

Openbaar rapport

rapportnummer: 2004/416

datum: 27 OKT. 2004

Verzoekschrift van

KG en GH, ingediend door de heer mr. I.G.F. Cath, advocaat te Amsterdam,

met een klacht over een gedraging van

de **Nederlandse Mededingingsautoriteit**.

Bestuursorgaan:

de **minister van Economische Zaken**.

KLACHT

Verzoekers klagen erover dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa):

- de datum van de hoorzitting in het kader van een rapport ex artikel 59, lid 1, Mededingingswet heeft vastgesteld zonder voorafgaand overleg met de betrokkenen;
- ondanks herhaalde gemotiveerde verzoeken daartoe, heeft geweigerd de datum van de hoorzitting te verplaatsen;
- deze weigering niet heeft onderbouwd.

Tenslotte klagen verzoekers erover dat de NMa hun klacht over het bovenstaande onjuist heeft geïnterpreteerd en vervolgens niet conform hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht heeft behandeld.

BEOORDELING

I. Inleiding

1. In 1999 is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een onderzoek gestart naar het handelen van tien fietsfabrikanten, waaronder verzoekers. Dit onderzoek heeft geleid tot een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw, zie **ACHTERGROND**, onder 1.), opgemaakt op 27 november 2002. Op 5 februari 2003 is het in het rapport aangehaalde marktonderzoek aan betrokkenen toegezonden. Na het uitbrengen van een dergelijk rapport dienen belanghebbenden op grond van artikel 60 Mw in de gelegenheid te worden gesteld hun zienswijze over het rapport en eventueel over elkaars zienswijze naar voren te brengen. Bij brief van 22 mei 2003 werden verzoekers uitgenodigd voor een hoorzitting op 12 augustus 2003, met een extra zitting op 15 augustus 2003. Op 4 juni 2003 is het dossier conform artikel 60, tweede lid, Mw ter inzage gelegd.

2. Eén der verzoekers en zijn gemachtigde hadden voorafgaande aan de uitnodiging van 22 mei 2003 telefonisch en schriftelijk op 24 april, 14 en 16 mei 2003 aangegeven dat zij in de door de NMa beoogde periode van inzage en hoorzitting reeds verplichtingen hadden: verzoeker vanwege de jaarlijkse presentatie van de nieuwe collectie, zijn gemachtigde wegens vakantie. Bij brieven van 4 juni, 12 juni en 27 juni 2003 verzochten verzoekers de NMa onder vermelding van verhinderdata om verplaatsing van de hoorzitting naar september of oktober 2003. Zij gaven daarbij aan dat zij vanwege hun vakantie en andere verplichtingen te weinig tijd hadden om zich adequaat voor te bereiden op de hoorzitting. Nadat ook hun laatste verzoek om uitstel van de hoorzitting was afgewezen, dienden verzoekers bij brief van 4 juli 2004 een klacht in bij de klachtfunctionaris van de NMa. Omdat inhoudelijke behandeling van de klacht uitbleef, wendden zij zich tot de Nationale ombudsman.

II. Ten aanzien van het eenzijdig vaststellen van de datum van de hoorzitting

1. Verzoekers klagen er in de eerste plaats over dat de datum van de hoorzitting zonder voorafgaand overleg met de betrokkenen is vastgesteld.

2. De minister gaf in zijn reactie aan dat het juist is dat de data van de hoorzittingen van 12 en 15 augustus 2003 eenzijdig door de NMa zijn bepaald, maar dat dit nog niet wil zeggen dat de klacht op dit punt gegrond zou zijn. Hij meende dat de NMa niet onbehoorlijk heeft gehandeld door eenzijdig een datum voor de hoorzitting in de sanctieprocedure tegen fietsfabrikanten te bepalen, omdat de vastgestelde datum voldoende tijdig, bij brief van 22 mei 2003, was meegedeeld, en omdat aan partijen voldoende gelegenheid was geboden om de te geven schriftelijke en mondelinge zienswijze op het rapport voor te bereiden. Daarnaast gaf de minister nog een aantal redenen aan die zijns inziens eraan in de weg stonden om in overleg te treden over de datum van een hoorzitting.

2.1 Zo wees de minister erop dat het aantal door de NMa te behandelen zaken de laatste anderhalf jaar sterk was toegenomen, en dat het bij multipartijzaken praktisch niet meer mogelijk is met wensenlijstjes van de betrokken advocaten en hun cliënten rekening te houden. In een enkel geval en alleen bij uitzondering pleegt de NMa in overleg te treden: als bijvoorbeeld op zeer korte termijn een zitting moet worden gepland en advocaten daaraan mee willen werken, dan is het redelijk dat in overleg een datum wordt gepland, aldus de minister. De minister gaf aan dat een vlotte afhandeling van de grote hoeveelheid zaken een strakke planning vereist over het gehele jaar; de NMa wordt door hem, het parlement en de buitenwereld uitdrukkelijk aangesproken op de doorlooptijden van haar procedures, en heeft zich de kritiek die hierop is geuit, ter harte genomen.

2.2 Verder wees de minister erop dat de NMa bij de sanctieprocedures van doen heeft met een kleine groep van grote, commerciële, gespecialiseerde en in het algemeen efficiënt georganiseerde advocatenkantoren, die bekend mogen worden verondersteld met de werkwijze van de NMa en gewend zijn te werken met strikte termijnen en die in staat moeten worden geacht in de vakantieperiode voor voldoende vervanging "op niveau" te zorgen.

2.3 Voorts gaf de minister aan dat de aanwezigheid bij de hoorzitting van verzoekers zelf, althans hun wettelijke vertegenwoordiger, op prijs wordt gesteld, maar dat dit geen verplichting is: het wordt geheel aan de betrokken bestuurders/managers zelf overgelaten om te bepalen hoe belangrijk hun inbreng in de verdediging van hun zaak kan zijn, en of daarvoor eventuele andere verplichtingen opzij gezet dienen te worden. De minister gaf aan dat dit ook gold ten aanzien van de, hiervóór onder 1. genoemde, bezwaren die één van de verzoekers had geuit tegen de datum van de hoorzitting. De minister meende dat tenslotte ook ten aanzien van de betrokken grote ondernemingen geldt dat zij in de zomerperiode niet stilliggen en dat zij geacht mogen worden vervanging te kunnen regelen. In dit verband achtte de minister het van belang dat twee van de betrokken fietsfabrikanten geen bezwaren hadden geuit tegen de gevolgde procedure, en dat de

gemachtigde van de overige vier betrokkenen wegens zijn vakantie wel bezwaren had geuit tegen de planning van de hoorzitting, maar dat deze een oplossing had gevonden door een kantoorgenoot naar de hoorzittingen af te vaardigen.

3. In beginsel regelt de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de voorbereiding van beschikkingen. Omdat het hier gaat om een sanctiebesluit als bedoeld in artikel 62 Mw, moet bij de voorbereiding ervan acht worden geslagen op met name het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM; zie **ACHTERGROND**, onder 3.). Daarom moet bij de voorbereiding van deze boetebeschikkingen, in afwijking van de Awb, aan belanghebbenden altijd de gelegenheid worden geboden mondeling of schriftelijk hun zienswijze naar voren te brengen (Memorie van Toelichting (MvT) bij de Mw, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 707, nr.3., zie **ACHTERGROND**, onder 2.).

4. In de MvT bij artikel 60 Mw is aangegeven dat de dienst zelf kan bepalen op welke wijze desgewenst mondeling kan worden gehoord, en dat het het meest voor de hand ligt dat een hoorzitting wordt georganiseerd waarbij alle betrokkenen aanwezig zijn en op elkaar kunnen reageren. De wet noch de MvT geven echter uitsluitel voor 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.

5. Voorafgaand overleg bij de planning lijkt in eerste instantie voor de hand te liggen, omdat op die wijze kan worden verzekerd dat alle betrokkenen daadwerkelijk aanwezig zullen en kunnen zijn. Daar staat tegenover dat de argumenten van de minister op het punt van de volle agenda van de NMa, de doorlooptijden van de NMa en het feit dat de NMa veelal te maken heeft met meerdere (professionele) partijen niet onredelijk zijn. Daarbij is van belang dat de minister heeft aangegeven dat de NMa in uitzonderlijke gevallen in overleg pleegt te treden bij het vaststellen van een datum voor een hoorzitting.

Gelet op het voorgaande is het aanvaardbaar dat de NMa in eerste instantie eenzijdig een datum voor een hoorzitting heeft vastgesteld. Dit is overigens in (administratief)rechtelijke procedures in het algemeen ook niet ongebruikelijk.

De gedraging is op dit punt behoorlijk.

III. Ten aanzien van de ongemotiveerde weigering de datum van de hoorzitting te verplaatsen

1. Verzoekers' gemachtigden verzochten onder vermelding van verhinderdata de NMa achtereenvolgens bij brieven van 4 juni, 12 juni en 27 juni 2003 om verplaatsing van de hoorzitting naar september of oktober 2003. Zij gaven aan dat zij vanwege hun vakantie en andere verplichtingen te weinig tijd hadden om zich adequaat voor te bereiden op de hoorzitting. De NMa reageerde daarop bij brieven van respectievelijk 10 en 18 juni 2003 en 2 juli 2003. Verzoekers klagen erover dat de NMa ondanks herhaalde gemotiveerde

verzoeken daartoe, heeft geweigerd de datum van de hoorzitting te verplaatsen, en deze weigering niet heeft onderbouwd.

2. De minister gaf in reactie op deze klachtonderdelen aan dat het juist is dat herhaalde verzoeken zijn gedaan, dat het eveneens juist is dat de schriftelijke motivering van de afwijzing van de verzoeken kort en bondig is geweest, maar daarom nog niet onvoldoende. Het feit dat partijen tijdig op de hoogte zijn gesteld van de datum en het feit dat zij voldoende voorbereidingstijd kregen, ruim het dubbele van de in artikel 60, tweede lid, Mw voorgeschreven inzage termijn, vormen tezamen op zichzelf een toereikende redengeving, aldus de minister.

