

WETSVOORSTEL STROOMLIJNING MARKTTOEZICHT ACM

Visie van de Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten¹ op het wetsvoorstel tot stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (33622)

11 juni 2013

Inleiding

De Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten ('de Adviescommissie') heeft kennis genomen van het voorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht ('het wetsvoorstel'). Het wetsvoorstel is inmiddels aanhangig onder nr. 33622.

De Adviescommissie plaatst de navolgende kanttekeningen bij het wetsvoorstel. Deze kanttekeningen bouwen voor zover relevant voort op de inbreng van de Adviescommissie in de internetconsultatie van het wetsvoorstel.

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op: i) informatie-uitwisseling, ii) binnentreden woning, iii) zwijgrecht, iv) openbaarmaking en v) afschaffing schorsende werking van bezwaar bij boetebesluiten en andere aspecten van de bezwaarprocedure.

Samenvatting

- De mogelijkheid van **informatie-uitwisseling** tussen de verschillende toezichtsregimes (mededinging, consumentenrecht, elektronische communicatie) en met andere bestuursorganen is aanmerkelijk verruimd. Het wetsvoorstel beoogt deze uitwisselingsmogelijkheid tot het noodzakelijke te beperken. Nadere uitwerking van het noodzakelijkheids criterium is evenwel nodig om een balans te brengen in de zeer ruime bevoegdheden van ACM en de rechten van de onderneming.
- De voorgestelde regeling van het **binnentreden van de woning tegen de wil van de bewoner** plaatst de rechter-commissaris te veel op afstand (zeker in vergelijking tot het strafrecht) en introduceert de in het strafrecht onbekende “voorzorgsmachtiging” zonder goede motivering en in strijd met de Algemene wet op het binnentreden.
- Ten onrechte (want met voorbijgaan aan recente rechtspraak van het CBb en het Europees mededingingsrecht) wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat het **zwijgrecht** van de onderneming niet door ex-werknemers kan worden ingeroepen.
- De wet zou moeten voorzien in een uniform regime van **openbaarmaking** van besluiten, waarbij de ACM ongeacht de aard van het besluit de mogelijkheid heeft om af te wijken van het uitgangspunt van openbaarmaking indien afweging van alle betrokken belangen daartoe noopt.
- De Adviescommissie betreurt de handhaving van de **bezwaarprocedure** bij boetebesluiten. Door die procedure te schrappen kan een efficiencyverbetering worden bereikt, zonder dat dit ten koste gaat van de zorgvuldigheid van besluitvorming. Ondernemingen kunnen zich de kosten van een extra procedure besparen en hebben bovendien eerder toegang hebben tot de rechter. I

¹ De Adviescommissie telt de volgende leden: Mr. P.V.F. Bos te Den Haag, voorzitter, Mr. C.E. Schillemans te Amsterdam, secretaris, Mr. J.C.M. van der Beek te Amsterdam, Mr. A.R. Bosman te Brussel, Mr. C.T. Dekker te Zwolle, Mr. P.W. Kreijger te Amsterdam, Mr. D.P. Kuipers te Den Haag, Mr. J.K. de Pree te Amsterdam en Mr. I.W. VerLoren van Themaat te Amsterdam.

- Indien de bezwaarprocedure wordt gehandhaafd, dient die verbeterd te worden, onder meer door de mogelijkheid van ondervragen van getuigen vast te leggen. De in het wetsvoorstel beoogde keuzevrijheid van de ACM al dan niet een bezwaaradviescommissie in te stellen dient dan nader genormeerd te worden teneinde willekeurig handelen te vermijden. Beter ware het de bezwaaradviescommissie integraal te handhaven. De beperking van de schorsende werking van het bezwaar tot de wettelijke beslistermijn van maximaal 24 weken zal geen enkele invloed hebben op de duur van de behandeling in bezwaar. Nu deze behandeling in de regel langer duurt dan 24 weken introduceert deze wijziging een nieuwe bron van geschillen, ditmaal rond de incasso van de boete hangende de bezwaarprocedure.

