het stelsel van bestuursrechtelijke handhaving over het algemeen de met de wet

beoogde effecten heeft bewerkstelligd. De beschikkingen en het handhavingsbeleid in het algemeen van de NMa hebben een positief effect gehad op de concurrentie in de betrokken markten¹. Vanuit doelmatigheidsperspectief is dus kennelijk gekozen voor een adequate methode van handhaving. Dit neemt niet weg dat het systeem van bestuursrechtelijke handhaving van de Mw voor verbetering vatbaar is. Onderzoek heeft aangetoond dat de handhaving nog niet op alle punten optimaal is. Dit wordt deels veroorzaakt door het feit dat de NMa met name in de beginperiode slechts in beperkte mate is toegekomen aan proactieve handhaving. Voor een ander deel ligt de oorzaak in een aantal juridische aspecten, zoals het ontbreken van de bevoegdheid voor de NMa tot het betreden van woningen en doorzoeken van archieven tegen de wil van de bewoner². Het amendement beoogt hieraan tegemoet te komen door in de Mw een bestuursrechtelijke bevoegdheid voor het betreden en doorzoeken van woningen op te nemen. De vraag is vervolgens hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot het beginsel van coherentie in handhaving³.

b. Coherentie in handhaving

Een aantal argumenten die bij de totstandkoming van de Mw hebben geleid tot de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving van de Mw heeft naar het oordeel van de Raad van State vandaag de dag nog niet aan kracht ingeboet. Zo bestaat voor handhaving van de Mw nog steeds de behoefte aan een bestuursrechtelijk orgaan met specifieke deskundigheid.

De invoering van andere dan bestuursrechtelijke sancties is weliswaar van sommige kanten bepleit⁴ en ook voorgesteld⁵, doch is tot nu toe door de wetgever niet overgenomen⁶. Wel is, mede gelet op een duidelijke wens van de Tweede Kamer⁷, een wetsvoorstel in voorbereiding dat strafrechtelijke handhaving van de Mw mogelijk maakt (hierna: wetsvoorstel «Strafrechtelijke handhaving van de Mededingingswet»)⁸.

Bovenal echter komt naar het oordeel van de Raad nog steeds gewicht toe aan het argument dat bestuursrechtelijke handhaving afstemming tussen het nationale en EG-mededingingsrecht ten goede komt.

De vraag die thans beantwoording behoeft, is of de opname van de bestuursrechtelijke bevoegdheid tot doorzoeking van woningen tegen de wil van de bewoner tot een heroverweging van de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving van de Mw zou moeten leiden.

De Minister van Justitie heeft in zijn notitie over de keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis dat het wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor heeft, het volgende hierover opgemerkt: «Indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig kunnen zijn om te komen tot waarheidsvinding en de oplegging van een sanctie, is toepassing van het strafrecht geïndiceerd. In ieder geval moet voor strafrecht gekozen worden indien nieuw te introduceren bevoegdheden nodig zijn waarbij ingrijpende inbreuken op grondrechten worden gemaakt, zoals voorlopige hechtenis, doorzoeking in een woning, aftappen of opnemen van communicatie en dergelijke. De beoordeling van de inzet en toepassing van ingrijpende dwangmiddelen moet (mede in verband met een rationele verdeling van de beoordeling van rechtsvragen) door die rechter geschieden die daartoe het best geëquipeerd is, en dat is de strafrechter. In dat geval is ook het functionele toezicht door de (hulp)officier van justitie verzekerd»⁹.

Hoewel de Raad de opvatting van de Minister deelt dat de introductie van ingrijpende dwangmiddelen een indicatie vormt voor strafrechtelijke handhaving, is hij van oordeel dat in bijzondere omstandigheden afwijking van het beginsel mogelijk moet zijn, mits de ter zake geldende waarborgen van het Wetboek van Strafvordering in acht worden genomen. De afgelopen jaren heeft zich een groot aantal ontwikkelingen voorgedaan op het terrein van het strafrecht en het bestuursrecht als gevolg waarvan de verschillen tussen beide rechtsgebieden, ook op het terrein van de rechtswaarborgen, minder scherp zijn geworden¹⁰. Een strikte scheiding tussen het bestuursrecht en het strafrecht is hierdoor niet langer in alle gevallen aangewezen¹¹. Hiermee dient rekening te worden gehouden bij de keuze voor een sanctiestelsel in geval van introductie van een ingrijpend dwangmiddel. Dit ligt anders als het gaat om de introductie van een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf of maatregel. De wenselijkheid om een overtreding van een norm met een

¹ Zie het Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet van Berenschot, Den Haag 30 mei 2002, p. 16–18.

² Zie het Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet van Berenschot, Den Haag 30 mei 2002, p. 48–52.

³ Zie daarover ook het advies «Evaluatie en aanpassing Mededingingswet» van de SER, Den Haag 16 mei 2003, p. 104.

⁴ Zie het verslag van de vaste commissie van Economische Zaken over de evaluatie en wijziging van de Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272 en 29 276, nr. 2.