2.1 Daarnaast, zo deelde de minister mee, was op 24 juni 2003 en op 2 juli 2003 informeel telefonisch met verschillende partijen over de planning gesproken, waarbij de achtergronden wel degelijk aan de betrokken partijen (die met elkaar in nauw contact stonden) waren toegelicht. Verder had het reeds vóór 22 mei 2003 gedane telefonische verzoek van de gemachtigde van één der verzoekers om met zijn vakantie rekening te houden, mede een rol gespeeld bij de beslissing om de inzageperiode zo lang mogelijk te houden en de zitting niet eind juli 2003, zoals oorspronkelijk aangekondigd, maar pas 12 augustus 2003 te houden, aldus de minister. De herhaalde verzoeken om uitstel bevatten naar de mening van de NMa geen nieuwe argumenten of slechts oneigenlijke argumenten, zoals bezwaren tegen de nazending van enkele stukken en tegen de extra zitting die op 15 augustus 2003 was ingepland, aldus de minister.

2.2 Een andere reden dat de NMa niet had ingestemd was volgens de minister gelegen in het feit dat partijen groot belang zouden hebben bij ieder uitstel binnen sanctieprocedures als deze, waarbij uiteindelijk zeer hoge boetes kunnen worden opgelegd; de NMa was er volgens de minister dan ook helaas aan gewend geraakt dat partijen alle mogelijke formele verweren aanvoeren om maar niet aan behandeling van de "echte" zaak toe te komen.

De minister gaf aan dat de ervaring daarbij had geleerd, dat inschikkelijkheid of toegevendheid van de kant van de NMa niet zelden wordt "afgestraft", omdat partijen daar vervolgens weer nieuwe bezwaren en verweren op baseren; zo had in het geval van verzoekers toezending van additionele informatie die door partijen zelf was opgevraagd onmiddellijk tot het verwijt geleid dat niet het complete dossier ter inzage was gelegd, en zo hadden partijen in de onderhavige zaak reeds betoogd dat een redelijke termijn voor strafoplegging in de zin van het EVRM was overschreden.

3. Zoals de minister ook heeft aangegeven staat er voor de betrokkenen veel op het spel. In de uitnodigingsbrief van 22 mei 2003 aan verzoekers' gemachtigden was dan ook meegedeeld dat er belang aan wordt gehecht dat zowel de gemachtigde als diens cliënt bij de hoorzitting aanwezig zouden zijn. Mede gelet op hetgeen hierover onder II.3. is aangegeven, zou het daarom mogelijk moeten zijn in uitzonderlijke situaties de datum van de hoorzitting te verplaatsen.

4. In casu was voor verzoekers en hun gemachtigden niet zozeer het punt dat zij op de dag van de hoorzitting verhinderd zouden zijn, als wel het feit dat zij wegens andere verplichtingen niet in staat waren zich op die hoorzitting voor te bereiden.

Die andere verplichtingen betroffen wat betreft één der verzoekers de voorbereiding van de presentatie van de nieuwe collectie, en voor het overige reeds gemaakte vakantieafspraken.

Verzoekers' gemachtigde gaf in dit verband aan dat de aard, de complexiteit en de omvang van een dergelijke zaak eraan in de weg staan dat deze kan worden overgedragen aan een vervanger.

De Nationale ombudsman heeft er begrip voor dat overdracht op korte termijn van een (ingewikkelde) mededingingszaak problemen met zich kan meebrengen. Nu echter het rapport reeds in november 2002 aan betrokkenen was toegezonden, kan niet worden gesteld, dat het hen aan voldoende voorbereidingstijd heeft ontbroken.

Gezien de gronden waarop het verzoek om verplaatsing van de hoorzitting was gebaseerd, in samenhang met het feit dat het hier gaat om professionele partijen waarvan kan worden verondersteld dat zij in staat zijn om voor adequate vervanging te kunnen zorgen, en gezien de kwaliteit van verzoekers en hun gemachtigden hoefde de NMa, mede gelet op de volle agenda, er in dit geval niet van uit te gaan dat er sprake was zodanig uitzonderlijke omstandigheden dat het verzoek om verplaatsing van de hoorzitting diende te worden ingewilligd.

De gedraging is op dit punt behoorlijk.

Overigens merkt de Nationale ombudsman over het onder II.2.2. weergegeven argument van de minister op dat indien er bij een verzoek om uitstel sprake is van dergelijke onderliggende motieven, het aan de NMa is om deze te herkennen en zo nodig kort te sluiten, en, voor zover een beroep wordt gedaan op artikel 6 EVRM, dit in het kader van een eventuele sanctiebeschikking ex artikel 62 Mw te behandelen.

Wel brengt het motiveringsbeginsel met zich mee dat bij de afwijzing van een gemotiveerd verzoek om uitstel kenbaar wordt gemaakt waarom hetgeen is aangevoerd niet tot inwilliging van het verzoek kon leiden.

6. De NMa heeft in de schriftelijke reacties van 10 en 18 juni 2003 op de brieven van 4 en 12 juni 2003 slechts aangegeven dat werd vastgehouden aan de geplande datum van de hoorzitting, mede gezien het feit dat de terinzagelegging op 4 juni 2003 was gestart en het dossier zoals dat ter inzage was gelegd, hen op die datum was toegezonden en daarmee een redelijke termijn was gegeven om zich te kunnen voorbereiden op de hoorzitting.

In een telefonische reactie op het laatste verzoek om uitstel heeft de NMa op 2 juli 2003, vooruitlopend op de brief van dezelfde datum, aan één der gemachtigden onder meer de hiervóór onder II.2. tot en met II.2.3. genoemde redenen meegedeeld. De daarop volgende brief van 2 juli 2003 van de NMa bevatte echter slechts het in de eerdere brieven genoemde standpunt.

7. Op het eerste gezicht komt het voor dat de NMa, gezien de kwaliteit van de betrokkenen en het feit dat zij onderling in nauw contact stonden, ervan uit mocht gaan dat zij met de op 2 juli 2003 gegeven telefonische motivering kon volstaan. Gelet op het belang dat verzoekers hechtten aan uitstel van de hoorzitting - zij hadden immers voorafgaande aan de uitnodiging voor de hoorzitting reeds signalen gegeven - was het niet juist dat de NMa hetgeen op 2 juli 2003 telefonisch aan één van de partijen was meegedeeld, in de brief van die datum niet schriftelijk aan alle betrokken partijen heeft bevestigd.

De gedraging is op dit punt niet behoorlijk.

IV. Ten aanzien van de klachtbehandeling

1. Nadat hun laatste verzoek om uitstel van de hoorzitting was afgewezen, dienden verzoekers bij brief van 4 juli 2004 een klacht in bij de klachtfunctionaris van de NMa. Zij klaagden over de handelwijze van de NMa, en met name over de weigering van de NMa de hoorzitting te verplaatsen. Zij verzochten om, gelet op de aanstaande afwezigheid van betrokkenen in verband met vakanties, zo spoedig mogelijk een oordeel te geven over de weigerachtige houding van de NMa - zo nodig in de vorm van een voorlopige voorziening - zodat zij tijdig alsnog een geschikte datum voor de hoorzitting zou kunnen bepalen.

2. De klachtenfunctionaris liet bij brief van 7 juli 2003 weten dat hij de klacht had opgevat als een verzoek om alsnog wijziging te verkrijgen in toekomstig gedrag van de NMa met betrekking waartoe de NMa na kennisneming van verzoekers' argumenten haar voornemens had gehandhaafd. Hij deelde mee dat het naar zijn mening niet tot zijn taak behoorde om preventief te interveniëren in bij de NMa lopende procedures. Daarop gaven verzoekers bij brief van 9 juli 2003 aan dat de brief van 4 juli 2003 betrekking had op een reeds in het verleden liggende en voltooide gedragingen van de NMa, en dat zij over die gedragingen een klacht hadden ingediend; zij drongen nogmaals aan op een spoedige behandeling daarvan, zo mogelijk nog diezelfde week. Bij brief van 10 juli 2003 liet de klachtenfunctionaris weten dat indien verzoekers dat wensten, de klacht in behandeling zou worden genomen; hij gaf nogmaals aan niet te kunnen ingaan op het verzoek om een preventieve interventie. Verzoekers klagen erover dat de NMa hun klacht onjuist heeft geïnterpreteerd en vervolgens niet conform hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft behandeld.

3. De minister gaf in zijn reactie aan dat hoofdstuk 9 van de Awb de klachtenfunctionaris niet verplicht een preventief-bemiddelende rol te spelen. Daarbij moet volgens de minister in aanmerking worden genomen, dat als de klachtenfunctionaris in het onderhavige geval wél op het verzoek om preventieve interventie van partijen was ingegaan, partijen daarmee hun doel op voorhand reeds voor een deel zouden hebben bereikt, ongeacht de uitkomst van de beoordeling van hun klacht. De minister meende dat preventieve interventie impliciet betekende dat partijen zonder voorafgaand onderzoek in het gelijk zouden zijn gesteld, nu de klacht immers betrekking had op het niet in overleg treden over de datum van de zitting; een bemiddelingspoging kon niet anders inhouden dan het in

overleg met partijen treden over de datum van de zitting (anders had bemiddelen geen zin). De klachtenfunctionaris zag zich hier door partijen overvraagd, aldus de minister.

4. De minister voegde daaraan nog toe dat de klachtenfunctionaris bij verzoeken als dat van verzoekers wel steeds intern pleegt na te gaan of het voorgenomen handelen waarop het verzoek betrekking heeft, goed overwogen is en niet bijvoorbeeld op een misverstand berust. Indien het handelen goed is overwogen, is er geen ruimte voor (preventieve) toepassing van hoofdstuk 9 van de Awb; wel kan dan uiteraard het betrokken handelen achteraf in dat kader aan de orde gesteld worden. Indien er een misverstand in het spel blijkt, zal er aanleiding zijn het betrokken voornemen te heroverwegen. Daarvoor behoeft echter hoofdstuk 9 van de Awb geen toepassing te vinden, aldus de minister.

5. Hoofdstuk 9 van de Awb schrijft dwingend voor hoe bestuursorganen door hen ontvangen klachten volgens een interne procedure moeten behandelen. Op grond van artikel 9:5 van de Awb vervalt de verplichting tot het verder toepassen van dit hoofdstuk zodra het bestuursorgaan naar tevredenheid van de klager aan diens klacht tegemoet is gekomen (zie **ACHTERGROND**, onder 4.).