i) Informatie-uitwisseling

Intern

Het is van belang niet uit het oog te verliezen dat de Instellingswet de mogelijkheid van informatie-uitwisseling in belangrijke mate heeft verruimd. Deze verruiming vloeit voort uit het feit dat drie toezichtsregimes die onder drie verschillende toezichthouders vielen (NMa, OPTA en Consumentenautoriteit) thans binnen één organisatie zijn geconcentreerd. De regel dat informatie binnen één organisatie, intern, kan circuleren is in *organisatorisch* opzicht weliswaar niet nieuw (*binnen* de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit was interne circulatie al mogelijk), maar wel nieuw is dat informatie kan circuleren *tussen* drie verschillende toezichtsregimes die, ook na de stroomlijning, slechts ten dele overlappen en op heel andere uitgangspunten zijn gebaseerd. De regel dat gegevens of inlichtingen die in het kader van de uitvoering van een bepaalde taak van de ACM zijn verkregen, alleen ter uitvoering van die taak of enige andere taak van de ACM mogen worden gebruikt (artikel 7, lid 1, Instellingswet) staat daar uiteraard niet aan in de weg.

Vóór invoering van de Instellingswet bestonden dergelijke beperkingen nog wel. Art. 91 sub 2 van de Mededingingswet bepaalde immers tot 1 april van dit jaar dat de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit alleen dan bevoegd was gegevens of inlichtingen, verkregen bij de uitoefening van zijn wettelijke taak, met andere bestuursorganen te delen, wanneer die bestuursorganen belast waren met taken die (mede) de toepassing van bepalingen omtrent *mededinging* betreffen en de informatie-uitwisseling tussen NMa, OPTA en Consumentenautoriteit was ook daartoe beperkt. OPTA en Consumentenautoriteit hebben echter met name ook andere taken en ten behoeve daarvan was uitwisseling van informatie die was vergaard bij de toepassing van de Mededingingswet dus niet mogelijk. Anders dan de Minister en de ACM doen voorkomen boden de samenwerkingsprotocollen tussen de afzonderlijke toezichthouders daarvoor geen (wettelijke) basis.

Simpel gesteld: de Instellingswet heeft het mogelijk gemaakt dat in het kader van een mededingingsprocedure verkregen gegevens ook worden gebruikt in, bijvoorbeeld, een dossier over consumentenbescherming. Maar ook vrijwillig door een onderneming aangeleverde informatie in het kader van een marktanalyse op grond van de Telecommunicatiewet kunnen worden gebruikt in een sanctieonderzoek op grond van de Mededingingswet. Er zijn geen interne *Chinese walls* tussen de afdelingen van de ACM waar de verschillende samengevoegde toezichthouders in zijn ondergebracht.

De voorheen tot het mededingingsrecht beperkte toezicht- en onderzoeksbevoegdheden gaan nu algemeen voor de ACM gelden (zie Hoofdstuk 3 van de Instellingswet). De verstreckende bevoegdheden mogen echter alleen gebruikt worden indien aan de daarvoor geldende randvoorwaarden voor inzet van deze bevoegdheden is voldaan (redelijk vermoeden van een inbreuk).

Daarmee is niet verenigbaar dat informatie die is verkregen met de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden wegens een redelijk vermoeden van een inbreuk op bijv. het consumentenrecht, intern kan worden doorgeschoven naar de afdeling van de ACM belast met het toezicht op het mededingingsrecht, zonder dat (aldaar) sprake was van een redelijk vermoeden en/of (op grond daarvan voorgenomen) uitoefening van onderzoeksbevoegdheden, laat staan als het gaat om informatie die vrijwillig is verstrekt zonder bestaan van

enig vermoeden van een overtreding. Dit geldt temeer nu de betrokken onderneming ook niet geïnformeerd wordt omtrent verdergaand of ander gebruik van de door haar verstrekte gegevens.