⁵ Zie het amendement van het lid Heemskerk op het voorstel van wet houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, inhoudende een bevoegdheid tot oplegging van gevangenisstraffen aan opdrachtgevers of feitelijk leidinggevers, Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 16.

⁶ Het in noot 20 genoemde amendement van het lid Heemskerk is verworpen, zie Handelingen 2006/07, nr. 102, blz. 6264.

⁷ Zie de door de Tweede Kamer aanvaarde motie tot invoering van een duaal stelsel in de Mededingingswet, waarbij de NMa wordt belast met het opleggen van kleine boetes en het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen bij uitsluiting is voorbehouden aan de strafrechter (Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 29).

⁸ Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 27.

⁹ Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30, blz. 7–8.

¹⁰ Zie hierover ook de eerder genoemde notitie van de Minister van Justitie, blz. 7.

¹¹ Zie in dat verband bijvoorbeeld het belastingrecht (artikel 50 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen in combinatie met de Algemene wet op het binnentreden) of het douanerecht (artikel 13 van de Douanewet in combinatie met de Algemene wet op het binnentreden), waar men al eerder heeft gekozen voor introductie van ingrijpende dwangmiddelen, zoals het betreden van woningen, in het kader van het bestuursrechtelijke toezicht.

dergelijke sanctie te bestraffen, dient altijd te leiden tot een keuze voor het strafrecht¹.

De introductie van in casu het dwangmiddel van het betreden en doorzoeken van een woning behoeft naar het oordeel van de Raad niet noodzakelijkerwijs tot strafrechtelijke handhaving te leiden. De Raad is van oordeel dat ten aanzien van de handhaving van de Mw zich bijzondere omstandigheden voordoen die een afwijking van het beginsel van strafrechtelijke handhaving kunnen rechtvaardigen. De handhaving van de Mw door de NMa vindt op dit moment op een coherente en effectieve wijze plaats (zie paragraaf 3, onder punt a). Een keuze voor strafrechtelijke handhaving enkel om reden van de introductie van een bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van woningen, zou hieraan afbreuk kunnen doen. Het zou betekenen dat wordt afgeweken van het in paragraaf 1 genoemde uitgangspunt dat de Mw, met inbegrip van zijn stelsel van handhaving, zo veel mogelijk aansluit bij het EG-mededingingsrecht. Daarbij geldt echter wel als voorwaarde dat de waarborgen zoveel mogelijk worden gelijkgetrokken met die welke het Wetboek van Strafvordering biedt.

3. De Raad van State onderschrijft het uitgangspunt – neergelegd in de notitie sanctiestelsels van mijn ambtgenoot van Justitie (Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30) – dat de introductie van ingrijpende dwangmiddelen een indicatie vormt voor strafrechtelijke handhaving. Hij meent dat in bijzondere omstandigheden afwijking van dat uitgangspunt mogelijk moet zijn, mits de ter zake geldende waarborgen van het Wetboek van Strafvordering in acht worden genomen. De Raad van State komt tot de conclusie dat ten aanzien van de handhaving van de Mededingingswet zich bijzondere omstandigheden voordoen die een afwijking van het genoemde uitgangspunt kunnen rechtvaardigen. Om de reden van het door mij onderschreven uitgangspunt dat het EG-mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht zo veel mogelijk op elkaar moeten worden afgestemd, kan ik met deze conclusie van de Raad van State instemmen.

4. Conclusie

Op grond van het voorgaande komt de Raad tot de volgende conclusies.

- De in het amendement opgenomen regeling tot het betreden en doorzoeken van woningen past op zichzelf bij het uitgangspunt van een zo nauw mogelijke aansluiting van de Mw bij het EG-mededingingsrecht.*
- De regeling past evenzeer binnen de geschiedenis van de totstandkoming en de tot nu toe geldende handhavingspraktijk van de Mw.*
- De waarborgen die gelden bij een bestuursrechtelijke regeling tot doorzoeking van woningen tegen de wil van de bewoners – een ingrijpende inbreuk op het grondrecht van de privacybescherming – dienen evenwel zoveel mogelijk te worden gelijkgetrokken met de waarborgen die gelden bij een doorzoeking op basis van artikel 110 Sv.*
- De regeling wijkt af van de in de notitie van de Minister van Justitie genoemde indicatoren voor strafrechtelijke handhaving. De Raad is evenwel van oordeel dat, met inachtneming van eerdergenoemde rechtswaarborgen, de afwijking van deze indicatoren die het amendement met zich brengt, in dit concrete geval gerechtvaardigd kan worden met het oog op de aansluiting van de Mw bij het EG-mededingingsrecht.*

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U hierbij, mede namens mijn ambtgenoot van Justitie, verzoeken mij te machtigen het advies van de Raad van State en het nader rapport aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal en in afschrift aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,
J. G. Wijn

¹ In die zin ook de Minister van Justitie in diens eerder genoemde notitie, blz. 6.