6. De minister kan in zijn interpretatie van hoofdstuk 9 van de Awb niet worden gevolgd. Vanaf het moment dat een klager zich eenmaal met een klacht tot een bestuursorgaan heeft gewend, is van een preventief - bemiddelende rol geen sprake: wanneer een klacht is ingediend, dient deze, indien aan de overige voorwaarden daartoe is voldaan, conform hoofdstuk 9 van de Awb te worden behandeld. Artikel 9:5 van de Awb biedt het betrokken bestuursorgaan uitdrukkelijk de mogelijkheid om op eenvoudige en snelle wijze klachten af te handelen. Ook de eigen klachtenregeling van de NMa sluit daarop aan: artikel 4, eerste lid, van het Besluit klachtenfunctionaris NMa/DTe van 6 september 2001 (Stcrt. 173; zie **ACHTERGROND** onder 7.) geeft aan dat de klachtenfunctionaris alvorens tot verdere behandeling van een klacht over te gaan, kan trachten door overleg of bemiddeling dan wel op andere wijze tot een oplossing te komen. Het Jaarverslag NMa 2002 vermeldt dat de klachtenfunctionaris met name ook tot taak heeft om te trachten in overleg met klagers tot een oplossing van hun grieven te komen, en dat in vier van de vijf schriftelijk ingediende klachten op die wijze de behandeling in der minne kon worden afgerond (Jaarverslag NMa 2002, p. 18 - 19).

7. De minister gaf voorts aan dat de klachtenfunctionaris zich in de brief van 10 juli 2003 wel bereid had verklaard de klacht in behandeling te nemen indien verzoekers dat zouden wensen. De minister liet weten dat verzoekers niet meer op deze brief hadden gereageerd, omdat zij kennelijk zij niet langer waren geïnteresseerd, toen bleek dat behandeling van de klacht niet meer tot uitstel van de zitting kon leiden.

8. Ook hierin kan de minister niet worden gevolgd. De constatering dat verzoekers' klacht zich niet leende voor toepassing van artikel 4, eerste lid, van het Besluit jo artikel 9:5 van de Awb had moeten worden gevolgd door een behandeling van de klacht conform hoofdstuk 9 van de Awb. Een uitdrukkelijk verzoek van de zijde van verzoekers was daarvoor niet noodzakelijk. Dat, zoals de minister aangaf, verzoekers in plaats van

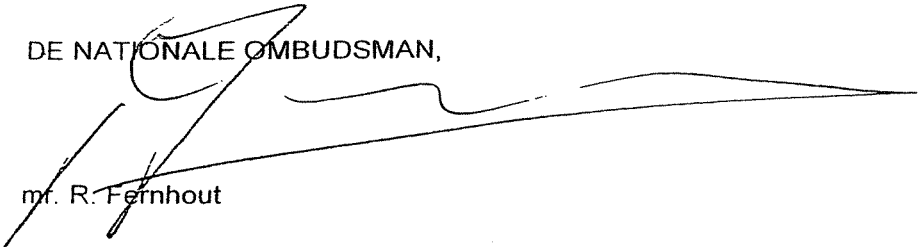
kenbaar te maken dat zij behandeling van hun klacht wensten, de procedure bij de Nationale ombudsman hadden voortgezet, doet daaraan niet af, nu de Awb niet voorziet in een bepaling op grond waarvan het bestuursorgaan kan afzien van verdere afhandeling van een klacht omdat verzoeker zich inmiddels tot de Nationale ombudsman heeft gewend. Dat dit ook uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever was blijkt onder meer uit de Memorie van Toelichting bij hoofdstuk 9 Awb (zie **ACHTERGROND**, onder 6.). Hierin wordt de nadruk gelegd op het feit dat de procedure van interne klachtbehandeling door het bestuursorgaan een voorprocedure is, voorafgaand aan die bij de Nationale ombudsman.

De gedraging is niet behoorlijk.

CONCLUSIE

De klacht over de onderzochte gedraging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, die wordt aangemerkt als een gedraging van de minister van Economische Zaken, is niet gegrond behoudens wat betreft de motivering en klachtbehandeling, op deze punten is de klacht gegrond.

DE NATIONALE OMBUDSMAN,



mr. R. Fernhout

ONDERZOEK

Op 7 juli 2003 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van KG en GH, fietsfabrikanten, ingediend door de (gemachtigde van KG; N.o.), advocaat te Amsterdam, met een klacht over een gedraging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

Verzoekers hadden de klacht op 4 juli 2003 eveneens voorgelegd aan de NMa. Bij brief van 9 juli 2003 lieten zij de Nationale ombudsman weten dat hun klacht niet in behandeling was genomen. Daarop werd de klacht op 16 juli 2003 telefonisch voorgelegd aan de NMa. Omdat deze interventie niet heeft geleid tot een oplossing, werd naar de gedraging van de NMa, die wordt aangemerkt als een gedraging van de minister van Economische Zaken, een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de minister van Economische Zaken verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Tijdens het onderzoek kregen de minister en verzoeker de gelegenheid op de door ieder van hen verstrekte inlichtingen te reageren.

Verzoekers hadden er tevens over geklaagd dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit hen, door de drie dochterondernemingen van de fietsfabrikant, voor een afzonderlijke hoorzitting uit te nodigen, de gelegenheid heeft ontnomen om te reageren op de mondelinge en schriftelijke zienswijzen van die fietsfabrikanten. In de loop van het onderzoek hebben verzoekers dit onderdeel van de klacht ingetrokken. Met het oog op die beslissing en vanwege het feit dat er geen andere redenen zijn om het onderzoek op dit punt voort te zetten, heeft de Nationale ombudsman besloten het gestarte onderzoek naar dit onderdeel van de klacht niet voort te zetten.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

Noch verzoekers noch de minister van Economische Zaken gaf binnen de gestelde termijn een reactie.

BEVINDINGEN

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

A. FEITEN

1. In 1999 is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een onderzoek gestart naar het handelen van tien fietsfabrikanten, waaronder verzoekers. Dit onderzoek heeft geleid tot een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw, zie

ACHTERGROND, onder 1.), opgemaakt op 27 november 2002. Op 5 februari 2003 is het in het rapport aangehaalde marktonderzoek aan betrokkenen toegezonden.

2. Bij brieven van 24 april 2003, en 14 en 16 mei 2003 gaven GH en zijn gemachtigde aan dat zij in de door de NMa beoogde periode van inzage en hoorzitting reeds verplichtingen hadden. De NMa liet in reactie daarop bij brieven van 10 en 18 juni 2003 weten dat werd vastgehouden aan de geplande datum van de hoorzitting,

3. Bij brief van 22 mei 2003 werden verzoekers uitgenodigd voor een hoorzitting op 12 augustus 2003, met een extra zitting op 15 augustus 2003. Op 4 juni 2003 is het dossier conform artikel 60, tweede lid, Mw (zie ACHTERGROND, onder 1.) ter inzage gelegd.

4. Bij brieven van 4 en 12 juni 2003 verzochten verzoekers om verplaatsing van de hoorzitting naar september of oktober 2003. Bij brieven van 10 en 18 juni 2003 wees de NMa dit verzoek af. Op 27 juni 2003 werd nogmaals verzocht om uitstel. Gevolgd door een faxbericht van dezelfde datum, werd op dit verzoek op 2 juli 2003 telefonisch als volgt gereageerd:

"Inkomend telefoongesprek met (gemachtigde van KG; N.o.) 2 juli 2003

(Gemachtigde van KG; N.o.) informeerde naar onze reactie op het verzoek (mede namens GH en ...) om uitstel van de hoorzitting (fax en brief van 27 juni 2003).

Ik heb vooruitlopend op de fax die vandaag nog uitgaat meegedeeld dat we vasthouden aan 12 augustus als datum voor de zitting.

Ik heb kort onze overwegingen toegelicht:

- Partijen zijn tijdig ingelicht over het tijdstip van de zitting;
- de inzagetermijn biedt ruim gelegenheid tot voorbereiding van de zienswijze;
- wij mogen ervan uitgaan dat de gemachtigde zich bij vakantie laat vervangen door een kantoorgenoot (volgens (gemachtigde van KG; N.o.) laat deze zaak dat niet toe);
- bij uitstel tot september of later komt de planning van andere zaken in het gedrang;
- dat de voorbereiding van de inzage betrekkelijk lange tijd in beslag heeft genomen, is op zichzelf geen reden om voor de vervolprocedure meer tijd uit te trekken;
- de NMa wordt aangesproken op te lange doorlooptijden van zaken (gemachtigde van KG; N.o.): partijen zullen u daarvan in dit geval geen verwijt maken).
- (Gemachtigde van KG; N.o.) blijft erbij dat zijn verzoek om uitstel uiterst redelijk is en ons standpunt derhalve "uiterst onredelijk." Hij zal zich beraden wat hem te doen staat.

Daarop dienden verzoekers bij brief van 4 juli 2003 de volgende klacht in bij de NMa:

"...De NMa heeft (...) de mogelijkheid om mondeling een zienswijze naar voren te brengen beperkt tot één enkel moment, te weten dinsdag 12 augustus 2003 om 10.00 uur:

Betrokkenen zijn hierover niet vooraf geconsulteerd en omdat deze datum midden in de schoolvakantieperiode valt, zijn belanghebbenden en gemachtigden reeds lang geleden verplichtingen aangegaan voor die periode.

Om die reden hebben (verzoekers; N.o.) de NMa bij brieven van respectievelijk 2, 4 en 12 juni jl. bericht verhinderd te zijn op 12 augustus a.s. Daarbij hebben zij allen verzocht om een kort uitstel tot na de zomer.

De NMa heeft echter zonder redengeving aan partijen bericht dat de datum voor de hoorzitting op 12 augustus a.s. wordt gehandhaafd (...). Daarbij is bovendien in het geheel niet ingegaan op de argumenten die betrokkenen in hun schrijven naar voren hebben gebracht.