In ieder geval ontbreekt ten onrechte in de voorstellen een adequate regeling daaromtrent, terwijl de wetgever in het verleden groot belang heeft toegekend aan de verplichting van de NMa om verkregen informatie alleen aan andere toezichthouders te verstrekken voor zover die (ook) zijn belast met de toezicht op de naleving van het mededingingsrecht (artikel 91 Mw dat door de Instellingswet wordt geschrapt). Het is niet alleen opmerkelijk (en onwenselijk) dat deze bepaling wordt geschrapt, maar ook dat de aan artikel 91 Mw ten grondslag liggende norm kennelijk nu niet langer van belang wordt geacht en dat (ook) binnen de ACM er een vrij verkeer van (al dan niet met uitoefening van onderzoeksbevoegdheden verkregen) informatie geldt.

Het wetsvoorstel bevat één wijziging van art. 7 van de Instellingswet. Deze bestaat er in dat (ingevolge een toezegging aan de Eerste Kamer), art. 7, lid 1, van de Instellingswet wordt aangescherpt doordat nog een noodzakelijkheids criterium wordt toegevoegd aan de mogelijkheid tot interne informatie-uitwisseling binnen de ACM. Op grond daarvan is verstrekking van informatie door de ene afdeling van de ACM aan een andere afdeling van de ACM alleen toegestaan wanneer dat noodzakelijk is voor de taakuitoefening door die afdeling.

Deze aanscherping is toe te juichen, maar het is van belang dat dit noodzakelijkheids criterium zodanig wordt uitgelegd en toegepast dat deze een daadwerkelijke waarborgfunctie heeft. Dat is in de huidige bewoording onvoldoende verzekerd. Immers, wat is “noodzakelijk” precies, en wie bepaalt dat? Welke afdeling van de ACM dient aan te tonen dat de betrokken informatie noodzakelijk is, de “verkrijgende” afdeling of de “verstrekken de afdeling”? Dit is belangrijk, omdat informatie ten aanzien waarvan geen noodzaak tot uitwisseling bestaat, ook niet uitgewisseld mag worden. Het gevaar dreigt nu dat in beginsel alle informatie uitgewisseld wordt en pas achteraf worden gezien of dit ook noodzakelijk was, dan is de aan de Eerste Kamer toegezegde beperking de spreekwoordelijke dode mus.

De opmerkingen van de Minister bij de behandeling van de Instellingswet in de Tweede Kamer ten aanzien van artikel 7 lid 3 Instellingswet zijn een veeg teken voor de waarde van het toe te voegen noodzakelijkheids criterium. Deze bepaling bevat eveneens een noodzakelijkheidstoets voor de verstrekking van informatie aan andere instanties. Daarvan heeft de Minister bij de behandeling van de Instellingswet aangegeven dat bij ministeriële regeling zal worden bepaald voor welke instanties informatie van ACM noodzakelijk is voor de goede vervulling van een aan hen opgedragen taak (Nota naar aanleiding van het verslag, 33186 nr. 5 p. 41). De Minister vindt het kennelijk niet nodig de noodzakelijkheidstoets toe te passen op de uit te wisselen informatie, maar wil het criterium hanteren als een 'entree-toets'. Dit lijkt een ontoereikende invulling van de norm. Veeleer zou gedacht moeten worden aan aansluiting bij het proportionaliteitsbeginsel in het bestuursrecht, waarbij de vraag of uitwisseling in een bepaald geval noodzakelijk was door de rechter kan worden getoetst. Weliswaar kan dit – bij gebreke van kennis omtrent de verstrekking bij de onderneming – alleen achteraf, maar daarmee kan wel een rechtspraktijk ontstaan waarin controle plaatsvindt op de toepassing van artikel 7 Instellingswet door de ACM.

De memorie van toelichting onderkent het belang dat “fishing expeditions” worden voorkomen, maar juist dat dreigt wanneer informatie-uitwisseling mogelijk wordt tussen onderling verschillende toezichtregimes, zeker wanneer aan de uitwisseling geen redelijk vermoeden van de “verkrijgende afdeling” ten grondslag ligt. Immers, een “fishing expedition” is aan de orde wanneer een toezichthouder gebruik maakt van onderzoeksbevoegdheden, zoals het inzien van informatie, om te zien of er überhaupt iets valt te vangen en niet om een reeds bestaand redelijk vermoeden te toetsen aan bewijsmateriaal.