Namens (verzoekers; N.o.) is vervolgens in een gezamenlijke brief van 27 juni jl. nogmaals een dringend beroep gedaan op de NMa om uitstel te verlenen (...). Dit verzoek is zeer uitvoerig toegelicht en gemotiveerd, (...). Betrokkenen hebben 7 redenen gegeven die het verzoek onderbouwen. Tevens hebben partijen hun verhinderdata opgegeven, die tot een absoluut minimum zijn beperkt (slechts 4 dagen in de maanden september en oktober).

De NMa heeft ook dit tweede verzoek met een 5-regelig briefje afgedaan, wederom alle argumenten van belanghebbenden volstrekt negerend (...). Uit niets blijkt dat de NMa het herhaalde en dringende verzoek van betrokkenen zorgvuldig en serieus heeft behandeld. Integendeel, de NMa heeft niet de moeite genomen - in ieder geval niet zichtbaar - de belangen van de fietsfabrikanten op enigerlei wijze mee te wegen bij haar weigering van een kort uitstel van de hoorzitting.

De hiervoor beschreven handelwijze van de NMa is reden voor partijen een klacht in te dienen. De klacht ziet met name op de weigering de hoorzitting te verplaatsen, waarbij vanzelfsprekend ook de manier waarop de belangen van betrokkenen telkens zijn genegeerd reden tot klagen geeft.

Gelet op de aanstaande afwezigheid van betrokkenen in verband met vakanties verzoek ik u zo spoedig mogelijk (zo mogelijk uiterlijk dinsdag 8 juli a.s.) een oordeel te geven over de weigerachtige houding van de NMa - zo nodig in de vorm van een voorlopige voorziening - zodat zij tijdig alsnog een geschikte datum voor de hoorzitting kan bepalen..."

5. De NMa reageerde bij brief van 7 juli 2003 als volgt:

"...Met uw brief van 4 juli 2003 heeft u mij i.v.m. een op 12 augustus a.s. door de Juridische Dienst van de NMa belegde hoorzitting verzocht "een oordeel te geven over de weigerachtige houding van de NMa - zo nodig in de vorm van een voorlopige voorziening - zodat zij tijdig alsnog een geschikte datum voor de hoorzitting kan bepalen". Volgens artikel 9:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht betreft het daar geregelde recht om te klagen "de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een bepaalde

aangelegenheid.....heeft gedragen". Uw verzoek strekt er veeleer toe alsnog wijziging te verkrijgen in toekomstig gedrag van de NMa, met betrekking waartoe de NMa na kennisneming van uw argumenten haar voornemen heeft gehandhaafd.

Het behoort naar mijn mening niet tot mijn taak als klachtenfunctionaris om aldus preventief te interveniëren in bij de NMa lopende procedures. Ik zal daarom niet aan uw verzoek voldoen..."

6. Verzoekers herhaalden hun klacht bij brief van 9 juli 2003. De NMa deelde bij brief van 10 juli 2003 het volgende mee:

"...Ongetwijfeld geeft artikel 9:1 van de Algemene wet bestuursrecht u de mogelijkheid om een klacht in te dienen over het tijdstip waarop door de NMa een hoorzitting is belegd. Indien u dit wenst zal een zodanige klacht dan ook door mij in behandeling worden genomen en op de voet van het bepaalde in hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht en met inachtneming van de daar gestelde termijnen worden behandeld. Door de in uw brief van 4 juli en ook weer in uw brief van 9 juli jl. opgenomen termijn voor de behandeling - die overigens geen steun vindt in de Algemene wet bestuursrecht - heeft de daarin vervatte klacht echter materieel het karakter gekregen van een verzoek om een preventieve interventie. Daarop kan ik als klachtenfunctionaris niet ingaan.

Overigens wijs ik u er wat de rol van de klachtenfunctionaris betreft op, dat die conform artikel 9:14, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht beperkt is tot het behandelen van en het adviseren over klachten, dit laatste ten behoeve van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Van het mijnerzijds treffen van een voorlopige voorziening zoals gesuggereerd in uw brief van 4 juli kan dus zeker geen sprake zijn..."

B. STANDPUNT VERZOEKER

Het standpunt van verzoeker staat samengevat weergegeven onder **KLACHT**.

C. STANDPUNT MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

De minister van Economische Zaken deelde in reactie op de klacht bij brief van 12 september 2003 onder meer het volgende mee:

"De NMa heeft niet onbehoorlijk jegens de betrokken advocaten en hun cliënten gehandeld door eenzijdig een datum voor de hoorzitting in de sanctieprocedure tegen fietsfabrikanten te bepalen (12 augustus 2003), omdat de vastgestelde datum voldoende tijdig is meegedeeld (brief van 22 mei 2003) en omdat aan partijen voldoende gelegenheid is geboden om de te geven schriftelijke en mondelinge zienswijze op het rapport voor te bereiden.

Wat de voorbereidingstijd betreft, zijn nog de volgende feiten van belang. Op 27 november 2002 is het onderzoeksrapport in zaak 1615, Fietsfabrikanten, vastgesteld en aan partijen toegezonden. Op 5 februari 2003 is het in het rapport aangehaalde marktonderzoek van bureau (...) toegezonden (1615/410). Op 4 juni 2003 is het inzagedossier toegezonden. (Het tijdsverloop tussen rapport en toezending van het dossier heeft o.m. te maken met het door de Juridische Dienst zorgvuldig voorbereiden van de inzage, met name het controleren van alle stukken op vertrouwelijke informatie). De schriftelijke zienswijze moest - na verleend uitstel - uiterlijk op woensdag 6 augustus 2003 worden ingediend. De hoorzitting is als bekend op 12 augustus 2003 gepland, met een extra zitting op 15 augustus 2003.

Het is juist dat de data van de hoorzittingen van 12 en 15 augustus 2003 eenzijdig door de NMa (Juridische Dienst) zijn bepaald. Dat wil nog niet zeggen dat de klacht op dit punt gegrond zou zijn.

Daar het aantal door de Juridische Dienst te behandelen sanctiezaken de laatste anderhalf jaar sterk is toegenomen (wat weer verband houdt met de accentverlegging in de activiteiten van de NMa als geheel, van het behandelen van ontheffingsverzoeken naar onderzoek en handhaving; met name aan het onderzoek naar de bouwsector is een impuls gegeven), is het bij multipartizaken praktisch niet meer mogelijk met wensenlijstjes van de betrokken advocaten en hun cliënten (d.w.z. de wettelijke vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen) rekening te houden. In een enkel geval en alleen bij uitzondering pleegt de NMa in overleg te treden: bijvoorbeeld als op zeer korte termijn een zitting moet worden gepland en advocaten daaraan mee willen werken, dan is het redelijk dat in overleg een datum wordt gepland.

Enkele kengetallen (peildatum 1 september): de 20 zaakbehandelaars van de JD, cluster Mededinging behandelen 19 sanctiezaken (waarvan 6 bezwaarprocedures op sanctiebesluiten). Zij behandelen tegelijkertijd andere bezwaarzaken (bijvoorbeeld afgewezen verzoeken om ontheffing van het kartelverbod, afgewezen klachten wegens vermeende overtreding van de Mw) beroepsprocedures bij de Rechtbank, hoger beroepsprocedures bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven) en andere op de weg van de NMa komende gerechtelijke (civiele) procedures. Een vlotte afhandeling van al deze zaken vereist een strakke planning over het gehele jaar.

Daarbij komen fysieke en infrastructurele beperkingen met betrekking tot het organiseren van hoorzittingen (met alles wat daarbij komt, zoals verslaglegging). Uit bijgevoegde lijst met hoorzittingen in de maanden juli, augustus en september, blijkt dat de NMa zich geen "zomerreces" kan veroorloven: 7 zittingen in juli, 7 zittingen in augustus en een planning van 9 zittingen in september. De grootste opening is tussen 17 juli en 12 augustus, maar deze ruimte bood voor de klagende en andere betrokken partijen in de onderhavige zaak in geen geval soelaas, omdat zij juist 12 augustus al te vroeg vonden.

De NMa wordt door de minister van Economische Zaken, het Parlement en "de buitenwereld" uitdrukkelijk aangesproken op de doorlooptijden van haar procedures. De NMa heeft zich de kritiek die hierop bij gelegenheid van de Evaluatie van de Mededingingswet is geuit, ter harte genomen.

In de afweging van belangen betreft de NMa nog het volgende aspect. Bij de sanctieprocedures en ook in het onderhavige geval heeft de NMa van doen met een kleine groep van grote, commerciële, gespecialiseerde en in het algemeen efficiënt georganiseerde advocatenkantoren. Dat betekent in de eerste plaats dat zij bekend mogen worden verondersteld met de werkwijze van de NMa. Het betekent in de tweede plaats dat zij gewend zijn te werken met strikte termijnen. Het betekent ten slotte dat zij in staat moeten worden geacht in de vakantieperiode voor voldoende vervanging "op niveau" te zorgen - dat zijn zij overigens ook verplicht jegens hun cliënten.

Wat de aanwezigheid van de ondernemingen zelf, althans hun wettelijke vertegenwoordiger, bij de hoorzitting betreft, het volgende. Bij de uitnodiging voor de hoorzitting geeft de NMa in de regel aan dat aanwezigheid van de ondernemingen zelf op prijs wordt gesteld. Het is echter geen verplichting en het wordt geheel aan de betrokken bestuurders/managers zelf overgelaten om te bepalen hoe belangrijk hun inbreng in de verdediging van hun zaak kan zijn, en of daarvoor eventuele andere verplichtingen opzij gezet dienen te worden. Dat gold ook ten aanzien van de bezwaren die (verzoeker GH; N.o.) uitte tegen de datum van de hoorzitting. (...) Ten slotte geldt ook ten aanzien van de betrokken grote ondernemingen dat zij in de zomerperiode niet stilliggen en dat zij geacht mogen worden vervanging te kunnen regelen.

Ten slotte is voor een beoordeling van de klacht de positie van de andere bij de sanctieprocedure betrokken partijen van belang. Want er zijn zoals gezegd nog andere partijen in de sanctieprocedure betrokken dan de twee die een klacht hebben ingediend bij de Nationale ombudsman. Van deze partijen heeft de gemachtigde van (een andere betrokken fietsfabrikant; N.o.) tegen de planning van de inzage en de hoorzittingen nimmer bezwaar gemaakt. De curator in het faillissement van (een andere betrokken fietsfabrikant; N.o.) heeft laten weten geen schriftelijke of mondelinge zienswijze in te dienen en heeft daarbij evenmin bezwaar gemaakt tegen de gevolgde procedure.