Uiteindelijk lijkt ook op dit punt de wens synergie te realiseren doorslaggevend te zijn geweest: “De bevoegdheid van de ACM om voor de ene taak verkregen gegevens ook te gebruiken voor een andere taak is van essentieel belang om de met de samenvoeging van de toezichthouders NMa, OPTA en CA beoogde doelen te kunnen verwezenlijken”. Deze synergie (het is overigens ook op dit punt niet helder wat deze synergie zou in houden, anders dan een beoogde bijdrage aan de bezuinigingsdoelstelling voor de ACM) wordt dan behaald doordat voorheen geldende waarborgen en beperkingen bij de uitwisseling van informatie tussen verschillende

kolommen van toezicht worden losgelaten, hetgeen niet de bedoeling kan zijn – zeker niet nu art. 7, lid 1, Instellingswet wel degelijk aangescherpt wordt.

Extern

De Instellingswet bevat regels over de uitwisseling tussen de ACM en andere bestuursorganen en buitenlandse instellingen van gegevens die de ACM heeft verkregen. Ook deze regels bevatten belangrijke uitbreiding ten opzichte van hetgeen voorheen gold op grond van art. 91 sub 1 Mw:

Artikel 7, lid 3, van de Instellingswet bepaalt dat de ACM gegevens kan verstrekken aan een (ander) bestuursorgaan, indien bij regeling van de Minister is bepaald dat verstrekking noodzakelijk is voor de goede vervulling van de taak van dat bestuursorgaan.

Artikel 7, lid 4, van de Instellingswet bepaalt dat de ACM gegevens kan verstrekken aan een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling en die buitenlandse instelling op grond van nationale wettelijke regels is belast met de toepassing van regels op dezelfde gebieden als waarop de taken van de ACM betrekking hebben.

Verstrekking aan bestuursorganen of buitenlandse instellingen geschiedt alleen, als geheimhouding wordt gewaarborgd en voldoende is gewaarborgd dat de gegevens of inlichtingen slechts worden gebruikt voor de doelen waarvoor ze zijn verstrekt (een vergelijkbare regeling wordt toegevoegd aan de Gaswet).

Artikel 7, lid 3 en 4, van de Instellingswet verruimt de bevoegdheden van de ACM ten opzichte van het oude regime van artikel 91 sub 1 Mw, omdat (i) verstrekking aan een ander bestuursorgaan alleen was toegestaan, als dat orgaan belast was "met taken die de toepassing of mede de toepassing van bepalingen omtrent mededinging betreffen"; (ii) verstrekking aan een buitenlandse instelling alleen was toegestaan, als verstrekking "naar het oordeel van de raad in het belang is van de Nederlandse economie". Zoals hiervoor aangegeven wordt deze ruime bevoegdheid nog aanzienlijk ruimer indien de noodzakelijkheidstoets c.q. de waarborg niet per individueel geval wordt toegepast maar uitsluitend eenmalig bij vaststelling van een ministeriële regeling.

Gezien deze verruiming zou op zijn plaats zijn dat bepalingen worden toegevoegd over hoe informatie wordt doorgegeven aan een buitenlandse instelling of een Nederlands bestuursorgaan, welke controle hierop plaatsvindt c.q. welke rechtsmaatregelen hiertegen voor de betrokken onderneming open staan (bestuursrechtelijk, dan wel bevestiging dat bij gebreke van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen de burgerlijke rechter moet worden benaderd). Hierbij dienen de nodige checks & balances te gelden, waaronder het horen van de betrokken onderneming en mogelijk ook rechterlijke machtiging voor verstrekking aan autoriteiten buiten de Europese Unie. Voor andere overheidsorganen gelden veelal gedetailleerde regelingen over doorgifte van informatie aan andere overheidsorganen (bijv. voor het Openbaar Ministerie: Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens; voor de politie: Wet op de Politiegegevens; algemeen: Wet Bescherming persoonsgegevens). Een dergelijke regeling ontbreekt ten onrechte ten aanzien van de ACM in het wetsvoorstel.

ii) Binnentreden woning

Met de artikelen 12c-f van het wetsvoorstel wil de wetgever met het binnentreden van woningen de mogelijkheid tot doorzoeking over de volle breedte van het werkterrein van ACM geven. Al eerder heeft de wetgever de pseudo-strafrechtelijke aard van het binnentreden van woningen en het kunnen doorzoeken daarvan ingezien in het kader van de handhaving van de Mededingingswet: zo'n bevoegdheid gaat nu eenmaal in onze rechtstaat heel ver. Dit heeft ertoe geleid dat er natuurlijk deugdelijke waarborgen moeten zijn om deze bevoegdheid te begrenzen en de inbreuk op de rechten van de betrokkene (waaronder het recht op onschendbaarheid van de woning en het recht op een besloten levenssfeer) te minimaliseren.

De Adviescommissie is van oordeel dat er onvoldoende waarborgen zijn opgenomen in de huidige voorgestelde artikelen.

Eerst en vooral is er niet voorzien in het daadwerkelijke toezicht van de rechter-commissaris op het binnentreden en op de doorzoeking. Dit is in het licht van het genoemde pseudo-strafrechtelijke karakter van wezenlijk van belang. Het verdient aanbeveling aansluiting te zoeken bij het strafrecht: daar is aanwezigheid van een rechter-commissaris bij het betreden van een woning nog altijd de regel (97 Sv). Ook het EVRM dwingt tot rechterlijke betrokkenheid bij binnentreden en doorzoeking van woningen (vgl. Sanoma/ Nederland, EHRM 14 september 2009, par. 62, NJ 2011, 230; Colas Est/ Frankrijk, EHRM 16 juli 2002, par. 46, NJ 2003, 452; beide zaken gaan over de minder vergaande inbreuk van rechten terzake van bedrijfsgebouwen; deze rechtspraak geldt a fortiori in het geval van de privé-woningen van personen). De regering wijst in dit verband overigens in de memorie van toelichting (p. 9) op de toepasselijkheid van de Algemene wet op het binnentreden (**Awbi**). In art. 8 Awbi is geregeld dat degene die de machtiging heeft gegeven, in casu de rechter-commissaris, degene die bevoegd is binnen te treden kan vergezellen. Weliswaar wordt in het wetsvoorstel een aantal artikelen uit de Awbi buiten toepassing verklaard (art. 12d, lid 1 sluit art. 2 en 3 Awbi uit, art. 12e, lid 4 sluit art. 6 Awbi uit en art. 12f, lid 5 sluit art. 10 en 11 Awbi uit) maar art. 8 Awbi is daar niet bij.

Daarbij is van belang dat, anders dan de regering stelt (memorie van toelichting, p. 49), de buiten toepassing verklaarde artikelen uit de Awbi (welke betrekking hebben op de eisen geldend voor de machtiging en het verslag) en de regeling in het wetsvoorstel op enkele punten wel verschillen. Met name is van belang dat de Awbi niet voorziet in het instrument van de “voorzorgsmachtiging” van art. 12d, lid 1, van het wetsvoorstel. Wetsvoorstel noch memorie van toelichting maken overigens duidelijk wat hiermee wordt bedoeld maar voorshands lijkt beoogd te zijn een machtiging “voor het geval dat” dus nog voordat een concreet voornemen bestaat een woning binnen te treden. Een dergelijke machtiging zou tot gevolg hebben dat het toezicht van de rechter-commissaris met alle rechtstatelijke waarborgen van dien letterlijk en figuurlijk op te veel afstand wordt gezet. Het is daarbij overigens opvallend dat de memorie van toelichting aan deze figuur geen enkele aandacht besteedt terwijl zij met de geest van de Awbi (waarin uitgangspunt is dat een andere autoriteit dan de autoriteit die wenst binnen te treden een op het geval toegesneden afweging maakt) niet te verenigen is.

iii) Zwijgrecht

Krachtens artikel 12i van het wetsvoorstel wordt de toepassing van het in artikel 5:10a Awb neergelegde zwijgrecht uitgebreid, in de zin dat het niet alleen geldt voor de degene aan wie mogelijkerwijze een sanctie zal worden opgelegd, maar voor iedereen "aan de zijde van de het bedrijf." Deze uitbreiding van artikel 5:10a Awb, die voortkomt uit het huidige artikel 53 Mw, is naar de mening van de Adviescommissie juist.