De gemachtigde van (vier andere betrokken fietsfabrikanten; N.o.) heeft wel bezwaren geuit tegen de planning van de hoorzitting, wegens vakantie van de betrokken gemachtigde, maar heeft een oplossing gevonden door een kantoorgenoot naar de zittingen van 12 en 15 augustus 2003 af te vaardigen. Voor het indienen van de schriftelijke zienswijze vormde de vakantie geen belemmering. De plaatsvervangend-gemachtigde heeft tijdens de zitting het verzoek gedaan om eventuele vragen van de hoorcommissie op schrift te stellen voor latere beantwoording. Ware dit nodig geweest, dan was de hoorcommissie aan dit verzoek tegemoet gekomen. (Deze fietsfabrikanten; N.o.) hebben kennelijk geen aanleiding gezien de klacht van verzoekers bij de Nationale ombudsman te ondersteunen.

(...) Het is juist, dat herhaalde verzoeken zijn gedaan. Het is eveneens juist dat de schriftelijke motivering van de afwijzing van de verzoeken kort en bondig is geweest, maar daarom nog niet onvoldoende. (...) Immers, de twee punten die hierboven reeds werden genoemd - het feit dat partijen tijdig op de hoogte zijn gesteld van de datum en het feit dat zij voldoende voorbereidingstijd kregen, ruim het dubbele van de in artikel 60, tweede lid, Mw voorgeschreven inzage termijn - vormen tezamen op zichzelf een toereikende redengeving.

Daarnaast is informeel telefonisch met verschillende partijen over de planning gesproken:

zie de (interne) telefoonnotities van de gesprekken op (...) en op 2 juli 2003 met (de gemachtigde van verzoekers; zie hiervóór, onder A.4.; N.o.) Hieruit blijkt dat de achtergronden zoals in de inleiding geschetst wel degelijk aan de betrokken partijen (die met elkaar in nauw contact stonden en staan) zijn toegelicht. Met (de gemachtigde van GH; N.o.) is in een eerder stadium telefonisch contact geweest; daarvan is (geen; N.o.) afzonderlijke notitie in het dossier te vinden, maar het reeds vóór 22 mei gedane telefonische verzoek van (die gemachtigde; N.o.) om met zijn vakantie rekening te houden, heeft mede een rol gespeeld bij de beslissing om de inzageperiode zo lang mogelijk te houden en de zitting niet eind juli, zoals oorspronkelijk aangekondigd, maar pas 12 augustus te houden. (...).

De herhaalde verzoeken om uitstel bevatten naar de mening van de NMa geen nieuwe argumenten of slechts oneigenlijke argumenten, zoals bezwaren tegen de nazending van enkele stukken en tegen de extra zitting die op 15 augustus 2003 is ingepland.

De onverzettelijke houding van de NMa heeft nog met een ander aspect te maken. Bij sanctieprocedures als de onderhavige, waarbij uiteindelijk zeer hoge boetes kunnen worden opgelegd (bijvoorbeeld in totaal € 88 mln. aan vijf mobiele operators) hebben partijen groot belang bij ieder uitstel binnen de procedure. Tijd is geld, maar dan omgekeerd aan de gebruikelijke betekenis. De NMa is er dan ook helaas aan gewend geraakt dat partijen alle mogelijke formele verweren aanvoeren om maar niet aan behandeling van de "echte" zaak toe te komen.

Daarbij leert de ervaring, dat inschikkelijkheid of toegevendheid van de kant van de NMa niet zelden wordt "afgestraft", omdat partijen daar vervolgens weer nieuwe bezwaren en verweren op baseren. In het onderhavige geval leidde toezending van additionele informatie die door partijen zelf was opgevraagd onmiddellijk tot het verwijt dat niet het complete dossier ter inzage was gelegd. En zo betogen partijen in de onderhavige zaak reeds nu dat een redelijke termijn voor strafoplegging in de zin van het EVRM is overschreden (de onderhavige sanctieprocedure kan worden beschouwd als een criminal charge in de zin van het EVRM; de Mw kent overigens een verjaringstermijn).

(...)

Met betrekking tot de klacht inzake het niet conform Hoofdstuk 9 Awb handelen van de klachtenfunctionaris NMa/DTe merk ik tenslotte het volgende op.

Het Besluit klachtenfunctionaris NMa/DTe van 6 september 2001 (Stcrt. 173, bijlage 6, zie **ACHTERGROND**, onder 7.; N.o.) is een wettelijk geregelde klachtvoorziening, gebaseerd op hoofdstuk 9 van de Awb. Deze klachtenbehandeling kan, indien de klacht niet op voor de klager bevredigende wijze wordt afgedaan, eventueel een verlengstuk vinden in de behandeling van een klacht door de Nationale ombudsman (toelichting bij het besluit).

De klacht van verzoekers is te weinig specifiek om daar een reactie op te kunnen geven. Ik neem aan dat de grief betrekking heeft op de schriftelijke mededeling aan (gemachtigde van KG; N.o.), dat de klachtenfunctionaris NMa/DTe het niet als zijn taak zag een preventief-bemiddelende rol te spelen. Nergens in hoofdstuk 9 Awb is voorgescreven, dat hij daartoe wel verplicht zou zijn.

Daarbij moet in aanmerking worden genomen, dat als de klachtenfunctionaris NMa/DTe in het onderhavige geval wél op het verzoek om preventieve interventie van partijen was ingegaan, partijen daarmee hun doel op voorhand reeds voor een deel zouden hebben bereikt, ongeacht de uitkomst van de beoordeling van hun klacht. Anders gezegd, preventieve interventie betekende impliciet dat partijen zonder voorafgaand onderzoek in het gelijk zouden zijn gesteld. Immers de klacht betrof het niet in overleg treden over de datum van de zitting; een bemiddelingspoging kon niet anders inhouden dan het in overleg met partijen treden over de datum van de zitting (anders had bemiddelen geen zin). De klachtenfunctionaris NMa/DTe zag zich hier door partijen overvraagd.

De klacht bij de klachtenfunctionaris NMa/DTe is nog niet afgehandeld. Althans, deze procedure kan nog door partijen worden voortgezet, indien zij dit wensen. De klachtenfunctionaris heeft immers enkel aangegeven dat hij zich niet geplaatst achtte tot het plegen van een "preventieve interventie". Wel verklaarde hij zich bereid de klacht in behandeling te nemen. Klagers hebben hierop niet gereageerd: kennelijk waren zij niet langer geïnteresseerd, toen bleek dat behandeling van de klacht niet meer tot uitstel van de zitting kon leiden.

Gelet op het voorgaande kom ik tot de slotsom dat de NMa op goede gronden geen gehoor heeft gegeven aan de roep om uitstel van de hoorzitting in de sanctieprocedure tegen acht fietsfabrikanten. Er is geen sprake van onbehoorlijk handelen."

D. REACTIE VERZOEKER

Verzoekers reageerden bij brief van 11 december 2003 op bovenstaand standpunt van de minister. Daarbij gaven zij onder meer het volgende aan:

"2. Vaststelling datum hoorzitting
(...)"

2.3 Dit (dat partijen voldoende zijn ingelicht; N.o.) is niet van belang. De bezwaren van partijen betreffen niet de vraag of de datum van de hoorzitting hun voldoende tijdig is medegedeeld, maar het feit dat de hoorzitting eenzijdig - en zonder enig overleg met partijen - is vastgesteld op een datum die midden in de schoolvakantie viel, waarvoor reeds lang te voren verplichtingen waren aangegaan, dan wel om andere redenen partijen, cq hun gemachtigden, verhinderd zouden zijn de hoorzitting bij te wonen, althans deze voor te bereiden. Kortom: de bezwaren betreffen de vastgestelde datum, niet de moment van mededeling hiervan.

(...)

2.7 Deze achteraf (door de minister gegeven redenen om het verzoek om verplaatsing af te wijzen; N.o.) zijn geen van alle terug te vinden in de brieven van de NMa, waarin het verzoek van partijen om een andere datum voor de hoorzitting vast te stellen, is afgewezen. Reeds uit dien hoofde staat dus vast dat deze weigering niet naar behoren met redenen was omkleed: immers, indien dit de redenen voor afwijzing van de (gemotiveerde) verzoeken van partijen om vaststelling van een andere datum zouden zijn geweest, hadden de brieven, waarin deze verzoeken zijn afgewezen, deze redenen moeten omvatten.

2.8 In zijn algemeenheid valt op dat bij al deze - achteraf gegeven - redenen het Ministerie volop oog heeft voor het (administratieve) noden en behoeften van de betrokken overheidsinstantie (de NMa), maar geen enkel oog heeft voor de noden en behoeften van partijen: de burger wier belangen een overheidsinstantie uiteindelijk wordt geacht te dienen. Alleen al tegen deze achtergrond zou een meer evenwichtige benadering op zijn plaats zijn geweest.

(...)

2.10 Uit de gekozen formulering (bij multipartijzaken is het praktisch niet meer mogelijk met wenselijkstjes van de betrokken advocaten en hun cliënten rekening te houden; N.o.) lijkt voort te vloeien dat in het verleden het wel mogelijk was bij de vaststelling van de hoorzitting rekening te houden met de 'verhinderdata' van gemachtigden en (wettelijke vertegenwoordigers) van de betrokken bedrijven. Dit gegeven spoort overigens met de ervaring van in deze zaak betrokken gemachtigden dat hiermede inderdaad rekening werd gehouden door van te voren een opgave van verhinderdata te vragen of (in telefonisch overleg met betrokkenen) een geschikte datum vast te stellen. Het gaat hier dus om een nieuwe, van de voordien bestaande praktijk afwijkende, gedragslijn, die aan partijen nu achteraf (en in ieder geval niet vooraf) bekend wordt gemaakt.

(...)