Onjuist is evenwel de opmerking in de memorie van toelichting dat deze uitbreiding niet zou gelden voor oud-werknemers. Zoals nog onlangs door het College van Beroep voor het bedrijfsleven is vastgesteld (CBb 21 december 2012, LJN BY7031, JB 2013, 41, AB 2013, 49) leidt een dergelijke uitleg tot een beperking van de reikwijdte van het zwijgrecht tot degenen die bij de onderneming werkzaam zijn op het moment waarop het verhoor plaatsvindt. Daarmee wordt de betrokken marktorganisatie een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht ontnomen. De ruime medewerkingsplicht, voorzien in artikel 5:20 Awb, verdraagt zich niet met een dergelijke beperking van de kring van personen die zich op hun zwijgrecht kunnen beroepen. Daar komt bij dat de thans voorgestelde regeling afwijkt van het Europees mededingingsrecht. Zoals ook het CBb in genoemde uitspraak opmerkt, voorziet art. 18, lid 4, van Vo. 1/2003 in een medewerkingsplicht voor een veel beperktere kring van personen (voor zover hier van belang: de krachtens de wet of de statuten tot vertegenwoordiging bevoegde personen), die zich in voorkomend geval op hun zwijgrecht kunnen beroepen terwijl andere personen, zoals werknemers of voormalige werknemers van de onderneming niet verplicht zijn inlichtingen te verstrekken (art. 19, lid 1, Vo. 1/2003). Nu uitgangspunt is dat de wetgever, zeker voor wat betreft het mededingingsrecht, zoveel als mogelijk aansluit op het Europees recht is niet duidelijk waarom de regering thans een dergelijke afwijking suggereert. Overigens voorziet de tekst van het wetsvoorstel niet in deze beperking, maar ter vermijding van misverstanden zou het de voorkeur verdienen wanneer de regering dit punt corrigeert.

Het valt te betreuren dat in het wetsvoorstel niet gekozen wordt voor een ACM-brede toepassing van een ander element van artikel 53 Mw. Het huidige artikel 53 Mw bepaalt immers dat het zwijgrecht geldt vanaf het moment dat de ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een overtreding is begaan, terwijl artikel 5:10a

Awb bepaalt dat het zwijgrecht eerst ontstaat wanneer een persoon wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie.

Laatste bedoeld moment kan zich in een later, verdergaand, stadium van onderzoek voordoen dan het ‘aanvangstijdstip’ van artikel 53 Mw (het ontstaan van een redelijk vermoeden): de in artikel 5:10a Awb gebruikte bewoordingen lijken toch te veronderstellen dat de ambtenaren van de ACM al zodanig ver zijn in hun onderzoek dat het opleggen van een sanctie aan de orde is, terwijl op het moment van het ontstaan van het zwijgrecht in artikel 53 Mw daarvan niet noodzakelijkerwijze sprake behoeft te zijn.

Het wetsvoorstel leidt daarmee tot een in vergelijking met artikel 53 Mededingingswet lager niveau van rechtsbescherming. Niet valt in te zien waarom stroomlijning van wetgeving daartoe zou moeten leiden.

Het EHRM legt voorts het moment waarop het zwijgrecht kan worden ingeroepen eerder, namelijk op het moment dat sprake is van een criminal charge.

Voorts merkt de Adviescommissie nog op dat de wijze waarop het zwijgrecht thans geformuleerd is, beperkter is dan het door het EHRM erkende zwijgrecht. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat het zwijgrecht ook geldt in gevallen waarin schriftelijk om inlichtingen wordt verzocht en het niet gaat om inlichtingen die los van de wil van de betrokkene bestaan.

iv) Openbaarmaking

Het wetsvoorstel bevat een verplichting tot openbaarmaking van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen. Het wetsvoorstel gunt de ACM echter in de in art. 12v bedoelde gevallen (ernstige inbreuken) geen ruimte om openbaarmaking achterwege te laten en bijvoorbeeld eerst tot openbaarmaking over te gaan nadat een rechterlijke instantie het betrokken besluit of de betrokken aanwijzing heeft bekrachtigd. Bij minder ernstige inbreuken voorziet de regeling van art 12u wel in een dergelijke mogelijkheid.