2.12 De hiervoor gegeven reden - het sterk toegenomen aantal door de Juridische Dienst te behandelen sanctiezaken - vormt geen grond reeds bij voorbaat met "wenselijkstjes" geen rekening te houden. Rechterlijke instanties die ook met een grote (en steeds toenemende en niet voor de NMa onderdoende) werkdruk worden geconfronteerd, waarin voortdurend zittingen moeten worden 'ingepland', vragen niettemin

opgave van de verhinderdata van de betrokken raadslieden en hun cliënten en houden - voor de vaststelling van zittingdata - rekening met de aldus verkregen 'wensenlijstjes'.
(...)

2.14 Hierbij komt nog dat bij brief van 27 juni jl. in dit specifieke geval ook specifieke redenen voor de verhindering zijn gegeven: de zomervakantie en de in dat verband reeds aangegane verplichtingen, alsmede een aantal andere, in dat verband in overweging te nemen, factoren.

Bovendien is ook (bij dezelfde brief van 27 juni jl.) aangeboden het gevraagde uitstel kort te houden - tot een datum in september of oktober - en is voor beide maanden een zeer beperkt aantal concrete verhinderdata doorgegeven: in totaal vier dagen op een periode van twee maanden. Op dat moment - eind juni - had de NMa dus, rekening houdend met de wensen van partijen, al een nieuwe zitting kunnen 'inplannen' voor september of oktober.

(...)

2.16 Bovendien valt - juist bij het rekening houden met de verhinderdata van gemachtigden en hun cliënten - de nodige 'efficiency winst' te boeken doordat langs deze weg wordt voorkomen dat reeds geplande zittingen moeten worden verzet (met alle planingsconsequenties voor weer andere zittingen) doordat geen rekening is gehouden met deze verhinderdata.

Het is niet alleen in het belang van partijen, maar ook van de 'planner' (in casu de NMa) reeds bij voorbaat om verhinderdata te vragen en met de verkregen opgave bij de planning rekening te houden.

2.17 Bovendien als de planning bij voorbaat al voor het hele jaar moet plaatsvinden, dan lijkt dit een reden te meer (en een bezwaar te minder) partijen reeds ruim van te voren om hun verhinderdata te vragen zodat bij de 'jaarplanning' hiermede rekening kan worden gehouden.

(...)

2.19 Het is aan de NMa ervoor te zorgen dat er geen fysieke en infrastructurele beperkingen zijn voor het organiseren van hoorzittingen. (...) Met deze last kunnen partijen niet worden 'opgezaagd'. In ieder geval kan het nooit een reden vormen om niet van te voren om verhinderdata te vragen en met de verkregen opgave rekening te houden. Evenmin kan het een reden vormen om geen gevolg te geven aan (gemotiveerde) redelijke verzoeken tot (beperkt) uitstel; zeker niet, waar bovendien met opgave van (een beperkt aantal) verhinderdata alternatieve mogelijkheden reeds bij voorbaat door partijen worden aangegeven.

(...)

2.22 Voorop gesteld wordt dat een dergelijke "opening" (tussen 17 juli en 12 augustus jl., maar die ruimte bood partijen geen soelaas, omdat zij 12 augustus "al te vroeg vonden."; N.o.) door de NMa nimmer aan partijen is geboden. Bij brief van 22 mei 2003 heeft de NMa de hoorzitting vastgesteld op 12 augustus 2003. Nadien heeft de NMa

(ongemotiveerd) stelselmatig geweigerd aan (gemotiveerde) redelijke verzoeken van partijen tot bepaling van een andere (latere) datum gevolg te geven. Dit vormt nu juist het kernbezwaar van partijen.

(...)

2.28 In de eerste plaats kunnen de nodige vraagtekens worden gezet bij de feitelijke juistheid van dit argument (dat de NMa bij de sanctieprocedures - ook in dit geval - te doen heeft met een "kleine groep van grote, commerciële, gespecialiseerde en in het algemeen efficiënt georganiseerde advocatenkantoren; N.o.). Niet bij alle sanctieprocedures heeft de NMa van doen met een "kleine groep van grote, commerciële, gespecialiseerde en in het algemeen efficiënt georganiseerde advocatenkantoren". Hierbij zijn vaak ook kleine(re) kantoren betrokken (hetgeen overigens niet betekent dat die niet commercieel, gespecialiseerd, en efficiënt georganiseerd zouden zijn). In sommige andere gevallen voeren de betrokkenen zelf hun verweer.

2.29 In de tweede plaats kunnen vraagtekens worden gesteld bij de strekking van het argument: betekent dit soms dat, indien het in casu niet zou zijn gegaan om "grote, commerciële, gespecialiseerde en in het algemeen efficiënt georganiseerde advocatenkantoren", maar om kleine kantoren of om betrokkenen die zelf het verweer voeren, dat dan wel een andere datum zou zijn bepaald? Dat zou betekenen dat door de NMa met twee maten wordt gemeten al naar gelang de omvang van het betrokken kantoor.

2.30 In de derde plaats is, meer algemeen gesproken, voor een oordeel over de (ongemotiveerde) stelselmatige weigering van de NMa aan (gemotiveerde) redelijke verzoeken van partijen tot bepaling van een andere (latere) datum gevolg te geven, de omvang, het (al dan niet) commerciële karakter, en de efficiency van de organisatie (of zelfs het karakter van de organisatie zelf) van geen enkel belang. Het maakt geen verschil of het verzoek namens een cliënt tot bepaling van een andere datum uitgaat van een groot of een klein kantoor, een commercieel of een niet commercieel kantoor, een efficiënt of een inefficiënt kantoor, net zo min als het enig verschil uitmaakt of het verzoek namens een cliënt uitgaat van een advocatenkantoor, een accountantskantoor, of een ander kantoor, of van de cliënt zelf. Het enige dat van belang is, is de inhoud van het verzoek zelf.

(...)

2.34 Bovendien getuigt met name het punt van voldoende vervanging "op niveau" in de vakantie van een wezenlijke misvatting over de aard van het rechtsbedrijf in het algemeen en van het voeren van verweer in NMa mededingingsprocedures in het bijzonder. Anders dan het Ministerie lijkt te veronderstellen, is - zelfs bij vergelijkbaar kennis- en ervaringsniveau - voor de behandeling van de zaak de ene (mededingings) advocaat niet zonder meer 'uitruilbaar' tegen de andere.

2.35 Ook al slaagt de vervanger erin zich op korte termijn 'in te lezen' in het omvangrijke dossier (in dit geval meerdere 'streckende meters' papier), dan nog mist hij het voor de behandeling hiervan zo essentiële 'ervaringselement': hij/zij heeft eerdere besprekingen van de zaak met cliënt, de NMa of anderen, niet meegemaakt, heeft zich niet bezig-

gehouden met redactie van stukken en overleg hierover, en is ook niet op de hoogte van alle kleine details, 'ins and outs' (etc.) die voor een optimale behandeling van de zaak (en daarmee behartiging van de belangen van de cliënt) onontbeerlijk zijn.

2.36 Onverlet haar/zijn (vergelijkbare) algemene kennis- en ervaringsniveau staat de vervanger daarmee - zowel ten opzichte van de andere betrokkenen, als met name ook ten opzichte van de NMa - op een grote kennis- en ervaringsachterstand bij de concrete behandeling van de betrokken zaak. Niet voor niets heeft, zoals ook blijkt uit de brief van het Ministerie de vervangende gemachtigde van de dochterondernemingen van (één van de andere betrokken fietsfabrikanten; N.o.) op de hoorzitting van 15 augustus 2003 geen mondelinge vragen van de NMa beantwoord, maar verzocht deze op schrift te stellen ter latere beantwoording door de behandelend gemachtigde zelf.

(...)

2.38 Vooropgesteld wordt dat aanwezigheid (van de ondernemingen zelf- hun wettelijke vertegenwoordiger; N.o.) bij hoorzittingen niet alleen door de NMa op prijs wordt gesteld, maar dat dit ook het geval kan zijn voor de ondernemingen zelf. Het gaat tenslotte om hun belangen. Dan moeten ondernemingen hiertoe wel in staat worden gesteld doordat de hoorzitting wordt vastgesteld op een datum, waarop het hun mogelijk is deze bij te wonen.

2.39 De stelling van het Ministerie dat andere verplichtingen dan maar opzij moeten worden gezet (met de impliciete veronderstelling dat als men niet kan, men kennelijk de hoorzitting niet belangrijk genoeg vindt) gaat niet op. Ondernemers moeten ondernemingen leiden en hebben als zodanig dwingende (en vaak ook lang te voren vaststaande) verplichtingen, waaraan zij zich niet kunnen onttrekken en die zij ook niet aan anderen kunnen overlaten, omdat hun persoonlijke betrokkenheid en aanwezigheid daarbij onontbeerlijk zijn.

(...)

2.50 Vooropgesteld wordt dat informeel telefonisch overleg dat zou hebben plaatsgevonden (met de gemachtigden) geen relevant gegeven is. Relevant is dat namens partijen bij herhaling (gemotiveerde) redelijke verzoeken zijn gedaan tot bepaling van een andere (latere) datum (laatstelijk bij brief namens partijen van 27 juni jl.), die door de NMa stelselmatig (ongemotiveerd) zijn afgewezen. Hierop zien de bezwaren van partijen en hierover wordt in dit verband een oordeel gevraagd.

2.51 De interne telefoonnotities van de NMa, waarnaar in de brief van het Ministerie wordt verwezen, zijn niet bij die brief gevoegd. Hierop kan geen reactie worden gegeven. Hieraan wordt toegevoegd dat in ieder geval het telefoongesprek van ondergetekende namens KG met de NMa van 2 juli jl. niets anders heeft ingehouden dan een 'herhaling van zetten': tegenover de argumenten, zoals neergelegd in de brief namens partijen van 27 juni jl, stelde de NMa haar weigering de hoorzitting te verzetten, zoals neergelegd in de brieven van de NMa. Meer of andere argumenten zijn door de NMa niet aangevoerd.

2.52 Dit argument (partijen zouden groot belang bij ieder uitstel binnen de procedure hebben, waarbij partijen alle mogelijke formele verweren zouden aanvoeren om maar niet aan behandeling van de "echte" zaak toe te komen; N.o.) is in alle opzichten onjuist, irrelevant en ongerijmd. Het recht te worden gehoord is een recht van partijen en wordt in hun belang uitgeoefend. Uitstel van de uitoefening van dit recht raakt hun belangen, niet die van de NMa. Bij uitstel van de uitoefening van dit recht hebben partijen dus ook geen belang. Bovendien uitstel leidt niet tot afstel. Uiteindelijk kan de procedure uitmonden in een besluit.