De Adviescommissie is voorstander van actieve openbaarmaking van interventies van de ACM. Openbaarmaking van besluiten is een fundamenteel onderdeel van de publieke verantwoording die de ACM dient af te leggen. Actieve openbaarmaking biedt ondernemingen en burgers inzicht in het handavingsbeleid van de ACM en kan een effectieve waarborg vormen tegen willekeur en ongelijkheid.

Van belang is evenwel dat actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten voor de betrokken ondernemingen en personen naast de reeds opgelegde boete als een aanvullende punitieve sanctie geldt, althans in de praktijk ten minste als zodanig wordt ervaren. Zelfs indien de ACM terughoudendheid betracht in de communicatie rondom sanctiebesluiten en duidelijk zou maken dat het betrokken besluit "slechts" het standpunt van de ACM betreft waartegen nog beroep en hoger beroep openstaat, zijn gevallen denkbaar waarin automatische openbaarmaking leidt tot een ongerechtvaardigde vorm van "naming and shaming".

Juist ten aanzien van de “10% inbreuken” van art. 12v weegt dit bijzonder zwaar. Om die reden meent de Adviescommissie dat actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen weliswaar uitgangspunt zou moeten zijn, maar dat de wet voor alle gevallen dient te voorzien in een uitzondering op dat uitgangspunt indien een afweging van alle betrokken belangen daartoe noopt. De regeling in art 12u zou derhalve op alle overtredingen van toepassing moeten zijn.

Ten aanzien van alle andere besluiten kan de ACM krachtens het wetsvoorstel zelf bepalen of er aanleiding is voor openbaarmaking, art. 12w.

De Adviescommissie meent dat er geen reden is voor andere besluiten een fundamenteel ander uitgangspunt neer te leggen. Ook wanneer de ACM afziet van interventies, bijvoorbeeld nadat een klacht is ingediend, geldt dat er een belang is bij publieke verantwoording. De Adviescommissie is van mening dat ook voor andere besluiten dan sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen openbaarmaking het uitgangspunt zou moeten zijn, zij het dat ook hier slechts tot al dan niet openbaarmaking zou moeten kunnen worden besloten na weging van alle betrokken belangen.

v) Bezwaar bij boetebesluiten

De regering heeft er voor gekozen de bezwaarprocedure te handhaven. De Adviescommissie is voorstander van het afschaffen van bezwaar, nu de meerwaarde daarvan niet evident is, gelet op het feit dat de ACM eerst een rapport opmaakt waarop partijen uitvoerig kunnen reageren. Daarmee is reeds een uitvoerige uitwisseling van standpunten in de bestuurlijke fase gegeven. Weliswaar biedt de Awb de mogelijkheid om de bezwaarfase over te slaan, maar in de praktijk wordt daar niet of nauwelijks gebruik van gemaakt, reeds vanwege het aantal partijen dat doorgaans bij een procedure betrokken is. Opmerking verdient voorts dat ook het concentratietoezicht geen bezwaarfase kent, evenmin als het Europees mededingingsrecht.

Nu de regering thans voorstelt de bezwaarprocedure te handhaven, maakt de Adviescommissie nog de volgende opmerkingen.