2.53 Ook feitelijk gaat dit argument niet op. In de brief van 27 juni jl. hebben partijen niet alleen uitvoerig gemotiveerd aangegeven dat en waarom zij om vaststelling van een andere datum vroegen, maar tevens aangegeven "om het uitstel zo gering mogelijk te houden en de planning op korte termijn van een nieuwe hoorzitting zo veel mogelijk te bevorderen en te vergemakkelijken" dat, wat hun betrof, de hoorzitting kon plaatsvinden in de maanden september-oktober 2003, waarbij voor alle betrokkenen als enige verhin-derdata zijn opgegeven 25 en 26 september en 2 en 8 oktober.

Wat partijen betreft, ging het dus - afhankelijk van de keuze van de NMa in deze - om een uitstel van minimaal twee weken tot maximaal twee maanden (of zoveel later als de NMa een nieuwe hoorzitting zou vaststellen).

2.54 Zonder meer aanstootgevend is de stelling van het Ministerie dat de NMa er "helaas aan gewend" zou zijn geraakt dat "partijen alle mogelijke formele verweren (zouden) aanvoeren om maar niet aan behandeling van de "echte" zaak toe te komen." Hiervoor wordt geen enkele onderbouwing aangeleverd: noch in zijn algemeenheid, noch wat betreft de concrete zaak, waarom het in deze gaat.

Het blijft bij een ongesubstantieerde 'verdachtmaking'. Dit geldt ook voor de omschrijving "behandeling van de "echte" zaak". Wat wordt daar dan onder verstaan? Hebben proceduregebreken daar dan niets mee te maken?

(...)

4. Gedraglijn van de klachtenfunctionaris NMa/Dte

(...)

4.5 Door zich op het standpunt te stellen dat hier in wezen om een preventieve interventie zou zijn gevraagd en zich uitsluitend bereid te verklaren de klacht met inachtneming van (verder in zijn brief niet gespecificeerde) wettelijke termijnen in behandeling te nemen, kwam zijn reactie er feitelijk op neer dat in ieder geval voor de datum van de hoorzitting over de juistheid van de handelwijze van de NMa in deze geen oordeel zijnerzijds meer zou komen (of is gekomen). In feite heeft de klachtenfunctionaris zich (inmiddels zo'n vijf maanden na indiening van de klacht) nog steeds niet uitgelaten over de klacht, hoewel die nimmer door partijen is ingetrokken...."

E. REACTIE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

De minister van Economische Zaken reageerde bij brief van 28 januari 2004 op bovenstaande reactie van verzoeker onder meer als volgt:

"2. Eenzijdig karakter van de planning van de hoorzitting

De in mijn brief van 12 september 2003 naar voren gebrachte punten strekken ertoe te betogen dat het onder de gegeven omstandigheden niet onredelijk is dat de NMa, althans bij hoorzittingen waarvoor veel gemachtigden en vertegenwoordigers van ondernemingen worden uitgenodigd, in het algemeen niet in overleg treedt over de datum waarop in een sanctieprocedure betrokken ondernemingen in de gelegenheid worden gesteld mondeling hun zienswijze op het uitgebrachte sanctierapport te geven. Daarbij houdt de NMa, zoals reeds opgemerkt, in het oog dat partijen over voldoende voorbereidingstijd beschikken. Verzoeken om uitstel worden niet bij voorbaat afgewezen, maar elk op hun eigen merites beoordeeld, precies zoals dat ook met eventuele verzoeken om uitstel voor de gestelde termijnen voor het indienen van schriftelijke zienswijzen gebeurt. In het onderhavige geval zag de NMa onvoldoende aanleiding voor een uitstel.

(...)

Naar aanleiding van het gestelde in nr. 2.14, de opmerking dat partijen slechts vier verhinderdagen opgaven in september en oktober, merk ik op dat ten minste één partij in een eerder stadium aanzienlijk meer verhinderdata had geclaimd. In de brief van 6 juni 2003 aan de NMa (1615/458, opgenomen in bijlage 5 bij de brief van 12 september 2003) had de gemachtigde van (GH; N.o.), alleen sprekende voor zichzelf en zijn cliënte, reeds negen dagen in september en zeven dagen in oktober als verhinderdata opgegeven.

Naar aanleiding van het gestelde in nr. 2.22 dient eveneens de positie van (één der verzoekers; N.o.) vermeld te worden. Deze is in zoverre bijzonder, dat de gemachtigde van deze partij reeds in een vroeg stadium de planning van de hoorzitting ter sprake bracht in verband met zijn vakantie en verplichtingen van de directeur van zijn cliënte. Een en ander wordt duidelijk uit de brief van (de gemachtigde; N.o.) van 24 april 2003 (...), waarin wordt gerefereerd aan een voorafgaand telefonisch contact, en de reactie van de NMa daarop. Met de verhindering van de (gemachtigde; N.o.) kon op dat moment nog rekening worden gehouden; dat maakte het echter moeilijker om tevens aan de wensen van de (directeur; N.o.) tegemoet te komen (de verhindering van de (directeur; N.o.) vanaf medio juli tot en met augustus hield verband met de presentatie van de nieuwe collectie voor het komende fietsseizoen).

(...)

3. Motiveringsvereiste

Maar liefst negen maal spreken verzoekers over "de (ongemotiveerde) stelselmatige weigering van de NMa aan (gemotiveerde) redelijke verzoeken van partijen tot bepaling van een andere (latere) datum gevolg te geven." Hiervan gaat de sterke suggestie uit dat het een besluit - of zelfs: een besluit op aanvraag - in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) betreft. En dergelijke suggestie ligt ook besloten in nr. 2.7. ("...niet naar behoren met redenen omkleed").

De bepaling van een gelegenheid tot het geven van een mondelinge zienswijze is echter geen afzonderlijk voor bezwaar en beroep vatbaar besluit. Dit verklaart tevens waarom er geen motivering op schrift is gesteld. Dat neemt echter niet weg, dat de NMa bereid is geweest tot uitleg en verklaring van de planning, zoals blijkt uit de telefoonnotities met betrekking tot gesprekken van 24 juni en 2 juli 2003 met de gemachtigden van (een andere betrokken fietsfabrikant; N.o.) en (één der verzoekers; N.o.) en de brief van 25 juli 2003 aan de gemachtigde van (de andere verzoeker).

(...)

Ten slotte mag ook bij het telkens benadrukte "stelselmatige" karakter van de weigering wel een kanttekening worden geplaatst: het behoeft geen verwondering te wekken dat op herhaalde verzoeken met betrekking tot dezelfde kwestie hetzelfde antwoord wordt gegeven. Van een stelselmatig handelen of een vaste praktijk met betrekking tot meer dan één zaak of procedure is daarmee nog geen sprake..."

F. NADERE REACTIE VERZOEKER

Verzoekers lieten bij brief van 17 maart 2004 nogmaals weten zich niet in de standpunten van de minister van Economische Zaken te kunnen vinden. Daarbij gaven zij onder meer het volgende aan:

"Eén punt verdient nog een korte (aanvullende) reactie. In de brief van 27 juni 2003 (...) is namens alle partijen (dus ook GH) nogmaals en uitvoerig met redenen omkleed verzocht om een kort uitstel van de hoorzitting tot een nader te bepalen datum in september of oktober. Voor deze periode van twee maanden golden voor alle partijen (dus ook GH) slechts vier, concreet aangegeven, verhinderdata. Op alle andere data in die twee maanden had de hoorzitting dus kunnen worden vastgesteld.

Anders dan het Ministerie lijkt te suggereren, is hierbij uiteraard van geen enkel belang dat mogelijk in een eerdere fase (brieven van 24 april en 7 mei) door bepaalde partijen (bijvoorbeeld GH) ook andere mogelijkheden zouden zijn gesuggereerd. Van belang is uitsluitend voornoemde brief van 27 juni 2003, waarin door partijen hierover een duidelijk standpunt is ingenomen met een viertal concrete verhinderdata."

ACHTERGROND

1. Mededingingswet

Artikel 59, eerste lid

"Indien de directeur-generaal na afloop van het onderzoek een redelijk vermoeden heeft dat een overtreding als bedoeld in artikel 56, eerste lid, is begaan en dat daarvoor een boete of een last onder dwangsom dient te worden opgelegd, doet hij een rapport opmaken."

Artikel 60

"1. In afwijking van afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht worden de belanghebbenden schriftelijk opgeroepen om naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze naar voren te brengen omtrent het in artikel 59, eerste lid, bedoelde rapport.
2. Het rapport en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken worden gedurende een periode van ten minste vier weken voor belanghebbenden ter inzage gelegd. Bij de in het eerste lid bedoelde oproeping wordt vermeld waar en wanneer de stukken ter inzage zullen liggen...."

Artikel 61

"1. Belanghebbenden worden zo nodig in de gelegenheid gesteld te reageren op de naar voren gebrachte zienswijzen.
2. Van hetgeen mondeling naar voren is gebracht, wordt een verslag gemaakt."

2. Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 707, nr. 3, blz. 90 en 91

"Algemeen

In beginsel regelt de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de voorbereiding van beschikkingen. In casu gaat het om de voorbereiding van een punitieve sanctie. Dat betekent dat bij de voorbereiding acht moet worden geslagen op met name het EVRM. De Toetsingscommissie heeft daarom voorgesteld bij de voorbereiding van boetebeschikkingen, in afwijking van de Awb, de belanghebbende altijd de gelegenheid te bieden mondeling of schriftelijk zijn zienswijze naar voren te brengen en bij een mondelinge uiteenzetting zo nodig te voorzien in bijstand van een tolk. Voorts zou de belanghebbende tijdig in kennis dienen te worden gesteld van de tegen hem ingebrachte «beschuldiging» (artikel 6, derde lid, onder a, EVRM), door toezending van een rapport, waarin bepaalde gegevens staan opgenomen.

Deze adviezen zijn in de voorgestelde bepalingen verwerkt. De Toetsingscommissie volstaat daarmee. Naar mijn mening is gewenst bij mogelijke overtreding van de

materiële normen van dit wetsvoorstel de procedure wat verder uit te werken. Het gaat hier, anders dan in de modelregelingen van de Toetsingscommissie, om de toepassing van normen met discretionaire ruimte, voor overtreding waarvan hoge boetes kunnen worden opgelegd. Bij de voorbereiding van een beschikking gaat het dan ook niet alleen om vaststelling van de feiten, maar ook om een waardering van die feiten in het licht van het desbetreffende verbod. De voorgestelde bepalingen (de artikelen 60 en 61) sluiten zoveel mogelijk aan bij de voorschriften van afdeling 3.4 van de Awb over de openbare voorbereidingsprocedure. Het was niet mogelijk die afdeling zonder meer van toepassing te verklaren, omdat die aanvangt met bekendmaking van een aanvraag om een beschikking of van een ontwerp-besluit.

Ten slotte merk ik op dat de Commissie bij de voorbereiding van haar sanctiebeschikkingen een procedure volgt die vergelijkbaar is met de hier gedane voorstellen.

Artikel 60

Afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht geeft voorschriften voor de voorbereiding van een beschikking. Uit deze bepalingen vloeit voort dat toepassing van de hoorplicht in bepaalde gevallen achterwege kan blijven. Met de Toetsingscommissie ben ik evenwel van mening dat bij sanctiebeschikkingen als de onderhavige voorzien dient te worden in een hoorplicht (eerste lid). De dienst kan zelf bepalen op welke wijze desgewenst mondeling gehoord kan worden. Het ligt het meest voor de hand dat dan een hoorzitting wordt georganiseerd, waarbij alle betrokkenen aanwezig zijn en op elkaar kunnen reageren. Hiermee kan dan meteen voldaan worden aan artikel 61, eerste lid, van dit wetsvoorstel. Op basis van artikel 2:1 Awb kan een belanghebbende zich bij de hoorzitting laten vergezellen door een raadsman. Het tweede lid is ontleend aan artikel 3.11, eerste lid, Awb. Ter inzage moeten worden gelegd alle relevante stukken. Het gaat hierbij om alle voor de zaak relevante stukken. De beschikking mag uitsluitend gebaseerd worden op stukken die de belanghebbenden hebben kunnen inzien en waarover zij hun zienswijze hebben kunnen geven.

In het derde lid wordt een aantal bepalingen uit afdeling 3:4 Awb met betrekking tot het verkrijgen van afschriften en het beperken van inzage van stukken van overeenkomstige toepassing verklaard. Zo kan op grond van artikel 3:11, tweede lid, Awb terinzagelegging van bedrijfs- en fabricagegegevens achterwege blijven. Van de stukken kunnen afschriften worden verkregen (artikel 3:11, derde lid, Awb). Artikel 3:13, derde lid, Awb bepaalt dat de termijn waarbinnen belanghebbenden hun zienswijze naar voren kunnen brengen, niet eindigt voor het einde van de termijn van terinzagelegging.

Het vierde lid vloeit weer voort uit de aanbevelingen van de Toetsingscommissie. Zie ook de toelichting op artikel 59, vierde lid."

3. Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

Artikel 6 Recht op een eerlijk proces

- "1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder 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. (...)
3. Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:
- (...)
- b. te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
 - c. zich zelf 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;..."

4. Algemene wet bestuursrecht

Artikel 9:5

"Zodra het bestuursorgaan naar tevredenheid van de klager aan diens klacht tegemoet is gekomen, vervalt de verplichting tot het verder toepassen van dit hoofdstuk."

5. In **Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht** staat in aantekening bij dit artikel het volgende vermeld:

"1 Algemeen

Bij het opstellen van hoofdstuk 9 is gezocht naar een evenwicht tussen enerzijds het belang van de klager bij een zorgvuldige, met procedurele waarborgen omklede procedure van klachtbehandeling en anderzijds het belang van bestuursorganen bij een doelmatige, van overbodige bestuurslasten ontdane manier om klachten te kunnen afhandelen. Artikel 9:5 Awb is een onderdeel van de klachtregeling, dat voornamelijk met het oog op het bestrijden van overbodige bestuurslasten is opgenomen. Het biedt de mogelijkheid om op eenvoudige en snelle wijze klachten af te handelen.

Op elk moment van de procedure van afdeling 9.2 kan de klachtbehandeling worden afgebroken, indien de klager tevreden is over de wijze waarop het bestuursorgaan aan zijn klacht is tegemoetgekomen. In een dergelijke situatie is het nodeloze formaliteit en bureaucratie om het bestuursorgaan te dwingen om het gehele behandelingstraject te doorlopen.

In elk stadium van toepassing van afdeling 9.2 kan het bestuursorgaan de klachtbehandeling staken, indien het naar tevredenheid van de klager aan de klacht is

tegemoetgekomen. Afhankelijk van het moment waarop de klager tevreden is, zal ook het horen op grond van artikel 9:10 en een inkennisstelling van bevindingen op grond van artikel 9:12 achterwege kunnen blijven. Aldus wordt een informele wijze van klachtafdoening bevorderd. De registratieplicht van artikel 9:12a Awb blijft overigens van toepassing. De klacht is immers wel ingediend."

6. Memorie van Toelichting bij hoofdstuk 9 van de Awb (Tweede Kamer, vergaderjaar 1997 – 1998, 25 837, nr. 3)

"8.4 De klachtprocedure in de Awb en in de Wet Nationale ombudsman

Een interne klachtprocedure is primair gericht op verbetering van de verhouding tussen burger en bestuursorgaan. Mede daarom hebben interne klachtprocedures een tamelijk informeel karakter. Indien de klager niet tevreden is over de wijze van afhandeling dan wel het resultaat daarvan, kan hij een klacht indienen bij de Nationale ombudsman, mits deze bevoegd is klachten over gedragingen van het desbetreffende bestuursorgaan in behandeling te nemen. De klachtprocedure werkt dan als een voorprocedure voorafgaand aan die bij de Nationale ombudsman. De WNo stelt thans nog de eis dat alvorens een klacht in te dienen bij de Nationale ombudsman de klager het bestuursorgaan waarover hij klaagt in kennis stelt van de klacht: het zogenoemde kenbaarheidsvereiste. Indien degene die een klacht bij de Nationale ombudsman indient, stelt dat hij de klacht bij het bestuursorgaan heeft kenbaar gemaakt, zal de Nationale ombudsman in de regel de verdere behandeling door het bestuursorgaan zelf kunnen afwachten, tenzij de klacht het niet (zorgvuldig) naleven van de klachtregeling betreft. De Nationale ombudsman heeft immers pas na afhandeling volgens de interne klachtprocedure de klacht in behandeling te nemen, dan wel nadat de termijnen van afdeling 9.2 Awb door het bestuursorgaan zonder goede grond zijn overschreden. Op deze wijze kan het kenbaarheidsvereiste in de WNo op meer geformaliseerde wijze worden toegepast. In artikel II van dit voorstel van wet wordt de WNo zodanig aangepast, dat het thans geldende kenbaarheidsvereiste wordt vervangen door de verplichting voor de klager om, voorafgaand aan het verzoek om een onderzoek door de ombudsman, eerst een klacht als bedoeld in hoofdstuk 9 van de Awb in te dienen..."

7. Besluit klachtenfunctionaris NMa/DTe Nr.: 01046040

"Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

klacht: een klacht in de zin van artikel 9:1 van de Algemene wet bestuursrecht over een gedraging die voor de verantwoordelijkheid komt van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit of de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie;

klachtenfunctionaris: degene die in gevolge artikel 2 van deze regeling is belast met de behandeling van en de advisering over klachten.

Artikel 4

1. De klachtenfunctionaris kan, alvorens tot verdere behandeling van een klacht over te gaan, trachten door overleg of bemiddeling dan wel op andere wijze tot een oplossing te komen. Hij kan daartoe contact opnemen met de klager.
2. Bij de behandeling van schriftelijke klachten wordt de procedure geregeld in afdeling 9.3 van de Algemene wet bestuursrecht gevolgd, tenzij de klachtenfunctionaris dit gelet op de aard van de klacht niet opportuun acht.
3. De klachtenfunctionaris adviseert de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit over de toepassing van artikel 9:8 van de Algemene wet bestuursrecht en over de aan een in behandeling genomen klacht te verbinden conclusies.

Toelichting

Dit besluit heeft betrekking op de behandeling van klachten over het optreden van de NMa/DTe en aldaar werkzame personen. Het gaat niet over de behandeling van klachten die op grond van de Mededingingswet of andere regelingen bij de NMa/DTe aanhangig kunnen worden gemaakt. Daarvoor biedt met name de Mededingingswet het procedurele kader. Op grond van artikel 9:1 van de Algemene wet bestuursrecht heeft een ieder het recht bij een bestuursorgaan een klacht in te dienen over de wijze waarop dat bestuursorgaan zich tegenover hem of een ander heeft gedragen. Het bestuursorgaan moet voor een behoorlijke behandeling van zulke klachten zorgdragen. Deze klachtenbehandeling kan, indien de klacht niet op voor de klager bevredigende wijze wordt afgedaan, eventueel een verlengstuk vinden in de behandeling van een klacht door de Nationale ombudsman. Deze gaat er vanuit dat degene die zich door een bestuursorgaan niet behoorlijk behandeld voelt, zich in eerste instantie met een klacht daarover tot dat bestuursorgaan richt.

In dit besluit is voor de NMa/DTe gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht biedt, om bij een bestuursorgaan de behandeling van en advisering over klachten op te dragen aan een speciale functionaris. Doordat deze niet bij de gedraging waar het om gaat betrokken is geweest, zal hij eerder in staat zijn om met voldoende afstand tot de zaak tot een evenwichtige beoordeling van de klacht te komen. Dit kan mogelijk leiden tot een afdoening in der minne. Waar dat niet mogelijk is zal uiteindelijk de directeur-generaal van de NMa, als verantwoordelijk bestuursorgaan, op advies van de klachtenfunctionaris vaststellen welke consequenties hij aan de klacht verbindt."