De Adviescommissie merkt op dat de overweging in de Memorie van Toelichting dat: “het systeem van volledige schorsende werking bij [de Mededingingswet, Telecommunicatiewet en Loodsenwet] geeft in het geheel geen prikkel om af te zien van bezwaar en beroep” in strijd lijkt met het belang dat kennelijk aan de bezwaarprocedure wordt gehecht. Betwijfeld kan worden of een beperkte schorsende werking inderdaad een prikkel zal opleveren tot “efficiënter gebruik” van de bezwaarprocedure. In de Memorie van Toelichting wordt overigens niet uitgelegd wat in dit kader onder dit begrip moet worden verstaan. Voor zover daarmee een afname van deze procedures bedoeld is, kan betwijfeld worden of dit door een beperkte schorsende werking zal worden bereikt. In de praktijk blijkt dat boetes regelmatig in beroep door de rechter of in bezwaar door de NMa zijn verlaagd of vernietigd, dan wel ingetrokken (zie wat dit betreft ook het advies van de Raad voor de Rechtspraak²).

De Adviescommissie merkt voorts op dat de beperking van de schorsende werking van het bezwaar tot de algemene wettelijke beslistermijn uit de Awb van (maximaal) 24 weken (art. 12p) niet aan de bespoediging zal kunnen bijdragen. Deze termijn geldt ook thans en wordt doorgaans niet gehaald (hetgeen overigens op tal van terreinen geldt). Overschrijding van de termijn heeft geen gevolgen (het betreft een termijn van orde) en zal gezien de complexiteit van de materie waar de ACM mee te maken heeft eerder regel dan uitzondering zijn. Daarmee is gegeven dat de schorsende werking zal verlopen terwijl de bezwaarfase nog loopt. Het wetsvoorstel introduceert daarmee een bron van discussie en mogelijke procedures parallel aan de bezwaarfase.

De beperking van de schorsende werking van het bezwaar tot de algemene wettelijke beslistermijn uit de Awb is overigens onwenselijk vanwege het ingrijpende karakter van een sanctiebesluit. Juist om die reden heeft de wetgever er bij de totstandkoming van de Mededingingswet voor gekozen de betalingsverplichting op te schorten totdat het sanctiebesluit in beroep aan een rechterlijke toets is onderworpen. Dat argument is nog onverkort van kracht. De Adviescommissie pleit ervoor de regeling van het huidige artikel 63 Mededingingswet te handhaven.

De in het wetsvoorstel beoogde keuzevrijheid van de ACM al dan niet een bezwaaradviescommissie in te stellen dient nader genormeerd te worden teneinde willekeurig handelen te vermijden. De bezwaaradviescommissie kan een belangrijke meerwaarde hebben, zeker ook in meer complexe procedures. Te vrezen valt evenwel dat de ACM juist in die situaties eerder zal afzien van het instellen van een bezwaaradviescommissie.

Tot slot: de Adviescommissie is er voorstander van dat wordt voorzien in de mogelijkheid getuigen te verhoren op de hoorzitting van de ACM. In de huidige administratieve fase bestaat er geen recht hiertoe. Met name in het

² Brief van de Raad voor de Rechtspraak aan de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, betreffende ‘Adviesaanvraag concept wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige ander wetten’, d.d. 5 oktober 2012, in te zien via: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Wetgevingsadviezen2012/2012-34-Advies-ACM-25-09-2012.pdf>

geval van clementieverzoeken is het van belang dat er een getuigenverhoor plaats kan vinden van betrokken partijen. De clementieregeling bevat prikkels om verklaringen en bewijs over te leggen die een bijdrage leveren aan het kartelonderzoek. Dit kan ertoe leiden dat de clementieaanvrager het zekere voor het onzekere zal willen nemen en verklaringen kan afleggen betreffende gedragingen die niet noodzakelijkerwijs zijn aan te merken als een inbreuk op het kartelrecht. Met name diegenen die niet als eerste een kartel opbiechten hebben een prikkel om gedragingen ernstiger voor te stellen dan zij zijn teneinde bewijs te leveren dat "aanzienlijk bijdraagt aan het vaststellen van het kartel" en aldus een hogere korting op de boete voor zichzelf te verkrijgen. Getuigenverhoor geeft de ACM de mogelijkheid om als bestuursorgaan getuigenverklaringen beter op juistheid te onderzoeken en aan de verdachte ondernemingen om hun rechten van verdediging uit te oefenen. (zie R. Wesseling, 'De kartelhel', Markt & Mededinging, 2010-4, p. 128-135).

* * *